



DISCIPLINE GIURIDICHE

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN

**SISTEMI PUNITIVI E GARANZIE DEL CITTADINO
CURRICULUM**

**XXX
CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO**

La confisca nel sistema delle sanzioni giuridiche

Titolo della tesi

Valerio Medaglia
Nome e Cognome del dottorando

Valerio Medaglia
firma

Mario Trapani
Docente Guida/Tutor: Prof.

Mario Trapani
firma

Giuseppe Grisi
Coordinatore: Prof.

Giuseppe Grisi
firma

INDICE

<i>Prefazione</i>	10
-------------------------	----

CAPITOLO I IL CONCETTO DI CONFISCA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO.

1. Il carattere “proteiforme” della confisca nel diritto penale moderno.....	15
2. La nozione di confisca e i suoi caratteri essenziali.....	18
2.1. La confisca e l'imposta tributaria.....	20
2.2. La confisca e l'espropriazione per pubblica utilità.....	21
2.3. La confisca e la requisizione amministrativa.....	23
2.4. La confisca e l'aggiudicazione giudiziaria.....	23
2.5. La confisca e le pene pecuniarie della multa e dell'ammenda.....	24
3. Le confische “anomale”.....	25
3.1. La confisca bellica.....	26
3.2. L'avocazione dei beni dei Savoia.....	26
4. Conclusioni.....	28

CAPITOLO II L'EVOLUZIONE STORICA DELLA CONFISCA.

1. La confisca nel diritto romano.....	29
2. La confisca nel diritto intermedio.....	32
3. La confisca nel diritto moderno: i secoli XVII e XVIII e la critica di Cesare Beccaria.....	34
4. La confisca nel secolo XIX. Il progressivo abbandono della confisca generale dei beni.....	35
5. La confisca nel codice Zanardelli del 1889.....	37
6. La confisca nella legislazione successiva. Il ritorno della confisca generale dei beni e l'emanazione del codice Rocco.....	38
7. La confisca nella legislazione più recente: la frantumazione del modello	

codicistico.....	40
7.1. La confisca negli anni Settanta e Ottanta del Novecento: nasce la confisca di prevenzione.....	41
7.2. La confisca negli anni Novanta del Novecento: nasce la confisca “allargata”.....	42
7.3. La confisca all’alba del terzo Millennio: si afferma la confisca per equivalente.....	44
8. Conclusioni.....	48

CAPITOLO III

IL SISTEMA DELLE SANZIONI GIURIDICHE NELL’ORDINAMENTO ITALIANO.

1. Il concetto generale di sanzione.....	51
1.1. La sanzione morale.....	53
1.2. La sanzione sociale.....	54
2. La sanzione giuridica.....	55
2.1. I modelli di sanzioni giuridiche: le sanzioni punitive e le sanzioni esecutive.....	56
2.2. La qualificazione delle sanzioni giuridiche in funzione di disciplina: le sanzioni criminali, le sanzioni amministrative e le sanzioni privatistiche.....	59
2.2.1. Le differenze in punto di disciplina tra l’illecito penale, amministrativo e civile.....	62
2.2.2. Gli effetti delle cause di estinzione del reato sulle sanzioni amministrative a questo “accessorie”.....	68
2.2.3. I criteri normativi per qualificare una sanzione giuridica come penale, amministrativa o privatistica.....	74
3. La sanzione giuridica punitiva.....	76
3.1. Le funzioni della sanzione punitiva: le teorie retributivistiche.....	78
3.1.1. Le teorie utilitaristiche.....	80
3.1.2. La prevenzione speciale.....	80
3.1.3. La prevenzione generale.....	83
3.1.4. La funzione pluridimensionale della sanzione punitiva.....	85
3.2. Lo statuto della sanzione punitiva alla luce dell’ordinamento giuridico italiano.....	86
3.3. La giurisprudenza costituzionale conferma l’unità dello statuto della sanzione punitiva.....	95
4. La sanzione giuridica esecutiva.....	97

4.1.	I tipi di sanzione esecutiva. L'impedimento. Il problema della legittima difesa.....	99
4.1.1.	La coazione all'adempimento: il costringimento e il ripristino dello <i>status quo ante</i>	105
4.1.2.	Il risarcimento del danno.....	108
4.1.3.	L'invalidità degli atti. Negazione del carattere sanzionatorio..	110
4.2.	Lo statuto giuridico della sanzione esecutiva. Differenze con la sanzione punitiva.....	111
4.3.	Esistono sanzioni criminali esecutive?.....	116
5	Le misure restrittive non sanzionatorie.....	117
5.1.	Le misure di sicurezza (post delictum).....	119
5.1.1.	La natura giuridica delle misure di sicurezza.....	124
5.2.	Le misure di prevenzione (o misure di sicurezza <i>ante delictum</i>).....	134
6.	Conclusioni.....	139

CAPITOLO IV

LA NOZIONE EUROPEA DI SANZIONE GIURIDICA.

1.	Premessa.....	141
2.	Il rango delle fonti europee nell'ordinamento giuridico italiano.....	142
3.	Lo statuto della sanzione giuridica nella C.E.D.U. e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.....	145
3.1.	La nozione di reato e di sanzione penale nella giurisprudenza della Corte Edu. La concezione autonomista.....	155
3.2.	Inapplicabilità dell'art. 7 C.E.D.U. alle sanzioni esecutive.....	160
4	Le misure restrittive di carattere non sanzionatorio nella C.E.D.U. e nella giurisprudenza della Corte EDU.....	165
4.1.	Le misure di natura personale.....	165
4.2.	Le misure di natura patrimoniale.....	170
5.	Le sanzioni esecutive nella C.E.D.U.....	173
6.	Le sanzioni giuridiche e le altre misure restrittive nel diritto dell'Unione europea.....	174
6.1.	L'impatto della C.E.D.U. sul diritto eurounitario.....	174
6.2.	Le garanzie in materia sanzionatoria previste dalla Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea.....	177
6.3.	Il sistema sanzionatorio nel diritto derivato dell'Unione europea: il Regolamento CE-EURATOM del 18 dicembre 1995, n. 2899/95.....	182
6.4.	Considerazioni finali sui principi fissati dal diritto eurounitario in tema di sanzioni giuridiche e misure non sanzionatorie.....	190

7. Conclusioni.....	191
---------------------	-----

CAPITOLO V

LA CONFISCA COME MISURA DI SICUREZZA: L'ISTITUTO CONFISCATORIO NEL CODICE PENALE ITALIANO.

1. Considerazioni introduttive.....	195
2. La confisca come misura di sicurezza: profili generali.....	195
3. Le ipotesi di confisca secondo l'art. 240 c.p.....	197
3.1. La confisca facoltativa.....	197
3.1.1. Lo strumento del reato.....	200
3.1.2. Il prodotto del reato.....	202
3.1.3. Il profitto del reato.....	203
3.2. La confisca obbligatoria.....	209
3.2.1. Il prezzo del reato.....	209
3.2.2. Le cose oggetto materiale di attività penalmente illecite.....	213
4. Le ipotesi speciali di confisca previste dal codice penale e dalle leggi speciali.....	215
5. Lo statuto giuridico della confisca ordinaria.....	224
6. La controversa natura giuridica della confisca ordinaria.....	228
7. Conclusioni sull'inquadramento della confisca ordinaria. Inapplicabilità dello statuto interno ed europeo della pena.....	231

CAPITOLO VI

LA CONFISCA COME SANZIONE GIURIDICA: LA CONFISCA PER EQUIVALENTE.

1. La genesi della confisca per equivalente.....	235
2. I caratteri generali della confisca per equivalente.....	240
3. La natura giuridica della confisca per equivalente.....	246
4. Lo statuto giuridico della confisca per equivalente.....	249
4.1. La confisca per equivalente nel concorso di persone nel reato: il problema della solidarietà passiva.....	251
5. Conclusioni.....	254

CAPITOLO VII
LA CONFISCA COME MISURA DI PREVENZIONE: LA C.D.
CONFISCA ANTIMAFIA.

1. La confisca di prevenzione come moderno strumento di contrasto della criminalità organizzata.....	257
2. Il quadro normativo inerente alla confisca di prevenzione.....	260
2.1. La normativa prevista dalle fonti sovranazionali.....	263
2.1.1. La normativa prevista dal diritto internazionale.....	264
2.1.2. Il quadro delineato dal diritto eurounitario.....	265
3. I destinatari della confisca di prevenzione.....	269
4. L'ambito oggettivo di operatività della confisca di prevenzione: la «disponibilità dei beni».....	276
5. I presupposti per l'applicazione della confisca di prevenzione.....	283
5.1. La sproporzione tra il valore dei beni posseduti e il reddito dichiarato o l'attività economica svolta.....	284
5.2. I beni che costituiscono il frutto o il reimpiego di attività illecite....	287
5.3. La mancata giustificazione dell'origine dei beni.....	289
5.4. L'autonomia tra le misure di prevenzione personali e quelle patrimoniali. Il problema della rilevanza della pericolosità soggettiva del proposto.....	291
6. La controversa natura giuridica della confisca di prevenzione.....	298
6.1. Osservazioni critiche sulla natura giuridica della confisca di prevenzione. Esclusione della natura sanzionatoria.....	307
6.2. Il problema della correlazione temporale tra l'acquisto dei beni e la pericolosità soggettiva.....	309
7. Lo statuto giuridico della confisca di prevenzione.....	311
7.1. La tutela dei diritti dei terzi.....	318
8. Le ulteriori confische previste nella legislazione di prevenzione.....	323
9. Conclusioni.....	326

CAPITOLO VIII
LE IPOTESI SPECIALI DI CONFISCA PREVISTE
DALL'ORDINAMENTO GIURIDICO.

1. Premessa.....	330
2. La confisca «per sproporzione» o «allargata» di cui all'art. 12- <i>sexies</i> del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356.....	331
2.1. L'ambito oggettivo di operatività della confisca allargata.....	335

2.2.	I destinatari della confisca per sproporzione. La condanna per uno dei reati previsti dall'art. 12- <i>sexies</i>	338
2.3.	I presupposti applicativi della confisca allargata.....	341
2.4.	La controversa natura giuridica della confisca allargata.....	347
2.4.1.	Il problema del limite temporale all'ambito operativo della confisca allargata.....	352
2.5.	La disciplina della confisca allargata.....	354
2.6.	La confisca per equivalente ai sensi dell'art. 12- <i>sexies</i> , comma 2- <i>ter</i>	361
2.7.	Osservazioni conclusive.....	361
3.	La confisca nella normativa concernente la responsabilità da reato degli enti.....	362
3.1.	La confisca nel sistema sanzionatorio previsto dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.....	373
3.2.	La confisca prevista dall'art. 19 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.....	374
3.2.1.	La confisca per equivalente prevista dall'art. 19 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.....	377
3.2.2.	L'operatività della confisca di cui all'art. 19 in caso di applicazione della sanzione su richiesta.....	379
3.2.3.	La confisca sui beni di terzi.....	380
3.2.3.1.	Il problema dell'ammissibilità della confisca sui beni dell'ente sottoposti a vincolo fallimentare....	385
3.2.4.	Il problema della delimitazione del profitto confiscabile.....	388
3.2.4.1.	Considerazioni critiche sulla nozione di profitto del reato. Il problema dell'individuazione dei costi scomputabili.....	396
3.2.4.2.	Il problema della confiscabilità dei vantaggi immateriali.....	399
3.3.	La confisca prevista dall'art. 6, comma 5 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.....	401
3.4.	Le ulteriori ipotesi di confisca previste dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.....	403
3.5.	Osservazioni conclusive.....	405
4.	La confisca "urbanistica" di cui all'art. 44, comma 2 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.....	406
4.1.	La natura giuridica della confisca urbanistica secondo la giurisprudenza tradizionale.....	408
4.2.	Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Sud Fondi. La risposta della giurisprudenza italiana.....	412
4.3.	La sentenza Varvara della Corte Edu e il recente intervento della Corte costituzionale.....	417
4.4.	Considerazioni conclusive sulla confisca urbanistica.....	426

5. La confisca del veicolo nel diritto penale della circolazione stradale.....	428
5.1. La natura giuridica della confisca: il dibattito antecedente alla l. 29 luglio 2010, n. 120.....	429
5.2. Il dibattito a seguito della l. 29 luglio 2010, n. 120. I punti ancora controversi della disciplina della confisca in materia stradale.....	434
5.3. Il limite alla confisca del veicolo: l'appartenenza del bene al terzo estraneo al reato. Il problema della confiscabilità del veicolo detenuto a titolo di <i>leasing</i>	437
6. La confisca nei reati ambientali.....	440
6.1. Le confische previste dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.....	443
6.2. La confisca prevista dall'art. 452- <i>undecies</i> c.p.. Il problema della natura giuridica.....	451
6.2.1. Alcuni profili problematici del regime giuridico delineato dall'art. 452- <i>undecies</i> c.p.....	456
7. La confisca prevista dalla legislazione penale concernente i beni culturali..	460
7.1. La confisca prevista in caso di trasferimento o esportazione illecita di beni culturali (art. 174 c.b.c.).....	463
7.2. La confisca prevista in caso di contraffazione di opere d'arte (art. 178, comma 4 c.b.c.).....	471
7.3. La confisca in materia di danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale (art. 733, comma 2 c.p.)...	474
8. La c.d. confisca "amministrativa".....	475
 <i>Conclusioni</i>	 487
 <i>Bibliografia</i>	 493

PREFAZIONE

La confisca rappresenta probabilmente uno degli istituti più interessanti che l'odierno ordinamento giuridico offre all'attenzione dell'interprete. Il sintomo più evidente della curiosità suscitata da tale istituto è rappresentato senza dubbio dall'ingente mole di contributi che la dottrina ha ad esso dedicato nel corso dei decenni.

La confisca del resto è istituto antichissimo, già presente nella legislazione criminale dell'antica Roma. Sopravvissuta alle peripezie del tempo, essa costituisce uno dei punti fermi di ogni ordinamento giuridico contemporaneo. Ciò è senza dubbio dovuto alla straordinaria poliedricità che caratterizza la misura confiscatoria, capace di adattarsi alle sempre più variegata esigenze politico-criminali che sono venute ad emergere nel corso dei secoli. Non casualmente la confisca è stata definita autentica misura "camaleontica": e invero essa, pur costituendo la principale forma di manifestazione delle misure di sicurezza patrimoniale, assume in taluni casi le sembianze di una vera e propria pena accessoria e in talaltri quelle di una misura a carattere puramente ripristinatorio. Questa insofferenza della confisca ad assumere una morfologia costante ha insinuato non pochi dubbi in relazione alla sua natura giuridica. L'analisi della dottrina ha condotto ormai alla convinzione – unanimamente accettata – che non sia possibile attribuire alla misura confiscatoria un'unica essenza giuridica e, di conseguenza, fornirne una ricostruzione in chiave unitaria. Ogni ipotesi normativa di confisca assume connotazioni peculiari ed è dunque suscettibile di autonomo inquadramento dogmatico. Come è stato efficacemente osservato da qualche autore non esiste più "la confisca", bensì "le confische". L'unico tratto comune a ciascuna ipotesi confiscatoria è rappresentato dall'effetto giuridico, costituito dalla perdita di uno o più diritti di cui il destinatario della misura era prima titolare.

Quello appena illustrato rappresenta tuttavia l'unico punto fermo cui è pervenuta la scienza giuridica nei tempi recenti. Invero il superamento dell'unità dogmatica della confisca non è stato accompagnato da una sicura ricostruzione di modelli fondamentali cui fare riferimento per dominare il mare magnum delle misure confiscatorie presenti nella legislazione penale ed extrapenale. In particolare dall'analisi dei contributi dottrinali e della prassi giudiziaria emerge con sempre maggiore chiarezza l'insufficienza di un approccio teorico fondato esclusivamente

sulla distinzione tra la pena (anche denominata correntemente sanzione giuridica o sanzione penale) e le misure aventi finalità meramente preventive (misure di sicurezza ante e post delictum). Si registra infatti, specie nella prassi applicativa, una certa insoddisfazione verso una riconduzione generale delle misure confiscatorie ai soli modelli teorici della pena e della misura preventiva. Tale bipartizione non si è rivelata utile, nei casi in cui la confisca è parsa assumere finalità più propriamente ripristinatorie, che la rendono assimilabile alle misure tipiche del diritto civile e non del diritto criminale. Ciò ha condotto a una forte incertezza applicativa e al rischio di un approccio casistico al problema della confisca.

L'insufficienza del tradizionale approccio ermeneutico della dottrina ha importato forti difficoltà nell'individuazione della disciplina applicabile ai vari casi di confisca disseminati nelle leggi speciali e, soprattutto, nel recepimento delle direttive provenienti dalla giurisprudenza europea.

Proprio con riferimento alla giurisprudenza europea, non può negarsi che in materia di confisca essa non abbia sempre saputo fornire agli operatori nazionali indicazioni certe e puntuali, in tal modo contribuendo ad alimentare la già grave situazione di incertezza presente sul piano interno. La ragione di questa insicurezza della giurisprudenza europea può probabilmente rinvenirsi nel diverso linguaggio giuridico utilizzato dai giudici europei e dagli operatori giuridici nazionali. In fondo il "dialogo" tra le corti, spesso esortato dalla Corte Costituzionale italiana, altro non vuol dire se non ricerca di un linguaggio giuridico comune, capace di condurre alla creazione di istituti e principi giuridici condivisi. Ad ogni modo le direttive fornite dalla giurisprudenza europea costituiscono regole giuridiche vincolanti per gli operatori nazionali e, come tali, non possono essere ignorate nella ricostruzione di un istituto giuridico. Sennonché la loro rilevanza e la loro portata non devono nemmeno essere sovrastimate. Il rischio è quello di pervenire a distorsioni applicative, in grado di neutralizzare la funzionalità di un istituto giuridico e di mettere a repentaglio gli obiettivi politico-criminali perseguiti per il tramite di esso dal legislatore. Vi è dunque l'esigenza di fornire delle regole europee una lettura critica, che sappia renderle effettivamente utili a quel costante processo di semplificazione del tessuto giuridico, che resta l'autentico scopo dell'interpretazione giuridica.

Lo scopo del presente lavoro è quello di fornire un contributo originale alla ricostruzione del sistema delle misure confiscatorie, che sappia garantire, nella misura maggiore possibile, linearità in sede espositiva e semplicità in sede applicativa. A tal fine, innovando rispetto al dibattito scientifico finora sviluppatosi, si proporrà una chiave di lettura basata sulla dicotomia tra misure di carattere sanzionatorio e misure meramente preventive. Nell'ambito delle prime, si proporrà l'ulteriore distinzione tra le sanzioni punitive e le sanzioni esecutive. Quest'ultima è una dicotomia presente nella scienza giuridica classica, sorta verso la fine del XIX secolo e poi progressivamente scomparsa a partire dalla seconda metà del XX

secolo. A dispetto dell'oblio che l'ha interessata, le categorie concettuali della sanzione punitiva e della sanzione esecutiva possono rivelarsi particolarmente utili per l'individuazione di alcuni modelli generali di confisca, cui ricondurre ogni ipotesi prevista dalla legislazione vigente. Come si vedrà nel corso dell'analisi, la distinzione concettuale tra le sanzioni punitive e quelle esecutive può fornire una chiave di lettura estremamente utile anche per la ricostruzione dei principi generali in materia sanzionatoria presenti nel tessuto normativo europeo e per un loro utilizzo più proficuo nell'ordinamento interno.

La seconda chiave di lettura che sarà proposta nel presente lavoro è quella facente leva sulla rigorosa distinzione tra il concetto di sanzione punitiva o esecutiva e quello di sanzione penale, amministrativa e privatistica. Ciascuna delle suddette qualificazioni assume infatti una diversa rilevanza giuridica. La natura punitiva/esecutiva di una sanzione individua la funzione essenziale che l'ordinamento giuridico persegue per il tramite di essa e condiziona lo statuto "primario" della misura, ossia il nucleo inderogabile della disciplina di riferimento. La natura penale, amministrativa o privatistica della sanzione costituisce una qualificazione volta a individuare l'ulteriore disciplina positiva applicabile alla misura. Essa individua una sorta di statuto "secondario" della sanzione giuridica, modificabile con appositi interventi legislativi. Lo statuto derivante dalla natura punitiva/esecutiva della sanzione e quello derivante dalla natura penale, amministrativa o privatistica della stessa consente di enucleare uno statuto giuridico generale cui è possibile assoggettare ogni ipotesi confiscatoria presente nell'ordinamento giuridico. E ciò nel rispetto dei vincoli provenienti dal diritto europeo.

Pertanto nel corso del presente lavoro si procederà all'analisi e allo sviluppo dei seguenti punti: in primo luogo si individuerà il concetto di confisca, al fine di distinguerla sul piano teorico da istituti omogenei ma differenti (Cap. I); si illustrerà la storia della confisca, così da coglierne l'evoluzione nel tempo e le sue caratteristiche ricorrenti (Cap. II); si procederà quindi alla ricostruzione di una teoria generale della sanzione giuridica e delle misure non sanzionatorie, alla stregua del diritto interno; in tal modo si giungerà all'illustrazione della nozione di sanzione giuridica, della dicotomia sanzione punitiva/sanzione esecutiva, dello statuto fondamentale che deriva dalla natura punitiva o esecutiva della misura, della rilevanza dell'ulteriore qualificazione della sanzione come penale, amministrativa o privatistica e, infine, della categoria concettuale delle misure preventive e del relativo statuto giuridico (Cap. III); si illustreranno in seguito le principali coordinate fornite dal diritto europeo (C.E.D.U. e diritto eurounitario) in materia di sanzioni giuridiche e si analizzerà l'effettivo grado di impatto che il diritto europeo ha avuto sul piano interno e l'eventuale possibilità di giungere a una ricostruzione unitaria del sistema sanzionatorio alla luce del diritto interno e del diritto sovranazionale (Cap. IV); si proseguirà a quel punto con l'individuazione dei tre modelli generali a cui, a parere di chi scrive, è possibile ricondurre ogni ipotesi

confiscatoria prevista dall'ordinamento giuridico: si fa riferimento alla confisca-misura di sicurezza post delictum (Cap. V), alla confisca per equivalente (Cap. VI) e alla confisca di prevenzione (Cap. VII); si concluderà il lavoro con l'analisi delle principali figure di confisca previste dalla legislazione speciale, al fine di verificare la correttezza dei risultati ermeneutici raggiunti e la loro effettiva attitudine a porsi come mezzo di semplificazione dell'universo giuridico della confisca (Cap. VIII).

È opportuno ricordare come il presente lavoro analizzi esclusivamente la disciplina "sostanziale" della confisca, tralasciando invece i profili processuali. Chi scrive non ignora la centralità che nel diritto penale è assunta dalla dimensione processuale degli istituti giuridici. Tuttavia la considerazione dello statuto processuale delle sanzioni giuridiche e delle misure preventive avrebbe importato un eccessivo appesantimento dell'analisi, con il rischio di porre in second'ordine il vero obiettivo del presente lavoro: porre la dicotomia concettuale sanzione punitiva/sanzione esecutiva come base fondamentale per la ricostruzione del sistema della confisca secondo l'ordinamento italiano.

Desidero ringraziare il mio Maestro Prof. Mario Trapani senza il quale non sarei l'uomo e il giurista che sono oggi. A Lui esprimo un profondo sentimento di stima e di riconoscenza per la grande fiducia che mi ha sempre dimostrato, per avermi insegnato la libertà e il rigore nella ricerca.

CAPITOLO I

IL CONCETTO DI CONFISCA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO.

SOMMARIO: 1. Il carattere “proteiforme” della confisca nel diritto penale moderno. – 2. La nozione di confisca e i suoi caratteri essenziali. – 2.1. La confisca e l'imposta tributaria. – 2.2. La confisca e l'espropriazione per pubblica utilità. – 2.3. La confisca e la requisizione amministrativa. – 2.4. La confisca e l'aggiudicazione giudiziaria. – 2.5. La confisca e le pene pecuniarie della multa e dell'ammenda. – 3. La confisca nell'ordinamento giuridico italiano. Le confische “anomale”. – 3.1. la confisca bellica. – 3.2. L'avocazione dei beni dei Savoia. – 4. Conclusioni

1. Il carattere “proteiforme” della confisca nel diritto penale moderno. – Di tutti gli istituti delineati nel codice penale la confisca costituisce senza dubbio quello che ha subito, nel corso dei decenni, la metamorfosi più straordinaria. Nata come strumento di contrasto alla pericolosità “reale” inerente alle cose di provenienza illecita, la confisca ha progressivamente assunto, nei decenni, i caratteri di una vera e propria sanzione giuridica, ossia di uno strumento di reazione ai fatti illeciti. Ciò ha reso sempre più arduo il compito dell'interprete, chiamato a ridurre a unità molteplici istituti che condividono ormai solamente il *nomen iuris*. Nondimeno l'interesse suscitato dalla confisca penale¹ resta tuttora vivo e anzi sempre più intenso. La particolare incidenza che essa ha sulla sfera patrimoniale individuale la pone come mezzo privilegiato di contrasto alle nuove e sempre più insidiose forme di criminalità economica. La crisi funzionale della pena criminale, l'ormai drammatica lentezza della macchina giudiziaria hanno condotto il legislatore degli ultimi decenni a potenziare il sistema delle sanzioni patrimoniali a scapito di quelle detentive, al fine

¹ Con il termine “confisca penale”, come sarà chiarito successivamente, si indica la confisca prevista dal diritto criminale. Nondimeno, la confisca è prevista anche in settori extrapenali dell'ordinamento giuridico. Sul punto si pensi alla confisca “amministrativa” di cui all'art. 20 della L. 24 novembre 1981 n. 689, per la quale si rinvia al Cap. VIII, par. 8 del presente lavoro.

di neutralizzare i vantaggi economici connessi al crimine e di ridurre quanto più possibile la “convenienza” dello stesso.

Il mutamento delle scelte di politica criminale ha così condotto a una duplice tendenza della legislazione penale. In primo luogo, si registra una convinta inclinazione dell’ordinamento alla creazione di un vero e proprio sottosistema penale della pericolosità, personale e patrimoniale, privilegiando la ricerca di efficienza e di celerità nella risposta penale. La gravità dei pregiudizi economici e sociali, che alla luce anche delle nuove tecnologie e delle nuove forme di organizzazione economica talune forme di criminalità sono in grado di produrre, ha reso più stringente l’esigenza di prevenire a tutti i costi la commissione del reato rispetto a quella di reprimere un illecito ormai consumato. Ciò ha condotto – come sottolineato efficacemente da attenta dottrina – a uno spostamento dell’accento delle incriminazioni dall’evento lesivo alla condotta pericolosa e alle condizioni prodromiche che riguardano l’organizzazione di condotte criminose².

Una seconda tendenza può registrarsi nella recente legislazione penale. Sono ormai frequenti i casi in cui il legislatore intende privilegiare una funzione ripristinatoria della sanzione criminale rispetto alla tradizionale funzione meramente repressiva. In particolare, l’esigenza primaria che in taluni settori del diritto penale pare evincersi è quella di impedire che l’autore di un reato possa godere delle utilità economiche da quello arretrate³. In altri termini il monito che il legislatore lancia ai consociati è che il crimine non paga e non è e non sarà mai sentiero per sicuri guadagni. Prima di tutto attuare gli specifici scopi dell’ordinamento giuridico, poi reprimere. In tal modo si conseguono due obiettivi fondamentali per l’ordinamento giuridico. Innanzi tutto, su un piano strettamente economico, la neutralizzazione dei benefici economici prodotti dal reato consente di prevenire l’inquinamento del tessuto produttivo e l’alterazione delle normali condizioni di concorrenzialità dei mercati. In secondo luogo la frustrazione dello scopo lucrativo dell’autore del reato funge da efficace contropinta a delinquere, giacché l’illecito non solo comporterà la soggezione alla pena, ma altresì non arrecherà alcuna utilità economica che quella pena rendeva o poteva rendere sopportabile.

La confisca penale è certamente l’istituto che maggiormente ha risentito di questa costante trasformazione del diritto penale moderno e anzi ne è divenuta il simbolo più significativo. Il legislatore del 1930 ha configurato la confisca come misura di sicurezza patrimoniale, cercando così di conferire alla stessa una connotazione più sicura e agevole, nel sistema del diritto penale, rispetto al previgente codice Zanardelli (dove era collocata tra gli effetti penali della condanna). Tuttavia l’inquadramento sistematico in esame non è andato esente da critiche sin dall’entrata in vigore del nuovo codice a causa della ineliminabile ambiguità

² DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1129.

³ Conferma l’emersione di tendenza della recente legislazione penale ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006 p. 2103.

funzionale dell'istituto⁴. Invero si colse immediatamente che la confisca, più che una mal precisata "pericolosità della cosa", aveva lo scopo di aggredire il patrimonio del reo al fine di rendere il reato *tamquam non esset*. E questa particolare attitudine della confisca penale è stata senza dubbio valorizzata dalle leggi successive al codice penale, ponendo in crisi la sua sicura riconducibilità al novero delle misure di sicurezza patrimoniale⁵. Le confische speciali presentano un accentuato carattere sanzionatorio che, almeno nelle intenzioni del legislatore del 1930, dovrebbe restare estraneo all'istituto confiscatorio. Ciò è reso molto chiaro dalla progressiva marginalizzazione dei casi di facoltatività dell'ablazione patrimoniale che ha accompagnato la legislazione speciale. Si è in tal modo prodotta una costante erosione del modello codicistico, che ha messo in forte dubbio la stessa possibilità di una ricostruzione unitaria della confisca sul piano teorico. Non casualmente la giurisprudenza di legittimità ha definito la stessa come istituto "proteiforme"⁶ o "camaleontico"⁷. Le considerazioni appena esposte hanno condotto larga parte della dottrina ad auspicare una profonda riforma della confisca penale, così da configurarla come vera e propria sanzione criminale⁸. Ciò agevolerebbe peraltro ogni discussione sulle garanzie sostanziali e processuali che devono essere assicurate a chi rischia di essere attinto da un provvedimento confiscatorio. Ogni ipotesi di riforma muove comunque dalla constatazione della irrinunciabilità di un siffatto mezzo in un moderno diritto penale. Del resto la persistente validità della confisca è testimoniata dal suo essere una costante storica del diritto criminale, essendo comparsa sin dai più

⁴ NUNZIATA, *La confisca nel codice penale italiano. Un'analisi critica per la riforma.*, Napoli, 2010, p. 26, il quale esprime forti dubbi sulla correttezza sistematica della scelta del legislatore del 1930. In particolare la riconduzione della confisca sotto le misure di sicurezza è parsa discutibile «per la eterogeneità funzionale rispetto alle misure (personali) e per la divergenza delle condizioni applicative». Lo stesso autore giunge a riconoscere che «il conferimento allo strumento confiscatorio di una assorbente funzione special-preventiva (unico sicuro denominatore comune con le altre misure di sicurezza) è, verosimilmente, la sola ragione determinante l'inserimento nella relativa orbita».

⁵ Per un'accurata analisi delle ipotesi di confisca previste dalla legislazione speciale: FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale: ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, *passim*.

⁶ Così si sono espresse le Sezioni Unite nella sentenza n. 26654 del 2 luglio 2008, in cui si afferma testualmente che «La confisca ha costantemente conservato, nell'ordinamento italiano, una natura "proteiforme" (...). Sulla base della tracciata evoluzione normativa, appare assai arduo, oggi, catalogare l'istituto della confisca nel rigido schema della misura di sicurezza, essendo agevole per esempio riconoscere, in quella di valore, i tratti distintivi di una vera e propria sanzione e, in quella "speciale", una natura ambigua, sospesa tra funzione special preventiva e vero e proprio intento punitivo. Con il termine "confisca", in sostanza, al di là del mero aspetto nominalistico, si identificano misure ablativo di natura diversa, a seconda del contesto normativo in cui lo stesso termine viene utilizzato».

⁷ In termini Cass. Pen., S.U., sent. 26 giugno 2014, n. 4880, in cui si afferma che «Appare, quindi, appropriata, e non solo suggestiva, la definizione dottrina di istituto "camaleontico", ad eloquente sottolineatura della capacità della confisca di adattarsi all'ambiente normativo di riferimento e di recepirne le peculiari finalità, che, per suo tramite, il legislatore intenda, di volta in volta, perseguire».

⁸ Una esigenza di profonda rivisitazione della disciplina codicistica della confisca è emersa anche nei recenti progetti organici di riforma del codice penale nei quali sono stati elaborati profondi tratti riformatori. V. sul punto NUNZIATA, *La confisca nel codice penale italiano.*, cit., p. 227 ss., ove si illustrano le proposte di riforma avanzate dalla commissione Pagliaro, da quella Grosso, da quella Nordio e da quella Pisapia.

antichi ordinamenti giuridici (*in primis* quello romano). In particolare, si è sottolineato a più riprese come la confisca nel diritto moderno non sia che uno sviluppo, imposto dal trascorrere del tempo, dei modelli confiscatori presenti nelle codificazioni e nelle legislazioni passate.

Sebbene sia unanimamente avvertita l'esigenza di una riforma generale della confisca, maggiore dibattito si registra in relazione alle modalità con cui attuare una siffatta riforma⁹. Ciò è probabilmente dovuto alle forti incertezze relative alla funzione precisa che connota l'istituto, sempre oscillante tra una tendenza repressiva (che conduce ad assimilarlo alla pena) e una tendenza ripristinatoria o addirittura di prevenzione (che al contrario conduce a un discostamento dal modello della pena). Ciò impone all'interprete un'analisi delle ipotesi confiscatorie in grado di coglierne i caratteri e le finalità comuni. Pregiudiziale resta in ogni caso la comprensione del concetto di confisca alla luce del diritto positivo, così da poterlo differenziare da altri istituti affini.

2. *La nozione di confisca e i suoi caratteri essenziali.* – Il termine confisca deriva dal sostantivo latino *confiscatio* ed esprime l'apprensione di un bene privato da parte del Fisco. In altri termini la confisca designava nell'antica Roma una modalità coattiva di incameramento di un bene appartenente a un individuo nel patrimonio pubblico con estinzione del precedente diritto di proprietà privata.

Tale carattere ablatorio contraddistingue anche la confisca negli ordinamenti moderni. Sul piano della teoria generale del diritto la confisca è un modo di acquisto della proprietà, regolata dal diritto pubblico e a connotazione coattiva¹⁰. Occorre valutare partitamente questa definizione.

Innanzitutto la confisca è un modo di acquisto della proprietà, essendo un fatto giuridico che ha per effetto l'acquisto della proprietà di una cosa. Ai modi di acquisto della proprietà fa riferimento l'art. 42, comma 2 Cost. che riserva alla legge la loro individuazione e la loro disciplina, al fine di garantire la funzione sociale della proprietà stessa. Le fattispecie acquisitive del suddetto diritto sono state classificate in base a vari criteri¹¹. Il criterio che rileva in questa sede è quello che conduce alla

⁹ VISCONTI, *Dalla vecchia alle "nuove" confische penali: recenti tendenze di un istituto tornato alla ribalta*, in *Studium iuris*, 2002, p. 960.

¹⁰ La definizione accolta di confisca è enunciata da NUNZIATA, *La confisca nel codice penale italiano*, cit. p. 105.

¹¹ Così si distinguono

- a) i modi di acquisto che presuppongono la proprietà dell'acquirente (ad es. accessione, specificazione, acquisto del tesoro da parte del proprietario del fondo, commistione, separazione dei frutti, incrementi fluviali);
- b) quelli che non presuppongono né la proprietà dell'acquirente, né di terzi (occupazione di *res nullius* o *derelecta*);
- c) quelli che presuppongono la proprietà di un terzo ma non un trasferimento (specificazione per lo specificatore, acquisto del tesoro da parte del ritrovatore, acquisto di cose smarrite per il ritrovatore e usucapione);
- d) modi che presuppongono la proprietà di un terzo e un trasferimento (contratti e successione mortis

distinzione tra modi di acquisto a titolo originario e modi di acquisto a titolo derivativo. Nel primo caso l'acquirente non subentra in un rapporto già esistente, a prescindere se sull'oggetto del nuovo rapporto ne preesisteva o meno un altro. In tal caso la proprietà viene acquistata libera da pesi e da diritti di terzi che non siano strettamente inerenti alla *res*. Nel secondo caso, invece, si ha una successione nel rapporto giuridico preesistente, con la conseguenza che l'acquirente diviene titolare dello stesso diritto già facente capo al dante causa. Ebbene la confisca pare rientrare, ancorché ciò sia discusso, nei modi di acquisto a titolo originario della proprietà, in quanto non comporta una successione in un precedente rapporto giuridico¹². Inoltre essa si configura come un modo di acquisto non negoziale, in quanto trova fondamento in un provvedimento della pubblica autorità, sicché prescinde da qualsivoglia manifestazione di volontà del soggetto che la subisce.

In secondo luogo la confisca si inquadra nell'ambito dei modi di acquisto di diritto pubblico. Ciò per un duplice ordine di ragioni. Da un lato, si tratta di un istituto disciplinato da leggi pubblicistiche; dall'altro lato, la finalità sottesa all'istituto ha una evidente rilevanza pubblicistica, come testimoniato dal cennato carattere non negoziale¹³.

Infine il carattere senz'altro più rilevante della confisca è quello della autoritarità. Essa opera su iniziativa dell'autorità procedente, incidendo unilateralmente sulla sfera patrimoniale degli individui, anche contro la volontà di costoro. Ciò rende la confisca una delle ipotesi più rilevanti di trasferimento coattivo nell'interesse pubblico previste dall'ordinamento giuridico¹⁴.

In definitiva la confisca costituisce una particolare forma di espropriazione della proprietà privata in favore dello Stato, che si ricollega in vario modo a un illecito e che viene attuata per il tramite di un provvedimento di una pubblica autorità. Questo costituisce un primo approssimativo punto di approdo per una ricostruzione sistematica del concetto di confisca alla stregua dell'ordinamento

causa.

Si distinguono altresì i modi di acquisto di interesse privato e quelli di interesse pubblico. I primi sono individuati dall'art. 922 c.c., il quale enuncia solo le fattispecie principali, facendo salve quelle previste dalle leggi speciali. Le seconde sono regolate principalmente da leggi speciali.

Per una disamina approfondita dei vari modi di acquisto della proprietà si rinvia a TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, p. 298 ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 239 ss..

¹² Si tratta di conclusione assai discussa: per la tesi favorevole alla natura originaria dell'acquisto, NUNZIATA, *La confisca nel codice penale italiano*, cit., p. 107, cui si rinvia per ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza in materia, il quale evidenzia come la confisca comporti un acquisto del diritto che è indipendente dalla precedente situazione giuridica soggettiva. Invero per quanto la confisca presupponga una proprietà di un terzo, è dubitabile che essa comporti un subentro nel diritto in questione.

¹³ In tal senso NUNZIATA, *La confisca nel codice penale italiano*, cit. p. 109, il quale offre della confisca una lettura come limite pubblicistico al potere di disposizione del proprietario. Tali limiti possono operare di diritto o mediante un provvedimento costitutivo della pubblica autorità. La confisca rientra normalmente in questo secondo ambito di casi.

¹⁴ Sui trasferimenti coattivi della proprietà v. PUGLIATTI, voce *Trasferimenti coattivi*, in *Nuovissimo digesto*, Vol. XII, 2, Torino, 1940, p. 301-311; SILVESTRI, voce *Trasferimenti coattivi*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 979 ss..

giuridico complessivamente inteso.

È necessario a questo punto procedere a una delimitazione ‘in negativo’ della nozione di confisca. Occorre, in altri termini, stabilire cosa differenzia tale istituto da altri di natura pubblicistica, aventi la caratteristica di incidere negativamente sulla sfera patrimoniale privata. Ciò consente di procedere a una ulteriore precisazione del concetto di confisca che in questa sede si sta analizzando su un piano di teoria generale. A tal fine pare opportuno porre a raffronto l’istituto confiscatorio e quelli dell’imposta, dell’espropriazione per pubblica utilità, dell’aggiudicazione giudiziaria, della requisizione e della pena pecuniaria.

2.1. La confisca e l’imposta tributaria. – La confisca va prima di tutto distinta dall’imposta tributaria. In via approssimativa il tributo designa una prestazione patrimoniale imposta al consociato in base a una fonte autoritativa, il cui gettito è destinato a enti pubblici e che è funzionale a favorire in via solidaristica le finalità collettive¹⁵. L’imposta è una particolare specie di tributo, finalizzato a finanziare le spese indivisibili e avente il suo presupposto in un fatto sintomatico di capacità contributiva del soggetto passivo, senza che assuma rilievo il collegamento tra il gettito del tributo e le spese pubbliche con esso finanziate. Questa generica definizione di imposta consente di porre immediatamente in rilievo alcuni elementi affini alla confisca. Innanzi tutto, analogamente alla confisca, anche l’imposta è caratterizzata dalla coattività, ossia è sempre disposta con un atto della pubblica autorità¹⁶. Inoltre l’imposta, come la confisca, importa un’incidenza negativa sulla sfera patrimoniale del destinatario e si configura come un’entrata pubblica, ossia come provento destinato al patrimonio pubblico.

Tuttavia rilevanti sono i profili differenziali tra la confisca e l’imposta tributaria. Innanzi tutto quest’ultima comporta solamente la nascita di un’obbligazione, a carico del soggetto passivo, avente a oggetto una prestazione patrimoniale in favore di un ente pubblico. Di contro la confisca si connota come atto ablatorio, ossia come atto idoneo a procurare un acquisto immediato della proprietà

¹⁵ È la definizione di tributo fornita da BORIA, *Diritto tributario*, Torino, 2016, p. 198, il quale evidenzia come il tributo si caratterizzi per quattro profili essenziali: il depauperamento patrimoniale del consociato; la coattività della prestazione richiesta che va ricercata nella legge alla luce del precetto contenuto nell’art. 23 Cost.; la destinazione del gettito a enti pubblici, territoriali e non; la funzione pubblica della prestazione patrimoniale (c.d. interesse fiscale), essendo il gettito fiscale volto alla protezione e allo sviluppo della comunità nazionale o locale.

¹⁶ TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale.*, Milano, 2016, p. 4, il quale evidenzia come la coattività distingua le imposte dalle entrate di diritto privato caratterizzate dalla sinallagmaticità. Invero ciò che caratterizza le entrate pubbliche rispetto a quelle private è che l’acquisizione del bene avviene senza il versamento di un corrispettivo al soggetto passivo. La confisca da tale punto di vista si connota senz’altro come una specie di entrata pubblica.

Peraltro la coattività consente di individuare la categoria delle entrate coattive la cui fonte è riconducibile all’esercizio di un potere di supremazia. Rientrano in tale categoria: a) le sanzioni patrimoniali; b) i prestiti forzosi, con cui si impongono finanziamenti a favore dello Stato con interessi predeterminati; c) le ablazioni; d) i tributi.

da parte dello Stato di un bene di cui era precedentemente titolare un privato. Per ciò essa costituisce, come è stato già illustrato, un modo di acquisto della proprietà e non una fonte di obbligazioni giuridiche. In secondo luogo, diverso è il presupposto dei due istituti. L'imposta presuppone un fatto economico posto in essere dal soggetto passivo, senza alcuna relazione specifica con una determinata attività dell'ente pubblico. Ciò la connota come tributo "acausale"¹⁷. Al contrario la confisca presuppone normalmente un fatto illecito a cui si ricollega in vario modo o in chiave sanzionatoria o come misura di sicurezza¹⁸. Infine differenti sono le funzioni che possono riconoscersi ai due istituti. L'imposta, come ogni tributo, produce entrate pubbliche finalizzate a finanziare spese di interesse generale. Dunque essa ha fondamento nella solidarietà sociale cui è ispirato l'ordinamento giuridico (art. 2 Cost.). La confisca invece costituisce una misura di natura sanzionatoria o meramente preventiva. A seconda dei casi in cui è destinata a operare, la confisca assume dunque scopi diversi. Tuttavia uno scopo rende la misura peculiare e insostituibile negli odierni sistemi penali: essa consente di eliminare le conseguenze economiche del fatto illecito, in tal modo impedendo al soggetto attivo di trarne utilità. Ad ogni buon conto si può sostenere che la confisca assume una funzione latamente preventiva, che assolve mediante la repressione, la compensazione dei guadagni illeciti o attraverso la neutralizzazione della pericolosità sociale dell'autore di un illecito.

2.2. *La confisca e l'espropriazione per pubblica utilità.* – L'espropriazione per pubblica utilità costituisce una forma di trasferimento coattivo della proprietà o di altro diritto reale da un soggetto ad un altro al fine di consentire al beneficiario del trasferimento di soddisfare un interesse generale, con o senza la trasformazione del bene¹⁹. Tale istituto è regolato dal d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 e trova fondamento nella funzione sociale della proprietà privata sancita dall'art. 42 Cost.. In particolare, l'essenza dell'istituto è costituita dalla pubblica utilità o meglio dall'interesse generale che giustifica l'apprensione di un bene privato in vista di un vantaggio

¹⁷ Così efficacemente BORIA, *Diritto tributario*, cit., p. 202.

¹⁸ NUNZIATA, *La confisca nel codice penale italiano*, cit., p. 112, il quale evidenzia come le differenze di presupposto tra la confisca e l'imposta abbia posto l'annoso problema della tassabilità dei proventi illeciti e, in particolare dei proventi da reato. Il problema è stato definitivamente risolto dall'art. 14 della l. n. 537 del 1993, in base al quale è stata disposta l'assoggettabilità all'imposta sui redditi dei proventi derivanti da attività illecite, salvo che gli stessi siano stati oggetto di provvedimenti di confisca penale. Nondimeno larga parte della dottrina dubita dell'effettiva sottoponibilità a tassazione dei proventi illeciti, data la preminenza che l'ordinamento giuridico assicura all'ablazione confiscatoria rispetto all'imposizione tributaria.

¹⁹ In relazione all'espropriazione per pubblica utilità si rinvia a M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 721; Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 327; CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015, p. 965 ss.. Per una disamina accurata della normativa contenuta nel t.u. del 2001 che ha coordinato le disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità: CENTOFANTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2009.

collettivo. Il potere espropriativo è condizionato alla sussistenza della finalità di soddisfare un interesse generale, sicché la dichiarazione di tale interesse è la condizione indispensabile per il suo legittimo esercizio²⁰. Altro connotato caratteristico dell'istituto è rappresentato dall'obbligo di pagamento di un indennizzo a favore del soggetto espropriato a compensazione della perdita del diritto di proprietà. Invero l'indennizzo costituisce il punto di equilibrio tra l'interesse pubblico all'acquisizione del bene alla mano pubblica e quello contrapposto del titolare del bene a conservare la proprietà dello stesso. L'importanza dell'indennizzo è confermata dalla rilevanza costituzionale della fonte costitutiva del relativo obbligo (art. 42, comma 3 Cost.).

Venendo ai rapporti con la confisca, è indubbio che l'espropriazione, come questa, costituisce manifestazione della potestà ablatoria della pubblica autorità, giacché consente a questa di acquisire coattivamente un diritto reale su un bene anche contro la volontà del titolare²¹. Tuttavia l'espropriazione si differenzia profondamente dalla confisca, non solo per ragioni personalistiche (il beneficiario dell'espropriazione può essere altresì un soggetto privato), ma soprattutto per la finalità che la contraddistingue. Ad essa infatti è del tutto estranea ogni connotazione sanzionatoria o di prevenzione criminale. Si compie in vista della realizzazione di opere pubbliche e prescinde totalmente dalla considerazione del comportamento del soggetto contro cui opera. Pertanto essa non costituisce reazione in chiave repressiva di un comportamento anti-giuridico. Essa non mira nemmeno a riaffermare gli scopi dell'ordinamento che la condotta di un consociato ha frustrato, mirando piuttosto a soddisfare immediatamente un interesse pubblico. Da ciò due ulteriori differenze sul piano della disciplina. L'espropriazione importa l'obbligo di corrispondere un equo indennizzo al destinatario della stessa, a compensazione della perdita della proprietà (aspetto questo che è totalmente estraneo alla confisca data la sua correlazione con un fatto illecito). Inoltre l'acquisizione del diritto reale per il tramite dell'espropriazione non sempre è irreversibile: in presenza di talune condizioni di legge, il precedente proprietario può pretendere la retrocessione del bene sottrattogli.

Quanto esposto consente dunque di escludere, da un punto di vista sistematico, che un atto di ablazione patrimoniale possa configurarsi come confisca, laddove a esso consegua una qualsiasi forma di compensazione patrimoniale in

²⁰ A tal fine il t.u. del 2001 dispone l'adozione da parte della amministrazione espropriante della Dichiarazione di pubblica utilità. Lo scopo di tale provvedimento è proprio quello di palesare lo scopo di pubblica utilità in vista del quale l'espropriazione viene eseguita. Essa, sebbene non costituisca la fonte del potere espropriativo (il suo difetto non genera carenza in astratto di potere), ne costituisce indubbiamente un presupposto di legittimità, sicché la sua mancanza determina una ipotesi di carenza in concreto di potere che rende il successivo decreto espropriativo annullabile in sede giurisdizionale.

²¹ Al riguardo, analogamente alla confisca, si è posto il problema della natura originaria o derivativa dell'acquisto mediante espropriazione. Sul punto è prevalsa la tesi che ravvisa nel decreto espropriativo una forma di acquisto a titolo originario, dal momento che esso importa l'estinzione di tutti i diritti che sul bene insistevano anteriormente. Sul punto v. CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 970.

favore del soggetto depauperato²².

2.3. *La confisca e la requisizione amministrativa.* – L’istituto della requisizione è previsto dall’art. 7 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, e dall’art. 2 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773. Si tratta di un provvedimento mediante il quale l’amministrazione dispone della proprietà o, comunque, utilizza un bene di un privato per soddisfare un interesse pubblico²³. In particolare, il Prefetto, mediante la requisizione, può assumere la disponibilità di un bene privato, mobile o immobile, per fronteggiare situazioni di urgente e grave necessità pubblica. La requisizione può essere di due tipologie. Innanzi tutto vi è la requisizione in proprietà, che riguarda solo cose mobili, avente effetti irreversibili, utilizzata soprattutto per far fronte a esigenze militari. Infine vi è la requisizione in uso, concernente tanto i beni mobili quanto quelli immobili, che comporta la possibilità di utilizzare il bene per il tempo necessario, al fine di soddisfare un’esigenza pressante della collettività insuscettibile di essere soddisfatta altrimenti. Come avviene nell’espropriazione, anche la requisizione impone all’amministrazione il pagamento di un’indennità idonea a compensare il privato per la conculcazione del diritto di proprietà.

Ciò evidenzia il principale connotato distintivo tra la requisizione e la confisca. La requisizione non è collegata a un comportamento antiggiuridico e pertanto impone una pur minima tutela del proprietario attraverso il pagamento della indennità. La confisca – come già sottolineato – in quanto condizionata da un fatto antiggiuridico, non importa il pagamento di alcuna indennità a compensazione della perdita del diritto di proprietà.

2.4. *La confisca e l’aggiudicazione giudiziaria.* – Maggiori sono le analogie che possono rinvenirsi tra la confisca e l’aggiudicazione giudiziaria. Quest’ultima costituisce una modalità di acquisto della proprietà privata di un bene da parte di privati che si pone come una singola fase di un più ampio procedimento volto alla soddisfazione coattiva di un credito. Più precisamente la vendita coattiva si colloca nel procedimento di espropriazione forzata, il quale consiste nel sottrarre coattivamente al debitore determinati beni a lui appartenenti e nel trasformarli,

²² Così VASSALLI, *Confisca con indennizzo?*, in *Giur. cost.*, 1971, I, p. 50 ss., il quale ravvisa proprio nell’indennizzabilità il tratto differenziale tra l’espropriazione per pubblica utilità e la confisca penale.

²³ La requisizione nasce per soddisfare peculiari esigenze dei reparti militari nei periodi di guerra per divenire, successivamente, un istituto di carattere generale volto a fronteggiare situazioni straordinarie e imprevedibili. Per un approfondimento dell’istituto della requisizione: LANDI, voce *Requisizione*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1970, vol. XV, p. 487 ss.; VERBARI, voce *Requisizione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, vol. XXXIX. Per una disamina della requisizione bellica, si rinvia a MUZZIOLI, *Manuale della legislazione vigente, aggiornata e coordinata, in materia di requisizione*, Roma, 1941. Oggi l’istituto della requisizione bellica è disciplinata dal c.d. codice dell’ordinamento militare (d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66).

sempre coattivamente, in denaro, per destinarli alla soddisfazione del creditore, in attuazione della loro funzione di garanzia generica del credito (art. 2740 e 2910 c.c.)²⁴. La vendita forzata ha lo scopo di trasformare i beni pignorati in denaro liquido e costituisce un modo di acquisto a titolo derivativo della proprietà dei suddetti beni²⁵.

Più in generale l'espropriazione forzata costituisce una misura coercitiva volta ad attuare un diritto di credito rimasto insoddisfatto. Essa pertanto costituisce una misura finalizzata ad attuare gli scopi perseguiti dall'ordinamento giuridico e che il fatto illecito ha invece contrastato. Essa rinviene infatti la sua condizione giuridica in un fatto antiggiuridico, ossia nell'inadempimento dell'obbligazione da parte del creditore. Tale carattere rende l'espropriazione forzata molto affine all'istituto della confisca, a differenza degli altri istituti precedentemente illustrati. Più precisamente l'aggiudicazione giudiziaria costituisce – come la confisca – una modalità coattiva di acquisto della proprietà, che si fonda su un precedente giudizio di responsabilità giuridica.

Nondimeno le differenze tra i due istituti non sono meno rilevanti. La vendita forzata invero assume una connotazione meramente strumentale alla successiva soddisfazione dei creditori insoddisfatti, che avverrà solo con la distribuzione del ricavato. Ciò rende la vendita forzata un momento eventuale e non necessario della procedura espropriativa²⁶. Al contrario la confisca non è funzionale alla soddisfazione di un credito, ma mira alla rimozione degli effetti economici che l'illecito può aver prodotto in capo all'autore di esso. Dunque non ha natura eventuale e strumentale, ma costituisce principalmente uno strumento volto a sanzionare fatti illeciti ovvero a prevenirne la verifica.

2.5. La confisca e le pene pecuniarie della multa e dell'ammenda. – Più agevole delimitare i confini tra la confisca e le pene pecuniarie della multa e dell'ammenda. Tradizionalmente si è soliti ricomprendere la confisca e le suddette pene pecuniarie nel più ampio novero delle sanzioni patrimoniali, attesa la loro

²⁴ Sul punto si rinvia per una più ampia disamina dell'istituto a MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, XX, Torino, 1985; TRAVI, *Espropriazione forzata in genere*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992; MAZZARELLA, voce *Vendita forzata*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993. Per contributi monografici: BARLETTA, *La stabilità della vendita forzata*, Napoli, 2002; BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962.

²⁵ Come osserva MANDRIOLI-CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, vol. III, Torino, 2015, p. 65, l'acquirente del bene non acquista a titolo originario, bensì derivativo. In particolare chi vende non è il proprietario ma è lo Stato in vece del debitore. Questo non perde di certo la proprietà del bene (come conferma il suo diritto a ottenere il residuo finale della distribuzione del ricavato) ma solo il potere di disposizione di esso che viene assunto coattivamente dallo Stato. Pertanto la vendita forzata è una vera e propria vendita, solo che essa viene disposta dall'organo giurisdizionale con modalità che appartengono strettamente alla disciplina processuale.

²⁶ MANDRIOLI-CARRATTA, *Corso di diritto processuale*, cit., p. 64.

incidenza negativa sulla sfera patrimoniale del soggetto passivo²⁷.

Tuttavia si tratta di istituti profondamente diversi già sul piano strettamente strutturale. La pena pecuniaria in senso stretto consiste nell'obbligo del soggetto responsabile di pagare una somma determinata di denaro allo Stato. Dunque essa dà luogo a un vero e proprio rapporto obbligatorio, che lega il responsabile e lo Stato, avente ad oggetto la prestazione di una somma di denaro. Ciò si riverbera inevitabilmente sul piano esecutivo della misura, per molti versi assimilabile al procedimento espropriativo civilistico²⁸. Al contrario la confisca costituisce una misura immediatamente produttiva dell'effetto acquisitivo della proprietà, non abbisognando tale risultato di alcuna ulteriore attività della pubblica autorità. Ciò rende la confisca tendenzialmente più afflittiva delle pene pecuniarie nell'ambito del sistema sanzionatorio²⁹.

Non sembra invece potersi riscontrare – almeno in linea teorica – una maggiore rigidità funzionale delle pene pecuniarie in senso stretto rispetto alla confisca e viceversa. Come ogni misura di carattere patrimoniale, la pena pecuniaria e la confisca presentano una tendenziale natura polifunzionale.

3. *Le confische “anomale”*. – Finora si è fornita una prima definizione generale di confisca, al fine di delimitarla da altri istituti comunque incidenti sulla sfera patrimoniale del soggetto passivo. In particolare, si è illustrato che la confisca costituisce un provvedimento ablatorio avente l'effetto di attribuire allo Stato la proprietà di un bene giuridico, mobile o immobile. Essa si presenta normalmente come misura correlata – il termine è volutamente atecnico – alla commissione di fatti anti-giuridici. Ciò ha consentito di cogliere una spiccata vocazione sanzionatoria dell'istituto. Tale constatazione non significa – è bene precisarlo – che la confisca appartenga sempre e comunque al novero delle sanzioni giuridiche. Invero le

²⁷ Sul punto si rinvia a MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 633 ss. che riconduce la confisca e le pene pecuniarie nella più ampia categoria delle sanzioni patrimoniali, così giungendo a valorizzare, come criterio distintivo, lo scopo che ciascuna misura persegue.

Mostra perplessità rispetto a tale ottica ricostruttiva NUNZIATA, *La confisca nel codice penale italiano*, cit., p. 25, il quale, al contrario, ritiene «forzato» un simile tentativo, in quanto finirebbe per accomunare indebitamente istituti tra loro profondamente diversi ed eterogenei.

²⁸ Invero in caso di condanna a pena pecuniaria l'art. 208 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, c.d. Testo unico in materia di spese di giustizia, stabilisce che la cancelleria del giudice dell'esecuzione deve invitare il debitore al pagamento, fissando il termine per l'adempimento. Ove il pagamento non sia effettuato, la stessa cancelleria procede all'iscrizione a ruolo e consegna lo stesso al concessionario della riscossione (art. 213 del t.u.). Questo procede in base alle norme inerenti alla riscossione dei tributi (art. 223 t.u.). Per le sanzioni amministrative pecuniarie procede direttamente la competente autorità amministrative in base alle leggi speciali.

²⁹ Sul punto NUNZIATA, *La confisca nel codice penale italiano*, cit., p. 20, il quale evidenzia come la pena pecuniaria conduce a una decurtazione solo nominale del patrimonio del condannato, mentre la confisca importa una decurtazione effettiva del patrimonio, essendo una misura acquisitiva della proprietà.

funzioni che la stessa può assolvere sono molteplici e dipendono da precise scelte politico-criminali del legislatore. Questo punto sarà meglio chiarito nel corso dell'analisi delle singole ipotesi confiscatorie previste dal diritto criminale.

Ad ogni modo un primo punto di approdo dell'analisi che si sta svolgendo è stato raggiunto. La confisca come misura estintiva del diritto di proprietà va distinta da altri istituti che al contrario si pongono come mera fonte di obblighi di prestazione patrimoniali e la cui tutela è attuata con quel particolare mezzo coercitivo che è l'esecuzione forzata. Ancora: la confisca come misura che rivela un disvalore della situazione cui si ricollega va distinta da altre misure estintive della proprietà che al contrario non presuppongono un simile disvalore e si pongono come meri mezzi di perseguimento dell'interesse pubblico o comunque dell'interesse generale.

È necessario a questo punto procedere ulteriormente con l'analisi. Esigenze di completezza impongono di illustrare – seppur brevemente – talune ipotesi peculiari di confisca che presentano caratteristiche così eccentriche da renderle del tutto autonome nel sistema delle misure confiscatorie. Si tratta di casi che possono sinteticamente definirsi come casi di confisca “anomala”. Di essi si fornirà solo una breve trattazione dei caratteri generali e delle fonti della relativa disciplina.

3.1. La confisca bellica. – La confisca bellica³⁰, che costituisce l'esito del procedimento c.d. di preda, è un istituto regolato dal diritto internazionale e, sul piano del diritto interno, dagli artt. 292 ss. del r.d. 8 luglio 1938, n. 1415, all. A). Si tratta di una particolare ipotesi di confisca che consente agli organi militari dello Stato di acquistare a titolo originario navi, armi, munizioni e rifornimenti di uno Stato nemico (o in taluni casi anche di Stati neutrali) in tempi di guerra. All'istituto è estranea qualsiasi finalità sanzionatoria. Essa, secondo l'opinione prevalente, ha carattere satisfattivo delle esigenze belliche. In particolare, la confisca bellica è strettamente connessa alle esigenze proprie del confronto armato: essa mira a sottrarre beni allo Stato nemico nel corso di una guerra al fine di diminuirne le risorse e, di conseguenza, la capacità bellica³¹.

L'acquisto della proprietà dei beni avviene mediante un atto amministrativo, se trattasi di beni appartenenti a uno Stato belligerante, o di una sentenza del Tribunale delle prede, nel caso di beni appartenenti a privati o a Stati neutrali.

3.2. L'avocazione dei beni dei Savoia. – Natura confiscatoria è stata

³⁰ SPASIANO, *Appunti sulla preda e la confisca bellica*, in AA. VV., *Studi in onore di B. Scorza*, Roma, 1940, p. 818 ss.; ID., voce *Preda bellica (Diritto interno)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, p. 916; MONACO, *La guerra al commercio marittimo nemico*, Milano, 1942.

³¹ In ciò essa si distingue dalla «preda bellica» che autorizza uno Stato, a seguito di vittoriose operazioni belliche, di appropriarsi di beni appartenenti all'altro Stato belligerante, secondo gli usi e i trattati internazionali. A tal fine l'accertamento dei presupposti che giustificano l'appropriazione è rimesso al c.d. Tribunale delle prede, istituito dall'art. 218 del r.d. 2 maggio 1938, n. 235.

riconosciuta all'avocazione in favore dello Stato italiano dei beni esistenti sul territorio nazionale dei componenti di casa Savoia, degli ex re, delle loro consorti e dei loro discendenti maschi. Tale misura è prevista dall'art. XIII delle Disposizioni transitorie e finali della Costituzione italiana³². Si tratta di una confisca di carattere generale che colpisce l'intero patrimonio dei suddetti soggetti³³. In relazione alla sua finalità, è opinione comune che essa possieda una chiara funzione punitiva, volta a stigmatizzare la compromissione dei regnanti con il pregresso regime fascista.

Tuttavia le peculiari circostanze storiche che hanno ispirato la Disposizione XIII, il carattere assolutamente eccentrico di tale misura, alla luce del suo oggetto, della sua finalità e dei suoi destinatari, rendono la confisca in esame un istituto *sui generis*, non assimilabile in alcun modo alle altre ipotesi di confisca previste dal diritto pubblico italiano³⁴. Ciò risulta viepiù confermato dalla perdita di vigore della

³² In base a tale disposizione: «I beni, esistenti nel territorio nazionali, degli ex re Casa Savoia, delle loro consorti e dei loro discendenti maschi, sono avvocati allo Stato. I trasferimenti e le costituzioni di diritti reali sui beni stessi che si siano avvenuti dopo il 2 giugno 1946, sono nulli». Occorre ricordare che alla luce dell'art. 1 della l. cost. 23 ottobre 2002, n. 1 le predette disposizioni hanno esaurito i loro effetti a decorrere dalla data di entrata in vigore di quest'ultima.

³³ Sul punto: RUINI, *L'avocazione dei beni dei Savoia*, in *Riv. pubbl.*, I, 1949, p. 69 ss.; NOVELLI, *Natura dell'avocazione dei beni dei Savoia e persone colpite*, in *Arch. ric. giur.*, 1950, p. 697 ss.; BORGHESE, *La disposizione XIII della Costituzione e la sorte dei beni dei Savoia*, in *Temi*, 1952, p. 553 ss..

³⁴ Assimilabile all'avocazione dei beni dei Savoia è la confisca del patrimonio appartenuto ai membri del governo fascista e ai gerarchi del partito fascista, nonché a coloro che si resero colpevoli di collaborazionismo con i nazisti.

Si tratta di una misura prevista dall'art. 1 del d.lgs.lgt. 26 marzo 1946, n. 134, secondo cui: «Fermo il disposto dell'art. 9 del decreto legislativo Luogotenenziale 27 luglio 1944, n. 159, i beni dei condannati per il delitto previsto dall'art. 2 del decreto stesso sono confiscati.

Sono altresì confiscati, in tutto od in parte, tenuto conto della gravità del fatto e delle circostanze di cui al primo e terzo comma dell'art. 7 del decreto predetto, i beni dei condannati per alcuno dei delitti previsti dal primo e secondo comma dell'art. 3 e dall'art. 5 del decreto stesso.

La confisca ordinata dall'autorità giudiziaria che pronuncia la condanna. Nei casi di confisca parziale, l'Autorità giudiziaria determina i singoli beni da confiscare.

Qualora la sentenza di condanna sia già intervenuta al momento della entrata in vigore del presente decreto, la confisca è disposta, su richiesta del Ministro per le finanze, con ordinanza dell'Autorità giudiziaria che ha pronunciato la condanna.

Qualora l'azione penale sia estinta, la confisca disposta, su richiesta del Ministro per le finanze, dal Tribunale penale nella cui circoscrizione è situato il bene o È situata la maggiore parte dei beni da confiscare. Il Tribunale provvede, previa citazione degli eredi, i quali possono farsi assistere da un difensore, il provvedimento è dato con ordinanza in camera di consiglio ed è soggetto a ricorso per cassazione, Il ricorso deciso dalla Sezione della Suprema Corte di cassazione indicata nell'art. 6 del decreto legislativo Luogotenenziale 27 luglio 1944, n. 159.

Le richieste di confisca già avanzate dall'Alto Commissario per le sanzioni contro il fascismo, a norma dell'art. 1 del decreto legislativo Luogotenenziale 31 maggio 1945, n. 364, seguono il loro corso».

Si trattava di una confisca particolarmente gravosa in quanto incideva l'intero patrimonio e si trasmetteva agli eredi. La natura giuridica dell'istituto è stata fortemente discussa: per alcuni si trattava di una vera e propria pena, per altri di una misura di sicurezza o ancora di una sanzione civile. La questione ebbe grande risalto e condusse a una pronuncia della Corte Costituzionale (la sentenza del 25 maggio 1961, n. 29) che qualificò la confisca in esame come «misura amministrativa finanziaria a carattere restitutorio e riparatorio», escludendone la natura punitiva.

Per una ricostruzione del dibattito sulla natura della confisca antifascista si rinvia a VASSALLI, *La confisca dei beni*, Padova, 1951, p. 7 ss. il quale accoglie la tesi della natura punitiva della confisca in

disposizione costituzionale che la prevedeva.

4. *Conclusioni.* – All’esito di questa prima analisi dell’istituto confiscatorio emerge una straordinaria varietà di tipologie dello stesso che difficilmente può giungersi a una accurata analisi di ciascuna di esse. La confisca per quanto possa agevolmente distinguersi da altre misure patrimoniali, resta tuttavia connotata da una forte polifunzionalità. Ciò rende arduo da un punto di vista ermeneutico procedere a una classificazione soddisfacente delle figure di confisca previste dall’ordinamento giuridico. Eppure vari sono i criteri che possono essere utilizzati per il predetto scopo. Si potrebbe valorizzare la finalità precipua, preventiva o repressiva, di ciascuna ipotesi confiscatoria; si potrebbe dare rilievo alla natura dell’interesse protetto dalla misura patrimoniale o, ancora, alla natura del soggetto competente ad applicarla. A ben vedere, tuttavia, ogni tentativo di ricostruzione sistematica di un istituto deve partire dall’analisi del dato normativo e avere una chiara utilità ai fini applicativi. Altrimenti si incorrerebbe nel noto rischio di addivenire a concettualizzazioni aventi una funzione puramente estetica e fini a se stesse.

Pertanto – *de iure condito* – occorre ricercare un criterio che consenta di ricollegare a ciascuna ipotesi di confisca uno statuto giuridico più o meno completo, quanto meno in relazione ai principi fondamentali che devono permeare la materia. E in effetti in tale direzione si è mossa la prevalente dottrina che si è occupata del tema. Ciò che si cercherà di fare è proporre una classificazione che non si fermi esclusivamente alla dicotomia pena-misura preventiva che appare ormai eccessivamente riduttiva anche alla luce della giurisprudenza convenzionale e della legislazione europea in materia di misure confiscatorie e di sanzioni amministrative.

Ciò premesso, l’analisi verterà essenzialmente sulle confische inerenti al diritto criminale, inteso come complesso di norme aventi come scopo la prevenzione e la repressione dei fatti preveduti come reato dall’ordinamento giuridico. Una comprensione del presente esige, tuttavia, una comprensione anche del passato. È necessario pertanto procedere a una disamina degli sviluppi che l’istituto della confisca ha avuto nel corso dei secoli. Successivamente si tenterà una ricostruzione teorica del sistema delle sanzioni giuridiche, così da predisporre un possibile strumento di cognizione del quadro normativo vigente in materia di confisca *lato sensu* penale.

esame; BERNIERI, *La confisca dei beni dei fascisti e dei collaborazionisti*, in *Arch. pen.*, II, 1946, p. 446; CARAVITA, *La confisca dei beni nelle leggi sulle sanzioni contro il fascismo*, in *Foro it.*, II, 1947, c. 163.

CAPITOLO II

L'EVOLUZIONE STORICA DELLA CONFISCA.

SOMMARIO: 1. La confisca nel diritto romano. – 2. La confisca nel diritto intermedio. – 3. La confisca nel diritto moderno: i secoli XVII e XVIII e la critica di Cesare Beccaria. – 4. La confisca nel secolo XIX. Il progressivo abbandono della confisca generale dei beni. – 5. La confisca nel codice Zanardelli del 1889. – 6. La confisca nella legislazione successiva. Il ritorno della confisca generale dei beni e l’emanazione del codice Rocco. – 7. La confisca nella legislazione più recente: la frantumazione del modello codicistico. – 7.1. La confisca negli anni '70 e '80 del Novecento: nasce la confisca di prevenzione. – 7.2. La confisca negli anni '90 del Novecento: nasce la confisca “allargata”. – 7.3. La confisca all’alba del terzo millennio: si afferma la confisca per equivalente. – 8. Conclusioni

1. La confisca nel diritto romano. – La confisca rappresenta uno dei pochi istituti che, comparso sin dai tempi più antichi della storia dell’umanità, è sopravvissuto nel corso dei secoli, mantenendo intatti i suoi caratteri essenziali. La confisca, come istituto di diritto criminale, ha fatto la sua comparsa già nel diritto romano arcaico³⁵. In origine la confisca dei beni era strettamente connessa all’istituto di matrice religiosa della *consecratio*. Nei primordi della società romana la comunità interveniva di rado nella repressione dei crimini, la quale veniva per lo più devoluta alla vendetta privata. Tuttavia, in casi particolari, quando il fatto criminoso era tale da alterare la *pax deorum*, ossia il rapporto di concordia che doveva perennemente sussistere tra uomini e dei, la comunità interveniva per ristabilire l’ordine turbato attraverso l’irrogazione di sanzioni religiose. In tal modo veniva placata l’ira degli dei. I fatti meno gravi comportavano per il trasgressore l’obbligo di un’offerta espiatoria – *piaculum* – consistente nel sacrificio di un animale o nella devoluzione di un emolumento patrimoniale a profitto del culto della divinità offesa.

³⁵ Sulla confisca nel diritto romano si rinvia per approfondimenti a BRASIELLO, voce *Confisca (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 35 ss.; GIUFFRÈ, *Il «diritto penale» nell’esperienza romana*, Napoli, 1989, p. 53 ss; ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 2006, p. 172, 257.

Le infrazioni più gravi non ammettevano espiazione, sicché il trasgressore veniva chiamato a rispondere con la sua persona, ed eventualmente con i suoi beni, alla divinità offesa. In tal caso si poteva incorrere nella *consecratio capitis et bonorum* del colpevole. Essa importava l'allontanamento del reo dalla società, abbandonandolo così alla vendetta del dio offeso. Egli finiva così per perdere ogni tutela giuridica della sua persona e del suo patrimonio³⁶. La confisca pertanto, in età arcaica, più che costituire uno strumento preciso di repressione criminale, era una naturale conseguenza dell'espulsione del colpevole dalla comunità giuridica e assumeva così carattere generale. Ciò – ovviamente – non valeva a disconoscere alla stessa un carattere tendenzialmente punitivo.

Nel corso del periodo repubblicano la confisca conservò questo connotato di 'effetto naturale' di altra sanzione principale che veniva comminata per i crimini più gravi. In particolare, essa era la conseguenza inevitabile dell'*interdictio aquae et ignis* cui poteva essere sottoposto un condannato nell'ambito dei giudizi comiziali. L'accusato aveva la facoltà di abbandonare volontariamente il territorio cittadino e di recarsi in volontario esilio presso altra città, purché vi si decidesse prima che nello spoglio dei voti dell'assemblea si raggiungesse la maggioranza necessaria per la condanna. Ove ciò fosse accaduto, l'assemblea, su proposta del magistrato che la presiedeva, pronunciava l'*interdictio aquae et ignis*, che importava la perdita della cittadinanza e la *publicatio bonorum*, ossia la confisca generale dei beni dell'esule³⁷.

La confisca non rimase estranea agli sconvolgimenti politici dell'epoca tardo-repubblicana e degenerò ben presto in strumento di sopraffazione politica, consentendo di privare gli avversari politici di ogni possibile risorsa economica³⁸.

³⁶ In tal modo si rendeva lecita l'uccisione stessa del colpevole, venendo meno l'obbligo giuridico in capo ai consociati di astenersi dal cagionare la morte di quello. Tuttavia la *consecratio* non implicava la necessità di ristabilire l'armonia con gli dei attraverso il sacrificio rituale del colpevole, sicché essa, pur conducendo normalmente alla morte di questo, non autorizzava di per sé l'immolazione ad opera degli organi della comunità giuridica.

³⁷ ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano*, cit., p. 172, il quale evidenzia come la facoltà dell'imputato di optare per l'esilio volontario non costituiva l'oggetto di un vero e proprio diritto soggettivo. Invero l'ordinamento giuridico lasciava al magistrato che presiedeva l'assemblea una larga discrezionalità nella concessione dell'esilio, sicché nulla poteva escludere che questo beneficio fosse negato. In ogni caso la concessione dell'esilio era prassi diffusa tanto da condurre Polibio a definirla «lodevole e degna di nota».

³⁸ SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1989, p. 26 e 117. Descrive efficacemente l'uso drammatico che delle confische si fece in epoca sillana MOMMSEN, *Storia di Roma*, VI, Milano, 1973, p. 108: «Silla, per considerazioni politiche, dispose che i cittadini ragguardevoli prendessero parte all'asta; molti vi si affollavano intorno spontaneamente (...). In tali condizioni era inevitabile la più rilassata amministrazione; del resto era in certo qual modo una pratica adottata dal governo romano quella di alienare all'ingrosso i beni confiscati a profitto dello Stato contro una somma fissata (...). L'indignazione era grande e giusta; ancora durante la reggenza di Silla un avvocato domandò se la nobiltà avesse fatta la guerra civile soltanto per arricchire i suoi liberti e i suoi schiavi. Malgrado queste malversazioni, il ricavo totale dei beni confiscati ammontò a 350 milioni di sesterzi, ciò che dà un'idea approssimativa dell'estensione delle confische, le quali colpirono particolarmente la classe più ricca dei cittadini. Era una terribile punizione! Non si facevano più processi, non si parlava più di grazia; un cupo terrore aveva invaso tutto il paese e tanto nella capitale come nelle province la libera parola era ammutolita».

Con l'avvento del Principato la confisca – detta *ademptio bonorum*³⁹ – si consolidò nel sistema delle sanzioni giuridiche e assunse definitivamente i tratti di una vera e propria pena accessoria, ricollegata a pene principali di carattere corporale o eliminativo⁴⁰. In tale contesto la confisca divenne, oltre che totale, anche parziale.

Nel periodo postclassico il diritto criminale fu ispirato da una forte esigenza repressiva. Le fattispecie qualificate come *crimina* aumentarono e le pene subirono un generale inasprimento. Larga diffusione ebbe l'esilio nelle due forme della *deportatio* (normalmente *in insulam*) e della *relegatio*. La *deportatio* era la forma più grave e comportava, oltre alla perdita della *civica*, anche la *proscriptio*, ossia la confisca generale dei beni, salvo il diritto dei familiari del condannato a conservare una quota del patrimonio di questo. La confisca, più in generale, oltre a restare una pena accessoria rispetto a talune pene particolarmente gravi – al di là della summenzionata *deportatio*, era prevista anche per la condanna a morte o *ad metalla* – iniziò a configurarsi in taluni casi come pena principale. Ciò spinse per una accentuazione considerevole della funzione repressiva della confisca, che – come è stato notato in dottrina⁴¹ – non mancò di assurgere anche a vera e propria pena esemplare.

L'analisi della confisca nel diritto romano consente di giungere a una prima serie di considerazioni in relazione ai caratteri che essa assunse nelle sue prime forme di manifestazione come fenomeno giuridico.

Innanzitutto la confisca assunse sin dalle origini una chiara natura di pena criminale. In particolare, essa si pose per lo più come pena accessoria che si aggiungeva a pene principali di carattere eliminativo o corporale. Dapprima si configurò come naturale conseguenza dell'espulsione del condannato dalla compagine sociale e solo in un momento successivo essa assunse un'autonoma dignità di pena, in funzione eminentemente repressiva.

Questa connotazione repressiva segnerà la configurazione della confisca anche nelle epoche successive a quella romana. La particolare afflittività della misura e il forte rischio che essa venga piegata a logiche persecutorie condurranno a configurare la confisca come misura giudiziale, ossia come misura che richiede necessariamente il passaggio attraverso un processo di natura criminale.

Infine, anche nel diritto romano, la confisca si caratterizzò immediatamente per la destinazione erariale dell'apprensione dei beni. I cespiti che venivano acquisiti tramite la misura confiscatoria erano attratti all'*Aerarium* – in quanto beni devoluti al popolo romano – e successivamente al *Fiscus*. Ciò ne accentuava il carattere

³⁹ ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, cit., p. 257

⁴⁰ ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, cit., p. 256, il quale sostiene l'esistenza di due paralleli sistemi sanzionatori nell'epoca del principato, frutto della sovrapposizione dell'ordinamento facente capo al *princeps* su quello tradizionale repubblicano. L'Autore evidenzia che «mentre nella giurisdizione delle *quaestiones* si continuano ad applicare i miti e limpidi principii repubblicani, la *cognitio* crea tutta una gradazione di pene, gravi in generale e talvolta efferate, nelle quali più che in ogni altro istituto si manifesta, sotto le sembianze protettrici del Principato, la lenta degradazione del cittadino a suddito».

⁴¹ GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli, 1997, p. 128.

spiccatamente repressivo e l'allontana dal paradigma delle pene ricollegate ai *delicta* che avevano funzione prevalentemente riparatoria del danno criminale ritenuto a rilevanza meramente privata.

2. *La confisca nel diritto intermedio.* – Il diritto criminale romano – a differenza del diritto privato – non raggiunse livelli teorici e tecnici particolarmente elevati. Esso si contraddistinse per la sua brutalità e per il carattere particolarmente efferato delle sue pene⁴². L'opera della giurisprudenza romana fu alquanto marginale e non incise in modo particolare sul suo sviluppo. Ciò impedì al diritto penale romano di assurgere a modello di riferimento per le codificazioni barbariche dei secoli successivi.

I sistemi punitivi emersi nel diritto medievale non subirono pertanto un'influenza notevole dal diritto romano, come invece avvenne per il diritto privato in cui la giurisprudenza romana divenne ben presto una fonte inesauribile di sapienza giuridica. Ciò del resto non deve sorprendere. Il diritto criminale è stato da sempre il settore dell'ordinamento giuridico in cui le esigenze di effettività dell'ordinamento giuridico si avvertono con maggiore gravità. E tali preoccupazioni del legislatore hanno prevalso – anche se non sempre – su ogni altra considerazione teorica o scientifica. Peraltro – con specifico riferimento all'esperienza medievale – l'involuzione culturale prodotta dalle invasioni barbariche di certo non aiutò una compiuta elaborazione di una scienza giuridica criminale⁴³.

Ad ogni modo il diritto punitivo medievale si caratterizzava per una netta rottura con la precedente esperienza romana. Nell'alto medioevo le invasioni barbariche condussero al collasso delle istituzioni imperiali, compresi gli stessi apparati giudiziari. Ciò provocò un decentramento normativo dell'ordinamento giuridico sia dal punto di vista statico – cioè in relazione all'ambito spaziale e personale di applicazione delle norme giuridiche – che da quello dinamico – cioè in relazione alle modalità di produzione e applicazione delle norme giuridiche⁴⁴. All'amministrazione accentrata della giustizia penale si sostituì la vendetta privata che fece così il suo ritorno sulla scena del diritto criminale. Essa si configurava come

⁴² TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989, p. 680, il quale evidenzia come nel basso impero la pena di morte fosse molto frequente e le pene corporali particolarmente praticate, così come le confische. Del resto proprio per “umanizzare” il sistema delle sanzioni penali, furono emanate delle novelle che mitigarono il rigore delle pene corporali, nonché delle confische. Al riguardo viene citata la Novella 17. 12, a. 535 secondo cui il peccato e le sue conseguenze debbono gravare sui proprietari dei beni, e non sui beni stessi; ciò viene affermato allo scopo di non pregiudicare i successori del condannato. Ciò consente di desumere la brutalità con cui venivano comminate le confische nel periodo del tardo impero.

⁴³ Per una accurata ricostruzione delle vicende che condussero ai regni romano-germanici e per una valutazione delle vicende giuridiche a esse connesse: ASCHERI, *Lezioni di storia del diritto nel medioevo*, Torino, 2007, p. 9 ss.

⁴⁴ I concetti di decentramento statico e dinamico dell'ordinamento giuridico sono ripresi dalla concezione normativistica del diritto. Sul punto si rinvia a KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 2009, p. 308 e ss.

vero e proprio diritto della persona offesa, sicché non si trattava di una riprovevole pretesa privata o di un eccesso socialmente tollerato, bensì di un atto giuridicamente autorizzato dall'ordinamento giuridico e, dunque, di un atto di applicazione delle norme giuridiche penali. La vendetta privata divenne mezzo ordinario di giustizia. Ciò riposava sulla convinzione – risalente alle tradizioni germaniche – che i delitti che offendevano esclusivamente beni della persona fossero affari privati e – come tali – coinvolgessero esclusivamente i privati.

Scopo della vendetta era la soddisfazione della persona offesa. Tuttavia essa non era priva di inconvenienti gravi per la vita associata. Così i pubblici poteri la sfavorirono, orientando i consociati verso pratiche di soddisfazione alternative. In tale ottica particolare rilevanza assunsero le pene patrimoniali, concepite proprio come mezzo di riparazione dell'offesa prodotta dal delitto. Esse erano idonee a porsi come pene sostitutive della vendetta privata. La giustizia penale medievale si configurava così – nelle sue origini – come una giustizia 'negoziata', finalizzata alla soddisfazione della persona offesa in chiave di prevenzione della vendetta privata.

In tale prospettiva si collocava la confisca dei beni che manteneva il suo connotato di pena patrimoniale accessoria, cumulabile alla pena di morte e alla pena dell'esilio⁴⁵. L'istituto confiscatorio comparve nelle legislazioni dei Carolingi e delle repubbliche presenti nella penisola italiana⁴⁶.

Nel corso dei secoli la pena criminale andò sganciandosi progressivamente dalla tradizionale logica della vendetta, divenendo quest'ultima sempre più inconciliabile con l'accentramento prodotto dalla nascita delle Signorie. Il diritto criminale del tardo medioevo assunse come suo scopo fondamentale la fedeltà dei sudditi verso il potere costituito, cui era dovuta una cieca obbedienza. I governi cittadini capirono che la giustizia penale era un decisivo mezzo di governo, che non poteva essere ridotto a una logica puramente privata. Si ebbe così una forte pubblicizzazione del diritto criminale. A ciò si accompagnò una sua maggiore recrudescenza⁴⁷. La confisca non solo conservò un posto di rilievo nel sistema delle sanzioni giuridiche, ma accentuò i suoi caratteri afflittivi. Essa perse la logica riparatoria che aveva assunto – anche se restava una logica massimamente secondaria – e si caricò di una funzione essenzialmente punitiva, in chiave general preventiva.

⁴⁵ SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1930, p. 665.

⁴⁶ SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, cit., p. 666, ove si ricorda che in Istria l'omicidio era punito con la pena di morte e la confisca dei beni del reo, i quali venivano divisi tra il Fisco – in chiave punitiva – e gli eredi dell'ucciso – in chiave riparatoria.

⁴⁷ Così i delitti di lesa maestà, di cospirazione, di tradimento vennero puniti con pene esemplari che andavano dalla confisca dei beni fino alla distruzione delle case e dei raccolti e all'infamia. Sul punto NUNZIATA, *La confisca nel codice penale italiano*, cit., p. 46 adduce a titolo esemplificativo la legislazione penale emanata sotto il regno di Federico II, connotata dalla sua estrema brutalità: si prevedeva il rogo per gli eretici e la confisca per gli apostati; il taglio della lingua per gli apostati e la confisca dei beni per gli usurari.

Anche il diritto canonico prevedeva inizialmente figure sanzionatorie assimilabili alla confisca come l'obbligo per il colpevole di rilasciare i suoi beni ai poveri o alle chiese. Successivamente comparve anche la confisca come pena ricollegata al delitto di eresia. Sul punto SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, cit., p. 673.

La natura punitiva, il suo porsi come pena esemplare, la sua connotazione spiccatamente pubblicistica – la confisca implicava pur sempre la devoluzione dei beni al signore o alla comunità⁴⁸ – e il suo ampio ambito applicativo erano i caratteri essenziali della confisca come delineata nelle legislazioni criminali del basso medioevo.

3. *La confisca nel diritto moderno: i secoli XVII e XVIII e la critica di Cesare Beccaria.* – L'alto tasso di crudeltà delle pene e la finalità intimidatoria delle stesse continuò a caratterizzare l'intero sistema sanzionatorio fino alla fine del XVIII secolo. Anzi le pene previste dalla legislazione medievale videro aumentare il loro tasso di afflittività e moltiplicare rapidamente le loro modalità di esecuzione⁴⁹. La confisca dei beni continuò a costituire una delle principali pene patrimoniali e andò definitivamente consolidandosi a partire dal XVI secolo. Solo agli albori dell'età moderna i giureconsulti iniziarono ad affrontare alcune questioni legate alla confisca dei beni. Così, a titolo esemplificativo, ci si chiedeva se la confisca dovesse colpire tutti i beni posseduti dal reo al momento della condanna o anche quelli acquisiti successivamente; quali tutele dovessero essere offerte ai creditori del condannato; quali diritti andavano garantiti agli eredi e alle mogli dei condannati.

Sebbene prevista costantemente nelle legislazioni moderne, i giureconsulti iniziarono a nutrire forti perplessità sulla pena della confisca e tentarono di limitarla il più possibile⁵⁰. Ciò non calmò gli animi dei giuristi che, con l'avvento dell'Illuminismo e delle nuove idee che emergevano nelle scienze criminali, attaccarono in modo veemente la confisca. In particolare, il vero problema che la confisca poneva nella costruzione di un moderno diritto penale, basato sulla responsabilità individuale, era la sua idoneità a colpire un'intera famiglia per le colpe di uno solo.

⁴⁸ CADOPPI, *Storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato.*, s.l., 2014, p. 18, il quale evidenzia come la confisca aveva anche una mal celata finalità economica. Invero essa era uno degli strumenti principali attraverso il quale lo Stato incrementava le proprie entrate e i signori feudatari acquisivano nuovi territori e nuovi possedimenti-

⁴⁹ CADOPPI, *Storia e comparazione*, cit., p. 14 ss. illustra il sistema sanzionatorio che caratterizzò i sistemi giuridici fino all'età post-illuministica. Largamente diffusa era la pena di morte, la quale presentava una straordinaria varietà di forme esecutive: dalla decapitazione (per i nobili), alla soffocazione nel limo, all'annegamento, alla lapidazione, allo squartamento, al rogo, all'uccisione sotto le ruote. Particolarmente crudeli erano altresì le pene corporali. Negli statuti dell'epoca si rinvenivano ipotesi di amputazione di una mano, di taglio del naso o di un labbro, di estirpazione di un occhio. Oltre allo scopo di terrorizzare il popolo, simili pene avevano anche la funzione di neutralizzare la pericolosità del condannato, rendendolo inabile a commettere nuovi reati della stessa specie nel futuro. Praticato era altresì il carcere, che veniva eseguito in luoghi malsani e privi di aria. Varie erano altresì le pene che limitavano la libertà di movimento del condannato. Oltre alla pena carceraria, molto diffuse erano le pene dell'esilio, della deportazione e della relegazione e la galera. Il bando era spesso sostitutivo della pena di morte per i contumaci e implicava il divieto di ritornare in patria. Diffuse erano altresì le pene ignominiose o derisorie, come la gogna e la berlina.

⁵⁰ Si veda in merito il passo di FARINACIUS, tratto dalla sua opera *Praxis et theoricæ criminali* riportata da MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Torino, 1981, p. 133.

Uno dei maggiori oppositori dell'istituto della confisca fu Cesare Beccaria. La critica beccariana fu tale da lanciare una grave ombra di sospetto sulla confisca nei secoli successivi e ancora oggi costituisce il punto di partenza di ogni analisi critica dell'istituto. In relazione alla confisca quale pena accessoria rispetto al bando, sostiene Beccaria: «*La perdita del tutto sarà quando il bando intimato dalla legge sia tale che annienti tutt'i rapporti che sono tra la società e un cittadino delinquente; allora muore il cittadino e resta l'uomo, e rispetto al corpo politico deve prodursi lo stesso effetto della morte naturale. Parrebbe dunque che i beni tolti al reo dovessero toccare ai legittimi successori piuttosto che al principe, poiché la morte ed un tal bando sono lo stesso riguardo al corpo politico*»⁵¹. In sostanza la confisca dei beni ha una connotazione strutturale che la conduce a colpire i familiari del reo che, essendo estranei al reato, non dovrebbero subire conseguenze negative dalla condanna. Tale carattere rende intrinsecamente ingiusto l'istituto confiscatorio, in quanto – come sottolinea Beccaria - «*le confische mettono un prezzo sulle teste dei deboli, fanno soffrire all'innocente la pena del reo e pongono gl'innocenti medesimi nella disperata necessità di commettere delitti*». Dunque – secondo l'illustre Autore – la confisca dei beni, non solo è gravemente sproporzionata rispetto al crimine e dunque iniqua, ma possiede anche una inevitabile carica criminogena, in quanto riduce in povertà la famiglia del condannato.

La forza della critica beccariana non tardò a manifestarsi, sebbene non mancassero voci a soccorso dell'istituto confiscatorio⁵². Pietro Leopoldo di Toscana abolì la confisca come pena patrimoniale nel codice penale del 1786 (c.d. Leopoldina) e seguì tale esempio anche il codice penale austriaco del 1803. Al contrario la legislazione francese mantenne la confisca nel sistema delle sanzioni giuridiche fino a quando non fu abolita nel corso dell'ottocento.

4. La confisca nel secolo XIX. Il progressivo abbandono della confisca generale dei beni. – L'ottocento è il secolo delle grandi codificazioni in materia penale. I principi partoriti dalla filosofia illuministica iniziano a trovare una generale attuazione nelle legislazioni criminali dei paesi europei.

Tutto ciò fu possibile grazie all'apporto teorico fornito dagli studiosi di diritto penale che segnarono l'evoluzione della scienza penale del XIX secolo. In tale contesto, si collocava, in Italia, la nota “Scuola classica” che ebbe in Giovanni Carmignani e in Francesco Carrara i suoi più illustri esponenti. Muovendo dal postulato del libero arbitrio, essa poneva a fondamento del diritto penale la responsabilità morale del soggetto quale rimproverabilità per il fatto commesso, con la conseguenza che la pena veniva concepita come retribuzione del male compiuto e,

⁵¹ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Franco Venturi, Torino, 1994, § XXV.

⁵² FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, Libro III, c. 46, citato da MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 134, che giustificava l'uso della confisca dei beni almeno per i reati più gravi come quelli di lesa maestà.

come tale, afflittiva, personale, proporzionale e determinata⁵³.

In una simile concezione della pena criminale la confisca generale dei beni cominciava a vacillare nel suo stesso fondamento etico e politico. Essa appariva sproporzionata rispetto al male commesso e inconciliabile con una concezione individuale della responsabilità penale, posto che «*pecca di aberrazione in quanto colpisce i figli innocenti più che il colpevole*»⁵⁴. La confisca era concepita come una mera sanzione criminale a contenuto pecuniario che appariva giustificabile solo in quanto non colpisse l'intero patrimonio del condannato.

Le codificazioni ottocentesche non rimasero insensibili alle nuove idee maturate in seno alla scienza penalistica. L'istituto confiscatorio si conservò all'interno dei codici penali che vennero progressivamente a sorgere nei vari paesi europei, ma si ridussero drasticamente le ipotesi di confisca generale dei beni.

Dopo la Restaurazione, la confisca generale dei beni rimase estranea al codice delle Due Sicilie⁵⁵ e a quello parmense⁵⁶; tuttavia fu mantenuta, limitatamente ai delitti di Stato, nel Regolamento pontificio gregoriano del 1832⁵⁷. Nella legislazione piemontese fu Carlo Alberto, con le Regie patenti del 1831, a sancire il superamento della confisca generale⁵⁸, pur introducendo la pena della confisca speciale.

Il codice toscano del 1853 e il codice estense del 1855, seguendo l'esempio piemontese, introdussero la confisca speciale degli strumenti e del frutto del delitto nella titolarità del colpevole⁵⁹.

La critica illuministica della confisca generale dei beni influenzò altresì il codice penale sardo del 1859, il quale con l'unità d'Italia venne esteso a tutto il territorio del neonato stato italiano, assumendo così il nome di codice sardo-italiano⁶⁰. Il codice suddetto non prevedeva la confisca generale dei beni, bensì

⁵³ Per uno scorcio delle scuole di pensiero che contraddistinsero la scienza penalistica nell'ottocento: CADOPPI, *Storia e comparazione*, cit., p. 35 ss.. Per una analisi della figura di Carrara nella storia del pensiero penalistico: CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, 1988; COTTA, *Il pensiero di Francesco Carrara nell'incontro tra filosofia e scienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 882 ss..

⁵⁴ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, a cura di Bricola e Nobili, Bologna, 1993, § 690.

⁵⁵ STILE, *Il codice penale del 1819 per lo Regno delle Due Sicilie*, in VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1993, p. 190.

⁵⁶ CADOPPI, *Il codice penale parmense del 1820*, in VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari*, cit., p. 236 ss..

⁵⁷ FIORAVANTI, *Il regolamento penale gregoriano*, in VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari*, cit., p. 292 ss..

⁵⁸ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 135 che riporta testualmente il contenuto dell'art. 5 dell'atto legislativo su menzionato: «Resta abolita la confisca generale dei beni; nei casi in cui la confisca è accessoria ad altra pena, verrà rimpiazzata da una multa non eccedente il valore del danno cagionato dal delitto; nel caso che la confisca costituisca la sola pena portata dalla legge, verrà sostituita con la pena del carcere da uno a quattro anni e da una multa che non eccederà la metà dei danni risultanti dal delitto».

⁵⁹ Sul punto si rinvia a MARTINI, *Il codice penale estense del 1855*, in VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari*, cit., p. 327.

⁶⁰ Per un'analisi critica del codice sardo del 1859: VINCIGUERRA, *I codici sardo-piemontesi del*

solamente quella speciale avente ad oggetto cose determinate e pertinenti al reato.

In particolare, l'art. 74 stabiliva che la confisca dovesse comminarsi:

– in caso di condanna per il corpo del reato e per le cose che «hanno servito o furono destinate a commetterlo», purché non fossero nella titolarità di terzi estranei al reato;

– in ogni caso in relazione alle cose «di cui la legge proibisce la ritenzione, l'uso od il porto», quantunque appartenenti a terzi;

– nelle contravvenzioni di polizia la confisca era ammessa solo nei casi espressamente previsti dalla legge.

Il precedente rappresentato dal codice sardo del 1859 si rivelò determinante per le scelte politico-criminali operate nel successivo codice Zanardelli.

5. *La confisca nel codice Zanardelli del 1889.* – A seguito dell'estensione del codice sardo alle nuove province italiane, iniziarono i lavori per la compilazione del primo autentico codice penale unitario. Tale codice conobbe la luce nel 1889 e passò alla storia come “codice Zanardelli” dal nome del Ministro della Giustizia allora in carica, Giuseppe Zanardelli.

Il codice ebbe come modelli il codice sardo-italiano del 1859 e il codice toscano del 1853. È tuttora ricordato per l'abolizione della pena di morte e per una generale mitezza delle pene. Esso concretizzò sul piano penalistico la nuova ideologia liberale che contraddistingueva il sistema politico italiano postunitario⁶¹.

In siffatto quadro la disciplina della confisca si allineava alle nuove tendenze promosse dalla scienza penalistica classica. Essa era collocata nel titolo III del Libro I, rubricato “degli effetti e della esecuzione delle condanne penali”. In particolare, l'art. 36 statuiva che, nel caso di condanna, il giudice *poteva* ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il delitto, e delle cose che ne erano il prodotto, purché non appartenenti a persone estranee al delitto. Tuttavia, qualora si fosse trattato di cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o vendita costituisse reato, la confisca diveniva *obbligatoria*, a prescindere dall'appartenenza a terzi estranei al reato e dalla pronuncia della stessa condanna. Peraltro in forza dell'art. 85 la morte del condannato non precludeva l'esecuzione delle confische.

Dunque, nel quadro delineato dal codice Zanardelli, la confisca perse definitivamente il suo carattere generale, divenendo invece speciale. Essa poteva avere ad oggetto solamente beni che con il delitto si trovassero in una relazione qualificata: in primo luogo essi potevano coincidere con lo *strumento* o il *prodotto* dell'illecito, ossia con cose che si trovavano con quest'ultimo in un rapporto di

1839 e del 1859, in ID. (a cura di), *I codici preunitari*, cit., p. 359 ss..

⁶¹ Per una disamina delle novità arretrate dal codice Zanardelli: MOCCIA, *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del codice Zanardelli*, in VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari*, cit., p. 565 ss..

pertinenzialità; altrimenti doveva trattarsi di cose *intrinsecamente illecite*, ossia di cose attinte da vicende giuridiche che le hanno attratte irreversibilmente nell'orbita dell'illiceità e che, di conseguenza, erano assoggettate a confisca anche se appartenenti a terzi.

Il codice Zanardelli introdusse un modello di confisca assai peculiare per i tempi tanto da destare dubbi circa la reale natura punitiva dell'istituto. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti risposero in modo negativo al quesito. Si riteneva che la confisca costituisse un «complemento, surrogato, accessorio di pena»⁶² ovvero uno strumento volto a rafforzare la pena e avente «uno scopo affine» a questa⁶³.

Tali conclusioni erano sostenute sulla base di una serie di argomentazioni. La confisca – ove obbligatoria – poteva essere irrogata anche a carico di terzi e ciò era ritenuto incompatibile con la natura personale e retributiva della sanzione penale. A tutto ciò si aggiungeva che la confisca poteva essere eseguita anche in caso di morte del condannato, il che rafforzava la convinzione che non si trattasse di una sanzione penale.

L'idea che la confisca non costituisse una pena implicava logicamente delle conseguenze molto importanti: la stessa poteva essere ordinata dal giudice di appello anche su ricorso dell'imputato; inoltre, in caso di concorso di reati, il regime applicativo della confisca restava inalterato⁶⁴.

La disciplina appena descritta fissata nel codice Zanardelli influenzò molto il successivo quadro delineato dal codice Rocco del 1930; e ciò non solo in relazione all'oggetto della confisca, ma anche all'ambiguità di fondo che caratterizzava la natura stessa dell'istituto. Ciò stimolò probabilmente la poliedricità dell'istituto che emerse soprattutto nella legislazione repubblicana.

6. La confisca nella legislazione successiva. Il ritorno della confisca generale dei beni e l'emanazione del codice Rocco. – Con l'avvento del codice Zanardelli sembrarono superati i tempi della confisca totale dei beni, ormai ritenuta un relitto storico delle epoche pre-illuministiche. A dispetto della chiara scelta operata dal legislatore penale del 1889, la successiva legislazione reintrodusse varie ipotesi di confisca generale. Ciò probabilmente fu dovuto alle tensioni sociali insorte agli inizi del XX secolo, a cavallo tra le due guerre mondiali.

Essa era prevista come pena per i disertori dall'art. 2 del d.lgt. 10 dicembre 1917, n. 1952. Successivamente la confisca dei beni era prevista da molte leggi fasciste degli anni Venti⁶⁵. A titolo esemplificativo si può ricordare l'art. 5 della l. 25 novembre 1926, n. 2008, sulla difesa dello Stato. Si prevedeva la punizione per il cittadino che, fuori del territorio dello Stato, diffondeva o comunicava, sotto

⁶² MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, p. I, Torino, 1913, p. 116.

⁶³ MANZINI, *Istituzioni di diritto penale italiano*, Torino, 1913, p. 127 ss.

⁶⁴ MAJNO, *Commentario*, cit., p. 82.

⁶⁵ Tali esempi sono menzionati da MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 136, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

qualsiasi forma, voci o notizie false, esagerate o tendenziose sulle condizioni interne dello Stato, per modo da menomare il credito o il prestigio dello Stato all'estero o svolgeva comunque una attività tale da recar nocimento agli interessi nazionali. In caso di condanna contumaciale si prevedeva la perdita della cittadinanza e la confisca di tutti i beni⁶⁶. Un'ipotesi singolare di confisca era altresì contemplata dalla l. 31 gennaio 1931, n. 108 (articolo unico). In caso di perdita della cittadinanza per la commissione di fatti, anche non costituenti reato, diretti a turbare l'ordine pubblico nel Regno o il prestigio dell'Italia, si consentiva anche la confisca dei beni nei casi più gravi. Come ha sottolineato la dottrina⁶⁷, non si trattava di una ipotesi di pena criminale, quanto invece di una misura di polizia, potendo essere comminata anche per fatti non costituenti reato.

L'avvento del nuovo codice penale (c.d. codice Rocco) ha segnato un punto di svolta nella disciplina dell'istituto confiscatorio e, sebbene abbia introdotto alcune innovazioni, non si è discostato molto dalle linee direttive già tracciate dal precedente codice Zanardelli. In via principale, e senza pretesa di approfondimento, può dirsi che il nuovo codice:

a) ha mantenuto la distinzione tra la confisca facoltativa e quella obbligatoria sulla scia del codice Zanardelli;

b) ha ampliato l'ambito oggettivo di operatività dell'istituto, consentendo la confisca non solo degli strumenti del reato, del prodotto del reato e delle cose intrinsecamente illecite, ma altresì del prezzo e del profitto del reato;

c) ha mantenuto come presupposto della confisca la pronuncia di una condanna, ma ha esteso la confisca facoltativa anche alle contravvenzioni;

d) ha inserito la confisca tra le misure di sicurezza, essendo preordinata al contrasto della cosiddetta "pericolosità reale".

Alla confisca prevista nel codice penale del 1930 si dedicherà una apposita trattazione in seguito⁶⁸. Ciò che occorre sottolineare sin da subito è invece la sorte spettata alla confisca generale dei beni. Sebbene in origine essa fosse stata inserita nel Progetto preliminare nell'ambito delle pene accessorie⁶⁹, successivamente è stata espunta dal testo definitivo a riprova delle resistenze culturali che tale confisca ormai

⁶⁶ La disposizione è stata abrogata successivamente dalla legge 4 giugno 1931, n. 674.

⁶⁷ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 136.

⁶⁸ V. il cap. V del presente lavoro.

⁶⁹ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Relazione ministeriale sul Libro I del Progetto*, vol. V, Roma, 1929, p. 75, in cui il Guardasigilli difende la scelta dell'introduzione della confisca e della perdita della cittadinanza nel sistema delle pene accessorie: «L'obiezione più grave che tuttora si muove contro la confisca generale dei beni ha riferimento alle aspettative dei legittimi eredi, che tale pena delude. Ma tali aspettative, di ordine familiare, devono manifestamente cedere alle ragioni, ben altrimenti più incalzanti, dello Stato, la cui esistenza sia messa in pericolo dal colpevole. Se il danno proveniente da un delitto alla famiglia del reo dovesse essere decisivo criterio di valutazione riguardo al carattere di giustizia insito nelle sanzioni penali, occorrerebbe evidentemente sopprimere qualsiasi pena pecuniaria e, in casi numerosissimi, anche le pene detentive, che sottraggono alla famiglia del condannato, non di rado, l'unico sostegno. Queste considerazioni mi hanno indotto, non solo a mantenere ferma la pena della confisca, già accolta nel Progetto preliminare, ma altresì a respingere ogni proposta che vorrebbe rendere parziale la confisca, in omaggio a una pretesa intangibilità di una quota su un'eredità non ancora aperta».

produceva nella dottrina penalistica del tempo, a causa del carattere iniquo e incivile che connotava questa misura patrimoniale. Tuttavia, la scelta del legislatore non è stata motivata da una chiara opposizione teorica e culturale alla confisca generale dei beni, come emerge chiaramente dalla Relazione ministeriale al testo definitivo del codice penale⁷⁰. Essa è stata ritenuta per lo più una misura punitiva eccezionale e come tale da riservare alle previsioni delle leggi speciali. Non ci volle molto per capire la serietà di questa convinzione del legislatore.

E infatti la confisca dei beni come pena accessoria comparve nella legge 28 luglio 1939, n. 1097, in materia di scambi, valute e commercio dell'oro. E ancora segnò drammaticamente le leggi repressive del governo repubblicano fascista, in cui la confisca assunse connotati di brutalità che sembravano appannaggio di epoche storiche ormai superate⁷¹.

La confisca generale, infine, comparve anche nelle leggi emanate contro i responsabili del regime fascista. Si tratta del noto d. lgs. lgt. 27 luglio 1944, n. 159 che all'art. 9 disponeva l'apprensione in favore dello Stato di tutti i beni dei soggetti giudicati colpevoli di collaborazionismo. A tale normativa si è fatto già cenno nel capitolo I e non occorre trattenersi ulteriormente su di essa⁷².

7. La confisca nella legislazione più recente: la frantumazione del modello codicistico. – La collocazione della confisca nell'ambito delle misure di sicurezza patrimoniali – almeno nelle intenzioni del legislatore – doveva costituire una valida sistemazione dell'istituto nel quadro del nuovo “doppio binario” cui era improntato il codice penale. In realtà il dibattito in dottrina sulla natura giuridica della confisca codicistica non tardò a nascere. In particolare, l'inquadramento sistematico

⁷⁰ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Relazione ministeriale sul testo del nuovo codice penale.*, vol. VII, Roma, 1930, p. 36-37: «Il progetto annoverava, tra le pene accessorie, la perdita della cittadinanza e la confisca generale dei beni del condannato. La Commissione parlamentare ne propose la soppressione. Io non mi sono mai dissimulato la gravità di queste pene, che soltanto impellenti ragioni di politica penale possono giustificare in determinati momenti storici: e però le avevo ammesse come una dura necessità. E ciò è tanto vero, che il progetto limitava la comminatoria di tali pene a due casi soltanto. Ora la proposta della commissione mi ha trovato già preparato ad accoglierla, non tanto per ragioni sentimentali, quanto per motivi giuridici. Da un lato la perdita della cittadinanza e la confisca generale dei beni danno luogo, nella sfera del diritto privato, a ripercussioni ed a complicazioni che conviene evitare; dall'altro, mi è sembrato che il codice penale, legge permanente e normale, possa fare a meno di queste pene, destinate a soddisfare piuttosto bisogni repressivi contingenti e transitori, mentre tale omissione non può impedire che leggi speciali, emanate appunto per sopperire a siffatti bisogni, stabiliscano le pene medesime quando le ritengano necessarie».

⁷¹ Si fa riferimento al «Decreto legislativo» 18 aprile 1944, n. 145 che comminava la pena di morte per coloro che si univano ai patrioti italiani o che a questi dessero vitto o alloggio. L'art. 4 stabiliva che la condanna per taluni dei delitti previsti dal decreto stesso importava di diritto la *confisca di tutti i beni* appartenenti al colpevole. Inoltre un successivo decreto n. 146 e coevo a quello suddetto stabiliva la confisca di tutti i beni di coloro che si erano resi responsabili di diserzione. I casi descritti costituiscono ipotesi tipiche delle aberrazioni prodotte dalla confisca generale dei beni nell'esperienza giuridica.

⁷² *Supra* nota n. 34.

nell'ambito delle misure di sicurezza è apparso ai più una scelta legislativa poco felice. Ciò soprattutto alla luce delle notevoli peculiarità che la disciplina della confisca presentava rispetto a tutte le altre misure di sicurezza e, *in primis*, a quelle personali (art. 236 c.p.). E senza dubbio tra le suddette peculiarità deve prima di tutto ricordarsi l'assenza tra i presupposti per l'applicazione della misura confiscatoria del giudizio di pericolosità sociale.

Inoltre sono state anche alcune scelte politico-criminali del legislatore a destare forti dubbi sulla reale natura della confisca. Si fa riferimento alla previsione del prezzo del reato come oggetto di confisca obbligatoria. È stato notato come il prezzo del reato non costituisca a ben vedere una conseguenza giuridica o fisica del reato, essendo oggetto di un diverso rapporto giuridico tra il reo e un terzo. E rispetto a tale rapporto la commissione del reato non si poneva come presupposto logico, bensì come condizione per la sua esecuzione. La confisca dunque assumeva una natura ambivalente in quanto non si poneva solo come mero strumento di contrasto della pericolosità insita in talune cose pertinenti al reato, ma mirava anche e soprattutto a *vanificare economicamente* la commissione del reato, facendo perdere al suo autore ogni utilità patrimoniale a quello collegata.

Per tali motivi la dottrina ha criticato e tuttora critica la scelta sistematica del legislatore penale, finendo per rinvenire nel conferimento allo strumento confiscatorio di una spiccata funzione special preventiva – unico tratto comune con le altre misure di sicurezza – «la sola ragione determinante l'inserimento nella relativa orbita»⁷³. Del resto ciò non deve stupire: come si è visto, i dubbi sulla natura giuridica della confisca penale erano già presenti nella scienza penalistica prima dell'emanazione del codice Rocco. Ciò probabilmente è dovuto alla straordinaria polifunzionalità che connota da sempre l'istituto confiscatorio, storicamente sempre a metà strada tra la pena, la sanzione civile e la misura amministrativa di polizia.

Tale ambiguità funzionale della confisca ha condotto – nei tempi più recenti – a un progressivo allontanamento dal modello codicistico, attraverso una moltiplicazione incessante dei casi di confisca che – a volte esplicitamente e altre volte implicitamente – hanno rinnegato l'inquadramento dell'istituto nel novero delle misure di sicurezza. La confisca ha iniziato così un lento ma inesorabile cammino verso il sistema delle “sanzioni accessorie”, cammino che ne ha esaltato la funzione repressiva piuttosto che quella meramente preventiva. Si è pervenuti così a una vera e propria “frantumazione” del modello codicistico della confisca, non più capace di ricomprendere tutte le ipotesi confiscatorie previste dalla nuova normativa penale.

7.1. La confisca negli anni Settanta e Ottanta del Novecento: nasce la confisca di prevenzione. – L'anzidetta “frantumazione” del modello codicistico della confisca è iniziata all'incirca negli anni Settanta del secolo scorso, periodo in cui si è assistito a un considerevole incremento delle ipotesi confiscatorie nell'ordinamento

⁷³ NUNZIATA, *La confisca nel codice penale italiano*, cit., p. 26.

giuridico. Si colloca in questo ambito la normativa sulle armi, le munizioni e gli esplosivi. In particolare, a titolo esemplificativo, può ricordarsi l'art. 6 della l. 22 maggio 1975, n. 152 che ha ricollegato la confisca obbligatoria *ex art.* 240, comma 2 c.p. a tutti i reati in materia di armi, munizioni ed esplosivi. Successivamente la l. 8 agosto 1977, n. 533 ha disposto la confisca obbligatoria dell'immobile appartenente al condannato per i reati suddetti, ove all'interno di esso fossero stati rinvenuti esplosivi, armi o altri ordigni esplosivi. Quest'ultima costituisce una misura chiaramente ambivalente, posto che la proprietà di un immobile, per quanto luogo di custodia di armi ed esplosivi, non pare essere di per sé pericoloso. La misura dunque – in tali limiti – sembrava possedere una funzione squisitamente punitiva.

Un punto di rottura più evidente con il modello tradizionale si è avuto con la confisca di prevenzione introdotta dall'art. 14 della l. 13 settembre 1982, n. 646 finalizzata al contrasto del grave fenomeno della mafia, che ha introdotto l'art. 2-*ter* nella l. 31 maggio 1965, n. 575. Tale confisca si fondava su una pluralità di presupposti:

- a) la presenza di indizi di appartenenza a un'associazione di tipo mafioso;
- b) la presenza di taluni indizi di illecita provenienza dei beni che siano nella disponibilità dell'indiziato;
- c) la mancata positiva dimostrazione della lecita provenienza degli stessi da parte dell'indiziato.

Inoltre, è stato previsto il sequestro dei suddetti beni quale strumento cautelare volto a garantire la concreta applicabilità della misura ablatoria all'esito del procedimento di prevenzione.

Anche sulla confisca di prevenzione si tornerà nel corso della presente trattazione⁷⁴.

Ciò che vale la pena sottolineare immediatamente è la nuova funzione sistematica che la confisca ha assunto con la nuova legislazione antimafia. Essa invero è entrata nell'orbita delle misure di prevenzione, cui era rimasta fino ad allora estranea⁷⁵, arricchendo così ulteriormente la sua polifunzionalità. Essa, da misura di sicurezza con aspetti di sanzione accessoria, si è trasformata altresì in una misura volta al contrasto della pericolosità di un soggetto, senza ricollegarsi in alcun modo a una precedente condanna penale.

7.2. *La confisca negli anni Novanta del Novecento: nasce la confisca "allargata"*. – Nel corso degli anni Novanta del secolo scorso l'istituto della confisca ha conosciuto ulteriori e importanti sviluppi.

L'emergenza mafiosa si aggravava in modo crescente – a causa delle

⁷⁴ *Infra* Cap. VII del presente lavoro.

⁷⁵ Si ricordi che la l. 27 dicembre 1956, n. 1423, inerente alle misure di prevenzione, non prevedeva tra queste la confisca. Né tale previsione era contenuta nella successiva l. 31 maggio 1965, n. 575 «Disposizioni contro la mafia», la quale si limitò a estendere la legge del 1956 anche agli indiziati di appartenenza ad associazioni di stampo mafioso.

drammatiche stragi di Capaci e di via D'Amelio – inducendo il legislatore a rafforzare le misure di contrasto al fenomeno mafioso. Si sono, così, introdotte significative innovazioni alla confisca di prevenzione di cui al citato art. 2-ter. Mentre in precedenza la confisca poteva essere disposta a condizione che emergessero “sufficienti indizi”, tra cui la sperequazione tra tenore di vita e redditi dichiarati, che attestassero la provenienza illecita dei beni, la novella ha consentito invece l'applicazione della misura confiscatoria per la mera presenza della sproporzione tra il valore dei beni detenuti e i redditi dichiarati. La predetta sproporzione è divenuta pertanto indice decisivo per desumere presuntivamente la provenienza illecita dei beni e, dunque, la loro potenziale attitudine ad alimentare il circuito criminale.

Un'ulteriore e ancor più importante innovazione si è avuta tuttavia con il d.l. 20 giugno 1994, n. 399, «Disposizioni urgenti in materia di confisca di valori sproporzionati», convertito nella l. 8 agosto 1994, n. 501, che ha introdotto l'art. 12-sexies nel d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 1992, n. 356. Con tale innovazione è stata concepita una nuova peculiare figura di confisca che concerne tutti coloro che sono condannati per delitti particolarmente gravi (associazione mafiosa, estorsione, usura, riciclaggio e ricettazione, ecc.). In particolare, si è disposta la confisca obbligatoria dei beni, di cui il condannato non possa giustificare la legittima provenienza, che risultino avere un valore sproporzionato rispetto ai redditi dichiarati o alle attività economiche esercitate dal suddetto soggetto.

La dottrina ha posto subito in evidenza la totale rottura con il modello codicistico che connotava tale ipotesi confiscatoria. Invero si è ritenuto che la confisca di beni sproporzionati (o “allargata”) rappresentasse una chiara svolta in senso sanzionatorio della confisca penale. E ciò in quanto, ricollegandosi a una condanna penale, si poneva come sanzione accessoria rispetto alle sanzioni penali principali previste per il delitto accertato⁷⁶.

Anche della confisca allargata si parlerà più dettagliatamente in seguito.⁷⁷

La normativa introdotta nel corso degli anni Novanta è stata fondamentale per una rinnovata riflessione dottrinale sull'istituto confiscatorio, in quanto ha reso evidente la pluralità di funzioni cui esso può adattarsi. Peraltro è emersa in modo chiaro la tendenza del legislatore a configurare la confisca come sanzione giuridica accessoria rispetto alle sanzioni penali principali, allontanandosi così progressivamente dal modello codicistico.

Con ciò non si vuol dire che il legislatore degli anni Novanta abbia totalmente oscurato la rilevanza sistematica e pratica della confisca codicistica. Anzi

⁷⁶ NUNZIATA, *La confisca nel codice penale italiano*, cit., p. 156, che definisce la confisca allargata vera e propria «pena patrimoniale accessoria». Non sono mancate tuttavia ricostruzioni alternative che hanno rinvenuto una sostanziale continuità tra la confisca in esame e quella di prevenzione antimafia che si differenzerebbero solo per il fatto di essere l'una *post factum* e l'altra *ante factum*: MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 63.

⁷⁷ *Infra* Cap. VIII, par. 2.

è proprio in questi anni che si assiste a un'estensione consistente dell'ambito applicativo di quest'ultima⁷⁸.

Pertanto più che un abbandono del modello codicistico si deve più correttamente registrare la nascita di una pluralità di modelli confiscatori, ciascuno connotato da una propria peculiare struttura e da una propria funzione sistematica. Ciò ha reso non più scontata la riconduzione delle ipotesi speciali di confisca previste nelle normative extracodicistiche al modello generale di cui all'art. 240 c.p..

7.3. La confisca all'alba del terzo millennio: si afferma la confisca per equivalente. – La nascita della confisca di prevenzione e della confisca “allargata” non hanno esaurito il novero delle nuove ipotesi di confisca che hanno contribuito alla frammentazione del modello delineato nel codice penale. Mediante interventi settoriali e disorganici ha preso progressivamente forma quella che la dottrina e la giurisprudenza hanno significativamente denominato “confisca per equivalente” o “confisca di valore”. La prima manifestazione di tale tipologia confiscatoria è comparsa nei testi legislativi già negli anni Novanta del secolo scorso e –

⁷⁸ A titolo meramente esemplificativo si possono ricordare al riguardo le seguenti novità legislative:

a) la l. 7 febbraio 1992, n. 150 inerente al commercio internazionale delle specie animali e vegetali in via di estinzione. Ai sensi dell'art. 4, comma 1 si dispone: «In caso di violazione dei divieti di cui agli articoli 1 e 2 è disposta la *confisca* degli esemplari vivi o morti degli animali selvatici o delle piante ovvero delle loro parti o prodotti derivati».

b) la l. 11 febbraio 1992, n. 157 inerente alla protezione della fauna selvatica. Ai sensi dell'art. 28, comma 2: «Nei casi previsti dall'articolo 30, gli ufficiali ed agenti che esercitano funzioni di polizia giudiziaria procedono al sequestro delle armi, della fauna selvatica e dei mezzi di caccia, con esclusione del cane e dei richiami vivi autorizzati. In caso di condanna per le ipotesi di cui al medesimo articolo 30, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), le armi e i suddetti mezzi sono in ogni caso *confiscati*.»

c) il d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504 inerente alle imposte sulla produzione e sui consumi. Ai sensi dell'art. 44: «I prodotti, le materie prime ed i mezzi comunque utilizzati per commettere le violazioni di cui agli articoli 40, 41 e 43 sono soggetti a confisca secondo le disposizioni legislative vigenti in materia doganale.»

d) il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero». Ai sensi dell'art. 12, comma 4 (oggi comma 4-ter) era stabilito che nei casi di condanna per i reati previsti dalla medesima disposizione È sempre disposta la *confisca* del mezzo di trasporto utilizzato per commettere il reato, anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti. Inoltre, a seguito delle modifiche apportate dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito nella l. 24 luglio 2008, n. 125, è stato inserito il comma 5-bis dello stesso art. 12 in cui è stabilita la confisca obbligatoria dell'immobile in cui si diede rifugio a uno straniero irregolare. In particolare si prevede che «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, da' alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione, È punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La condanna con provvedimento irrevocabile ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche se È stata concessa la sospensione condizionale della pena, comporta la *confisca* dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti in materia di gestione e destinazione dei beni confiscati. Le somme di denaro ricavate dalla vendita, ove disposta, dei beni confiscati sono destinate al potenziamento delle attività di prevenzione e repressione dei reati in tema di immigrazione clandestina».

precisamente – nella l. 7 marzo 1996, n. 108 che ha riformato la fattispecie dell'usura⁷⁹. È prevista all'art. 644, comma 6 la confisca obbligatoria del prezzo o del profitto del reato «ovvero di somme di denaro, beni ed utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni».

L'istituto è stato ripreso anche successivamente dal legislatore penale. In particolare si fa riferimento all'ipotesi di confisca di valore prevista dall'art. 322-ter, introdotto dall'art. 1 della l. 29 settembre 2000, n. 300⁸⁰. In base a tale disposizione, in caso di condanna per i delitti contro la pubblica amministrazione ivi indicati, 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 o profitto.

La disciplina prevista dall'art. 322-ter è stata altresì estesa ai delitti di truffa di cui agli artt. 640, 640-bis e 640-ter c.p., mediante l'introduzione dell'art. 640-quater c.p. ad opera dell'art. 3 della stessa l. 29 settembre 2000, n. 300 su menzionata.

Nel corso del primo decennio del XXI secolo l'istituto si è consolidato nel sistema penale, finendo per costituire una vera e propria categoria autonoma di confisca penale⁸¹.

⁷⁹ Il primo riferimento alla confisca di valore appare in verità nell'art. 735-bis c.p.p. secondo cui «Nel caso di esecuzione di un provvedimento straniero di confisca consistente nella imposizione nel pagamento di una somma di denaro corrispondente al valore del prezzo, del prodotto o del profitto di un reato, si applicano le disposizioni sull'esecuzione delle pene pecuniarie, ad eccezione di quella concernente il rispetto del limite massimo di pena previsto dall'articolo 735 comma 2». Sennonché si tratta di una disposizione avente una rilevanza per lo più processuale, volta a regolare il riconoscimento dei provvedimenti giudiziari di autorità straniera. Di qui l'idea che la prima autentica espressione della confisca di valore nel diritto sostanziale italiano si è avuta con la fattispecie dell'usura.

⁸⁰ «Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K. 3 del Trattato dell'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica».

⁸¹ La confisca per equivalente è stata progressivamente prevista in un numero assai considerevole di casi. Tra i più rilevanti si possono menzionare i seguenti.

L'art. 187 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, «Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 520F», prevede che «In caso di condanna per uno dei reati previsti dal presente capo è disposta la confisca del prodotto o del profitto conseguito dal reato e dei beni utilizzati per commetterlo.

Qualora non sia possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto una somma di denaro o beni di valore equivalente.

Per quanto non stabilito nei commi 1 e 2 si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale».

L'art. 335-*bis* c.p., introdotto dall'art. 6 della l. 27 marzo 2001, n. 97, «Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche». Tale disposizione dispone, in caso di condanna per i delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A., è disposta la confisca di cui all'art. 240, comma 1 c.p., facendo tuttavia salva la disposizione dell'art. 322-*ter* c.p..

L'art. 19 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300», il quale stabilisce che nei confronti dell'ente debba sempre disporsi, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato, e, laddove ciò risulti impossibile, la stessa debba avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato.

L'art. 2641 c.c., come modificato dall'art. 1 del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, «Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366», il quale prevede che, in caso di condanna per uno dei reati societari previsti dal codice civile, debba ordinarsi la confisca del prodotto o del profitto del reato e dei beni utilizzati per commetterlo; quando non è possibile l'individuazione o l'apprensione dei beni indicati nel comma primo, la confisca deve avere ad oggetto una somma di denaro o beni di valore equivalente. Si fanno salve le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale.

L'art. 600-*septies* c.p., introdotto dall'art. 7 della l. 3 agosto 1998, n. 269, «Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù», come sostituito dall'art. 15 della l. 11 agosto 2003, n. 228, «Misure contro la tratta di persone», il quale dispone, in relazione ai delitti ivi previsti, la confisca obbligatoria in tutti i casi di cui all'art. 240 c.p. e, ove impossibile da eseguire, l'apprensione di beni per un valore corrispondente al prezzo o al profitto o al prodotto del reato.

L'art. 11 della l. 16 marzo 2006, n. 146, «Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001», il quale stabilisce che, in caso di condanna per i reati previsti dall'art. 3, qualora la confisca delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato non sia possibile, il giudice ordina la confisca di somme di denaro, beni od altre utilità di cui il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica, per un valore corrispondente a tale prodotto, profitto o prezzo.

L'art. 648-*quater* c.p., introdotto dall'art. 63 del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, «Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione», prevede che in caso di condanna per uno dei delitti previsti dagli articoli 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter*.1, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il prodotto o il profitto, salvo che appartengano a persone estranee al reato; laddove questa non sia possibile, è ordinata la confisca delle somme di denaro, dei beni o 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.

Inoltre la confisca per equivalente ha trovato larga previsione nei reati tributari. L'art. 1, comma 143 della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. Finanziaria per il 2008) ha esteso la disciplina prevista dall'art. 322-*ter* c.p. ai delitti tributari previsti dal d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, «Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205», eccezion fatta per quello previsto dall'art. 10.

Infine l'art. 4, comma 1, lett. b della l. 28 luglio 2016, n. 153, «Norme per il contrasto al terrorismo, nonché ratifica ed esecuzione: a) della Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005; b) della Convenzione internazionale per la soppressione di atti di terrorismo nucleare, fatta a New York il 14 settembre 2005; c) del Protocollo di Emendamento alla Convenzione europea per la repressione del terrorismo, fatto a Strasburgo il 15 maggio 2003; d) della Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005; e) del Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatto a Riga il 22 ottobre 2015» ha inserito il nuovo art. 270-*septies* c.p.. In base a tale

La confisca per equivalente si caratterizza per due aspetti fondamentali. Innanzi tutto essa opera in via residuale rispetto alla confisca ordinaria, ossia nel caso in cui non sia possibile procedere all'ablazione dei beni che specificamente costituiscono il prezzo o il profitto del reato. Ciò la pone in collegamento con la confisca codicistica, in quanto – come questa – implica la necessità di accertare che sussistano dei beni pertinentziali al reato, che ne rappresentino il prezzo o il profitto. In secondo luogo essa – proprio in conseguenza del primo presupposto appena illustrato – non è ablativa di beni che possiedono un vincolo di stretta pertinenzialità con il reato, bensì di beni diversi, con il solo limite che si resti entro il valore economico del prezzo o del profitto del reato che sono stati accertati. Vale la pena notare peraltro che la confisca di valore ha sempre natura obbligatoria e può colpire non solo i beni nella titolarità del condannato, ma anche i beni che siano nella disponibilità di quest'ultimo.

Proprio il difetto del vincolo di specifica pertinenzialità con il reato ha fatto sorgere dei fondati dubbi sulla possibilità di ricondurre la confisca di valore al modello codicistico di cui all'art. 240 c.p.. In particolare, se si muove dall'idea che la confisca ordinaria miri a sottrarre beni idonei a suscitare la spinta al crimine – proprio in virtù del loro stretto rapporto con il reato commesso –, e in ciò consiste la sua funzione special preventiva, una siffatta caratteristica non si ritiene riscontrabile nella confisca di valore, mancando in questa proprio il suddetto collegamento specifico tra beni e reato. Ciò ha condotto la giurisprudenza più recente a rinvenire nella confisca di valore una misura a carattere strettamente sanzionatorio, del tutto estranea alla categoria delle misure di sicurezza⁸².

La confisca di valore è un istituto sorto per contrastare le nuove forme di criminalità economica, rispetto alle quali la confisca tradizionale ha nel tempo mostrato tutti i suoi limiti intrinseci. Invero la necessità di colpire solo i beni strettamente pertinentziali al reato ha reso lo strumento della confisca ordinaria incapace di colpire i guadagni derivanti dal reimpiego del profitto o del prezzo del

disposizione «Nel caso di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale per taluno dei delitti commessi con finalità di terrorismo di cui all'articolo 270-sexies è sempre disposta la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne costituiscono il prezzo, il prodotto o 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 tale prezzo, prodotto o profitto*».

Da ultimo si ricordi l'art. 2, comma 1 della l. 29 ottobre 2016, n. 199, che ha introdotto, mediante l'art. 603-bis.2 c.p. la confisca obbligatoria dei proventi e degli strumenti del reato in caso di condanna per intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. In caso di impossibilità di procedere alla suddetta confisca si consente la confisca per equivalente dei proventi del reato. In particolare è statuito che «In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale per i delitti previsti dall'articolo 603-bis, è sempre obbligatoria, salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento del danno, la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto o il profitto, salvo che appartengano a persona estranea al reato. Ove essa non sia possibile è disposta la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità, anche indirettamente o per interposta persona, per un valore corrispondente al prodotto, prezzo o profitto del reato».

⁸² Cfr. Cass. pen., S.U., sent. 2 luglio 2008, n. 26654 cit..

reato. Di qui la necessità di sottrarre al circuito criminale il valore economico che tale profitto e tale prezzo rappresentano, così riaffermando il già menzionato principio secondo cui “il crimine non paga”. Ciò ha indotto il legislatore penale a elidere il presupposto della stretta pertinenzialità tra i beni confiscati e il reato commesso. Tale scelta – tuttavia – ha prodotto una ulteriore “fuga” dal modello codicistico, accentuando il pluralismo che connota l’istituto confiscatorio nell’ordinamento giuridico.

Proprio la rilevanza sistematica che ormai possiede la confisca di valore nell’ordinamento penale impone un suo maggiore approfondimento. Su di essa pertanto si tornerà successivamente nel corso della presente analisi⁸³.

8. *Conclusioni.* – All’esito di questo *excursus* storico poche sono le certezze che si possono trarre per una ricostruzione complessiva del fenomeno confiscatorio nell’ambito dell’ordinamento penale.

La confisca nasce storicamente come effetto ‘naturale’ delle pene c.d. eliminative che storicamente hanno contrassegnato il diritto criminale: la pena di morte e l’esilio. Essa dunque era solamente la conseguenza dell’estinzione del condannato come soggetto giuridico. Di conseguenza la confisca assumeva un carattere generale e onnicomprensivo.

Questa concezione della confisca ha pesato per secoli sullo sviluppo concettuale dell’istituto. Un cambiamento radicale di prospettiva – come si è visto – si è avuto con il rifiuto della confisca generale, maturato a seguito delle critiche illuministiche. La confisca generale è iniziata ad apparire inadeguata rispetto a un moderno diritto penale. E ciò soprattutto per il carattere immancabilmente sproporzionato che assume, che la rende incompatibile con le funzioni moderne della sanzione criminale.

Il diritto moderno non ha tuttavia rinunciato alla confisca penale. Ha accolto invece la figura della confisca speciale, cioè avente ad oggetto beni specifici, aventi una relazione qualificata con il reato. Sotto l’influsso di un mai sopito dibattito scientifico e giurisprudenziale, l’istituto confiscatorio ha progressivamente assunto – nei tempi recenti – una duplice funzione politico-criminale: da un lato, quella di contrastare i vantaggi patrimoniali connessi alla commissione del reato, neutralizzandone la convenienza economica; dall’altro lato quella di prevenire la commissione di reati futuri, “ripulendo” il circuito criminale da proventi di sospetta provenienza illecita (sono riconducibili a questa finalità le confische *lato sensu* preventive).

Nel primo caso la confisca attua in modo immediato gli scopi presi di mira dall’ordinamento giuridico, ricostituendo quella situazione giuridica e fattuale – o la situazione economicamente equivalente – che si sarebbe prodotta se l’illecito non fosse stato realizzato. Nel secondo caso essa mira a prevenire la frustrazione degli

⁸³ *Infra* Cap. VI del presente lavoro.

scopi ordinamentali, sottraendo i beni di sospetta provenienza illecita a chi potrebbe di essi fare un uso illecito. Queste due funzioni rendono la confisca una misura irrinunciabile nel moderno diritto criminale, in cui assume sempre maggiore rilevanza la criminalità c.d. economica.

Ciò nonostante, non mancano ipotesi in cui la misura confiscatoria conserva la sua tradizionale funzione punitiva, ponendosi come mero strumento di repressione di illeciti particolarmente gravi dal punto di vista economico e sociale.

In definitiva si può affermare che la confisca assume tre fondamentali funzioni nel moderno ordinamento italiano: una funzione punitiva, una funzione esecutiva e una funzione di prevenzione criminale.

Sebbene le funzioni pratiche che la misura assolve nel diritto odierno siano abbastanza chiare, maggiori dubbi insorgono quando si tratta di ricostruire lo statuto giuridico della confisca. Invero, questa si presenta allo stato attuale dell'ordinamento come un istituto fortemente frammentato in punto di disciplina e difficilmente riconducibile ad unità sistematica. Né del resto sarebbe utile accomunare le varie ipotesi di confisca sotto il profilo puramente contenutistico, collocando le stesse sotto la più ampia categoria concettuale della "sanzione patrimoniale". Invero una siffatta soluzione non riesce a fornire all'interprete delle chiare direttive in relazione alla disciplina applicabile a una specifica fattispecie confiscatoria, specie laddove emerga un'ambiguità di fondo del dato normativo⁸⁴. Né potrebbe essere utile valorizzare esclusivamente l'interesse protetto da ciascun istituto confiscatorio. Nulla esclude in via di principio che uno stesso scopo venga perseguito dall'ordinamento giuridico con mezzi tra loro molto diversi.

Una possibile ricostruzione dell'istituto confiscatorio potrebbe invece essere effettuata alla luce della tradizionale dicotomia tra misure non sanzionatorie e misure sanzionatorie e, all'interno di queste, tra sanzioni esecutive e sanzioni punitive. Si tratta di una distinzione concettuale che trova riscontro nel diritto italiano e che potrebbe consentire anche un più corretto recepimento dei vincoli che, in materia di diritto punitivo, provengono dal diritto europeo.

È necessario dunque procedere all'analisi del sistema delle sanzioni giuridiche desumibile dall'ordinamento giuridico italiano e dal complesso dei vincoli derivanti dal diritto europeo.

⁸⁴ Riunisce invece le ipotesi confiscatorie sotto l'unica categoria concettuale delle sanzioni patrimoniali MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., *passim*. Rifiuta invece un simile approccio argomentativo NUNZIATA, *La confisca nel codice penale italiano*, cit., p. 29, il quale evidenzia come l'eterogeneità delle varie figure confiscatorie rende impossibile una *reductio ad unitatem* dell'istituto.

CAPITOLO III

IL SISTEMA DELLE SANZIONI GIURIDICHE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.

SOMMARIO: 1. Il concetto generale di sanzione. – 1.1. La sanzione morale. – 1.2. La sanzione sociale. – 2. La sanzione giuridica. – 2.1. – I modelli di sanzioni giuridiche: le sanzioni punitive e le sanzioni esecutive. – 2.2. La qualificazione delle sanzioni giuridiche in funzione di disciplina: le sanzioni criminali, le sanzioni amministrative e le sanzioni privatistiche. – 2.2.1. Le differenze in punto di disciplina tra l'illecito penale, amministrativo e civile. – 2.2.2. Gli effetti delle cause di estinzione del reato sulle sanzioni amministrative a questo "accessorie". – 2.2.3. I criteri normativi per qualificare una sanzione giuridica come penale, amministrativa o privatistica. – 3. La sanzione giuridica punitiva. – 3.1. Le funzioni della sanzione punitiva: le teorie retributivistiche. – 3.1.1. Le teorie utilitaristiche – 3.1.2. La prevenzione speciale – 3.1.3. La prevenzione generale – 3.1.4. La funzione pluridimensionale della sanzione punitiva. – 3.2. Lo statuto della sanzione punitiva alla luce dell'ordinamento giuridico italiano. – 3.3. La giurisprudenza costituzionale conferma l'unità dello statuto della sanzione punitiva. – 4. La sanzione giuridica esecutiva. – 4.1. I tipi di sanzione esecutiva. L'impedimento. Il problema della legittima difesa. – 4.1.1. La coazione all'adempimento: il costringimento e il ripristino dello *status quo ante*. – 4.1.2. Il risarcimento del danno. – L'invalidità degli atti. Negazione del carattere sanzionatorio. – 4.2. Lo statuto giuridico della sanzione esecutiva. Differenze con la sanzione punitiva. – Esistono sanzioni criminali esecutive? – 5. Le misure restrittive non sanzionatorie. – 5.1. Le misure di sicurezza (*post delictum*). – 5.1.1. La natura giuridica delle misure di sicurezza. – 5.2. Le misure di prevenzione (o misure di sicurezza *ante delictum*). – 6. Conclusioni.

1. Il concetto generale di sanzione. – Analizzando il sistema delle sanzioni giuridiche, occorre innanzi tutto individuare il concetto di sanzione su un piano astratto e generale, cioè prescindendo da quella particolare vicenda umana che è il diritto. La comprensione del significato del termine "sanzione" può infatti agevolare l'illustrazione dei connotati peculiari che contraddistinguono la sanzione giuridica.

Nell'ambito dell'analisi di un ordinamento normativo avente ad oggetto comportamenti umani la sanzione può definirsi, in senso molto ampio, come una

conseguenza che la norma ricollega al verificarsi di un fatto. Tale conseguenza può essere - sulla base di una valutazione media – favorevole o sfavorevole per chi le subisce. Per questa sua caratteristica la sanzione esprime un vero e proprio giudizio dell'ordinamento sul fatto; un giudizio che può essere di approvazione o di disapprovazione, a seconda per l'appunto che al fatto conseguano effetti positivi o negativi⁸⁵.

La sanzione costituisce una fondamentale tecnica di organizzazione di una comunità di individui, in quanto idonea a conformare le condotte dei consociati ai precetti statuiti dall'ordinamento sociale. Lo scopo di un ordinamento sociale è invero quello di indurre gli individui ad esso sottoposti a tenere determinate condotte e a evitarne delle altre perché socialmente indesiderate. Attraverso la statuizione di sanzioni l'ordinamento realizza lo scopo di conformare le condotte dei consociati⁸⁶.

In base al loro contenuto, le sanzioni sono solitamente distinte in positive e in negative. Le prime consistono in premi, ossia vantaggi che vengono ricollegati alla tenuta di una certa condotta. Le seconde sono invece conseguenze sfavorevoli, che incidono negativamente sulla sfera di interessi del soggetto sanzionato⁸⁷. L'ammissibilità di una categoria concettuale che ricomprenda sotto il termine sanzione tanto i premi quanto le privazioni di beni è stata ed è tuttora oggetto di acceso dibattito tra i teorici del diritto⁸⁸. Tuttavia in senso stretto il concetto di sanzione è usato tradizionalmente per indicare le sole sanzioni negative. Per ragioni di semplicità espositiva, in questa sede ci si atterrà a quest'ultima soluzione terminologica.

Aderendo al suddetto criterio metodologico, la sanzione può allora definirsi come una conseguenza sfavorevole che l'ordinamento prevede come risposta alla realizzazione di una certa condotta. L'ordinamento sociale prescrive una condotta

⁸⁵ Sul piano etimologico il concetto di sanzione si correla infatti indissolubilmente a quello di giudizio. In merito un'accurata analisi dell'origine del termine sanzione è svolta da D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, 1999, p. 11 ss., il quale evidenzia come il termine sanzione derivi dal lemma latino *sanctio*, che a sua volta deriva dal verbo latino *sancire*, costituendo la forma astratta del relativo participio passato *sanctum*. Al verbo *sancire* può attribuirsi il significato di decretare, fissare, stabilire. Dunque la *sanctio* designava nella società romana l'atto con cui l'uomo qualifica un dato della realtà e attribuisce ad esso un significato oggettivo, cioè evidente agli occhi della comunità sociale. Strettamente connesso al concetto di *sancire* è quello di giudicare, discriminare, valutare. La sanzione – nel suo significato originario – indica dunque un giudizio sociale su un fatto. In altri termini – come spiega bene l'autore - la sanzione in questa prospettiva «consiste essenzialmente in un giudizio sul mondo, in *quel* giudizio attraverso il quale l'uomo qualifica il mondo».

⁸⁶ Sul punto si rinvia a KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. Mario G. Losano, Torino, 1966, p. 35 ss., il quale afferma che la regolamentazione di una condotta può avvenire in due modi distinti: innanzi tutto non ricollegando a essa alcuna sanzione, nel qual caso la condotta è meramente lecita; altrimenti ricollegando a essa premi o conseguenze sfavorevoli.

⁸⁷ La distinzione tra sanzioni negative e positive è accolta da BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 21 ss..

⁸⁸ Per una illustrazione del dibattito sul punto si rinvia a D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., p. 51 ss.; BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 3 ss.. Il punto problematico di una estensione della nozione di sanzione anche ai premi e, in generale, agli effetti favorevoli ricollegati a un fatto è che si finisce per far coincidere la sanzione con l'effetto giuridico *tout court*, togliendo ogni utilità alla categoria giuridica della sanzione.

ricollegando a quella opposta una sanzione. In questo senso la condotta che condiziona la sanzione si definisce vietata; la condotta opposta che consente di evitare la sanzione si definisce prescritta.

È generalmente riconosciuto che la tecnica della sanzione costituisce un espediente irrinunciabile di ogni ordinamento sociale. Ciò in virtù dell'inevitabile scarto che sussiste tra il dover essere normativo e l'essere dei comportamenti umani. In questo senso, un sistema normativo, finalizzato alla regolazione di condotte umane, presuppone sempre la possibilità di una violazione delle sue prescrizioni e, di conseguenza, predispone sempre un complesso di espedienti, quali le sanzioni, per reagire a questa evenienza⁸⁹.

Ciò che invece connota diversamente i vari ordinamenti sociali è la natura della sanzione irrogata. Si distinguono al riguardo le sanzioni trascendentali e le sanzioni socialmente immanenti⁹⁰. Le prime sono quelle che, secondo le credenze diffuse nella compagine sociale, sono irrogate da un'autorità sovranaturale. Inoltre il carattere trascendentale della sanzione deriva altresì dalla credenza che le stesse saranno eseguite fuori dal mondo terreno. Differenti sono le sanzioni socialmente immanenti. Queste sono misure che vengono irrogate ed eseguite dagli uomini e consistono nella mera disapprovazione della condotta tenuta o in altri atti afflittivi disposti contro il soggetto responsabile.

Le sanzioni giuridiche rientrano nell'ambito delle sanzioni socialmente immanenti e pertanto si tratta di sanzioni che vengono ordinate ed eseguite dalla comunità sociale. Tuttavia le sanzioni giuridiche non sono le uniche sanzioni socialmente immanenti che possono connotare un ordinamento sociale. Vi rientrano altresì le sanzioni morali e le sanzioni sociali. Occorre dunque chiarire brevemente le peculiarità di queste ultime misure sanzionatorie prima di procedere a una più precisa analisi delle sanzioni giuridiche.

1.1. La sanzione morale. – Prima di tutto si prenderà in considerazione la sanzione morale. Le differenze strutturali tra la sanzione morale e la sanzione giuridica sono state per lungo tempo al centro di un intenso dibattito tra i filosofi del diritto e i filosofi della morale. Le varie teorie emerse possono tuttavia riassumersi in due grandi posizioni fondamentali.

Secondo un primo approccio⁹¹ la sanzione morale e quella giuridica si differenzierebbero per il fatto che la prima, a differenza della seconda, sarebbe priva

⁸⁹ Sul punto BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 122, il quale sottolinea che la sanzione è espediente proprio dei soli sistemi normativi e non di quelli scientifici. Invero la sanzione mira a «salvaguardare la legge dall'erosione delle azioni contrarie; è quindi una conseguenza del fatto che in un sistema normativo, a differenza di quel che accade in un sistema scientifico, i principi dominano i fatti anziché i fatti i principi». Ciò in virtù del diverso criterio di validità che informa il sistema scientifico e quello normativo: «nel primo caso il criterio della verifica empirica, nel secondo il principio di autorità».

⁹⁰ La distinzione in esame risale a KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 39 ss.

⁹¹ KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 77-78.

di ogni profilo di coercibilità. Più precisamente la sanzione giuridica consiste in un male che, ove venisse rifiutato dal soggetto responsabile, sarebbe inflitto con l'uso della forza fisica. Ciò connoterebbe il diritto come ordinamento coercitivo. Al contrario la sanzione morale consiste solo nella disapprovazione del comportamento che non si è conformato alla regola morale, mai in un atto implicante l'uso della forza fisica.

Secondo una diversa impostazione⁹² il tratto peculiare della sanzione morale starebbe nel carattere puramente interiore della sofferenza conseguente alla violazione della norma di comportamento. Più precisamente il male derivante dalla trasgressione di una norma morale consisterebbe solo ed esclusivamente in un senso di colpa, in uno stato di turbamento interiore. Il soggetto risponderebbe solo ed esclusivamente dinanzi a se stesso della violazione perpetrata. Di contro la sanzione giuridica sarebbe connotata da esternalità, cioè dal fatto che promana dal gruppo sociale cui appartiene lo stesso soggetto responsabile.

Sembra preferibile accogliere quest'ultima soluzione. Si tratta, infatti, di soluzione non inconciliabile con la prima. Una sanzione interiore è sempre una sanzione non coercitiva. Tuttavia la prima impostazione tende a far refluire nel concetto di sanzione morale anche la sanzione sociale che, al contrario, può essere utilmente distinta dalla sanzione giuridica, valorizzando profili ulteriori rispetto a quello della coercibilità. Per una più accurata distinzione tra la sanzione giuridica e le sanzioni extragiuridiche è preferibile allora mantenere distinte le sanzioni morali e quelle sociali, di cui si rende necessario un breve esame.

1.2. La sanzione sociale. – È necessario analizzare brevemente i connotati delle sanzioni sociali e le differenze tra queste e le sanzioni giuridiche.

Può immediatamente dirsi che la sanzione sociale – come quella giuridica – è connotata dal fatto di essere esterna. Una sanzione – come è stato già accennato – è esterna quando è irrogata e disposta da soggetti diversi da quello responsabile, individualmente considerati o in quanto gruppo sociale⁹³. In tali casi è il gruppo sottoposto all'ordinamento sociale che accerta la violazione e reagisce ad essa, applicando la sanzione.

Il contenuto di quest'ultima può essere vario: vi può essere una mera riprovazione sociale della condotta tenuta; si può avere l'espulsione del responsabile dal gruppo sociale di appartenenza o il suo mero isolamento temporaneo; infine può aversi il linciaggio, la forma più grave che una sanzione sociale può assumere.

La vera peculiarità della sanzione sociale – che vale a distinguerla dalle sanzioni giuridiche – è tuttavia un'altra. Le sanzioni sociali si caratterizzano soprattutto per il fatto di non essere disciplinate compiutamente da appositi complessi normativi. In altri termini questo tipo di sanzione non è istituzionalizzata,

⁹² BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 123 ss..

⁹³ BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 126.

ossia la sua esecuzione non è rimessa ad organi appositi che la irrogano e la eseguono secondo regole precise e prestabilite che ne garantiscano la certezza e la proporzionalità⁹⁴. La sanzione sociale è dunque la misura propria di un gruppo non ancora stabilmente organizzato e – come tale – è connotata da una intrinseca irrazionalità, derivante dall'inorganicità e dall'istintività della reazione.

Il passaggio da una sanzione esterna e disorganica a una esterna e istituzionalizzata importa l'abbandono della sanzione sociale e l'approdo a una sanzione di natura giuridica.

2. *La sanzione giuridica.* – È possibile a questo punto delineare precisamente la nozione di sanzione giuridica e i connotati che costituiscono questa giuridicità.

La sanzione giuridica è la risposta che l'ordinamento giuridico – quale gruppo organizzato di individui – contrappone alla violazione di un precetto ad esso appartenente. In tal modo la sanzione giuridica consente di garantire l'effettività dell'ordinamento giuridico e consente alla norma giuridica di porsi quale efficace spinta psicologica alla tenuta del comportamento giuridicamente prescritto.

La sanzione giuridica è sanzione esterna, ossia una risposta della comunità organizzata in base al diritto. In ciò si distingue dalla sanzione morale che ha connotazione puramente interna. La sanzione giuridica in tal senso consente di superare il limite intrinseco dell'ordinamento morale, ossia la sua scarsa effettività.

La sanzione giuridica si distingue altresì dalla sanzione sociale, in quanto è istituzionalizzata⁹⁵. In tal modo essa consente di rimediare agli inconvenienti tipici della sanzione sociale: ossia l'incertezza nell'applicazione e la sproporzione

⁹⁴ BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 127, il quale evidenzia come i difetti di una sanzione sociale sono rappresentati «dall'incertezza del suo esito, dall'incostanza della sua applicazione e dalla mancanza di misura nel rapporto tra violazione e risposta. Questi inconvenienti dipendono dal fatto che questo tipo di sanzione non è istituzionalizzato, cioè non è regolato da norme fisse, precise, la cui esecuzione sia affidata stabilmente ad alcuni membri del gruppo a ciò espressamente designati».

Al contrario KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 47 ss. riconosce un ordinamento giuridico anche laddove sussista uno scarso livello di accentramento dell'attività di applicazione ed esecuzione delle sanzioni. In particolare la forma minima di organizzazione della forza riconosciuta è quello in cui governa il principio dell'autotutela, in cui ogni soggetto è autorizzato dall'ordinamento giuridico ad accertare l'illecito e a reagire mediante l'applicazione delle sanzioni previste. Si riconosce la tendenza degli Stati moderni ad accentrare in misura sempre maggiore l'uso della forza ma ciò non viene ritenuto un tratto peculiare della sanzione giuridica. L'unico connotato distintivo di quest'ultima resterebbe la natura coercitiva, ossia la sua potenziale applicazione anche contro la volontà del responsabile.

⁹⁵ BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 128. Inoltre D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., p. 34 evidenzia come non esistano altri criteri utili a qualificare la giuridicità della sanzione. Invero non utile appare il criterio psicologico della non desiderabilità della sanzione da parte del suo destinatario. Si tratta di criterio empirico che subisce smentita in tutti i casi in cui il soggetto responsabile accetta la sanzione e anzi veda in essa un momento di auspicata emenda. Né utile appare altresì un criterio puramente contenutistico, posto che nella fenomenologia delle sanzioni non si registra una peculiarità in tale ambito delle sanzioni giuridiche. Così, per es., una sanzione pecuniaria può assumere i connotati di una sanzione giuridica quanto di una sanzione sociale.

nell'ammontare rispetto alla gravità del fatto realizzato. In questo senso la sanzione giuridica si caratterizza per una tendenziale razionalità, che la rende idonea allo scopo cui è preposta: quello di ristabilire una simmetria alterata dall'illecito⁹⁶.

L'istituzionalizzazione della sanzione comporta una sua compiuta regolamentazione attraverso norme giuridicamente valide. Una tale regolamentazione deve essere idonea a garantire i connotati essenziali della sanzione giuridica, ossia la certezza della reazione, l'imparzialità della sua applicazione e la proporzionalità della sua entità. A tal fine occorre che la sanzione sia prevista da una norma giuridica come conseguenza della violazione di una norma primaria; che una norma giuridica autorizzi taluni individui a ordinare e a eseguire la sanzione; che una norma giuridica fissi l'entità della sanzione⁹⁷.

Il passaggio dalla sanzione sociale alla sanzione giuridica è costituito dal passaggio da uno stadio decentrato di applicazione della sanzione (nella forma estrema dell'autotutela) a un meccanismo radicalmente accentrato di applicazione della sanzione; detto altrimenti, da un'applicazione soggettiva della sanzione a una applicazione oggettiva e impersonale di essa; dalla vendetta privata (individuale o collettiva) alla sanzione pubblicistica statale.

2.1. I modelli di sanzioni giuridiche: le sanzioni punitive e le sanzioni esecutive. – Delineati i tratti peculiari della sanzione giuridica rispetto ad altre sanzioni extragiuridiche, è necessario valutare i caratteri comuni alle sanzioni giuridiche. Successivamente si cercherà di individuare le varie tipologie cui le stesse possono ricondursi.

Alla luce di una analisi complessiva delle sanzioni previste dall'ordinamento giuridico, può affermarsi che ogni sanzione giuridica ha per presupposto (e causa giuridica) un fatto riconducibile all'individuo⁹⁸. Essa è reazione all'inosservanza di un obbligo giuridico. È utile sottolineare che giuridicamente obbligato può definirsi solo colui che tenendo la condotta vietata fa scattare l'applicazione della sanzione e che, al contempo, può evitare questa conseguenza sfavorevole tenendo la condotta giuridicamente prescritta. In definitiva la sanzione giuridica dunque si pone come una conseguenza evitabile dal destinatario della

⁹⁶ Come sottolineato da D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., p. 32, l'istituzionalizzazione della sanzione non è preordinata a proteggere lo Stato, giacché una simile prospettiva può condurre a uno sviamento dal vero scopo della sanzione giuridica che è invece quello di assicurare le condizioni minime della coesistenza.

⁹⁷ Così precisamente BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 129, il quale evidenzia come tali limitazioni abbiano lo scopo di aumentare l'efficacia delle regole giuridiche e dell'ordinamento giuridico complessivamente inteso. Ne deriva che le norme giuridiche – a differenza di quelle morali o sociali – sono norme che godono di una efficacia rafforzata.

⁹⁸ Anche l'illecito di una persona giuridica può ricondursi a un fatto umano, ossia al comportamento riferibile a quel particolare individuo legato all'ente da un rapporto qualificato, denominato "rapporto organico".

norma giuridica tenendo il comportamento prescritto da quest'ultima⁹⁹. Un male che non si può evitare mediante l'osservanza di una condotta prescritta non può a rigore definirsi sanzione giuridica.

In secondo luogo, le sanzioni giuridiche possono avere vari contenuti. Tuttavia è possibile individuare un tratto comune a ogni misura sanzionatoria: ciascuna di esse si risolve in una restrizione della sfera giuridica del soggetto responsabile, in quanto conduce alla privazione coattiva di beni giuridici. Sul piano puramente teorico tali beni possono essere molto diversi tra di loro. Innanzi tutto può esservi la privazione della vita come avviene – ad es. – con la c.d. pena di morte. Si può avere una incidenza negativa sulla integrità fisica dell'individuo, come – ad es. – l'amputazione di una mano. La sanzione può condurre alla diminuzione della libertà personale, in particolar modo della libertà di movimento dell'individuo. Si può avere una diminuzione dell'onore del responsabile. È possibile inoltre colpire la capacità giuridica del responsabile, rendendolo inabile a essere titolare di particolari diritti o di particolari prerogative – come accade ad es. – con le decadenze da uffici pubblici o direttivi. Infine, un ulteriore bene che può essere negativamente inciso dalla sanzione è il patrimonio, attraverso la privazione della proprietà o di altri diritti reali su un bene. In merito al contenuto delle sanzioni giuridiche un punto deve essere immediatamente chiarito. Le sanzioni giuridiche non devono necessariamente risolversi in un atto coercitivo, nel senso che il contenuto di esse non è sempre e comunque un atto impicante l'uso della forza materiale. La sanzione giuridica può risolversi anche nell'acquisto di una posizione giuridica passiva da parte del soggetto responsabile, come accade nel caso in cui l'ordinamento giuridico ricolleggi al fatto vietato un obbligo giuridico di tenere una particolare condotta (ad. es. il risarcimento del danno o l'esecuzione di lavori di pubblica utilità)¹⁰⁰. Ciò è confermato anche dal dato positivo: l'art. 194-*quater* del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. t.u.f.) afferma che per le violazioni in materia finanziaria di scarsa offensività le autorità competenti possono applicare nei confronti del responsabile «una sanzione consistente nell'ordine di eliminare le infrazioni contestate». In tal caso la legge configura come sanzione giuridica un obbligo di ripristino. Ciò conferma che la sanzione giuridica può anche consistere nell'assunzione di un obbligo giuridico. In definitiva la sanzione giuridica si risolve allora in un danno giuridico per il soggetto responsabile.

Una parte della dottrina, sempre in base al contenuto delle sanzioni giuridiche, distingue le sanzioni omogenee e quelle eterogenee. Le prime partecipano della stessa natura della prestazione o comportamento dovuti (es. la riparazione del

⁹⁹ KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 138.

¹⁰⁰ Di contro KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 130 ritiene che la sanzione giuridica coincida sempre con un atto coercitivo, mai con l'assunzione di un obbligo giuridico. Così a titolo esemplificativo, in caso di inadempimento di un'obbligazione contrattuale, sorge l'obbligo di risarcire il danno. Secondo Kelsen l'obbligo risarcitorio non costituisce una sanzione giuridica, bensì un obbligo sostitutivo di quello originario, ormai trasgredito. Solo nel caso in cui l'obbligo risarcitorio sia stato inadempito, scatterà l'espropriazione forzata dei beni del responsabile che costituisce la vera sanzione giuridica predisposta dall'ordinamento giuridico contro l'illecito contrattuale.

danno). Le seconde invece non sono di identica natura rispetto al comportamento dovuto¹⁰¹.

In chiave prettamente teleologica – e da un punto di vista molto ampio e generico – le sanzioni giuridiche mirano all’attuazione dell’ordinamento giuridico, ossia all’attuazione degli scopi che l’ordinamento giuridico mira a conseguire. In tal senso l’ordinamento giuridico attraverso le sanzioni non mira a ottenere l’obbedienza dei suoi sottoposti – tesi questa sorta dalla concezione antropomorfa dello Stato che ha caratterizzato la prima metà del XIX secolo e ormai superate dal dibattito scientifico – bensì a garantire che gli interessi giuridicamente rilevanti siano concretamente protetti. Ciò avviene o attuando il risultato cui l’ordinamento giuridico ambisce o reprimendo le condotte antiggiuridiche in funzione di prevenzione rispetto a future ulteriori violazioni.

Dunque le sanzioni giuridiche paiono avere una complessiva funzione di attuazione in senso stretto e di prevenzione.

Tale conclusione va meglio specificata. A tal fine è necessario introdurre la fondamentale distinzione tra le sanzioni esecutive e le sanzioni punitive¹⁰².

In via di prima approssimazione può definirsi sanzione esecutiva quella preordinata all’attuazione, alla realizzazione, all’applicazione coattiva del precetto giuridico primario. La sanzione esecutiva mira a costituire la situazione di fatto identica o equivalente a quella che ci sarebbe stata se si fosse adempiuta la regola trasgredita. Essa è reazione all’illecito nel senso che pone termine alla situazione derivata dal fatto antiggiuridico e realizza la situazione conforme a diritto.

Diversa invece la logica che permea la sanzione punitiva. Come ogni sanzione anche quella punitiva importa una privazione di beni; lo scopo di quest’ultima è però quello di affliggere il responsabile della violazione, in modo da prevenire ulteriori futuri illeciti; la sanzione punitiva mira dunque a garantire l’effettività del precetto giuridico. Il contenuto della sanzione punitiva non coincide con quello del precetto primario violato, poiché non ne costituisce l’attuazione. Detto altrimenti, la situazione di fatto e di diritto costituita dalla sanzione punitiva non coincide con quella che il precetto violato mirava a realizzare.

¹⁰¹ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 712, il quale suddivide ulteriormente le sanzioni eterogenee in:

- a) sanzioni impeditive, che si riflettono sull’atto e incidono sullo stesso bene giuridico oggetto dell’obbligo trasgredito;
- b) sanzioni afflittive, che si riflettono sull’agente, incidendo su un bene giuridico del tutto diverso da quello oggetto dell’obbligo.

¹⁰² La distinzione tra le sanzioni esecutive e le sanzioni punitive è illustrata da THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, trad. di Alessandro Levi, Padova, 1951, p. 22 ss., il quale evidenzia come lo scopo essenziale delle sanzioni giuridiche sia quello di garantire l’osservanza degli imperativi giuridici, ogni qual volta altre rimedi a scopo preventivo abbiano fallito, nella specie la spinta psicologica data dall’educazione familiare, le misure amministrative di polizia e le forme di autotutela autorizzate dall’ordinamento giuridico come la legittima difesa. Riprende la distinzione anche KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 130 ss., ove distingue nell’ambito delle sanzioni giuridiche la pena e l’esecuzione. Nella dottrina penalistica italiana la distinzione è ripresa altresì da GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1952, p. 117 ss.; GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, 1999, p. 3 ss..

La distinzione appena tracciata è di particolare rilevanza per l'analisi dell'istituto confiscatorio e per tale ragione merita un ulteriore approfondimento, specie con riferimento alla funzione della sanzione e allo statuto giuridico fondamentale che la caratterizza alla stregua dell'ordinamento giuridico italiano.

2.2. La qualificazione delle sanzioni giuridiche in funzione di disciplina: le sanzioni criminali, le sanzioni amministrative e le sanzioni privatistiche. – Prima di addentrarsi nell'esame delle sanzioni punitive ed esecutive, occorre formulare una precisazione di carattere sistematico e linguistico che servirà a una migliore chiarezza dell'analisi della sanzione giuridica che si sta effettuando.

Le sanzioni giuridiche vengono solitamente distinte in sanzioni criminali, in sanzioni amministrative (che insieme alle prime costituiscono le sanzioni pubblicistiche) e in sanzioni privatistiche.

Le qualifiche appena esposte non dipendono dal contenuto della sanzione o dalla funzione assolta dalla stessa. Si tratta di qualificazioni in funzione di disciplina; in altri termini designano solamente il regime giuridico cui assoggettare la sanzione giuridica considerata¹⁰³. Pertanto l'indagine circa la natura criminale, amministrativa e privatistica va condotta alla luce del diritto positivo e non concerne la teoria generale del diritto.

Pertanto con la proposizione "sanzioni criminali" (o penali in senso stretto) si designano tecnicamente le misure sanzionatorie regolate dal codice penale e – per quanto concerne i reati rimessi alla competenza del giudice di pace – dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, «Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468». Si tratta di misure che si ricollegano a un fatto di reato e di questo presuppongono la giuridica esistenza.

Le sanzioni amministrative¹⁰⁴ sono invece quelle particolari conseguenze giuridiche sfavorevoli disciplinate dalla l. 24 novembre 1981, n. 689 e da altre leggi amministrative settoriali, quali – ad esempio – il d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, «Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, a norma dell'articolo 3, comma 133, della legge 23 dicembre 1996, n. 662» o il Titolo II della Parte V del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante «Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 520F» (t.u.f.).

In ordine all'ambito applicativo della legge del 1981 su menzionata occorre

¹⁰³ Invero due sanzioni possono avere identico contenuto ma essere assoggettate a discipline differenti: si pensi alla pena pecuniaria che può costituire tanto una multa "penale", quanto una multa "amministrativa".

¹⁰⁴ Sulle sanzioni amministrative si rinvia a PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988; NUVOLONE, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 79 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p. 937 ss.. Per una completa disamina della l. 24 novembre 1981, n. 689 e di tutte le normative amministrative settoriali che regolano sanzioni amministrative si rinvia per tutti a GIOVAGNOLI-FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009.

spendere alcune considerazioni. Ai sensi dell'art. 12 della stessa, rubricato «Ambito di applicazione», è stabilito che «*le disposizioni di questo capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari*». Ne consegue che – in base a una interpretazione strettamente letterale – la normativa in esame non si applica:

- a) alle sanzioni amministrative non pecuniarie;
- b) alle sanzioni amministrative pecuniarie di natura ripristinatoria, cioè con funzione esecutiva¹⁰⁵;
- c) alle sanzioni disciplinari.

Tuttavia – come si vedrà meglio in seguito – devono ritenersi salvi i principi generali validi per ogni sanzione punitiva, con la conseguenza che, anche per le sanzioni non pecuniarie, resta fermo – oltre ai principi previsti dalle leggi di settore – lo statuto della sanzione punitiva, desumibile dalla Costituzione e dal diritto europeo. Per quanto attiene alle sanzioni ripristinatorie, la disciplina di riferimento non sembra essere quella dettata dalla legge del 1981, sebbene non manchino orientamenti dottrinali che propugnano un'applicazione generalizzata di essa. Ciò non sembra, tuttavia, corretto, considerato che la disciplina in esame appare chiaramente concepita per le sole sanzioni punitive amministrative, come si evince dall'analisi dei principi generali posti nei primi articoli della legge. Ciò nonostante, le sanzioni esecutive amministrative non sono completamente prive di disciplina positiva. Esse costituiscono comunque espressione di un potere amministrativo e, come tali, soggiacciono ai principi generali che governano il potere amministrativo. Si fa riferimento al principio di tutela del legittimo affidamento dei terzi¹⁰⁶, il principio di legalità, il principio di proporzionalità, di ragionevolezza, del contraddittorio, il principio di imparzialità e di buon andamento.

Le sanzioni privatistiche sono, infine, quelle regolate dal diritto privato¹⁰⁷ e destinate a operare esclusivamente nell'ambito di rapporti tra soggetti in posizione di parità. Si tratta della categoria certamente più problematica e controversa, specie per ciò che attiene ai rapporti tra pene private e autonomia negoziale.

Orbene la sanzione esecutiva è stata per lungo tempo ritenuta l'unica forma

¹⁰⁵ Così MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 940.

¹⁰⁶ Si pensi al dibattito ancora attualissimo dei rapporti tra l'ordine di demolizione di manufatti abusivi e la tutela dell'affidamento legittimo dei privati. La giurisprudenza amministrativa è categorica da decenni nell'affermare che non sussiste alcun margine di tutela dell'affidamento del privato laddove l'amministrazione debba esercitare poteri sanzionatori ripristinatori, attesa la natura vincolata del potere esercitato. Un orientamento recente tende invece a riconoscere il legittimo affidamento come limite anche al potere ripristinatorio. Sul punto vedi Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2016, n. 1393, in *www.neldiritto.it* (ultimo accesso in data 01 aprile 2017), con nota di LIGUORI, *Il legittimo affidamento del privato in materia di abusi edilizi: un richiamo improprio?*.

¹⁰⁷ Per una disamina approfondita delle sanzioni private e dell'annoso problema dell'ammissibilità di sanzioni punitive elaborate dall'autonomia privata si rinvia a MOSCATI, *Fonti legali, fonti «private» delle obbligazioni*, Padova, 1999, p. 325 ss.; PARDOLESI, voce *Danni Punitivi*, in *Dig. Disc. Priv.* (Sezione Civile - Aggiornamento), Torino, 2007, I, p. 452.

positivamente prevista di sanzione privatistica. Ciò ha posto l'annoso problema della stessa esistenza e configurabilità di sanzioni punitive privatistiche¹⁰⁸. Nel diritto privato – inoltre – il tema delle sanzioni giuridiche si intreccia con quello dei limiti di liceità dell'autonomia privata e il dibattito sul punto è acceso e ancora non del tutto sopito¹⁰⁹.

Ad ogni modo anche per le sanzioni privatistiche va ribadito che, al di là di ogni normativa speciale sul punto, resta fermo lo statuto generale che governa la sanzione punitiva, analogamente a quanto accade per le sanzioni amministrative.

In conclusione è necessario ribadire un punto che potrebbe invece restare dubbio. La qualificazione di una sanzione come criminale (o penale in senso stretto), come amministrativa o come privatistica non è incompatibile logicamente con quella di sanzione punitiva ed esecutiva. Invero si tratta di qualificazioni normative che svolgono funzioni differenti sul piano sistematico: così la prima designa – come già è stato precisato – il regime giuridico positivo cui è sottoposta la sanzione giuridica; la seconda designa la funzione sistematica della sanzione alla stregua dell'ordinamento giuridico, da ciò derivando poi dei limiti costituzionali alle scelte legislative inerenti al regime giuridico della misura sanzionatoria.

Ne deriva che una sanzione criminale può – almeno in linea teorica – essere punitiva o esecutiva; e così una sanzione amministrativa e una sanzione privatistica. Sul piano teorico infatti non può escludersi che una sanzione criminale (o amministrativa) possa essere di natura esecutiva. Non può dirsi – in altri termini – che sia impossibile per il legislatore delineare una sanzione criminale o amministrativa di natura esecutiva. Così come non può dirsi che l'ordinamento giuridico non possa statuire sanzioni privatistiche di carattere punitivo (si pensi ai casi di risarcimento punitivo). Il problema è verificare cosa il legislatore abbia previsto sul piano sanzionatorio in ciascun ordinamento parziale. La valutazione inerente alla natura di una sanzione criminale (o amministrativa o privatistica) è di diritto positivo e dunque va risolta alla luce del contenuto del diritto criminale (o amministrativo o privatistico) vigente.

Da quanto esposto, si può concludere che la disciplina giuridica di una sanzione giuridica è condizionata da un duplice ordine di profili: in primo luogo, in base al profilo funzionale, una sanzione giuridica riceve un primo statuto fondamentale in ragione della sua natura punitiva o esecutiva e tale statuto costituisce una sorta di “zoccolo duro” della disciplina complessiva della misura; in

¹⁰⁸ Tra le ipotesi controverse di sanzioni punitive privatistiche si ricordano a titolo esemplificativo:

- a) la clausola penale *ex art.* 1382 c.c. e lo specifico problema dell'ammissibilità di una clausola penale testamentaria;
- b) l'indegnità;
- c) l'esclusione da una associazione;
- d) le sanzioni disciplinari del datore di lavoro e, in particolare, il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo;
- e) Irripetibilità della prestazione bilateralmente immorale.

¹⁰⁹ La dottrina sul punto distingue infatti le pene private di fonte legale, di fonte negoziale e di fonte giudiziale. V. sul punto MOSCATI, *Fonti legali*, cit., p. 333.

secondo luogo, il regime giuridico della sanzione viene completato dallo statuto giuridico derivante dalla natura criminale, amministrativa o privatistica della stessa, statuto questo che assume un ruolo fondamentale per dirimere le questioni inerenti ai rapporti tra i diversi settori del diritto punitivo.

Ciò posto, per ragioni di chiarezza, è opportuno precisare meglio i differenti profili disciplinatori concernenti l'illecito penale, amministrativo e civile, così da cogliere più correttamente l'importanza della distinzione in esame ai fini sistematici. Successivamente si cercherà di individuare alcuni criteri utili per qualificare una sanzione come penale, amministrativa o civile.

2.2.1. Le differenze in punto di disciplina tra l'illecito penale, amministrativo e civile. – È necessario stabilire in modo più chiaro cosa significhi l'affermazione che la natura penale, amministrativa o civile di una sanzione rappresenti giuridicamente una qualificazione in funzione di disciplina. Ebbene, si deve chiarire che il regime giuridico di un illecito, della responsabilità a esso collegata non sono fissi e immutabili in ogni settore dell'ordinamento giuridico. La conformazione giuridica di un illecito e gli effetti da esso prodotti sono il frutto di precise scelte politiche del legislatore e, come tali, devono essere analizzati dall'interprete muovendo esclusivamente dal dato positivo. Non può dirsi dunque che esista un modello ideale, pregiuridico di illecito che il legislatore si limita a recepire in apposite disposizioni giuridiche; l'illecito, come ogni fatto giuridico, deve essere ricostruito esclusivamente mediante l'analisi di tutte le disposizioni che lo regolano e che ne segnano inevitabilmente i confini dell'esistenza giuridica¹¹⁰.

Ciò chiarito sul piano metodologico, le differenze riscontrabili in punto di disciplina tra l'illecito penale, quello amministrativo e quello civile sono molteplici. In questa sede non è possibile soffermarsi compiutamente su ciascuna di esse, né enunciarle tutte in modo esaustivo; tuttavia è possibile dare contezza delle differenze più rilevanti.

Dall'analisi del quadro normativo emerge che:

a) In primo luogo profonde divergenze possono sussistere in relazione al regime della norma giuridica che descrive l'illecito e le relative sanzioni giuridiche. Invero, fermo restando i vincoli costituzionali ed europei connessi alla materia punitiva che importano il principio di riserva di legge, di irretroattività e di tassatività della norma incriminatrice, si registrano delle differenze di disciplina in relazione al principio della retroattività della legge punitiva successiva più favorevole¹¹¹. Così, sebbene nel diritto penale sia previsto il principio dell'applicazione retroattiva della legge successiva più favorevole (art. 2, commi 2 e 4 c.p.), nel diritto punitivo

¹¹⁰ Sottolinea l'importanza di rifuggire da concetti pregiuridici nella ricostruzione degli istituti giuridici TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, I, Torino, 2006, p. 50 ss..

¹¹¹ In relazione alle sanzioni esecutive non si pone nemmeno un problema di configurabilità di una legge successiva più sfavorevole o più favorevole, come si vedrà in seguito quando si tratterà dello statuto giuridico della sanzione esecutiva.

amministrativo un tale principio non è sempre affermato. Esso è ignorato dalla l. 24 novembre 1981, n. 689 in relazione agli illeciti puniti con pena pecuniaria; è invece riconosciuto in materia di illeciti tributari, con forti assonanze con la normativa penale. In materia civile il principio è del tutto assente. Simili divergenze vanno ricollegate alla circostanza che il principio di retroattività della legge successiva più favorevole non è imposto dalla funzione punitiva della sanzione, sicché non rientra – come si vedrà meglio a breve – nello statuto fondamentale della pena.

Inoltre, differente risulta essere il regime degli effetti della declaratoria di incostituzionalità di una norma incriminatrice, a seconda che questa appartenga all'ordinamento penale, amministrativo o civile. Come è noto, in caso di declaratoria di incostituzionalità, la norma censurata non può più trovare applicazione dal giorno successivo a quello della pubblicazione della sentenza di accoglimento (art. 30, comma 3 della l. 11 marzo 1953, n. 87). Tuttavia, in caso di declaratoria di incostituzionalità di una norma penale, ai sensi del comma quarto del suddetto articolo, della sentenza di condanna emessa in base alla norma censurata cessano gli effetti penali e l'esecuzione. Si è discusso se quest'ultima regola valga esclusivamente per la legge penale o se valga in generale per l'intero diritto punitivo. Sul piano puramente letterale non vi è dubbio che la disposizione possa riferirsi esclusivamente all'ordinamento penale. Nondimeno, volendo valorizzare i più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità sulla portata applicativa dell'art. 30, comma 4 citato, si potrebbe sostenere l'astratta riferibilità di tale regola all'intera materia del diritto punitivo. La Corte di Cassazione¹¹² ha affermato che il vizio di incostituzionalità rende una norma giuridica geneticamente viziata e, come tale, inidonea a fondare qualsiasi atto giuridicamente valido, con la conseguenza che i suoi effetti devono essere rimossi, salvo che il rapporto concretamente considerato abbia prodotto effetti ormai del tutto consumati. Con specifico riferimento al diritto penale la Suprema Corte ha insegnato che la regola di cui all'art. 30, comma 4 della l. n. 87 del 1953 si presenta come precipitato del principio di legalità della pena, che deve essere garantito tanto nella fase dell'inflizione della sanzione, quanto in quello dell'esecuzione. E ciò in quanto una pena illegale si configurerebbe come una indebita limitazione della sfera giuridica dell'individuo, contraria alla stessa logica di garanzia che sottende il principio di legalità. Se, dunque, la legalità della sanzione punitiva penale è valore irrinunciabile in un ordinamento fondato sul riconoscimento dei diritti fondamentali dell'individuo; se la legalità della pena, nella fase dell'inflizione e in quella dell'esecuzione, è condizione essenziale affinché la pena possa concretamente perseguire i suoi scopi general e special preventivi; se la legalità della pena è valore imprescindibile per non ridurre a mero *flatus vocis* la garanzia posta dall'art. 25, comma 2 Cost. contro indebite intrusione dei pubblici poteri nella sfera individuale, allora anche la comminatoria di una pena amministrativa, se fondata su norma incostituzionale, deve ritenersi illegittima sicché

¹¹² Cass. pen., S.U., sent. 29 maggio 2014, n. 42858, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 3 aprile 2017).

gli effetti prodotti dalla sanzione sulla sfera del colpevole devono essere rimossi a seguito della declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice.

Senonché, sulla questione è di recente intervenuta la Corte Costituzionale che con sentenza n. 43 del 10 gennaio 2017¹¹³ ha escluso l'estendibilità alle norme sanzionatorie extrapenali della regola posta dall'art. 30, comma 4 della l. n. 87 del 1953. Secondo il giudice delle leggi la norma in esame non sarebbe corollario in sé della natura punitiva della sanzione prevista dalla norma incostituzionale, quanto invece dell'esigenza di garantire la massima tutela possibile della libertà personale, come diritto fondamentale della persona. Ne consegue che la regola deve ritenersi operativa esclusivamente in relazione all'ordinamento penale, in quanto solo in questo si pone la predetta esigenza di protezione della libertà personale degli individui. Peraltro la disposizione, a detta della Corte, fa chiaramente riferimento all'esecuzione del giudicato, con ciò riferendosi a una situazione in cui la pena si configura come un trattamento destinato a durare nel tempo. Tale carattere è proprio della pena detentiva criminale, non anche delle pene amministrative aventi per lo più contenuto pecuniario. Di conseguenza, sebbene l'art. 30, comma 4 citato si ricolleggi al principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2 Cost. e nonostante che tale principio sia riferibile anche al diritto punitivo amministrativo, secondo la Corte le differenti esigenze esistenti tra il settore penale e amministrativo giustificano un diverso trattamento giuridico degli effetti della declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice penale rispetto a quella amministrativa.

La posizione della Consulta non pare del tutto irragionevole. Del resto la stessa Corte di Cassazione ha affermato i principi di cui sopra in ordine alla pena illegale, valorizzando soprattutto il carattere recessivo della certezza del giudicato rispetto al valore della libertà personale e della funzione rieducativa della pena detentiva che risulterebbe compromessa in caso di illegalità della pena. Pertanto non sembra irragionevole ritenere che l'art. 30, comma 4 citato possa riferirsi esclusivamente al diritto penale e non anche ad altri ambiti del diritto punitivo. Del resto sarebbe davvero limitato l'ambito applicativo che concretamente può assumere la regola, ove riferita alle sanzioni amministrative. Essendo queste connotate dalla rapidità dei tempi di esecuzione, esse tendono a gemmare nell'ambito di rapporti giuridici destinati a veloce esaurimento. Una declaratoria di incostituzionalità pertanto difficilmente potrebbe impedire l'esecuzione di una pena già comminata definitivamente.

Proseguendo in ordine alle differenze di disciplina tra le leggi penali, amministrative e civili, occorre ricordare come risultino differenti anche gli ambiti spaziali e personali di riferimento. Invero solo la legge penale tende a porsi come parametro di qualificazione anche di fatti commessi in territorio straniero, a differenza delle leggi amministrative che invece sono normalmente riferibili solo ai fatti commessi all'interno del territorio dello Stato. In relazione alle sanzioni civili è possibile peraltro individuare la legge applicabile anche mediante i criteri di

¹¹³ In www.giurcost.org (ultimo accesso in data 03 aprile 2017).

collegamento offerti dal diritto internazionale privato.

Quanto all'ambito personale di applicazione, come è noto solo nel diritto penale si dubita della possibilità di configurare l'ente come destinatario delle norme giuridiche.

b) Le differenze più significative tra l'illecito penale, civile e amministrativo si riscontrano soprattutto in relazione alla struttura dell'illecito. Invero gli elementi costitutivi del fatto illecito e i criteri di imputazione di esso possono variare dall'ordinamento penale a quello civile o amministrativo. La centralità che il diritto penale ha nei secoli assunto nell'ambito del diritto punitivo ha condotto all'idea che la struttura del reato, gli elementi costitutivi di esso siano propri di qualsiasi fattispecie di illecito presente nell'ordinamento giuridico. Tale assunto va rigettato, analizzando il dato positivo.

Così, in primo luogo, il nesso di causalità, quale elemento costitutivo del fatto illecito, può assumere un contenuto diverso nei vari settori del sistema sanzionatorio, non dovendo necessariamente essere identico nel diritto penale e nel diritto amministrativo e civile¹¹⁴. Se anche si dovesse riscontrare una siffatta coincidenza, come sembra desumersi dalla disciplina degli effetti extrapenali del giudicato penale¹¹⁵, ciò non vuol dire che il legislatore non possa porre una diversa disciplina per le varie tipologie di illecito presenti nell'ordinamento giuridico.

E ancora: le qualifiche di dolo, di colpa, di preterintenzione, che costituiscono criteri di imputazione soggettiva del fatto di reato, non necessariamente sono destinate a operare in modo identico nell'intero sistema degli illeciti giuridici. Come insegna attenta dottrina¹¹⁶, il dolo, la colpa, la preterintenzione non costituiscono dati pregiuridici che l'ordinamento si limita a recepire e che, dunque, si presentano costanti e immutabili in ogni settore dell'ordinamento giuridico. Essi costituiscono solamente «qualifiche normative» che «in quanto tali possono assumere strutturalmente i più diversi contenuti»¹¹⁷. Dunque i criteri di imputazione soggettiva dell'illecito possono essere diversi per denominazione e anche per struttura nei vari settori dell'ordinamento giuridico. Sul punto, emblematico appare l'art. 5 del d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 472, che regola le sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie. Si prevede in generale che ciascuno risponde della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. Tuttavia si precisa ulteriormente che «È dolosa la violazione attuata con l'intento di pregiudicare la determinazione dell'imponibile o dell'imposta ovvero diretta ad ostacolare l'attività amministrativa di accertamento» (art. 5, comma 4). Dunque,

¹¹⁴ Si pensi all'annosa disputa sulla coincidenza o meno del concetto di causalità civile e di causalità penale su cui sono intervenute nel 2008 le Sezioni unite della Corte di Cassazione con sentenza n. 581, consultabile su www.altalex.com.

¹¹⁵ Coglie con estrema lucidità l'identità del concetto di causa nell'ordinamento giuridico, muovendo dall'analisi degli artt. 651 e ss. c.p.p. M. GALLO, *La piccola frase di Mortara*, Torino, 2014, *passim*.

¹¹⁶ TRAPANI, *La divergenza*, cit., p. 50 ss..

¹¹⁷ TRAPANI, *ivi*, p. 53.

nell'illecito tributario, il dolo si configura in modo differente rispetto al diritto penale. Esso esige infatti l'intenzione di falsare l'entità dell'imponibile ovvero lo specifico intento di ostacolare l'attività di accertamento. Si può notare come non sia configurabile nell'illecito tributario un criterio di imputazione analogo a quello che nel diritto penale viene definito dolo eventuale.

E ancora: l'art. 5, comma 1, ultimo periodo del citato decreto prevede che «Le violazioni commesse nell'esercizio dell'attività di consulenza tributaria e comportanti la soluzione di problemi di speciale difficoltà sono punibili solo in caso di dolo o colpa grave» e al terzo comma si specifica che «La colpa è grave quando l'imperizia o la negligenza del comportamento sono indiscutibili e non è possibile dubitare ragionevolmente del significato e della portata della norma violata e, di conseguenza, risulta evidente la macroscopica inosservanza di elementari obblighi tributari. Non si considera determinato da colpa grave l'inadempimento occasionale ad obblighi di versamento del tributo». In relazione agli illeciti concernenti la consulenza tributaria dunque rileva solo il dolo e la colpa grave e di quest'ultima viene fornita dal legislatore una specifica definizione non assimilabile a quella ricavabile dal complesso delle disposizioni di cui agli artt. 43, 47, 48, 55, 59 c.p.¹¹⁸.

Parimenti risulta differente la struttura della qualifica dell'imputabilità, spesso posta dalla legge come presupposto indispensabile per l'applicazione della sanzione giuridica. Ebbene anche l'imputabilità riceve definizioni diverse se si volge lo sguardo al diritto penale piuttosto che al diritto amministrativo o civile¹¹⁹.

Pertanto si deve ritenere che la legge struttura l'illecito in modo differente nei vari settori dell'ordinamento e diversifica altresì i criteri di imputazione del fatto, strutturando in modo differente il criterio fondato sul dolo e sulla colpa. Ciò non deve destare perplessità se solo si considera che il concetto di illecito, quello di dolo, di colpa, come già spiegato, sono concetti giuridici e come tali, vanno ricostruiti muovendo all'interno della variegata realtà giuridica in cui vivono¹²⁰.

c) Diversa può essere nei vari settori dell'ordinamento giuridico la regolazione delle situazioni scriminanti, ossia di quelle situazioni giuridiche o fattuali che rendono lecito *ab origine* un fatto altrimenti costituente un illecito. Secondo la concezione dominante le scriminanti escludono in radice la possibilità di qualificare come illecito un fatto, in quanto impedirebbero di considerare lo stesso come fatto contrario ai doveri giuridici posti dall'ordinamento complessivamente considerato. Le scriminanti generali sarebbero quelle elencate negli artt. 50 e ss. del codice penale ed esse troverebbero applicazione per ogni tipologia di illecito giuridico.

¹¹⁸ Considerazioni analoghe si possono effettuare per l'illecito civile. Si pensi ad esempio alla diversa struttura della colpa professionale, che riceve la significativa limitazione dell'art. 2236 c.c..

¹¹⁹ Così, a differenza di ciò che accade nel settore penale, l'imputabilità nella disciplina dell'illecito aquiliano viene fondata esclusivamente sul sostrato fattuale della capacità di intendere e di volere dell'autore del fatto. Nel settore amministrativo invece l'art. 2 della l. n. 689 del 1981 esclude sempre l'imputabilità del minore di età, rinviando per gli altri casi ai criteri offerti dal codice penale.

¹²⁰ M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La fattispecie oggettiva*, cit., p. 266-267.

Tuttavia, a una più attenta analisi, la soluzione suddetta non sembra trovare adeguato riscontro nel dato normativo. Sembra evincersi, invece, un quadro legislativo in cui le scriminanti previste dal codice penale assumono struttura e rilievo differenti nei vari settori dell'ordinamento giuridico. Senza pretesa di esaustività, è sufficiente in tal senso richiamare la diversa struttura della legittima difesa nel diritto penale militare (artt. 42 e 43 c.p.m.p.), la diversa rilevanza dello stato di necessità nel diritto civile (art. 2045 c.c.), il mancato richiamo dell'uso legittimo delle armi negli ordinamenti extrapenali. Tali rilievi hanno condotto una parte della dottrina a distinguere le scriminanti oggettive e soggettive, seguendo la terminologia usata dall'art. 119 c.p., a seconda che esse assumano rilevanza nell'intero ordinamento giuridico o solo nell'ordinamento penale¹²¹. Si osserva che il reato è un illecito da modalità di lesione, sicché per l'integrazione dell'offesa penalmente rilevante occorre non solo la lesione all'interesse protetto dalla norma penale, ma anche che tale lesione sia arrecata con le modalità descritte nella fattispecie incriminatrice. Ebbene le scriminanti – secondo questa impostazione – escludono l'illiceità penale del fatto o in quanto elidono la lesione o in quanto elidono la modalità penalmente rilevante di produzione di questa. Nel primo caso, difettando un'offesa a un interesse giuridico, non è possibile considerare il fatto rilevante come illecito nell'intero ordinamento giuridico. In tal caso manca un fatto dannoso contro cui l'ordinamento deve reagire. Al contrario invece se l'elemento scriminante esclude solo la modalità penalmente rilevante della lesione, allora il fatto, configurandosi comunque come offensivo di interessi giuridici, può rilevare come illecito alla stregua di ordinamenti parziali diversi da quello penale¹²².

In definitiva, seguendo quest'ultima impostazione, anche i fattori scriminanti possono assumere struttura e rilevanza differente nei vari settori dell'ordinamento giuridico, non dovendo necessariamente assumere forma ed efficacia analoga alle scriminanti penali.

d) Differente può essere il regime giuridico del concorso di persone nell'illecito. Sul punto basti ricordare che in materia di sanzioni amministrative esistono varie disposizioni che regolano in modo specifico tale forma di manifestazione dell'offesa. Significativo è al riguardo l'art. 9 del d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 472 che, dopo aver affermato una regola generale analoga a quella di cui all'art. 110 c.p., pone una deroga in caso di violazione consistente nell'omissione di un comportamento cui sono obbligati in solido più soggetti. In tal caso infatti si applicherà una sola pena pecuniaria e il pagamento eseguito da uno dei responsabili libera tutti gli altri, salvo il diritto di regresso.

e) Infine molto differenti da un ordinamento parziale all'altro risulta la disciplina del concorso di illeciti e della continuazione nell'illecito. Sul punto sia

¹²¹ M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La fattispecie oggettiva*, cit., p. 262 ss..

¹²² M. GALLO, *ivi*, p. 268.

sufficiente richiamare le disposizioni contenute negli artt. 71 e ss. c.p., nell'art. 8 della l. 24 novembre 1981, n. 689 e nell'art. 12 del d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 472.

È possibile a questo punto tirare le fila dell'intero ragionamento finora svolto. La qualificazione come penale, amministrativa o civile di una sanzione (e dunque del relativo illecito) lungi dal costituire un mero formalismo giuridico, vuoto di contenuto, costituisce una tecnica legislativa finalizzata all'individuazione della disciplina giuridica cui assoggettare l'illecito e le relative sanzioni giuridiche. La tradizionale afferenza delle sanzioni punitive al settore penale ha importato la convinzione diffusa che i concetti di dolo, di colpa, di causalità, di pena, siano propri esclusivamente dell'ordinamento penale e che essi restino immutabili laddove vengano eventualmente introdotti in altri settori dell'ordinamento giuridico. Si è spiegato che un simile modo di ragionare non trova più riscontro nel diritto positivo.

Bisogna ribadire pertanto l'autonomia in punto di disciplina della sanzione penale, amministrativa e civile, evitando ogni tentazione di un'estensione incontrollata dello statuto giuridico della sanzione criminale a ogni settore del diritto punitivo¹²³.

In ogni caso il regime giuridico previsto per l'illecito penale e per quelli extrapenali è parzialmente imposto dai vincoli derivanti dallo statuto generale della sanzione punitiva e della sanzione esecutiva delineato dalle norme costituzionali ed europee. Di ciò si parlerà a breve. Ciò che occorre evidenziare sin da subito è che la natura punitiva o esecutiva della sanzione condiziona il regime giuridico cui è complessivamente assoggettato un illecito giuridico. Si tratta però di un condizionamento parziale e non totale, come si è cercato in precedenza di dimostrare.

2.2.2. Gli effetti delle cause di estinzione del reato sulle sanzioni amministrative a questo "accessorie". – Prima di procedere oltre con l'analisi dei criteri identificativi della natura penale, amministrativa o civile di una sanzione, è opportuno prendere posizione sui rapporti intercorrenti tra le cause di estinzione del reato e le sanzioni extrapenali, specialmente quelle amministrative. Spesso accade

¹²³ Tale conclusione trova conforto anche nelle recenti prese di posizione della Corte Costituzionale. Sul punto significativa è ancora una volta Corte cost., sent. 10 gennaio 2017, n. 43, cit., secondo cui «Nulla impedisce al legislatore di riservare alcune garanzie, come quelle previste dall'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, qualificato come tale dall'ordinamento interno. Sotto questo profilo deve, infatti, ricordarsi che questa Corte ha, anche di recente, ribadito «l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale» (sentenza n. 49 del 2015), considerando legittima la mancata estensione agli illeciti amministrativi di taluni principi operanti nel diritto penale, sulla considerazione che «[t]ali scelte costituiscono espressione della discrezionalità del legislatore nel configurare il trattamento sanzionatorio per gli illeciti amministrativi» (sentenza n. 193 del 2016). La qualificazione degli illeciti e la conseguente sfera delle garanzie, circoscritta ad alcuni settori dell'ordinamento ed esclusa per altri, risponde, dunque, a «scelte di politica legislativa in ordine all'efficacia dissuasiva della sanzione, modulate in funzione della natura degli interessi tutelati» (sentenza n. 193 del 2016), sindacabili da questa Corte solo laddove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio».

che la legge ricollegghi a un fatto di reato una sanzione di natura amministrativa. Si pensi al riguardo alla Sezione II, del Capo II del Titolo VI del d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285 (codice della strada) la cui rubrica è per l'appunto «Sanzioni amministrative accessorie a sanzioni penali». L'ordinamento giuridico in tal modo fa discendere dalla commissione del reato non solo sanzioni di tipo penale, ma anche sanzioni di natura amministrativa. Ricorrente è l'affermazione che in siffatti casi si profila una sanzione amministrativa "accessoria al reato".

Orbene la questione che si pone in tali casi è quella concernente il rapporto tra tali sanzioni amministrative e le cause che estinguono il reato. In particolare occorre stabilire se l'estinzione del reato precluda o meno l'applicazione delle sanzioni amministrative. Il dubbio sorge in virtù della summenzionata "accessorietà" tra la sanzione amministrativa e il reato che sembrerebbe imporre una ripercussione automatica delle vicende giuridiche di quest'ultimo sulla prima.

Ciò posto, per fornire una risposta al suddetto quesito, occorre analizzare brevemente la natura giuridica delle cause estintive del reato.

Con la locuzione "cause estintive del reato" si fa riferimento a una serie di fatti giuridici che, per espressa previsione legale, sono idonei a impedire la produzione in tutto o in parte degli effetti giuridici del reato. La disciplina generale di questi fatti è contenuta nel Titolo VI del Libro I del codice penale.

Le cause estintive sul piano strutturale si presentano sempre come fatti giuridici successivi alla consumazione del reato, dal quale pertanto vanno tenute ben distinte. Ciò per la evidente ragione che non si possono impedire effetti giuridici di una fattispecie che non si è ancora integrata in ogni suo elemento costitutivo.

Da sempre dibattuto è l'inquadramento dogmatico delle cause estintive del reato. Le soluzioni offerte dalla dottrina sono molte e non occorre illustrarle tutte puntualmente. Basti in questa sede ricordare che per alcuni autori le cause estintive farebbero parte degli elementi integrativi del reato, costituendo elementi che escludono l'astratta punibilità del fatto antiggiuridico e colpevole¹²⁴; altri autori hanno invece ritenuto che esse estinguano la responsabilità penale¹²⁵ ovvero le situazioni giuridiche soggettive penali¹²⁶; altri ancora le qualificano come situazioni che estinguono il diritto di punire¹²⁷ ovvero il rapporto giuridico punitivo¹²⁸ ovvero forme di manifestazione della rinuncia a punire da parte dello Stato¹²⁹; altri autori le ritengono semplicemente situazioni che estinguono in vario modo gli effetti penali del reato¹³⁰.

A parere di chi scrive la questione non può affrontarsi senza formulare un'osservazione preliminare sui caratteri peculiari del reato. Come ha sottolineato

¹²⁴ MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 375.

¹²⁵ VASSALLI, *La confisca dei beni*, cit., p. 63.

¹²⁶ PECORARO – ALBANI, *L'estinzione delle situazioni soggettive*, Napoli, 1967, *passim*.

¹²⁷ FROSALI, *Sistema penale italiano*, Torino, 1958, p. 357.

¹²⁸ DE MARSICO, *Diritto penale (lezioni universitarie). Parte generale*, Napoli, 1935, p. 419.

¹²⁹ PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 689.

¹³⁰ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 794.

autorevole dottrina¹³¹ il reato non può esistere al di fuori del processo penale, in quanto nessuno può essere sottoposto a una pena senza che in un giusto processo venga accertata la sua responsabilità penale per il fatto imputato. E si badi ciò vale anche nell'ipotesi estrema in cui un soggetto affermi davanti agli organi inquirenti di aver commesso un fatto di reato. Anche in un simile caso il soggetto sarà ritenuto innocente fino a quando la sua responsabilità non sarà accertata in un regolare processo con una sentenza definitiva. Del resto la confessione di una persona non è mai ritenuta dall'ordinamento giuridico prova decisiva per affermare la responsabilità penale di un soggetto, come conferma a livello sistematico l'incriminazione dell'autocalunnia (art. 369 c.p.). Tale fattispecie incriminatrice conferma che l'ordinamento giuridico ammette la possibilità che la confessione di una persona sottoposta a indagini o di un imputato contenga dichiarazioni false, sicché può inferirsi che essa non possa mai costituire una prova inequivocabile di reità. Si può dunque affermare che non esiste giuridicamente un reato senza un processo. In ciò risiede la fondamentale differenza tra il reato e un istituto civilistico come il contratto. Quest'ultimo è atto che può sorgere ed esaurire la sua funzione e i suoi effetti senza necessità di addivenire a un processo; questo risulterà necessario solo nell'ipotesi che scaturisca una lite tra le parti. Di conseguenza «il processo è estraneo alla natura del contratto», nel senso che «un contratto può darsi senza processo»¹³². Al contrario il processo penale «è inerente alla natura del reato»¹³³, nel senso che senza quello non può aversi un reato sul piano giuridico.

Accogliendo tale impostazione, è chiaro che nel diritto penale, che può definirsi genericamente come ordinamento regolante la sanzione penale, il diritto sostanziale e quello processuale non possono concepirsi in senso autonomo l'uno dall'altro. Il diritto penale sostanziale non può vivere senza il diritto penale processuale. Ciò non esclude che, ai fini didattici, si possa conservare la distinzione tra il diritto penale materiale e quello processuale. Tuttavia l'interprete deve avere la consapevolezza che sul piano logico e giuridico il diritto penale è costituito dall'insieme delle norme che descrivono i fatti penalmente rilevanti, nonché i modi e i soggetti che tali fatti devono accertare. In ciò risiede l'ulteriore distinzione, corollario della prima su esposta, tra il diritto civile e il diritto penale. A differenza del diritto penale, il diritto civile sostanziale può vivere ed essere studiato senza il diritto processuale civile. I due rami del diritto civile – quello materiale e quello processuale – possono e debbono mantenersi ben distinti non solo sul piano didattico ma anche logico e giuridico.

In coerenza con tali premesse teoriche, una parte della dottrina ha così introdotto l'utile concetto di «norma penale reale»¹³⁴. Con tale espressione semantica

¹³¹ CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., p. 11.

¹³² CARNELUTTI, *ivi*, p. 12.

¹³³ CARNELUTTI, *ibidem*.

¹³⁴ M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, cit., p. 17 ss.. Valorizzando le strette relazioni tra reato e processo, una parte della dottrina ha rivenuto nel processo penale il vero luogo di creazione della norma penale: in tal modo si esprime TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo*

si intende evidenziare che la norma giuridica penale consta di segmenti che delineano la fattispecie condizionante e le conseguenze condizionate e di segmenti che dispongono come deve essere accertata detta fattispecie e come vanno ordinate ed eseguite le conseguenze sanzionatorie. Ne deriva che, da un punto di vista logico, «non esiste una norma penale sostanziale o una norma penale processuale. C'è la norma penale reale composta da regole sostanziali e da regole processuali: le une e le altre si compongono in un tutt'uno».

Tutto ciò premesso, si può ora prendere posizione sulla natura e sull'inquadramento dogmatico delle cause estintive del reato.

Se le cause estintive del reato sono fatti che estinguono in modo più o meno ampio gli effetti penali del reato; se il reato e le sue conseguenze esistono solamente nell'ambito di un processo penale in cui un giudice accerti il fatto e dichiarari le conseguenze sanzionatorie a questo ricollegate, allora la causa estintiva del reato rappresenta un fatto che estingue la possibilità di instaurare un processo penale che si concluda con una sentenza di merito che condanna o che assolve l'imputato (art. 411 c.p.p.)¹³⁵. Se nonostante l'intervento della causa estintiva, l'azione penale venga comunque esercitata, resta ferma l'impossibilità per il giudice di pronunciare una sentenza di condanna o di assoluzione. In tal caso il giudice deve adottare una sentenza di non doversi procedere (art. 531 c.p.p.). Proprio la formula che caratterizza la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato, ai sensi dell'art. 531 c.p.p., conferma l'efficacia processuale delle cause estintive del reato. Invero il giudice non pronuncia l'assoluzione, bensì il non doversi procedere. E – si badi – si tratta dello stesso tipo di pronuncia che il giudice adotta nel caso di mancanza di una condizione di procedibilità (art. 529 c.p.p.).

La conclusione anzidetta non è smentita dalla previsione dell'art. 129, comma 2 c.p.p., secondo cui il giudice, laddove ricorra una causa estintiva del reato, deve invece pronunciare l'assoluzione dell'imputato se dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato. Si tratta di una regola ispirata al favore che l'ordinamento esprime per un'uscita dal processo penale senza zone grigie sulla responsabilità penale dell'imputato. Essa tuttavia non smentisce la soluzione offerta sull'efficacia processuale delle cause estintive, ma anzi pare confermarla. La regola posta dall'art. 129, comma 2 c.p.p. infatti si configura chiaramente come una deroga alla regola generale secondo cui l'estinzione del reato preclude l'emissione di una sentenza di merito da parte del giudice. Ciò si coglie dagli stringenti presupposti che consentono di pronunciare l'assoluzione dell'imputato, *in primis* quello dell'evidenza della prova dell'innocenza¹³⁶.

Volendo trarre le conclusioni dell'analisi finora svolta sulle cause estintive

controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo, in *Arch. pen. web*, 1, 2017, *passim*.

¹³⁵ Questa è la conclusione cui perviene coerentemente GALLO, *Appunti di diritto penale. Della estinzione del reato e della pena*, IV, Torino, 2006, p. 8.

¹³⁶ GALLO, *op. ult. cit.*, p. 11.

del reato, si può affermare che, muovendo dalla teoria secondo cui non esiste reato senza processo penale e che dunque la norma penale va più esattamente intesa come norma penale “reale” comprensiva tanto dei segmenti “sostanziali” quanto dei segmenti “processuali”, le cause estintive del reato estinguono il potere di impulso finalizzato all’instaurazione di un procedimento di cognizione diretto alla pronuncia di una sentenza di merito (di condanna o assolutoria), salva l’ipotesi prevista dall’art. 129, comma 2 c.p.p.. Di conseguenza la causa estintiva del reato preclude al giudice di dichiarare le conseguenze giuridiche condizionate dall’esistenza del reato.

La suddetta conclusione riguarda in ogni caso solamente le conseguenze giuridiche “penali” del fatto illecito. Le cause estintive del reato non incidono infatti sugli effetti extrapenali del reato, ossia sulle conseguenze civili e amministrative del reato. Quanto alle prime, ciò è affermato in via generale dall’art. 198 c.p., secondo cui «L'estinzione del reato o della pena non importa l'estinzione delle obbligazioni civili derivanti dal reato» e dal correlato art. 578 c.p.p. che autorizza il giudice a pronunciarsi sulle impugnazioni proposte avverso i capi civili della sentenza, ancorché debba dichiarare estinto il reato per amnistia o per prescrizione. Quanto alle seconde, l’insensibilità delle sanzioni amministrative alle cause estintive del reato è confermato dal dato sistematico. Si pensi a titolo esemplificativo all’art. 224, cod. strada, secondo cui, salvo per il caso della morte del reo, le cause estintive del reato non precludono all’autorità amministrativa di procedere all’irrogazione delle misure sanzionatorie di tipo amministrativo.

È possibile a questo punto rispondere al quesito posto al principio della nostra analisi, ossia quello relativo all’incidenza delle cause estintive del reato sulle sanzioni amministrative “accessorie” a quest’ultimo. A tal fine è necessario chiarire definitivamente il significato di tale espressione semantica.

Quando si afferma che una sanzione amministrativa è accessoria a un reato si vuole sottolineare che questo non solo condiziona giuridicamente le sanzioni penali, ma anche una serie di sanzioni di natura amministrativa. In altri termini, dall’illecito “penale” scaturirebbero conseguenze sanzionatorie di natura sia penale che amministrativa.

Una simile ricostruzione tuttavia non è condivisibile. Un illecito può definirsi penale o amministrativo a seconda che la sanzione giuridica a esso ricollegata abbia – secondo la volontà del legislatore – natura penale ovvero amministrativa. Dunque un fatto cui l’ordinamento giuridico riconduce una sanzione amministrativa costituisce un illecito amministrativo e non un reato. È dunque scorretto, in linea teorica, sostenere che una sanzione amministrativa consegue a un reato, perché questo è un fatto cui la legge ricollega una sanzione di natura penale. Allora più correttamente quando si afferma che una sanzione amministrativa è accessoria al reato si deve intendere che l’ordinamento qualifica uno stesso fatto al contempo come illecito penale e come illecito amministrativo, perché allo stesso ricollega sia sanzioni penali che sanzioni amministrative. Nel caso in esame il reato e l’illecito amministrativo hanno la stessa struttura, gli stessi elementi costitutivi della

fattispecie giuridica. Vengono in rilievo dal punto di vista giuridico due illeciti distinti, che sono soggetti a discipline giuridiche differenti. Non può sfuggire dunque come la previsione di una sanzione amministrativa “accessoria” al reato importi una deroga implicita al principio di specialità che governa i rapporti tra la norma penale e quella amministrativa (art. 9 L. 24 novembre 1981, n. 689), in quanto impone un cumulo “reale” (e non apparente) delle norme giuridiche incriminatrici.

Ciò posto, si deve ritenere che la causa estintiva del reato, in quanto estingue solamente il potere del giudice di comminare misure di natura penale nel corso del processo, non estingue di regola il potere del giudice di comminare le misure di natura extrapenale, come le sanzioni civili e quelle amministrative.

Del resto tale conclusione è del tutto coerente con la *ratio* che giustifica l’attribuzione da parte del legislatore del potere di irrogare sanzioni amministrative al giudice penale. Le sanzioni amministrative sono di regola disposte dalla pubblica amministrazione, così come quelle penali dal giudice penale. Ebbene, l’attribuzione all’autorità giudiziaria del potere sanzionatorio amministrativo risponde a una duplice esigenza: da un lato, per ragioni di economia dei mezzi giuridici, laddove l’illecito penale e quello amministrativo coincidano o siano connessi, è preferibile attribuire al giudice penale il potere di comminare anche le sanzioni amministrative, evitando un’inutile ripetizione del procedimento sanzionatorio sul medesimo fatto dinanzi all’autorità amministrativa; dall’altro lato, si cerca di sopperire all’inerzia dell’amministrazione, consentendo al giudice di comminare sanzioni amministrative in funzione di supplenza rispetto a quella, così da rendere effettive le misure sanzionatorie.

Sulla scorta di tali rilievi, è evidente come, in ipotesi di estinzione del reato, si debba ritenere intatto il potere del giudice di irrogare le sanzioni amministrative, proprio per soddisfare l’esigenza che ha giustificato il cumulo di attribuzioni in capo all’organo giudiziario. Invero, anche ritenendo che il giudice non possa più irrogare le sanzioni amministrative in caso di estinzione del reato, queste resterebbero comunque irrogabili dall’autorità amministrativa. Pertanto, anche se non sono più comminabili le sanzioni penali, resta ferma l’opportunità di consentire al giudice di irrogare quelle amministrative, per ragioni di economia giuridica ovvero per evitare l’indebita inerzia dell’amministrazione.

In definitiva le sanzioni penali e quelle amministrative soggiacciono a discipline differenti, sicché, di regola, le vicende giuridiche che interessano l’una non incidono automaticamente sull’altra. Ovviamente nulla esclude che il legislatore possa stabilire diversamente in relazione a specifiche misure sanzionatorie. Si tratterebbe comunque di fissare deroghe alla regola generale.

La salvezza del potere del giudice di comminare le sanzioni amministrative “accessorie” al reato anche in ipotesi di estinzione di questo importa il problema dell’accertamento dell’illecito amministrativo nell’ambito del processo penale destinato a cessare per effetto della causa estintiva. Ebbene non è dubbio che il giudice possa disporre la sanzione amministrativa solo se accerti in sede processuale

la responsabilità dell'imputato per l'illecito amministrativo contestato. In caso di estinzione del reato, come si è visto, il processo tuttavia è destinato a chiudersi immediatamente e ciò potrebbe precludere le necessarie attività processuali funzionali all'accertamento dell'illecito amministrativo. Si deve ritenere dunque che l'applicazione della sanzione amministrativa in sede processual penale sia possibile, in caso di estinzione del reato, solo se dagli atti già compiuti risulti la responsabilità dell'imputato per l'illecito amministrativo contestato. In caso contrario il giudice deve limitarsi alla pronuncia della sentenza di non doversi procedere. Sarà la pubblica amministrazione a procedere all'irrogazione della sanzione amministrativa mediante l'attivazione di un apposito procedimento amministrativo. Ciò appare coerente con la regola dell'art. 129, comma 2 c.p.p. in precedenza menzionata. Anche ai fini dell'assoluzione prevista da tale disposizione, occorre che, al momento dell'estinzione del reato, risulti già accertata l'innocenza dell'imputato, dal momento che ulteriori attività processuali di carattere probatorio sarebbero ormai inibite. Ove non risulti accertata l'innocenza dell'imputato, il giudice procede alla dichiarazione di estinzione del reato *ex art. 531 c.p.p.*

2.2.3. I criteri normativi per qualificare una sanzione giuridica come penale, amministrativa o privatistica. – Alla luce delle considerazioni appena svolte, appare chiaro che qualificare una sanzione giuridica come sanzione penale, amministrativa o civile non è questione inutile o – come a volte è stato affermato in dottrina – “formalistica”. Si tratta di una questione densa di risvolti applicativi e sistematici.

Il problema che si pone all'interprete è allora stabilire se una sanzione – punitiva o esecutiva – abbia natura criminale, amministrativa o privatistica.

Quanto alla distinzione tra sanzioni privatistiche e pubblicistiche, si deve ritenere che un criterio fondato sulla natura pubblica o privata dell'interesse protetto dalla misura coercitiva sia poco utile. Invero, da un lato, anche il diritto penale può essere posto a presidio di interessi privati, come accade in molteplici fattispecie incriminatrici, specie quelle inerenti alla persona e al patrimonio; dall'altro lato, la pubblica amministrazione può perseguire interessi pubblici mediante strumenti privatistici, i quali, in tal caso, sarebbero posti a presidio di interessi non propriamente egoistici o privati. Dunque, i criteri da valorizzare devono essere necessariamente altri. Innanzi tutto si può valorizzare la natura paritetica del rapporto su cui ha inciso l'illecito. Le sanzioni privatistiche sono proprie infatti dei rapporti privi di profili di autoritarità. Inoltre, un utile criterio può essere la tecnica normativamente prevista per mettere in moto l'apparato sanzionatorio. Così se una sanzione è irrogata senza necessità di impulso di parte, essa potrebbe ritenersi di natura pubblicistica; nel caso in cui l'impulso di parte sia necessario per addivenire all'irrogazione della sanzione, allora la misura potrebbe rientrare nel novero di quelle

privatistiche¹³⁷. Per la stessa ragione una sanzione privatistica può essere oggetto di rinuncia o transazione mediante libero accordo tra le parti interessate, possibilità che per le sanzioni pubblicistiche va incontro a inevitabili ostacoli o controlli e può vivere solo all'interno di una compiuta regolamentazione legislativa.

Maggiori problemi importa invece la distinzione tra la sanzione criminale e la sanzione amministrativa. E ciò in quanto non è infrequente che le due sanzioni presentino un identico contenuto o siano ricollegate a illeciti strutturalmente simili se non identici¹³⁸.

Un primo criterio può essere di natura processuale¹³⁹. Si potrebbe ritenere che è penale solo quella sanzione che può irrogarsi ed eseguirsi in quelle forme peculiari denominate dal legislatore "processo penale". Sennonché la più attenta dottrina¹⁴⁰ ha evidenziato come il ragionamento suddetto conduca a una tautologia. Invero, dovendosi individuare il concetto di processo penale si finirebbe per dire che è quel processo finalizzato all'applicazione di sanzioni penali e ciò aprirebbe un circolo vizioso. Del resto l'ordinamento prevede casi in cui il giudice penale irroga sanzioni che il legislatore qualifica espressamente come amministrative o addirittura privatistiche¹⁴¹, con ciò confermandosi che un processo penale possa sfociare anche in sanzioni non criminali. Allora è solamente a seguito dell'accertamento della natura penale di una sanzione che è possibile giungere alla conclusione che la stessa dovrà

¹³⁷ Si tratta di un criterio proposto già da M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, cit., p. 20 ss. che distingue le norme pubblicistiche e quelle privatistiche nell'ambito dell'ordinamento criminale proprio in ragione della tecnica di tutela dell'interesse offeso dall'illecito. Ovviamente, il criterio in esame non deve essere assolutizzato, ma deve essere considerato come uno dei vari criteri utili ai fini della qualificazione giuridica di una sanzione come privata o pubblica. Infatti, vi sono sanzioni pubblicistiche – quali sono quelle penali, che vengono irrogate su impulso di parte (v. querela, istanza, ecc.).

¹³⁸ Si pensi a titolo esemplificativo ai casi in cui la legge prevede il cumulo per il medesimo fatto tra sanzioni penali e amministrative, come accade nell'art. 187-bis t.u.f..

¹³⁹ È il noto punto di vista di ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1955, p. 479, il quale ritiene che la sanzione punitiva criminale – ossia che consegue alla commissione di un reato – si distingua dalle pene amministrative per l'organo che le commina (l'autorità giudiziaria) e per i modi in cui è comminata (il processo penale).

¹⁴⁰ GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 5.

¹⁴¹ Si pensi all'art. 24 della l. 24 novembre 1981, n. 689 secondo cui: «1. Qualora l'esistenza di un reato dipenda dall'accertamento di una violazione non costituente reato, e per questa non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta, il giudice penale competente a conoscere del reato è pure competente a decidere sulla predetta violazione e ad applicare con la sentenza di condanna la sanzione stabilita dalla legge per la violazione stessa.

(...)

4. La persona obbligata in solido con l'autore della violazione deve essere citata nella istruzione o nel giudizio penale su richiesta del pubblico ministero. Il giudice ne dispone di ufficio la citazione. Alla predetta persona, per la difesa dei propri interessi, spettano i diritti e le garanzie riconosciuti all'imputato, esclusa la nomina del difensore d'ufficio. Il pretore, quando provvede con decreto penale, con lo stesso decreto applica, nei confronti dei responsabili, la sanzione stabilita dalla legge per la violazione.

5. La competenza del giudice penale in ordine alla violazione non costituente reato cessa se il procedimento penale si chiude per estinzione del reato o per difetto di una condizione di procedibilità.»

Inoltre si pensi alle sanzioni civili conseguenti al reato ex art. 185 c.p. che il giudice penale può disporre con la sentenza penale di condanna (art. 538 c.p.p.).

essere irrogata all'esito di un "processo penale".

L'unico criterio ermeneutico utile è allora rifarsi alla volontà normativa¹⁴². È necessario valutare se il legislatore abbia qualificato una sanzione come penale o come amministrativa; in altri termini, occorre accertare se il legislatore abbia sottoposto una certa sanzione al regime giuridico del diritto penale ovvero di quello amministrativo.

A tal fine un primo indice rivelatore di una siffatta volontà normativa è quello nominalistico, ossia valutare se una sanzione abbia il *nomen iuris* riconducibile a quello posseduto da sanzioni previste dal codice penale; in secondo luogo fondamentale è valutare se il legislatore abbia qualificato come "reato" il fatto condizionante l'effetto sanzionatorio; in terzo luogo è possibile fare riferimento alla rubrica del titolo, del capo o dell'articolo che regola la sanzione¹⁴³; infine, è possibile utilizzare ogni altro criterio ermeneutico ammesso nell'ordinamento giuridico (criterio sistematico, teleologico, *sedes materiae*, intenzione del legislatore storico, ecc.). A parere di chi scrive, un criterio utile può essere anche quello facente leva sulle modalità applicative della sanzione; in particolare si può valutare se la misura sia applicabile "esclusivamente" nel processo penale o anche fuori dal processo penale, così che nel secondo caso si può certamente ritenere non penale la sanzione irrogata¹⁴⁴.

È possibile che all'esito dell'attività interpretativa, resti comunque dubbia la natura di una sanzione giuridica. In tali casi dall'analisi del dato normativo può desumersi la seguente regola generale: se una misura è ricollegata a un fatto costituente reato ed essa può trovare applicazione solamente all'esito di un processo penale per mezzo di un provvedimento giudiziale, tale misura va ritenuta di natura penale, se non emerge l'inequivoca volontà diversa del legislatore.

3. *La sanzione giuridica punitiva.* – Preme a questo punto tracciare i tratti essenziali della sanzione punitiva e di quella esecutiva e i principi generali che le connotano nell'ordinamento giuridico.

La sanzione punitiva (o pena) è una restrizione della sfera giuridica di un soggetto che viene comminata come reazione alla commissione di un fatto illecito allo scopo di garantire l'effettività del precetto violato¹⁴⁵.

¹⁴² Così testualmente GALLO, *op. ult. cit.*, p. 5-6.

¹⁴³ Come avviene normalmente nelle normative penali extracodicistiche. È bene ricordare che in tale caso la qualificazione effettuata dal legislatore è vincolante per l'interprete in quanto è una qualificazione in funzione di disciplina e non una mera presa di posizione dottrinale del legislatore.

¹⁴⁴ Tale affermazione non smentisce quanto sostenuto in precedenza circa l'inammissibilità di un criterio processuale per qualificare come penale una sanzione giuridica. Invero il criterio processuale propugnato da una parte della dottrina si pone come indice "positivo" della natura penale della sanzione, nel senso che se la misura è irrogata nel processo penale, allora deve ritenersi penale. Invece il criterio proposto conferisce un rilievo "negativo" al criterio processuale: se una sanzione *non deve irrogarsi* necessariamente in un processo penale, allora *non è penale*.

¹⁴⁵ THON, *La norma giuridica e il diritto soggettivo*, cit., p. 25; KELSEN, *La dottrina pura del*

Come ogni sanzione giuridica, la pena – sul piano contenutistico – si presenta come una diminuzione di diritti per il responsabile. Tuttavia, la specificità della stessa è quella di avere – come connotazione primaria – l'afflittività, ossia si presenta come un castigo che viene comminato al soggetto responsabile della violazione del precetto¹⁴⁶. La pena dunque si risolve in una sofferenza comminata dall'ordinamento giuridico al responsabile della violazione di un precetto giuridico¹⁴⁷.

Come è stato già illustrato, la pena – al pari di ogni sanzione giuridica – può sul piano teorico avere a oggetto vari beni giuridici facenti capo al responsabile. Essa può consistere nella privazione della vita, nella diminuzione della integrità psico-fisica, nella compressione della libertà di movimento, nella lesione dell'onore, nella perdita o limitazione della capacità giuridica o di quella di agire e, infine, nella perdita o diminuzione del patrimonio economico. Tuttavia lo sviluppo di una concezione moderna della pena e una più chiara consapevolezza del suo fondamento politico hanno condotto gli ordinamenti moderni a espungere le pene più efferate, quali la pena capitale, le pene corporali e quelle incidenti sull'onore.

In ogni caso ciò che va messo in rilievo – in relazione al contenuto della pena – è che essa non deve avere il medesimo contenuto dell'obbligo giuridico violato. Ciò in virtù della sua funzione sistematica che è non l'esecuzione coattiva del precetto inosservato, bensì l'afflizione del responsabile per la violazione perpetrata¹⁴⁸. Ciò costituisce l'elemento negativo della pena, ossia ciò che deve

diritto, cit., p. 130; ROCCO, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, in *Riv. pen.*, 1917, p. 329; D'ALLORIO, *Osservazioni sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, p. 1; NUVOLONE, voce *Pena*, in *Enc. dir.*, XXXII, 1982, p. 787; PAGLIARO, *Sanzione penale*, in *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008.*, III, Milano, 2009, p. 1019. Per la manualistica: ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 479; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 712; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, p. 695; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 549.

¹⁴⁶ PAGLIARO, *Sanzione penale*, cit., p. 1020, il quale evidenzia come altre sanzioni possono avere contenuto afflittivo, ma non mirano all'afflizione. Di contro le sanzioni punitive hanno sempre avuto come carattere distintivo l'afflittività. Sul punto è chiarissimo ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 479, il quale evidenzia che «una pena non afflittiva è una *contradictio in terminis*; sarebbe come dire: luce buia o fuoco freddo».

¹⁴⁷ La afflittività deve essere apprezzata alla luce dei canoni di valutazione media accolti dalla comunità sociale. e non in base a canoni di natura psichica o soggettiva. Dunque non perde la connotazione di pena una diminuzione di diritti che viene comminata al responsabile di un illecito laddove quest'ultimo desideri la punizione o sia ben felice di subirla. Sul punto chiaramente GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., p. 116.

¹⁴⁸ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 712, proprio per tale profilo, afferma che la pena è una sanzione giuridica eterogenea. L'affermazione non pare condivisibile. La pena non necessariamente è eterogenea se con ciò si intende che essa presenta un contenuto del tutto diverso dal comportamento prescritto dalla norma primaria. Basti pensare al seguente esempio: il mancato pagamento di un'imposta può importare una pena pecuniaria. La pena in tal caso è del tutto omogenea al comportamento prescritto dalla norma primaria: si tratta in entrambi i casi di eseguire un pagamento in moneta. La vera peculiarità della pena è che essa non mira a costituire *la stessa situazione giuridico-fattuale* che il precetto primario intendeva realizzare. Rimanendo all'esempio la pena importerà un pagamento che non è destinato al Fisco, sicché la situazione prescritta dalla norma violata (pagamento dell'imposta al Fisco) resta comunque inattuata. A tal fine occorrerà una sanzione esecutiva per realizzarla, come si spiegherà meglio in seguito.

manicare per aversi una sanzione punitiva.

Particolarmente dibattuto è da secoli il fondamento politico della pena, ossia la finalità per la quale si punisce. Si tratta di un dibattito articolato e difficilmente avviato a un approdo definitivo. Ciò in quanto gli scopi della pena mutano in funzione delle diverse concezioni politiche e sociali cui sono ispirati gli ordinamenti giuridici nei vari momenti storici¹⁴⁹. Tuttavia è opportuno affrontare brevemente il problema del fondamento politico della sanzione punitiva. Ciò consentirà una migliore comprensione dei caratteri essenziali che la stessa deve teoricamente avere e dello statuto giuridico che l'ordinamento italiano le ha conferito. Le teorie che si esporranno sono maturate nell'ambito della scienza penalistica, da sempre attenta alle riflessioni sulla pena. Ciò non impedisce di estendere l'esito delle conclusioni cui si perverrà alla sanzione punitiva *tout court*, con ciò non volendosi negare le peculiarità proprie della pena criminale.

3.1. Le funzioni della sanzione punitiva: le teorie retributivistiche. – Le giustificazioni retributivistiche concepiscono la pena come fine a se stessa, come corrispettivo, come riparazione, come retribuzione appunto dell'illecito. La pena risponde all'esigenza di giustizia che il male sia compensato con il male (così come il bene va ricompensato con il bene). Di conseguenza la sanzione punitiva deve essere comminata per il solo fatto della commissione dell'atto antigiuridico (*quia peccatum est*)¹⁵⁰. Si tratta di teorie che sono molto risalenti in quanto si fondano sull'istituto arcaico della vendetta privata.

Nell'ambito di questo filone di pensiero è possibile distinguere due orientamenti specifici: quello della retribuzione morale e quello della retribuzione giuridica.

Secondo la prima concezione la pena è un'esigenza di ragione che poggia sull'idea di giustizia e che si ricollega al valore immorale del fatto criminoso¹⁵¹. L'ordinamento giuridico deve reagire all'illecito in quanto è esigenza che scaturisce dalla coscienza umana. Lo scopo della pena non va ricercato in un'utilità sociale esterna, bensì nell'esigenza di soddisfare l'ideale di giustizia. Tale impostazione muove dal presupposto che l'uomo non possa essere usato come strumento per il perseguimento di scopi utilitaristici propri della comunità sociale. La pena deve avere allora un fondamento etico assoluto: la realizzazione di ideali di giustizia.

La teoria della retribuzione giuridica sostiene invece che l'illecito rappresenta una ribellione del singolo alla volontà della legge e, pertanto, occorre una reazione idonea a riaffermare l'autorità dello Stato. Si tratta di una concezione che fa capo al filosofo Hegel, il quale ricostruisce il fondamento della sanzione

¹⁴⁹ Per una disamina esaustiva delle concezioni politiche della pena nel corso della storia si rinvia a FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, 2011, p. 233 e ss.

¹⁵⁰ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 714.

¹⁵¹ È la nota teoria di Kant per la quale si rinvia a SOLARI, *Kant e la dottrina penale della retribuzione*, in *Riv. di filosofia*, 1929, p. 25 ss..

punitiva in chiave dialettica¹⁵². Il delitto costituisce una negazione del diritto; la pena è – a sua volta – negazione dell’illecito; essendo negazione della negazione del diritto, la pena riafferma l’ordinamento giuridico. Su tale linea la dottrina penalistica ha sostenuto che la pena consente una «umiliazione della volontà ribelle al precetto, la riaffermazione energica dell’esigenza assoluta di obbedienza e il costringimento alla sottomissione dinanzi all’autorità della legge»¹⁵³.

La concezione retributivistica impone logicamente una serie di caratteristiche essenziali della pena:

a) la personalità della pena, in quanto la compensazione del male non può che colpire colui che ha provocato quel male.

b) come conseguenza del primo corollario, la pena non si applica più con la morte del responsabile.

c) la pena deve essere proporzionale alla gravità dell’illecito, dovendo essere un corrispettivo per il male arrecato. Nella proporzionalità risiede la giustizia della pena.

d) la pena deve essere determinata, poiché deve compensare un male determinato.

e) la pena deve essere inderogabile, altrimenti l’esigenza di giustizia a essa sottesa rimarrebbe insoddisfatta¹⁵⁴.

Le teorie retributivistiche sono state oggetto di notevoli obiezioni nel corso del tempo. In particolare quella della retribuzione morale ha il limite che non ogni illecito commesso in società fa scaturire un imperativo morale di punizione del colpevole. E allora pare chiara la confusione che essa genera tra diritto e morale: si finisce per attribuire sempre all’atto antiggiuridico un disvalore morale che la pena andrebbe a neutralizzare.

La retribuzione giuridica cade nella stessa obiezione, laddove conferisce valore assoluto non a un ordine morale metagiuridico, quanto all’ordinamento giuridico stesso. Si tratta di una tendenza propria del positivismo giuridico quella di giustificare il diritto per la sua mera forma, a prescindere da qualsiasi contenuto esso possenga. Di conseguenza si tratta di teoria scarsamente utile ai fini di una ricerca sugli scopi della pena, posto che essa non fa che affermare un’esigenza comune a ogni ordinamento giuridico: quella dell’efficacia delle norme che lo compongono.

Ad ogni modo l’obiezione più rilevante resta quella secondo cui le concezioni retributivistiche confonderebbero lo scopo e la motivazione giuridica della pena; in altri termini si confonde lo scopo politico della pena e il principio

¹⁵² ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 485.

¹⁵³ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., p. 119, il quale riprende le teorie di Binding per il quale v. ANTOLISEI, *ibidem*.

¹⁵⁴ Celebre sul punto l’espressione di Kant (*Metafisica dei costumi*) che riassume così tale carattere della pena: «Anche quando la società civile si risolvesse col consenso di tutti i suoi membri (...), l’ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe essere giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue non ricada sul popolo che non ha reclamato la punizione».

garantista secondo cui la pena deve sempre conseguire a un illecito¹⁵⁵. Affermare che si punisce perché si è commesso un illecito «se equivale a dire *quando* è giustificato (o possibile, o lecito) punire, non dice assolutamente nulla sul *perché* è giustificato (o necessario, o opportuno) punire».¹⁵⁶

3.1.1. Le teorie utilitaristiche. – Le correnti utilitaristiche della pena giustificano l'uso di questa solo come mezzo per la realizzazione dello scopo utilitaristico della prevenzione degli illeciti.

A tal fine si distingue una prevenzione generale e una speciale. La prima rappresenta l'esigenza che la pena distolga i consociati dalla commissione di illeciti futuri. La seconda invece implica l'obiettivo di evitare che il colpevole di un illecito ne commetta di nuovi in futuro.

Inoltre si distingue una prevenzione positiva e una negativa. Quella positiva mira a realizzare lo scopo preventivo attraverso la correzione del responsabile o l'integrazione disciplinare dei consociati. Quella negativa mira alla neutralizzazione del colpevole o all'intimidazione dei consociati.

Ciò chiarito, le tesi utilitaristiche si distinguono da quelle retributivistiche perché guardano al futuro e non al passato. La pena va applicata affinché non si torni a delinquere (*ne peccetur*). Si tratta di una impostazione sorta con il razionalismo filosofico¹⁵⁷ e divenuta il cardine del diritto penale moderno¹⁵⁸, improntato sull'idea fondamentale che un ordinamento giuridico nasce e si giustifica per garantire la felicità dei consociati e non per perseguire dubbie finalità etiche o morali.

3.1.2. La prevenzione speciale. – Le correnti che assegnano alla pena una funzione di prevenzione speciale si sono sviluppate soprattutto nel corso del XIX secolo e nella prima metà del XX secolo. Si tratta di correnti che nascono dalla concezione organicistica della società i cui elementi devianti devono essere corretti attraverso precise tecniche predisposte dal diritto. Il tratto comune di tali teorie è

¹⁵⁵ VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a cura di A. Calvi, Milano, 1962, p. 64-65, il quale ritiene necessario distinguere la retribuzione – che è un modo di essere della pena – dalla prevenzione generale che è il vero scopo cui mira la pena: in particolare «repressione e prevenzione non si trovano in posizione antinomica. Se io nuoto, nuoto perché sono caduto in acqua o per non annegare? Prendo le medicine perché sono ammalato oppure per guarire? (...). La pena è prevenzione attuata attraverso la repressione».

¹⁵⁶ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 243.

¹⁵⁷ Le correnti utilitaristiche sono già presenti in Bacone, Grozio e nei filosofi contrattualisti moderni. In particolare si può ricordare Hobbes, il quale sosteneva che nel comminare le pene «non bisogna preoccuparsi del male ormai passato, ma del bene futuro: cioè non è lecito infliggere pene se non con lo scopo di correggere il peccatore o di migliorare gli altri con l'ammonimento della pena inflitta»; o Locke secondo cui la pena deve dare all'offensore di «motivo di pentirsi e distogliere gli altri dal fare lo stesso». Le citazioni sono tratte da FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 246.

¹⁵⁸ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XII, secondo cui «il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso. (...) Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali».

l'idea che la pena non serva solo a reprimere gli illeciti quanto invece a trasformare la personalità del colpevole ovvero a neutralizzarne le spinte devianti¹⁵⁹.

Nell'ambito di queste correnti si possono distinguere due teorie fondamentali: la teoria dell'emenda che si informa a una special prevenzione positiva; la teoria della difesa sociale che si ispira a una special prevenzione negativa.

Secondo la teoria dell'emenda la pena ha lo scopo di rendere il colpevole edotto del male arrecato e di farlo pervenire così al pentimento per il fatto commesso. Il tratto caratterizzante di tale teoria è l'idea che il colpevole con l'illecito ha mostrato la sua immoralità, la sua tendenza a delinquere. Diviene necessario allora correggere la sua personalità. La pena diviene una "medicina dell'anima" e deve essere idonea a produrre il ravvedimento. L'ordinamento scongiura così il pericolo che il colpevole torni a commettere nuovi illeciti¹⁶⁰. La teoria dell'emenda affonda le sue radici nella tradizione romanistica e si è perpetuata nella dottrina cristiana ricollegandosi alla concezione biblica della sofferenza come prezzo per l'espiazione dei peccati e per la riconciliazione con Dio.

Si tratta di una concezione che mostra punti di contatto con quella della retribuzione morale, dal momento che anche questa concepisce il dolore come mezzo di riequilibrio nei rapporti tra delitto e pena¹⁶¹.

Più interesse ha suscitato invece la teoria della difesa sociale che si ricollega a uno scopo di special prevenzione in senso negativo. Si tratta di una posizione maturata in senso alla Scuola positiva i cui massimi esponenti in Italia furono Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Filippo Grispigni ed Eugenio Florian. Muovendo da una visione deterministica dell'essere umano, questa corrente ritiene il reo un essere antropologicamente inferiore, proclive al delitto. Si abbandona qualsiasi finalità di giustizia della pena e si afferma la sola esigenza di difendere la comunità sociale da ulteriori atti illeciti del reo. La pena pertanto assume la funzione di neutralizzare o attenuare i fattori che sollecitano il colpevole a delinquere¹⁶². Anzi si proclama l'esigenza di abbandonare la tecnica della pena per addivenire a un sistema fondato esclusivamente su apposite misure di sicurezza volte alla prevenzione dei delitti. In tal modo si auspica l'approdo a una società organica, sottoposta al controllo scientifico e non moralistico dello Stato¹⁶³.

Muovendo da una concezione correzionalistica o terapeutica della pena,

¹⁵⁹ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 252.

¹⁶⁰ Sostiene la teoria dell'emenda CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale. Il reato*, Milano, 1943, p. 22 il quale evidenzia la connessione funzionale tra processo di cognizione ed esecuzione della pena per lo scopo dell'emenda: «Nella fase di cognizione parla attraverso il giudice la coscienza di ciascuno; la realtà di quel discorso è la prova che la voce della coscienza non è un sogno (...). Nella fase esecutiva l'esperienza trapassa dalla rappresentazione all'azione: il male patito dal reo in compenso del male inferto gli fa toccar con mano quella verità, che nel giudizio ha ascoltato; e del reo l'esperienza, compendosi, si estende alla vittima e ad ogni altro cittadino». Di conseguenza la pena non implica solo mera sofferenza ma il volgere questa sofferenza in redenzione.

¹⁶¹ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 717.

¹⁶² GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., p. 126.

¹⁶³ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 255.

questa assume tendenzialmente i seguenti caratteri:

a) la pena non deve essere inderogabile: le esigenze special preventive potrebbero invero suggerire di sospendere l'esecuzione della pena o di modificare questa durante la sua esecuzione o addirittura di cessare anzi tempo l'esecuzione, laddove la rieducazione sia stata conseguita. Invero la pena ha lo scopo di neutralizzare la pericolosità del colpevole, con la conseguenza che il trattamento punitivo perde ogni ragione d'essere laddove la persona – al momento della condanna o successivamente – non abbia più bisogno di essere riadattata¹⁶⁴.

b) la pena non deve essere determinata, poiché non può stabilirsi *a priori* quando il soggetto sarà rieducato. Di conseguenza la pena deve essere procedimentalizzata in modo da poterla adattare alle mutevoli esigenze della special prevenzione che vengano in rilievo man mano.

c) la pena deve essere calibrata sulla personalità del reo e non solo e non tanto alla gravità dell'illecito. In particolare si propugna un'individualizzazione della pena in relazione alla personalità del colpevole. A tal fine la pena può mirare alternativamente all'intimidazione, all'educazione, all'eliminazione o alla cura.

Le teorie che valorizzano uno scopo special preventivo hanno ricevuto serie obiezioni nell'ambito del dibattito scientifico.

Una prima critica ha natura assiologia. Le concezioni espone considerano l'illecito come sintomo di una malattia, sia essa morale o naturale. Esse pervengono così a una mescolanza tra diritto e morale, tra diritto e natura. In tal modo si perviene alla primaria considerazione della personalità del soggetto responsabile, piuttosto che al fatto e alla gravità di questo, con rischio di scadere in anacronistiche forme di diritto penale per tipo d'autore¹⁶⁵.

In secondo luogo si è negata la stessa capacità delle teorie suddette a spiegare il fondamento di ogni sanzione punitiva. In particolare lo scopo rieducativo può essere idoneo a giustificare la pena detentiva, ma non è assolutamente in grado di giustificare l'applicazione di pene patrimoniali o limitative della capacità giuridica¹⁶⁶. Peraltro forti dubbi sono stati da tempo sollevati circa la stessa possibilità di conciliare repressione ed educazione, l'esperienza mostrando che l'esecuzione della pena raramente raggiunge scopi pedagogici o risocializzanti¹⁶⁷.

¹⁶⁴ CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 32, il quale nel criticare la pena di morte afferma che il vizio di questa stia «nel porre in contrasto i due caratteri afflittivo e emendativo della pena, i quali dovrebbero integrarsi nel senso che l'emenda estingue l'afflizione; a tal fine la pena *deve poter cessare*, in che sta ciò che si chiama la sua *riparabilità* o meglio si direbbe *reversibilità*».

¹⁶⁵ Così FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 258, il quale evidenzia il carattere illiberale di ogni concezione che storicamente abbia pensato allo Stato come pedagogo o come tutore dei consociati. L'accentuazione del profilo della personalità dell'autore piuttosto che del fatto è chiaramente espresso da CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, cit., p. 22, secondo cui il processo implica un primo fondamentale momento di emenda per l'imputato; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., p. 138, secondo cui la pena va commisurata sulla pericolosità del reo di cui il reato è solo un elemento sintomatico.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, *op. ult. cit.*.

¹⁶⁷ Infatti lo stesso CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, p. 32-33 evidenzia una intrinseca «imperfezione dell'istituto penale», posto che l'espiazione penale accresce in misura notevole la distanza tra scopo e

Soprattutto le teorie correzionalistiche hanno il fondamentale limite di rinnegare tutti i principi fondamentali del moderno diritto penale come diritto minimo. Come si è visto, esse giungono a propugnare un'individualizzazione così rigida della pena che essa deve in astratto presentarsi necessariamente come indeterminata nella natura e nella durata. Inoltre la stessa esecuzione della pena è sottoposta a un grave margine di incertezza, in quanto si perviene alla conclusione che il trattamento punitivo debba cessare allorché l'emenda o la risocializzazione del reo siano state conseguite. Si tratta di conclusioni che contraddicono il principio fondamentale di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge penale e alimentano l'imprevedibilità della decisione giudiziaria, corollario del principio di legalità.

Per tutte queste ragioni le concezioni meramente special preventive della pena sono state ripudiate dagli ordinamenti giuridici moderni, senza che ciò implicasse tuttavia una loro definitiva e totale rinnegazione.

3.1.3. La prevenzione generale. – La tesi della prevenzione generale afferma che scopo fondamentale della pena sia distogliere i consociati dalla commissione di reati. In ciò consisterebbe la sua funzione utilitaristica.

Una prima corrente muove da una visione positiva della prevenzione generale, ossia come integrazione sociale degli individui. Secondo questa impostazione la minaccia della pena avrebbe lo scopo di promuovere il conformismo dei comportamenti, rafforzando la fedeltà dei consociati nei confronti dell'ordinamento giuridico. In definitiva la pena si pone come fattore di stabilizzazione sociale, cementando la solidarietà dei consociati contro la devianza¹⁶⁸. Nel corso del tempo il sistema punitivo, esprimendo al contempo un sistema di valori e di disvalori, avrebbe una funzione di orientamento culturale dei consociati¹⁶⁹. Una simile impostazione ha ricevuto non poche obiezioni dalla moderna scienza penalistica a causa della sua tendenza a legittimare acriticamente l'ordinamento giuridico, giustificando la pena in nome di una pretesa giustizia intrinseca del diritto positivo¹⁷⁰.

Diversa si presenta la concezione negativa della prevenzione generale (o teoria dell'intimidazione). Questa concezione, sorta con l'illuminismo giuridico e affermata nel corso del XIX secolo, muove da una netta separazione tra il diritto e la morale e dunque ripudia una qualsiasi teoria della pena che valorizzi primariamente l'autore piuttosto che il fatto o comunque il danno connesso

risultato della pena.

¹⁶⁸ Per tutti si rinvia a F. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 22.

¹⁶⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 712, che sottolinea come il timore di incorrere in una pena agirebbe, anche inconsapevolmente, da fattore che facilita in ciascuno di noi la formazione di un Super-io fondato sui comandi legislativi. Allora «il diritto penale assolve dunque una funzione *socializzante*, allo stesso modo di istituzioni quali la famiglia, la scuola, il gruppo, la comunità».

¹⁷⁰ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 264.

all'illecito. Lo scopo della sanzione punitiva non deve essere quello di correggere le personalità dei consociati, bensì di distoglierli dalla commissione di illeciti. In tal modo l'ordinamento mira a garantire la massima sicurezza pubblica possibile.

Lo scopo dell'intimidazione dei consociati viene propugnato mediante l'utilizzo di due modalità differenti ma non incompatibili tra di loro.

Secondo una prima corrente di pensiero – sorta tra il Seicento e il Settecento – l'effetto intimidatorio può essere raggiunto per mezzo dell'esempio offerto dall'inflizione della pena operata in sede di condanna. In questo senso la pena deve costituire un castigo esemplare, sicché essa deve essere aspra e crudele. Si legittima per tal via ogni intervento repressivo improntato alla massima severità, non importa se disancorato da qualsiasi elemento di garanzia e di certezza (ad es. anche punire un innocente può giustificarsi per esigenze di intimidazione generale).

Tale visione estremista della prevenzione generale è stata ben presto superata. La pena esemplare infatti si espone sempre al rischio di applicazioni diseguali a cagione della necessità di adattare la risposta punitiva al concreto allarme sociale prodotto dall'illecito considerato o comunque dalle varie esigenze politiche che eventualmente vengano in rilievo nel caso di specie¹⁷¹.

Più ragionevole è apparsa la teoria che propugna l'effetto intimidatorio tramite la minaccia della pena contenuta nella legge. Secondo questa impostazione l'ordinamento può preservare le condizioni della propria esistenza prevenendo gli illeciti attraverso la minaccia di una pena a coloro che ne commetteranno alcuno. La pena in tal caso agisce come contropinta psichica al motivo a delinquere e in tal modo trattiene l'individuo dal commettere l'infrazione¹⁷². La pena finisce così per essere un mero espediente per assicurare l'effettività dell'ordinamento giuridico.

La concezione in esame è stata diffusamente accolta nella scienza penalistica in virtù della sua capacità di giustificare i principali connotati di un moderno diritto penale. In particolare l'intimidazione mediante una minaccia legale della pena non può che importare per logica conseguenza:

a) la legalità della pena, non potendosi intimidire i consociati senza manifestare per via legale il proposito punitivo. Ciò importa la necessità della prevedibilità della norma punitiva.

b) la certezza e inderogabilità della pena, posto che una pena minacciata e non applicata non raggiungerebbe il suo scopo intimidativo.

c) la pena deve colpire solo fatti materiali, giacché l'ordinamento può prevenire solo una condotta esteriore e non uno stato d'animo o una qualità

¹⁷¹ FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, p. 265.

¹⁷² Si tratta della nota posizione di ROMAGNOSI, *La genesi del diritto penale*, Milano, 1857, § 396 ss. e ripresa da CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Milano, 1863, § 313 VI°: «l'oggetto della civile imputazione non è di reprimere la pravità dell'azione delittuosa già commessa: ma di distogliere i cittadini dal commetterne altre. Quindi la pena si infligge non per trar vendetta d'un delitto già commesso, ma affinché altri delitti in avvenire non si commettano». La teoria in esame è stata ripresa anche da CARRARA, *La dottrina fondamentale sulla tutela giuridica*, in *Opuscoli di diritto criminale*, I, Lucca, 1870, p. 258 ss., il quale efficacemente sottolinea come la pena sia connaturata all'idea stessa di diritto, giacché «senza sanzione la legge è consiglio e non è più legge».

dell'individuo.

d) la pena deve colpire solo condotte sorrette da colpevolezza, in quanto non si può dissuadere taluno dal commettere fatti non dominabili o derivanti da caso fortuito.

e) la pena va irrogata solo al diretto responsabile del fatto, dal momento che l'effetto intimidativo non si produrrebbe mai laddove si assistesse alla punizione di innocenti.

Ciò nondimeno, la teoria dell'intimidazione nella sua assolutezza presenta un vizio: è incapace di porre dei limiti massimi alle scelte punitive del legislatore. In altri termini essa fissa una serie di garanzie minime del diritto punitivo, ma non stabilisce criteri atti a garantire la giustizia dello stesso. Lo scopo di assicurare l'effettività del diritto non incide in alcun modo sulla qualità e quantità delle pene. Anzi conduce a un progressivo innalzamento delle stesse, essendo la commissione dell'illecito la prova dell'insufficienza del trattamento punitivo esistente¹⁷³. Si è avvertita così l'esigenza di correggere la tesi della general prevenzione con altri criteri idonei a limitare le scelte punitive in chiave garantista.

3.1.4. La funzione pluridimensionale della sanzione punitiva. – A causa dei limiti intrinseci connessi alla prevenzione generale negativa, la dottrina più recente ha propugnato una visione pluridimensionale della pena: questa non perseguirebbe un solo scopo, bensì più scopi che reciprocamente si influenzano e si limitano.

Secondo una prima concezione la retribuzione della pena si combinerebbe con la prevenzione generale e speciale¹⁷⁴. In particolare – rispetto alla prevenzione generale – la retribuzione fungerebbe da limite razionale alla severità delle sanzioni punitive. Secondo tale impostazione la pena deve essere tale che i danni complessivi da essa cagionati siano inferiori a quelli complessivi che è idonea a prevenire. Se così non fosse, la pena perderebbe ogni giustificazione logica e politica. Il livello di severità della sanzione deve dipendere dalla gravità del fatto e dal livello di certezza e di prontezza di essa che si riesce a ottenere¹⁷⁵.

Nei limiti in cui la pena sia ragionevole rispetto alla logica retributiva essa è idonea a soddisfare la collettività turbata dal reato e dà soddisfazione alla persona offesa dall'illecito. In ciò la pena si sostituisce alla vendetta privata, privando questa di ogni motivazione¹⁷⁶.

La retribuzione si correla altresì alla prevenzione speciale. Assicurando l'equità e la proporzionalità della pena, la retribuzione assicura che la stessa sia

¹⁷³ Così già Carrara come citato da FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 268, il quale sottolinea come la teoria dell'intimidazione metta al riparo dall'abuso giudiziario ma non da quello legislativo.

¹⁷⁴ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 719 definisce la retribuzione l'idea centrale del diritto penale della libertà.

¹⁷⁵ Tale idea è stata affermata già da BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., par. VI, XVI, XIX, XXVII, XXVIII, XLI.

¹⁷⁶ PAGLIARO, *Sanzione penale*, cit., p. 1025.

percepita come giusta dal colpevole e contribuisca al processo di rieducazione in fase esecutiva¹⁷⁷.

Una diversa impostazione invece rifiuta la retribuzione come scopo della pena e, accanto alla prevenzione generale, riconosce a essa un diverso e ulteriore scopo. La sanzione punitiva non sarebbe un mezzo sostitutivo della vendetta privata, bensì uno strumento per evitare il male recato dalla vendetta privata. La pena – detto altrimenti – avrebbe lo scopo di prevenire non solo il male arrecato con il delitto, ma anche quello cagionato tramite la reazione sproporzionata e informale della persona offesa. Così «la pena non serve solo a prevenire gli ingiusti delitti, ma anche le ingiuste punizioni»¹⁷⁸. Seguendo questa logica, la pena – dovendo evitare punizioni eccessive – non deve comportare un'afflizione maggiore di quella che ci sarebbe stata se la persona offesa avesse reagito con la vendetta privata all'illecito. Se così non fosse, la pena perderebbe ragione d'essere e si trasformerebbe in puro atto di forza, slegato da ogni logica sanzionatoria in senso stretto.

Seguendo questa linea – del tutto condivisibile – la sanzione punitiva risulta permeata da un duplice scopo. Il primo è quello di prevenire gli illeciti, garantendo l'effettività dell'ordinamento giuridico. Tale scopo consente di individuare il limite minimo di un sistema punitivo, giacché questo deve essere *almeno* idoneo a distogliere dall'illecito i consociati. Il secondo è quello di scongiurare punizioni ingiuste. Tale scopo consente di delineare il limite massimo entro cui deve svilupparsi un sistema punitivo. Superato tale limite la pena diventa eccessiva e non più utilitaristica¹⁷⁹.

3.2. Lo statuto della sanzione punitiva alla luce dell'ordinamento giuridico italiano. – Finora sono stati analizzati la struttura essenziale della pena e gli scopi che può perseguire in un sistema giuridico. Si è altresì visto che l'assegnazione alla pena di uno scopo piuttosto che di un altro incide necessariamente sulle connotazioni della stessa, che deve sempre – per ovvie ragioni – avere la conformazione più idonea alla finalità assegnatale dall'ordinamento giuridico. In via puramente teorica di una sanzione punitiva può dirsi solo che consiste in una privazione di beni giuridici, che consegue a un atto antiggiuridico e che ha natura afflittiva. Altre connotazioni sono frutto essenzialmente delle scelte operate da un concreto ordinamento giuridico e richiedono allora un'indagine di diritto positivo. Così – a titolo esemplificativo – non può escludersi in linea teorica che un ordinamento preveda la pena di morte o una responsabilità oggettiva o addirittura collettiva cui consegua l'applicazione di una sanzione punitiva.

Ciò chiarito, è necessario procedere all'illustrazione dello statuto positivo

¹⁷⁷ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 720.

¹⁷⁸ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 326, il quale evidenzia ulteriormente come sia errato pensare che la pena nasca per effetto della pubblicizzazione della vendetta privata. Essa sorge storicamente per negare la validità della vendetta privata e caricarla quindi di disvalore giuridico.

¹⁷⁹ FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, p. 328.

della sanzione punitiva. In particolare occorre delineare i principi essenziali che governano la pena, in modo da poter delineare una disciplina generale applicabile a ogni sanzione punitiva, in difetto di specifiche coordinate normative. È evidente che nel far ciò si terrà conto soprattutto dei principi costituzionali, in quanto capaci di vincolare le scelte del legislatore.

La ricerca dei principi generali delle sanzioni punitive è stata da sempre appannaggio – per ragioni storiche e pratiche – della scienza penale. Tuttavia l'emergere del diritto punitivo amministrativo nella legislazione italiana più recente ha posto in rilievo il problema di stabilire se i caratteri della pena enunciati dalla dottrina penalistica siano espressione di principi generali validi per ogni sanzione punitiva o siano inerenti alla sola pena criminale. In linea generale si può sin da ora affermare che è ben possibile riferire i principi costituzionali inerenti alla pena come propri di tutte le sanzioni punitive e non solo di quella specifica sanzione punitiva che è la pena criminale. Come si vedrà in seguito si tratta di una convinzione che si è consolidata nella giurisprudenza costituzionale e trova conferma nel diritto penale europeo¹⁸⁰. Si può così individuare uno statuto giuridico minimo della sanzione punitiva che si pone come limite alle scelte “settoriali” che il legislatore effettua nei vari ordinamenti parziali. A questo può aggiungersi uno statuto speciale proprio della pena criminale o di quella amministrativa o di quella privatistica.

Alla luce della legge costituzionale si può sostenere che costituiscono principi generali di ogni sanzione punitiva quelli di seguito illustrati.

a) Innanzi tutto dall'art. 13, comma 2 Cost., che riserva alla legge la previsione delle misure limitative della libertà personale, dall'art. 25, comma 2 Cost., secondo cui «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», dall'art. 23 Cost., che consente l'imposizione di prestazioni personali solo mediante legge, può desumersi il *principio di legalità della sanzione punitiva e dei fatti che la condizionano o che la estinguono*¹⁸¹.

Ogni sanzione punitiva deve essere prevista da una norma di legge, che la regolamenti esattamente nel contenuto, nei presupposti e nelle modalità di applicazione. Il principio di legalità del diritto punitivo ha una funzione garantista, posto che consente ai consociati di prevedere le conseguenze delle proprie azioni e dunque di programmare le proprie condotte entro uno spazio di libertà garantito. Inoltre la legalità della pena è – come visto in precedenza – essenziale per consentire alla stessa di distogliere i destinatari dalla violazione dei precetti primari, posto che la minaccia della sanzione punitiva per essere conosciuta va esternata in via legale¹⁸².

¹⁸⁰ *Infra* Cap. IV del presente lavoro.

¹⁸¹ Si tratta di principio ribadito sul piano legislativo: si pensi, non solo all'art. 1 c.p., ma anche all'art. 1, comma 1 della l. 24 novembre 1981, n. 689 («Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione.») e dall'art. 3 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 («Nessuno può essere assoggettato a sanzioni se non in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione della violazione.»).

¹⁸² Per la distinzione tra il principio classico di legalità e il principio costituzionale di riserva di legge vedi TRAPANI, voce *Legge penale. I. Fonti*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1990, p. 1-2.

Il principio di legalità del diritto punitivo reca con sé una serie di fondamentali corollari. Innanzi tutto vieta ogni commistione tra diritto punitivo e morale, individuando nella legge la sola fonte delle norme punitive¹⁸³.

Il principio di legalità condiziona altresì le fonti del diritto idonee a porre norme giuridiche volte alla regolazione della materia punitiva. In questo senso dal principio di legalità deriva la c.d. *riserva di legge* in base alla quale solamente una fonte di rango legislativo può introdurre norme giuridiche nell'ordinamento punitivo, essendo invece precluso ogni intervento regolatore delle fonti sublegislative¹⁸⁴.

Inoltre la legalità reca con sé la necessità che la disposizione penale sia costruita dal soggetto competente a porla in modo preciso. La fattispecie punitiva deve essere formulata con un linguaggio chiaro e comprensibile in modo che i destinatari della stessa siano posti nelle condizioni di delimitare ragionevolmente l'area dei comportamenti puniti e le conseguenze possibili delle eventuali condotte illecite; ne consegue l'inammissibilità di pene indeterminate o aventi forbiti edittali eccessivamente ampie¹⁸⁵.

La legalità del diritto punitivo importa inoltre il divieto di applicazione analogica *in malam partem* della norma punitiva¹⁸⁶. Sarebbe del tutto in contrasto con gli scopi preventivi sottesi alla minaccia della pena applicare questa in via analogica. La stessa funzione garantista della legalità sarebbe frustrata, non potendosi più ottenere certezza in relazione alle condotte effettivamente permesse e a quelle vietate. L'applicazione della sanzione punitiva non deve avvenire fuori dei casi espressamente stabiliti dalla regola generale e astratta. E ancora: l'individuazione in sede giudiziaria della norma punitiva deve essere frutto di un'interpretazione ragionevole che consenta la prevedibilità (o meglio la "predicibilità"¹⁸⁷) della decisione giudiziaria in riferimento a uno specifico

¹⁸³ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 370.

¹⁸⁴ Per approfondimenti relativi alla portata e alla *ratio* della riserva di legge si rinvia a TRAPANI, voce *Legge penale*, cit., p. 3 ss..

¹⁸⁵ Di contro non sono incompatibili con il principio di legalità le pene fisse. Queste si pongono in conflitto con altro principio essenziale della sanzione punitiva, ossia quello di personalità della responsabilità, intesa come necessità che il trattamento sanzionatorio sia adeguato al concreto disvalore del fatto.

¹⁸⁶ Principio esplicitamente ribadito dall'art. 1, comma 2 della l. 24 novembre 1981, n. 689: «Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati». Esso è affermato anche dall'art. 14 delle c.d. Preleggi: «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».

¹⁸⁷ Sottolinea come si debba parlare in riferimento alle decisioni degli organi giudiziari di "predicibilità" e non di "prevedibilità" TRAPANI, *Creazione della norma penale*, cit., p. 12, 39, 51, 58, 76, secondo cui la certezza del diritto penale dipende essenzialmente dalla possibilità per i consociati di individuare anticipatamente l'interpretazione del testo di legge che l'organo giurisdizionale adotterà in sede decisionale. L'Autore, muovendo dalla considerazione che la norma penale nasca direttamente nel processo e mai prima di questo, giunge alla conclusione che la possibilità di predire la decisione giurisdizionale è legata all'uniformità di indirizzo espresso dagli organi giudiziari. Invero, sebbene la sentenza esprima un comando individuale, è comunque possibile, mediante l'analisi della motivazione, risalire a uno schema di comportamento generale e astratto utile per orientare la propria condotta nel futuro. Solo in tal modo risulterebbe effettivamente garantita una ragionevole certezza nell'applicazione del diritto penale.

accadimento. Solo per tal via risulta garantita la primaria esigenza sottesa al principio di legalità di consentire ai destinatari delle norme penali di delimitare correttamente l'area delle condotte punibili.

Sempre la *ratio* connessa al principio di legalità importa – come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale¹⁸⁸ – la necessaria conoscibilità (*rectius* rappresentabilità) della norma punitiva ad opera dei destinatari della stessa. Del resto solo a tale condizione la norma punitiva è in grado di porsi quale mezzo di coercizione psicologica nei confronti dei consociati, distogliendoli dalla commissione di fatti illeciti. La possibilità per i destinatari delle disposizioni di legge di rappresentarsi la norma punitiva costituisce dunque un presupposto indefettibile per l'applicabilità di quest'ultima.

Ulteriore corollario del principio di legalità è l'*irretroattività di qualsiasi norma che commini una sanzione punitiva*¹⁸⁹. Un'applicazione retroattiva della norma punitiva contraddirebbe lo scopo preventivo sotteso alla minaccia della sanzione, posto che non si può distogliere taluno da una condotta ormai esaurita. Senza contare il pericolo di un abuso dello strumento sanzionatorio, che verrebbe con la retroazione *in peius* piegato a logiche persecutorie che dovrebbero restargli totalmente estranee. Va da sé che l'irretroattività concerne la norma giuridica "vivente", frutto cioè dell'interazione fisiologica tra il disposto legislativo e l'interpretazione giudiziaria. Dunque non solo una disposizione punitiva non può regolare condotte consumate anteriormente alla sua entrata in vigore, ma la sua interpretazione deve essere tale da garantire la prevedibilità delle decisioni giudiziarie (c.d. divieto di retroattività occulta della norma penale incriminatrice).

È utile evidenziare come non si possa invece ritenere rientrante nello statuto della pena il diverso principio di retroattività della norma più favorevole entrata in vigore dopo la commissione del fatto condizionante. Tale principio è previsto a livello ordinario per le sanzioni criminali dall'art. 2, commi 2 e 4 c.p. e per le sanzioni amministrative dall'art. 3 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472¹⁹⁰. Da lungo tempo si dibatte se il principio in esame abbia un fondamento costituzionale – in particolar modo nell'art. 25, comma 2 Cost. – e, nel caso di risposta positiva, se esso ammetta deroghe o meno. Nel caso in cui si trattasse di principio di rango costituzionale, esso rientrerebbe a pieno titolo nello statuto della sanzione punitiva, a prescindere dalla eventuale mancanza di una previsione legislativa settoriale.

La giurisprudenza costituzionale ha di recente affrontato definitivamente la

¹⁸⁸ Corte cost. 23 marzo 1988, n. 364, in *www.giurcost.org* (ultimo accesso in data 13 gennaio 2017).

¹⁸⁹ Si tratta di principio che a livello legislativo è ribadito dalle disposizioni di cui alla nota n. 181.

¹⁹⁰ In base ai commi 2 e 3 della disposizione menzionata: «2. Salvo diversa previsione di legge, nessuno può essere assoggettato a sanzioni per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce violazione punibile. Se la sanzione è già stata irrogata con provvedimento definitivo il debito residuo si estingue, ma non è ammessa ripetizione di quanto pagato. 3. Se la legge in vigore al momento in cui è stata commessa la violazione e le leggi posteriori stabiliscono sanzioni di entità diversa, si applica la legge più favorevole, salvo che il provvedimento di irrogazione sia divenuto definitivo».

questione¹⁹¹. Innanzi tutto si è escluso che il principio in esame abbia fondamento nell'art. 25, comma 2 Cost., viceversa volto solamente a vietare l'applicazione retroattiva delle successive norme punitive sfavorevoli. In secondo luogo si è rinvenuto nel principio di eguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. il fondamento del principio di retroattività favorevole. Il canone dell'eguaglianza impone di equiparare il trattamento sanzionatorio di fatti identici, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma più favorevole; ciò in virtù del rango particolarmente elevato dei beni giuridici normalmente incisi dall'intervento punitivo del legislatore. Da quanto evidenziato deriva che il principio di retroattività favorevole ammette deroghe, purché queste siano oggettivamente ragionevoli, ossia volte a proteggere interessi omogenei o superiori a quello inciso dalla norma punitiva.

L'approdo ermeneutico appena illustrato è maturato in relazione alla successione di leggi penali. Esso può essere comunque esteso a ogni normativa volta a regolare l'irrogazione di sanzioni punitive. Ciò è stato confermato da una recente pronuncia della Corte Costituzionale¹⁹², che ha ritenuto valida la suddetta ricostruzione anche per le leggi volte a regolare le sanzioni punitive amministrative.

La Corte ha infatti escluso che vi sia un obbligo costituzionale per il legislatore di riconoscere all'intero settore delle sanzioni amministrative il principio della retroattività favorevole. La circostanza che il principio in esame si fondi sull'art. 3 Cost. consente al legislatore di differenziare le proprie scelte in merito nei vari settori del diritto punitivo, con il solo limite del criterio di ragionevolezza¹⁹³.

b) Ogni sanzione punitiva deve essere sempre una reazione a un "fatto" e non possono ricollegarsi al modo di essere di un individuo o a mere situazioni di pericolo. Ciò si desume oltre che dall'art. 25, comma 2 Cost. (che fa riferimento alla punizione per un fatto commesso) anche dall'art. 25, comma 3 Cost. che riserva alle

¹⁹¹ In merito vanno ricordate le sentenze del 23 novembre 2006, nn. 393 e 394, in www.giurcost.org (ultimo accesso in data 13 gennaio 2017).

¹⁹² Corte cost. sentenza 20 luglio 2016, n. 193, in www.Cortecostituzionale.it (ultimo accesso in data 13 gennaio 2017). Per un commento alla pronuncia si rinvia a PROVENZANO, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 13 gennaio 2017).

¹⁹³ Corte cost. sent. 20 luglio 2016, n. 193, cit., par. 4.4.: «Invero, la scelta legislativa dell'applicabilità della *lex mitior* limitatamente ad alcuni settori dell'ordinamento non può ritenersi in sé irragionevole. A questo riguardo, va rilevato che la qualificazione degli illeciti, in particolare di quelli sanzionati in via amministrativa, in quanto espressione della discrezionalità legislativa si riflette sulla natura "contingente" e storicamente connotata dei relativi precetti. Essa giustifica, quindi, sul piano sistemico, la pretesa di potenziare l'effetto preventivo della comminatoria, eliminando per il trasgressore ogni aspettativa di evitare la sanzione grazie a possibili mutamenti legislativi. Il limitato riconoscimento della retroattività *in mitius*, circoscritto ad alcuni settori dell'ordinamento, risponde, quindi, a scelte di politica legislativa in ordine all'efficacia dissuasiva della sanzione, modulate in funzione della natura degli interessi tutelati. Tali scelte costituiscono espressione della discrezionalità del legislatore nel configurare il trattamento sanzionatorio per gli illeciti amministrativi e risultano quindi sindacabili da questa Corte solo laddove esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione».

misure di sicurezza il contrasto alla pericolosità sociale.

Pertanto un soggetto non può mai essere sottoposto a una pena se non in conseguenza di un fatto anti giuridico che di essa costituisce la condizione necessaria. Si tratta del c.d. *principio di retributività*, il quale impone che la pena costituisca sempre un *posterius* rispetto a un fatto antidoveroso e mai un *prius*. In sostanza la pena non è configurabile come misura *ante factum*¹⁹⁴.

Si tratta di un principio che costituisce un corollario della funzione general preventiva assegnata alla pena: la minaccia legale della pena può prevenire solamente la commissione di un fatto antidoveroso, mai una condizione personale o uno status. La pena deve costituire sempre un male evitabile dal soggetto dell'obbligo attraverso la tenuta della condotta prescritta. La pena viene subita per ciò che si è fatto e non per ciò che si è.

c) La pena inoltre si connota per la sua *inderogabilità*: una volta accertato il fatto condizionante e accertata la responsabilità di un soggetto per quel fatto, l'organo chiamato ad applicare la pena non può esimersi dal farlo. In altri termini accertato il fatto illecito, la sanzione punitiva non è tendenzialmente compatibile con una valutazione di opportunità in relazione al caso concreto dell'organo chiamato ad applicarla.

Si tratta di una conseguenza della funzione preventiva assegnata alla pena: una pena minacciata e non applicata non è idonea a raggiungere alcun effetto intimidatorio.

Ovviamente ciò non esclude che in singole ipotesi il legislatore possa autorizzare l'organo che applica la sanzione a sospendere l'esecuzione di essa o a non irrogarla. Ciò normalmente importa la predeterminazione dei casi in cui il suddetto organo è autorizzato a non applicare la sanzione, nonostante vi sia stato l'accertamento dell'illecito.

d) L'art. 27, comma 1 Cost. sancisce un principio generale del diritto punitivo vigente: «La responsabilità penale è personale»¹⁹⁵.

Si tratta di principio che certamente fu concepito per il sistema delle pene criminali ma che può ben estendersi all'intero sistema delle sanzioni punitive. Il principio della responsabilità penale personale importa una prima fondamentale

¹⁹⁴ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 363.

¹⁹⁵ Sul punto: MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 284 cui si rinvia anche per l'ulteriore bibliografia sul punto, il quale ricorda come il principio di cui all'art. 27, comma 1 cost. abbia ricevuto tre diverse letture in sede ermeneutica: 1) il significato minimo del divieto di responsabilità per fatto altrui. Si tratterebbe di significato che banalizzerebbe – a detta dell'Autore – la portata innovativa della disposizione. 2) Il significato intermedio del divieto di responsabilità oggettiva, sicché la disposizione esigerebbe sempre per la punizione la dominabilità del fatto. 3) Il significato estremo di responsabilità per l'atteggiamento interiore, in cui la responsabilità andrebbe interamente calibrata sulla personalità morale dell'autore dell'illecito.

Per una illustrazione in chiave moderna del principio di responsabilità penale, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia si rinvia a MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 334 ss..

necessità, che ciascuno risponda solo per il fatto proprio e mai per il fatto altrui.

La sanzione punitiva non può mai colpire un soggetto a cui non è riferibile in alcun modo il fatto che quella condiziona. Di conseguenza non sarebbero configurabili sanzioni punitive collettive o a carico di soggetti rimasti estranei all'illecito. Né sarebbe possibile prevedere la trasmissibilità agli eredi di pene patrimoniali che erano state comminate al defunto¹⁹⁶.

La ragione di tale principio risiede ancora una volta nella funzione generale preventiva che l'ordinamento assegna alla pena. Minacciare l'applicazione di una pena anche per fatti addebitabili ad altri muterebbe la natura della sanzione che da giusta reazione a un male diverrebbe strumento di cieca vendetta della comunità giuridica o – peggio – strumento di persecuzione. Inoltre le garanzie sottese al principio di legalità dell'illecito e della pena rimarrebbero del tutto frustrate se ogni consociato rispondesse anche per fatti a lui non riferibili: infatti nessuno potrebbe seriamente programmare le proprie azioni se non avesse la certezza di rispondere esclusivamente per il fatto proprio.

Per le stesse ragioni che giustificano il divieto di responsabilità per il fatto altrui si deve affermare altresì che ogni sanzione punitiva richiede che il fatto condizionante sia dominabile dal soggetto responsabile, ossia che sia esigibile per questo la realizzazione della condotta alternativa prescritta. Di qui la necessità che il fatto sia imputato a chi era capace di intendere e di volere; che il fatto sia riferibile alla volontà antidoverosa dell'agente; che il fatto condizionante, infine, non si sia concretamente verificato per mero caso fortuito o per forza maggiore. In definitiva ogni fatto che condiziona una pena deve essere stato compiuto con un certo grado di partecipazione psichica da parte del suo autore¹⁹⁷; partecipazione psichica che non deve necessariamente coincidere con quella richiesta per l'imputazione dei fatti costituenti reato (dolo, preterintenzione e colpa).

e) Strettamente connesso a quello precedente è il principio della

¹⁹⁶ Sul piano legislativo – in relazione alle sanzioni amministrative – il principio è confermato dall'art. 7 della l. 24 novembre 1989, n. 681 («L'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione non si trasmette agli eredi») e dall'art. 8 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 («L'obbligazione al pagamento della sanzione non si trasmette agli eredi»).

¹⁹⁷ Per le sanzioni amministrative ciò è confermato a livello legislativo dagli art. 2 («Non può essere assoggettato a sanzione amministrativa chi, al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i diciotto anni o non aveva, in base ai criteri indicati nel codice penale, la capacità di intendere e di volere, salvo che lo stato di incapacità non derivi da sua colpa o sia stato da lui preordinato») e 3 («Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa») della l. 24 novembre 1981, n. 689 e dagli art. 4 («Non può essere assoggettato a sanzione chi, al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva, in base ai criteri indicati nel codice penale, la capacità di intendere e di volere») e 5, comma 1 («Nelle violazioni punite con sanzioni amministrative ciascuno risponde della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. Le violazioni commesse nell'esercizio dell'attività di consulenza tributaria e comportanti la soluzione di problemi di speciale difficoltà sono punibili solo in caso di dolo o colpa grave») del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472.

proporzionalità della pena, che discende dal fondamentale principio di eguaglianza (art. 3, comma 1 Cost.) e appunto dalla personalità della responsabilità (art. 27, comma 1 Cost.).

La pena edittale deve essere adeguata alla gravità del fatto astratto di reato e quella concretamente irrogata all'autore della violazione deve rispecchiare lo specifico disvalore del fatto commesso¹⁹⁸. Si tratta di principio che non solo è coerente con il principio di eguaglianza che esige che situazioni diverse siano trattate diversamente, ma deriva direttamente dal principio di personalità della responsabilità – che impone un trattamento punitivo adeguato allo specifico disvalore connesso al caso concreto – e agli scopi preventivi che sono ricollegati alla pena. Invero la prevenzione di punizioni ingiuste impone di evitare pene sproporzionate rispetto alla gravità del fatto commesso. Peraltro – alla luce delle recenti elaborazioni scientifiche – si è giunti alla conclusione che la stessa prevenzione degli illeciti assume maggiore efficacia laddove la pena minacciata si presenti equa e ragionevole¹⁹⁹. Una pena sproporzionata è mero atto di forza dell'ordinamento che sollecita indifferenza se non ribellione rispetto a esso nei consociati. La pena deve essere dunque la minima necessaria per conseguire il suo scopo di prevenzione²⁰⁰.

Peraltro lo stesso principio di retributività della sanzione punitiva – ossia il porsi da parte di quest'ultima come reazione a un fatto antiggiuridico – conduce logicamente a un legame di adeguatezza tra pena e illecito.

f) La pena non deve consistere in trattamenti disumani o comunque contrari al senso di umanità (art. 13, comma 4 e art. 27, comma 3 Cost.). Si tratta di un limite che conduce all'impossibilità – nell'ordinamento italiano – di concepire pene crudeli e disumane. Si tratta di principio di civiltà che conferma l'esigenza che la pena resti pur sempre uno strumento permeato da razionalità e ragionevolezza.

¹⁹⁸ Ciò è confermato per le pene criminali dall'art. 133 c.p. e per le pene amministrative dall'art. 11 della l. 24 novembre 1981, n. 689, secondo cui «Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche» e dall'art. 7, commi 1 e 2 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472: «1. Nella determinazione della sanzione si ha riguardo alla gravità della violazione desunta anche dalla condotta dell'agente, all'opera da lui svolta per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze, nonché alla sua personalità e alle condizioni economiche e sociali.

2. La personalità del trasgressore È desunta anche dai suoi precedenti fiscali.»

¹⁹⁹ Del resto si tratta di convinzione già presente nella scienza illuministica. Per tutti si ricordi BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § VI: «Se il piacere e il dolore sono i motori degli esseri sensibili, se tra i motivi che spingono gli uomini anche alle più sublimi operazioni, furono destinati dall'invisibile legislatore il premio e la pena, dalla inesatta distribuzione di queste ne nascerà quella tanto meno osservata contraddizione, quanto più comune, che le pene puniscano i delitti che hanno fatto nascere. Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio». Nella letteratura recente, v. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 698 e ss..

²⁰⁰ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 391, il quale evidenzia come il principio della pena minima necessaria rispecchi un diritto penale fondato su basi razionali e non moraleggianti.

Ovviamente ciò non esclude che la pena debba conservare il suo connotato distintivo, ossia l'afflittività. Una pena non afflittiva – come già si è evidenziato – è una contraddizione in termini.

Connesso all'umanità della pena è il limite inderogabile del rispetto della personalità morale dell'individuo (desumibile dagli artt. 2, 3, 13, comma 1, 21 comma 1 e 32, comma 2 Cost.), da cui deriva l'impossibilità di prevedere sanzioni punitive volte alla coattiva trasformazione della personalità del colpevole²⁰¹.

g) Infine la sanzione punitiva non può mai consistere nella privazione della vita per il soggetto responsabile (art. 27, comma 4 Cost.).

Non sembrano invece collocarsi nell'ambito di uno statuto generale della sanzione punitiva il principio della finalità rieducativa che la pena deve assumere, seppure in via non assolutizzante (art. 27, comma 3 Cost.), posto che difficilmente una simile finalità potrebbe connotare sanzioni diverse da quella detentiva.

Inoltre non sembra essere un principio essenziale della pena quello della riserva di giurisdizione, posto che questa è imposta dalla legge costituzionale esclusivamente per gli atti limitativi della libertà personale (art. 13, comma 2 Cost.), della libertà domiciliare (art. 14, comma 2 Cost.), della libertà e segretezza della corrispondenza (art. 15, comma 2 Cost.) e per il sequestro degli stampati (art. 21, comma 3 Cost.). Ciò implica che una sanzione punitiva – salvo quelle criminali²⁰² – in linea generale non debba essere comminata necessariamente dall'autorità giudiziaria, salvo incida sulle libertà anzidette. Resta fermo ovviamente il diritto del soggetto che ha subito una sanzione punitiva ad agire in giudizio per ottenere la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (artt. 24, comma 1 e 113, comma 1 Cost.).

I principi su illustrati costituiscono un vero e proprio statuto generale della sanzione punitiva, applicabile a ogni ipotesi di pena prevista dall'ordinamento giuridico. Ciò non esclude la possibilità per il legislatore di stabilire degli statuti speciali per determinate sanzioni punitive (come – per es. – per le sanzioni punitive criminali): in tal caso si pone esclusivamente un problema di qualificazione della pena in chiave di disciplina come è stato precedentemente illustrato.

Le conclusioni appena raggiunte dovranno successivamente essere confrontate con i principi previsti dal diritto europeo. È utile tuttavia avere contezza dello statuto costituzionale della pena, posto che non sempre i principi europei possono giustificare una deroga ai valori espressi dalla carta costituzionale, specie laddove si tratti di valori fondamentali caratterizzanti la forma di stato propria

²⁰¹ Del resto anche nelle pene detentive la finalità rieducativa cui devono tendere non può mai importare il superamento del dissenso del condannato: sul punto FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 706.

²⁰² Per le quali il processo penale resta l'unico mezzo per la pronuncia di una condanna come si desume implicitamente dall'art. 111, commi 3, 4 e 5 Cost.. Ovviamente ciò non esclude logicamente che le forme del processo penale possano essere il mezzo per l'irrogazione di sanzioni non criminali o di misure non sanzionatorie.

dell'ordinamento italiano²⁰³.

3.3. *La giurisprudenza costituzionale conferma l'unità dello statuto della sanzione punitiva.* – Lo statuto della pena su descritto è stato tradizionalmente riferito solo alla tipologia principale di pena, ossia quella criminale. Per ragioni storiche il dibattito sui caratteri della pena, sui principi che la governano o la dovrebbero governare è stato condotto prevalentemente dalla dottrina penalistica. Ciò ha condotto nel tempo all'idea che i principi venutisi a consolidare in materia punitiva fossero esclusivamente riferibili alla pena criminale. Le altre tipologie di pena non godrebbero dello statuto proprio della sanzione penale. Una tale eventualità – si è detto – potrebbe di certo verificarsi, ma solo se il legislatore decidesse di effettuare una tale estensione (come è effettivamente accaduto con le leggi di depenalizzazione che hanno caratterizzato la seconda metà del XX secolo e l'inizio del XXI secolo).

In realtà come si è cercato di evidenziare finora, i principi che caratterizzano la pena concernono la sanzione punitiva in quanto tale, derivando dalle finalità a essa assegnate dagli ordinamenti giuridici moderni. Di conseguenza non esiste il solo statuto generale della pena criminale, bensì quello riferibile a ogni sanzione di natura punitiva. La pena criminale, quella amministrativa, quella privatistica possono avere uno statuto speciale e ulteriore, ma ciascuna gode di uno statuto minimo di riferimento.

L'idea che i principi costituzionali tradizionalmente riferiti alla sanzione punitiva criminale costituiscano un sostrato giuridico comune a qualsiasi forma di pena va inesorabilmente affermandosi nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale, in virtù degli stimoli provenienti dalla giurisprudenza europea in quella che è stata definita come “materia penale”.

In un primo momento la giurisprudenza costituzionale riteneva che i principi sanciti dagli artt. 13, 25, comma 2, 27 Cost. fossero riferibili esclusivamente alle sanzioni penali e che per le sanzioni di natura amministrativa l'osservanza degli stessi fosse rimessa alla prudente valutazione del legislatore²⁰⁴. La Consulta sosteneva fermamente l'autonomia dell'illecito amministrativo rispetto a quello

²⁰³ Sul punto v. *infra* Cap. IV del presente lavoro.

²⁰⁴ Corte cost. sent. 4 giugno 1964, n. 46, sent. 15 luglio 1976, n. 194, sent. 4 gennaio 1977, n. 13; sent. 8 marzo 1984, n. 68, consultabili su www.giurcost.org (ultimo accesso in data 11 gennaio 2017). Nell'ultima pronuncia la Consulta evidenzia tuttavia che «il principio tradizionale della irretroattività della legge non penale dovrebbe, in linea di massima, essere osservato, essendo la garanzia della certezza dei rapporti giuridici uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile. Ma è anche vero che la validità di tale affermazione non può non essere condizionata alla insorgenza di casi che eccezionalmente impongano l'estensione retroattiva».

Si trattava di orientamento che già in passato non era andato esente da pronunce contrarie. Sul punto si può ricordare Corte cost., sent. 15 giugno 1967, n. 78 ove si afferma che in caso di illecito amministrativo deve valere «il principio della legalità della pena, ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire».

penale. Tale autonomia si manifestava *in primis* – secondo tale orientamento – proprio nei parametri costituzionali di riferimento che, in relazione alla sanzione amministrativa, erano individuati negli artt. 23 e 97 Cost., ritenuti vero e proprio fondamento costituzionale del potere punitivo della pubblica amministrazione²⁰⁵.

Tale posizione è divenuta più sfumata nel corso del tempo fino a risultare superata da un recente orientamento del giudice delle leggi favorevole a considerare i tradizionali principi costituzionali in materia di pena criminale come riferibili a qualsiasi sanzione avente carattere punitivo. Si registrano infatti varie pronunce recenti della Corte Costituzionale in cui si afferma esplicitamente l'applicabilità di taluni principi costituzionali, tradizionalmente ritenuti propri della sola pena criminale, alle sanzioni punitive amministrative. Sembra così consolidarsi nella giurisprudenza costituzionale l'idea che gli artt. 25 e 27 Cost. delineino uno statuto fondamentale di ogni sanzione di natura punitiva e non delle sanzioni aventi semplicemente qualificazione penale.

Fondamentale sul punto risulta la sentenza del 4 giugno 2010, n. 196²⁰⁶ intervenuta in materia di confisca stradale²⁰⁷. Nel contrapporre lo statuto della pena a quello della misura di sicurezza, la Corte evidenzia che dalla giurisprudenza europea maturata sulla materia sanzionatoria si desume «il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo – afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...») – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato». In definitiva la Corte Costituzionale ritiene che i principi sanciti dall'art. 25, comma 2 Cost. siano estendibili a ogni tipologia di pena prevista nell'ordinamento giuridico, anche se non avente qualificazione criminale. Ciò vuol dire che ogni sanzione punitiva è soggetta ai principi della riserva di legge, del divieto di retroattività sfavorevole e del divieto di analogia.

Si tratta di pronunce che per ora si sono concentrate sui principi generali della norma punitiva, senza entrare specificamente nelle questioni concernenti la personalità della responsabilità o la proporzionalità della pena. Tuttavia la strada sembra essere quella di una progressiva estensione dello statuto tradizionale della pena criminale anche a pene di diversa qualificazione. Ciò implicherebbe la nascita di uno statuto giuridico unitario della pena, applicabile a prescindere dal carattere

²⁰⁵ La dottrina amministrativistica concordava con l'orientamento appena ricordato: vedi in merito CASETTA, voce *Sanzioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, p. 599.

²⁰⁶ Consultabile su www.giurcost.org (ultimo accesso in data 11 gennaio 2017). Si tratta di principio ribadito altresì dalla pronuncia del 14 aprile 2014, n. 104, in www.giurcost.org (ultimo accesso in data 11 gennaio 2017).

²⁰⁷ Sulla confisca stradale si tornerà in seguito nel Cap. VIII del presente lavoro.

penale, amministrativo o civile della stessa.

4. *La sanzione giuridica esecutiva.* – È giunto il momento di esaminare la struttura e la funzione della sanzione esecutiva.

Si può definire sanzione esecutiva quella restrizione della sfera giuridica che consegue a un fatto antidoveroso e che mira a costituire la situazione prescritta dal precetto violato²⁰⁸.

Lo scopo sistematico della sanzione esecutiva (o anche esecuzione) è quello di attuare gli scopi dell'ordinamento giuridico, quegli scopi cui erano preordinate le norme giuridiche primarie e che giustificano la prescrizione o l'autorizzazione di determinate condotte. Un ordinamento giuridico non mira principalmente a punire i consociati, quanto a conseguire gli obiettivi che hanno giustificato l'adozione delle norme giuridiche generali. Pertanto sarebbe illogico non prevedere delle sanzioni che consentano di raggiungere tali scopi in via coattiva. Anzi si potrebbe sostenere che le sanzioni esecutive abbiano una sorta di priorità logica all'interno di ogni ordinamento giuridico²⁰⁹. Tutto ciò non vuol dire che alle sanzioni esecutive sia del tutto estranea una funzione di prevenzione dell'illecito. Invero anche l'esecuzione coattiva del precetto si traduce – come ogni sanzione giuridica – in una restrizione della sfera giuridica e quindi in un male per il soggetto responsabile. La previsione del male che conseguirà all'esecuzione coattiva ben può fungere dunque da contropinta psicologica alla commissione dell'illecito. È la minaccia di un male che coarta la formazione della volontà non la pena di per sé.

Tuttavia – a differenza delle sanzioni punitive – le sanzioni esecutive hanno un effetto preventivo in via solamente secondaria. La funzione preventiva in esse è meramente eventuale e secondaria. Il loro scopo fondamentale – che le connota in via peculiare nell'ordinamento giuridico e ne influenza lo statuto giuridico – è l'attuazione coattiva del precetto violato. Come le sanzioni punitive anche quelle esecutive garantiscono l'effettività dell'ordinamento giuridico. Le prime agiscono primariamente sulla motivazione della condotta dei consociati, ponendo – nel momento della minaccia legale – una contropinta psichica rispetto all'illecito. Le seconde invece affermano concretamente la primazia della volontà legislativa, garantendo la concreta attuazione di essa. In definitiva l'una assicura l'effettività prevenendo l'illecito e l'altra eliminandone gli effetti negativi. Proprio perché la sanzione esecutiva si preoccupa di realizzare la situazione conforme a diritto piuttosto che di agire sulla motivazione dei comportamenti, essa non presuppone

²⁰⁸ KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 131.

²⁰⁹ THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., p. 43: «Non giova alla comunità di volgere il suo occhio irritato soltanto a ciò che è irrevocabile, all'azione contraria al divieto o ad un'omissione contraria al comando. Essa (comunità) si deve anche continuare a preoccupare dei beni ed altri interessi, che i suoi imperativi avevano lo scopo di proteggere e promuovere. L'avvenuta trasgressione della norma non è per l'ordinamento giuridico un buon motivo perché s'intiepidisca la sua sollecitudine per i beni ed interessi da esso (ordinamento) protetti».

necessariamente un illecito colpevole o una responsabilità personale. L'esigenza politico-legislativa che esse stimolano è per lo più quella di individuare il soggetto su cui far gravare i costi dell'esecuzione coattiva. Su ciò si tornerà in seguito quando si affronterà il problema dello statuto giuridico della sanzione esecutiva.

Passando al contenuto delle sanzioni esecutive, esso si risolve genericamente in una restrizione, in una limitazione della sfera giuridica del responsabile. In ciò l'esecuzione è analoga alla pena. E però la sanzione esecutiva, in quanto costituisce realizzazione del precetto violato, deve sempre risolversi nella costituzione di una situazione giuridico – fattuale identica a quella che ci sarebbe stata se il precetto fosse stato osservato²¹⁰.

Il punto merita una precisazione. Su un piano logico la violazione del precetto primario determina sempre una situazione di irreversibile inosservanza dello stesso. Infatti sebbene la prestazione prescritta risulti ancora possibile, almeno dal punto di vista cronologico non è più possibile, una volta consumato l'illecito, eseguire precisamente il precetto primario. La prestazione resterebbe almeno viziata da tardività. Ciò dovrebbe condurre alla conclusione che non vi sarebbe spazio per autentiche sanzioni esecutive in un ordinamento giuridico. Le sanzioni giuridiche si ridurrebbero alle sole sanzioni punitive. Un siffatto ragionamento così estremo nei suoi presupposti può chiaramente evitarsi. È evidente che nessuna sanzione potrà mai realizzare una situazione *totalmente identica* a quella che il precetto mirava a realizzare. Ciò che preme all'ordinamento giuridico – tuttavia – non è la costituzione di situazioni in sé, bensì la soddisfazione degli interessi da esso protetti. Allora lo scopo della sanzione esecutiva è costituire una situazione *il più possibile omogenea* a quella ambita dall'ordinamento giuridico, così garantendo *il più possibile* la soddisfazione dell'interesse che a quella situazione era sotteso. La sanzione esecutiva mira a costituire una situazione giuridico – fattuale omogenea a quella che ci sarebbe stata se il precetto fosse stato osservato. In ciò sta il profilo positivo della sanzione esecutiva.

Essa presenta anche un profilo negativo sempre sul piano contenutistico. La sanzione esecutiva non può realizzare *più di quanto* vi sarebbe stato se il precetto fosse stato osservato. Di conseguenza non può avere a oggetto una privazione di beni maggiore di quella che avrebbe provocato la spontanea realizzazione del precetto primario. La sanzione esecutiva dunque consiste in un male per il responsabile, ma non si caratterizza per l'afflittività come invece accade per la sanzione punitiva. Essa deve *limitarsi* a costituire quella situazione giuridica e fattuale che – eliminati i profili più strettamente contingenti – avrebbe prodotto l'esecuzione spontanea del precetto violato. Questo intrinseco limite della sanzione esecutiva riduce al minimo il rischio di applicazioni distorte o sproporzionate della stessa. Essa si presenta fisiologicamente meno esposta ad abusi rispetto alla sanzione punitiva. Ciò spiega la ragione per cui storicamente minori sono state le attenzioni ai profili applicativi e alle garanzie processuali connesse alla sanzione esecutiva.

²¹⁰ KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 131.

Peraltro l'attuazione coattiva del precetto, proprio perché si compie successivamente alla violazione, non può non avvenire anche sotto il profilo dinamico, oltre che statico. La sanzione esecutiva deve garantire quella situazione che si sarebbe non solo costituita, ma anche sviluppata dinamicamente mediante l'osservanza del comportamento prescritto dalla norma violata. Solo in tal caso si giunge alla realizzazione dell'interesse protetto dalla norma violata.

Tutto ciò chiarito, occorre specificare le forme con cui si manifesta nell'ordinamento giuridico la sanzione esecutiva. Occorre – in altri termini – valutare con quali specifici strumenti l'ordinamento giuridico realizza coattivamente il contenuto della norma primaria inosservata.

4.1. I tipi di sanzione esecutiva. L'impedimento. Il problema della legittima difesa. – Una prima fondamentale forma di reazione all'illecito in chiave esecutiva è rappresentata dal cosiddetto impedimento (o inibitoria). Questo consiste in un fatto volto a prevenire la lesione dell'interesse protetto dalla norma giuridica primaria. In particolare l'impedimento mira a precludere, anche con l'uso della forza, la condotta contraria al precetto giuridico. In ciò sta la sua funzione esecutiva: il precetto viene attuato in quanto viene impedita la condotta violatrice di esso.

La riconduzione dell'impedimento al novero delle sanzioni esecutive non è pacifico nella dottrina. Alcuni autori tendono a qualificarla come mera misura cautelare o provvisoria. Ciò in quanto – si sostiene – l'inibitoria interverrebbe in un momento anteriore alla violazione del precetto e come tale difetterebbe di un connotato essenziale della sanzione giuridica, ossia quello di porsi come un atto successivo alla consumazione di un illecito²¹¹. La prevenzione apparterebbe all'universo delle misure punitive e delle misure di polizia. E però tale teoria non appare del tutto condivisibile. L'inibitoria è una misura che comunque presuppone una condotta antiggiuridica, in quanto essa mira per l'appunto a *far cessare* una violazione in atto, sia questa una lesione iniziata e non consumatasi del tutto, sia questa una situazione di pericolo concreta e incombente. Si potrebbe osservare che l'impedimento si dirige contro condotte non necessariamente sorrette da profili di colpevolezza; ciò tuttavia non rileva ai fini della disamina che si sta conducendo: la sanzione esecutiva – come si vedrà meglio in seguito – non esige la rimproverabilità tra gli elementi della fattispecie cui è ricollegata. In definitiva l'inibitoria può considerarsi una sanzione giuridica poiché comunque si configura come una reazione

²¹¹ Per una analisi approfondita della tutela inibitoria nel sistema giuridico e del problema del fondamento giuridico di essa si rinvia a DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 144, il quale evidenzia come quando si pensa alla tutela dei diritti, si ritenga sempre che questa intervenga dopo che la lesione sia stata consumata. La prevenzione è stata sempre associata alle misure di polizia e alle sanzioni punitive che – come illustrato in precedenza – conseguono un effetto preventivo nel momento della loro minaccia legale. Del resto l'idea che rifiuta l'inibitoria nell'ambito delle sanzioni giuridiche è presente implicitamente in quegli autori che rinvergono il fondamento di tale tutela nell'art. 700 c.p.c., ossia in una disposizione avente una chiara natura cautelare. Tale visione confermerebbe l'impossibilità di concepire una sanzione esecutiva a carattere inibitorio-preventivo.

a un fatto antidoveroso altrui²¹².

Volendo analizzare la struttura dell'inibitoria, questa si caratterizza per un aspetto fondamentale: essa presuppone la mancata consumazione dell'illecito. Logicamente connesso al concetto di impedimento è infatti quello di attualità della condotta antiggiuridica. Se così non fosse, la sanzione non mirerebbe alla prevenzione della violazione, quanto alla rimozione dei suoi effetti materiali e giuridici. Dunque l'inibitoria è configurabile esclusivamente quando la violazione del precetto appaia concretamente imminente o sia ancora in corso di attuazione, potendo così pervenire ad alti gradi di gravità.

Inoltre l'inibitoria pare configurabile esclusivamente rispetto a violazioni di obblighi di *non facere*. Essa – in altri termini – pare potersi concepire solo come reazione alla violazione di un divieto e non di un comando. Invero una condotta prescritta deve essere sempre eseguita entro un termine, giacché un obbligo senza termine di adempimento non sarebbe concepibile. Prima della scadenza di tale termine non si può configurare un illecito, né un pericolo di esso, poiché il soggetto del dovere potrebbe volere adempiere nel giorno della scadenza. La mancata esecuzione della condotta doverosa apre la strada – come si vedrà in seguito – alla sanzione della coazione, per ragioni di opportunità da tenere ben distinta dall'inibitoria. Di contro la violazione del divieto può condurre a una situazione di perdurante antiggiuridicità che può neutralizzarsi con l'inibitoria. Gli effetti dell'illecito si estingueranno per mezzo di misure ripristinatorie.

Sul piano strettamente contenutistico, l'inibitoria deve consistere esclusivamente nell'insieme delle misure necessarie alla cessazione della condotta antiggiuridica. Tutto ciò che va oltre questo scopo, trasforma l'inibitoria in misura diversa (ripristinatoria, risarcitoria, ecc.). In questo senso la misura inibitoria deve essere proporzionata allo scopo che la giustifica.

Nell'ambito della scienza penale il concetto di impedimento è stato spesso associato all'istituto della difesa legittima di cui all'art. 52 c.p.. In base a tale disposizione non è punibile chi ha posto in essere il fatto per la necessità di difendere i propri o altrui diritti dal pericolo attuale di un'offesa ingiusta, purché la difesa sia proporzionata all'offesa. Si tratta di un istituto di fondamentale importanza che si ricollega al generale principio dell'autotutela. Esso è presente negli ordinamenti giuridici pressoché di tutto il mondo, anche quelli in cui sussiste il massimo grado di accentramento dell'uso della forza, tanto che una parte della dottrina²¹³ lo ritiene

²¹² Così correttamente GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., p. 118.

²¹³ TRAPANI, *Considerazione su legittimazione e limiti del diritto penale*, in FALCHI-IACCARINO, *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici. XIV colloquio giuridico internazionale*. Città del Vaticano, 2012, p. 797-798, secondo cui « Non importa infatti che i singoli ordinamenti “positivi” prevedano l'istituto della legittima difesa e lo disciplinino espressamente in una disposizione di legge *ad hoc*; esso è da sempre esistito ed ha operato nella prassi giuridica quale manifestazione di una esigenza incoercibile dell'essere umano che ne costituisce la *ratio*, ossia la “necessità” di “difesa” dei beni oggetto di una situazione giuridico – soggettiva di “diritto” di fronte al pericolo attuale di una loro “offesa ingiusta”: *necessitas non habet legem*, secondo la icastica sintesi operata dal noto brocardo. Esigenza dunque che, come dimostrato anche dall'esperienza del diritto internazionale

estrinsecazione di un diritto naturale «espressione del senso più “primordiale” e “originario” di “giustizia” umana». e invero, in caso di impossibilità per gli organi statali di intervenire tempestivamente per scongiurare un’offesa ingiustificata a interessi giuridicamente protetti, l’ordinamento autorizza il soggetto aggredito a reagire alla situazione di pericolo creata dall’altrui comportamento, così proteggendo la propria sfera giuridica. La legittima difesa presuppone allora una situazione di pericolo per i propri interessi e l’imminenza della lesione di questi che giustifica il decentramento della reazione al fatto antiggiuridico.

In ragione di tale fondamento, è pacifico che la legittima difesa non esiga – quale presupposto di liceità – la colpevolezza del soggetto che pone in essere il pericolo. Sarebbe illogico e contrario alla *ratio* dell’istituto subordinare la difesa alla sussistenza di un elemento psicologico in relazione al fatto di aggressione. È sufficiente per esercitare la difesa legittima una minaccia di un’ingerenza ingiustificata nella sfera giuridica propria o altrui. Tuttavia ciò non esclude che la legittima difesa si configuri pur tuttavia come una sanzione giuridica. Essa costituisce comunque una reazione a un fatto oggettivamente antiggiuridico, in quanto idoneo a produrre un’offesa ingiusta a una sfera di interessi giuridicamente protetta. Certamente non si tratterà di una sanzione criminale, posto che non si richiede un fatto costituente reato perché sia comminabile la suddetta sanzione. Una parte della dottrina ha invece qualificato la legittima difesa come «sanzione generale di ordinamento»²¹⁴, ossia come sanzione appartenente all’ordinamento complessivamente inteso e non avente natura amministrativa, né criminale, né civile. Come ogni sanzione giuridica, essa importa una diminuzione di diritti per chi la subisce; tale diminuzione non configura un illecito proprio per la ragione che essa si pone come reazione a un fatto obiettivamente antiggiuridico, ossia si pone appunto come sanzione²¹⁵.

La legittima difesa – come sanzione giuridica – presenta due peculiarità che interessano in questa sede.

Come già accennato, una parte della dottrina considera la legittima difesa come una sanzione generale dell’ordinamento giuridico, nel senso che essa assume rilevanza in ogni settore di esso, escludendo non solo l’illiceità penale, ma l’illiceità *tout court* della condotta difensiva. Questa costituisce dunque un atto permesso e dunque lecito. Si tratta di un’affermazione tendenzialmente condivisibile. Sennonché non può dimenticarsi che vi sono casi di legittima difesa che agiscono come scriminante solo in particolari settori dell’ordinamento giuridico. Si pensi a titolo

consuetudinario, “preesiste”, quale massima espressione del c.d. principio di “autotutela”, agli ordinamenti positivi (di diritto scritto) che si limitano a riconoscerne l’esistenza; esigenza vigente e operante in qualunque società, più o meno organizzata, e, prima ancora, propria della stessa “natura” di ciascun essere umano isolatamente considerato».

²¹⁴ GALLO, *Appunti*, cit., p. 32.

²¹⁵ Si deve distinguere logicamente la legittima difesa dalla vendetta, la quale si configura come un fatto offensivo commesso a seguito della completa consumazione di un illecito come reazione punitiva allo stesso. Essa costituisce certamente un illecito, essendo l’uso della forza monopolio dell’ordinamento giuridico.

esemplificativo all'art. 42 del cod. pen. militare di pace²¹⁶. In base a tale disposizione non è punibile, secondo la legge penale militare, chi abbia commesso un fatto costituente reato militare per esservi stato costretto dalla necessità di «respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta», sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa. E l'art. 43 c.p.m.p., nel precisare cosa debba intendersi per violenza ai fini della difesa legittima, afferma che «Agli effetti della legge penale militare, sotto la denominazione di violenza si comprendono l'omicidio, ancorché tentato o preterintenzionale, le lesioni personali, le percosse, i maltrattamenti, e qualsiasi tentativo di offendere con armi».

Le suddette disposizioni meritano le seguenti riflessioni. Innanzi tutto appare evidente che la legittima difesa militare non abbia una funzione integratrice dell'omonimo istituto di diritto penale comune, ma sostituisca questo ad ogni effetto giuridico nell'ambito del settore specifico dell'ordinamento militare²¹⁷. Ciò è affermato esplicitamente dall'art. 42 citato che, al comma primo, prevede che le disposizioni dell'art. 52 c.p. sono sostituite, ai fini della legge militare, da quelle da esso statuite.

Soprattutto la legittima difesa militare ha un ambito evidentemente più ristretto della legittima difesa comune. Essa opera solo nei casi in cui l'aggressione si risolva in una violenza attuale e ingiusta. E per violenza si deve intendere – come specifica l'art. 43 c.p.m.p. – i fatti di omicidio, percosse, lesioni, maltrattamenti o altre offese arrecate con armi. Ai fini del diritto penale militare non è sufficiente un generico pericolo per i propri o altrui diritti, ma occorre che sia imminente o sia in corso un fatto di violenza fisica contro la propria o altrui persona²¹⁸. Le ragioni di questa scelta furono individuate nella necessità di restringere i margini della difesa legittima da parte dei militari in quanto «le Forze armate sono costituite quasi generalmente da uomini giovani, ai quali sono consegnate armi da fuoco e armi bianche, ed è pertanto necessario, sia sotto il profilo della disciplina militare, sia

²¹⁶ L'art. 42 c.p.m.p., rubricato “difesa legittima”, statuisce: «1. Per i reati militari, in luogo dell'articolo 52 del codice penale, si applicano le disposizioni dei commi seguenti.

2. Non è punibile chi ha commesso un fatto costituente reato militare, per esservi stato costretto dalla necessità di respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.

3. Non è punibile il militare, che ha commesso alcuno dei fatti preveduti dai capi terzo e quarto del titolo terzo, libro secondo, per esservi stato costretto dalla necessità:

1° di difendere i propri beni contro gli autori di rapina, estorsione, o sequestro di persona a scopo di rapina o estorsione, ovvero dal saccheggio;

2° di respingere gli autori di scalata, rottura o incendio alla casa o ad altro edificio di abitazione o alle loro appartenenze, se ciò avviene di notte; ovvero se la casa o l'edificio di abitazione, o le loro appartenenze, sono in luogo isolato, e vi è fondato timore per la sicurezza personale di chi vi si trovi».

²¹⁷ RIVELLO, *Lezioni di diritto penale militare*, Torino, 2012, p. 72. Conforme anche BRUNELLI-MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, 2007, p. 93.

²¹⁸ RIVELLO, *Lezioni*, cit., p. 73, il quale sottolinea come il codice penale militare abbia seguito l'esempio storico del codice Zanardelli, il quale permetteva la legittima difesa solo in caso di necessità di respingere una violenza attuale e ingiusta. In tal modo il legislatore militare ha ripudiato la scelta operata dal codice Rocco (anteriore al codice penale militare) orientata verso una maggiore ampiezza dell'istituto della legittima difesa.

sotto quello dell'opportunità, che la legittima difesa debba attivarsi entro confini ben definiti»²¹⁹. La legittima difesa militare pertanto è strumento di tutela solo dei beni della vita e dell'integrità psico-fisica. A essa resta estranea la protezione dei beni patrimoniali. La disposizione è particolarmente interessante in quanto pare smentire – a livello sistematico – l'idea che la legittima difesa sia una scriminante universale e – al contempo – una sanzione generale dell'ordinamento. Essa sembra invece avere solo una tendenziale universalità dovuta al fatto di essere normalmente richiamata dai vari settori dell'ordinamento quale elemento scriminante dell'illecito²²⁰.

Infine occorre porre in rilievo che non sussistono dubbi circa la possibilità che una difesa legittima conduca anche all'uccisione dell'aggressore, ove ciò risulti necessitato e proporzionato all'offesa. Muovendo dall'idea della difesa legittima come sanzione giuridica, alla stregua dell'ordinamento giuridico italiano una tale conclusione potrebbe apparire quantomeno anomala. E ciò in quanto il diritto italiano vieta di comminare la pena di morte in ogni caso. Tale aspetto non è sfuggito alla più attenta dottrina che si è occupata della natura giuridica della difesa legittima; dottrina che è stata però costretta a rinvenire in essa «una “*sanzione naturale*”, denominata comunemente e secondo una lunga e autorevole tradizione “*impedibilità*”, avente ad oggetto un comportamento “antigiuridico” in via di attuazione; sanzione “primaria” e “originaria” di diritto “naturale” in quanto espressione primordiale di “giustizia”, da sempre “sentita” come tale da qualunque collettività giuridicamente organizzata, che “preesiste” agli ordinamenti “positivi” i quali si limitano a “recepirla”»²²¹. Del resto – si aggiunge – se la legittima difesa costituisce una peculiare ipotesi di delega da parte dell'ordinamento giuridico dell'uso della forza ai privati; se tuttavia non si può legittimamente delegare un potere di cui non si è titolari, quale appunto il potere di punire mediante uccisione, risulta viepiù confermata la tesi secondo cui la difesa legittima costituisca una vera e propria “sanzione naturale”, che l'ordinamento giuridico si limiterebbe a recepire²²².

A ben vedere l'ammissibilità di una legittima difesa mediante uccisione dell'aggressore – in presenza di tutti i requisiti di legge per l'operare della scriminante, *in primis* la proporzione tra offesa e difesa – non pare stridere con il divieto di pena di morte presente nell'ordinamento giuridico. Né occorre fare riferimento alla legittima difesa come “sanzione naturale” preesistente all'ordinamento giuridico per giustificare l'istituto. Si può invece ritenere che la legittima difesa, in quanto mira a impedire la consumazione di una violazione, è una sanzione esecutiva, e in particolare un “impedimento”, e non invece punitiva. Essa attua lo scopo fondamentale dei precetti primari che è quello di garantire l'integrità

²¹⁹ Così testualmente CIARDI, *Istituzioni di diritto penale militare*, Roma, 1950, p. 259.

²²⁰ Si pensi all'art. 2044 c.c. («Non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri»); all'art. 4 della l. 24 novembre 1981, n. 689 («Non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa»).

²²¹ TRAPANI, *Considerazioni*, cit., p. 798.

²²² TRAPANI, *ivi*, p. 799.

degli interessi da essi preveduti (come si evince dalla circostanza che la difesa deve riguardare «diritti», ossia posizioni di interesse giuridicamente protette). Di contro è estranea alla legittima difesa qualsiasi finalità punitiva. Di conseguenza essa non soggiace allo statuto costituzionale della pena, compreso il divieto della pena di morte. La difesa – in altri termini – può risolversi nella morte dell'aggressore in quanto non si tratta di punire questo, ma di attuare i precetti primari dell'ordinamento giuridico. Ciò risulta confermato dalla circostanza che la difesa legittima di regola non esige un fatto colpevole per poter operare; è sufficiente un fatto oggettivamente antiggiuridico, in quanto costitutivo di un pericolo di offesa ingiusta per i diritti altrui.

Onde evitare che la legittima difesa conduca, in nome dell'esecuzione dell'ordinamento giuridico, al sacrificio arbitrario o comunque inutile di beni giuridici, l'ordinamento giuridico esige che la difesa risulti proporzionata all'offesa.

Tale requisito non pone in crisi la ricostruzione della difesa legittima come sanzione esecutiva, anzi pare confermarla. Tradizionalmente la concezione della legittima difesa come pena, volta a sanzionare il fatto di aggressione, ha condotto la dottrina alla conclusione che il giudizio di proporzione, pur dovendo valorizzare la comparazione tra gli interessi in conflitto, deve comunque riferirsi all'entità del male inflitto con la reazione e alla *gravità del fatto* di aggressione. Ogni sanzione giuridica – si sostiene –, che non voglia trasformarsi in atto di sopruso, di sopraffazione violenta, deve essere adeguata alla gravità del fatto commesso. Ciò importa una comparazione tra il male inflitto e quello evitato, che va condotta tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, e non solo degli interessi in conflitto²²³.

Muovendo dall'idea – qui sostenuta – che la legittima difesa rappresenti non una sanzione punitiva, quanto una sanzione esecutiva, il giudizio di comparazione assume una connotazione affatto diversa.

Il requisito della proporzionalità in questa ottica non deriverebbe dal fatto che ogni pena, per essere giusta, deve essere proporzionata alla gravità del fatto; esso invece esprimerebbe un'esigenza generale dell'ordinamento giuridico: quella per cui ogni sacrificio di un bene giuridico, necessario per l'attuazione coercitiva dell'ordinamento giuridico, deve essere contenuto entro margini di razionalità, di ragionevolezza. In una parola: il perseguimento degli obiettivi di tutela dell'ordinamento non deve comportare un sacrificio arbitrario di beni giuridici.

Così intesa, la proporzionalità della difesa riecheggia la proporzionalità come requisito fondamentale di ogni atto limitativo di diritti individuali²²⁴. In particolare, laddove la tutela di un interesse esiga una diminuzione di beni giuridici a

²²³ Chiaro sul punto GALLO, *Appunti di diritto penale. Il reato. La fattispecie oggettiva*, Torino, 2007, p. 220, il quale ritiene che, in coerenza con il suddetto approccio, un utile criterio di comparazione sia proprio dato dalla qualità ed entità della risposta sanzionatoria che l'ordinamento giuridico prevede per i fatti costituenti l'aggressione ingiusta e la difesa legittima.

²²⁴ Non a caso il principio di proporzionalità è emerso nell'ambito della scienza amministrativa, da sempre attenta al problema del rapporto tra Autorità e individuo. Sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo si rinvia a CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo. Il procedimento amministrativo*, Roma 2012, p. 33 ss..

carico di un individuo, tale diminuzione deve mantenersi entro un margine di proporzionalità, nel senso che deve risultare congrua rispetto allo scopo di tutela che ne costituisce il fondamento²²⁵. La proporzionalità esprime in questo senso la ragionevolezza dell'atto limitativo, impedendo che si risolva in un atto arbitrario, come tale riprovato dall'ordinamento giuridico²²⁶. Essa dunque comporta che la difesa sia ispirata al "minimo sacrificio possibile", in modo da giungere al più equo bilanciamento tra gli interessi in conflitto. Ciò conduce alla necessità che la proporzionalità sia quindi apprezzata alla luce di tutte le circostanze utili del caso concreto e non solo in base al rango degli interessi in conflitto.

Peraltro va sottolineato che proprio la configurazione della legittima difesa come sanzione esecutiva è in grado di giustificare la tendenza dell'ordinamento giuridico a dare ad essa rilevanza generale, anche in settori diversi da quello prettamente criminale. Le sanzioni esecutive si pongono infatti come strumenti indispensabili – anche in misura maggiore rispetto alle sanzioni punitive – per garantire l'effettività dell'ordinamento giuridico, come ordinamento coattivo.

In conclusione si può affermare che la legittima difesa possa concepirsi come una forma peculiare di sanzione giuridica esecutiva. Il suo scopo è quello di impedire un'aggressione ingiustificata alla sfera degli interessi giuridicamente protetti, laddove risulti impossibile evitare nei modi ordinari un siffatto risultato. In ciò essa è attuazione dell'ordinamento giuridico. In virtù dei plurimi richiami presenti nei vari settori dell'ordinamento giuridico, si configura come una sanzione avente una rilevanza tendenzialmente universale, il che ne fa una "sanzione generale" dell'ordinamento giuridico.

4.1.1. La coazione all'adempimento: il costringimento e il ripristino dello status quo ante. – Ulteriore forma che può assumere la sanzione esecutiva è quella della coazione all'adempimento dell'obbligo inosservato.

In caso di mancata osservanza del precetto primario, l'ordinamento giuridico di regola non perde interesse all'attuazione di esso e quindi alla soddisfazione dell'interesse che esso mirava a proteggere²²⁷. Ovviamente ciò non può accadere laddove la violazione sia, in concreto, irreversibile; in tal caso l'ordinamento reagisce con altri mezzi quali il risarcimento del danno provocato. In caso contrario l'ordinamento ricerca sempre l'attuazione del precetto violato, costituendo coattivamente la situazione identica o economicamente equivalente a quella che si sarebbe avuta se la regola fosse stata osservata.

²²⁵ Invero, come si vedrà in seguito quando si illustrerà il sistema sanzionatorio europeo, il requisito della proporzionalità viene ritenuto dalla giurisprudenza europea implicito in ogni misura limitativa dei diritti giustificata da superiori esigenze di protezione di ulteriori e non meno rilevanti interessi.

²²⁶ Di contro, seguendo questa logica, la proporzionalità non esprimerebbe invece l'esigenza di giustizia della pena, quale presupposto per la sua piena funzionalità e come corollario della personalità della responsabilità.

²²⁷ THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., p. 43.

La coazione può costituire reazione a due ordini di illeciti: la violazione di un comando o la violazione di un divieto.

Nel caso in cui il soggetto dell'obbligo giuridico non tenga la condotta imposta dalla norma primaria, la sanzione del costringimento consente di realizzare comunque la medesima situazione (o altra economicamente equivalente a quella) cui avrebbe condotto il comportamento prescritto. Come già evidenziato, presupposto di tale sanzione è la possibilità di attuare una siffatta situazione. La coazione può realizzarsi in due modalità. Innanzi tutto essa può avvenire in via specifica, costituendo la situazione identica a quella che ci sarebbe stata osservando il comando. A tal fine è possibile che un individuo autorizzato dall'ordinamento giuridico si sostituisca al soggetto dell'obbligo e realizzi, a spese di questo, la situazione prescritta dalla norma primaria (es. le esecuzioni d'ufficio della pubblica amministrazione). Inoltre può accadere che venga adottato un provvedimento pubblicistico che modifichi la realtà giuridica in senso conforme al precetto violato (es. una sentenza costitutiva che sopperisce alla mancata cooperazione dell'obligato). In secondo luogo la coazione può avvenire in via equivalente. Ciò accade laddove il responsabile sia obbligato a versare una somma di denaro pari al valore della situazione di vantaggio che a causa dell'illecito non è venuta a costituirsi. In tali casi il costringimento finisce per costituire la situazione economicamente equivalente a quella che si sarebbe prodotta osservando il precetto.

Il limite generale al costringimento è rappresentato dalla libertà morale e dall'integrità fisica del soggetto obbligato. Ciò rende tendenzialmente inattuabili gli obblighi cosiddetti infungibili. Dei limiti alle sanzioni esecutive si parlerà successivamente.

Nel caso di inosservanza di un divieto invece la coazione all'adempimento assume forme diverse. In caso di azione antidoverosa l'illecito è consumato e non può più impedirsi. Ciò che l'ordinamento può fare per attuare i suoi scopi è eliminare le conseguenze materiali e giuridiche della condotta antigiuridica. In tal senso si parla di ripristinare la situazione anteriore all'illecito. In tali casi la coazione dunque non consente di realizzare propriamente l'osservanza del divieto, bensì di eliminarne gli effetti negativi, costituendo comunque una situazione identica o economicamente equivalente a quella che ci sarebbe stata senza la verifica dell'illecito. Il divieto e la sanzione ripristinatoria servono dunque al medesimo scopo²²⁸.

Anche il ripristino può avvenire in due modi differenti. In primo luogo esso può avvenire in via specifica, costituendo la situazione giuridico fattuale identica a quella che ci sarebbe stata senza l'illecito. Ciò può realizzarsi mediante un ordine rivolto al soggetto responsabile di porre in essere tutte le attività necessarie per l'eliminazione degli effetti materiali dell'illecito (ad. es. demolizione del manufatto abusivo o la bonifica di un terreno contaminato). Può accadere altresì che l'attività ripristinatoria sia eseguita, a spese del responsabile, anche da appositi organi pubblici

²²⁸ DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 307-308.

deputati al ripristino e alle restituzioni conseguenti all'illecito²²⁹.

Inoltre l'attuazione dei divieti può avvenire mediante appositi provvedimenti pubblicistici che rimuovono determinate situazioni giuridiche ottenute illecitamente ovvero che dispongono le cautele necessarie a rendere lecita l'attività che si sta ponendo in essere²³⁰. Infine il ripristino può avvenire in forma equivalente, ossia costituendo, mediante la dazione di una somma di denaro, una situazione economicamente equivalente a quella che ci sarebbe stata in assenza dell'illecito²³¹.

Può accadere che la condotta ripristinatoria o riparatoria siano previste dalla legge come condizione per ottenere l'attenuazione della pena o l'estinzione reato o per godere di specifici benefici processuali²³². Si tratta di una tendenza che va sempre più affermandosi nell'ordinamento penale²³³ e avente lo scopo di rafforzare il carattere sussidiario del trattamento punitivo. L'idea è quella di porre in primo piano l'incentivazione delle condotte riparatorie in modo da conseguire l'attuazione degli scopi primari che l'illecito ha frustrato e porre in secondo ordine la logica punitiva tradizionale. Ai fini che interessano in questa sede, occorre rilevare che ogni volta che una condotta ripristinatoria o riparatrice sia preveduta da una norma giuridica come condizione per il conseguimento dei suddetti benefici si è fuori dal sistema delle sanzioni giuridiche. Invero la condotta riparatrice produce in tali situazioni effetti favorevoli nella sfera dell'autore della violazione (ad es. l'estinzione del reato)

²²⁹ Si pensi a titolo esemplificativo all'art. 72 cod. nav. secondo cui «1. Nel caso di sommersione di merci o di altri materiali nei porti, rade, canali, gli interessati devono provvedere all'immediata rimozione.

2. Qualora gli interessati non adempiano a tale obbligo e a giudizio dell'autorità marittima possa derivare dal fatto un pericolo o un intralcio alla navigazione, il capo del compartimento può provvedere d'ufficio alla rimozione e, ove sia il caso, alla vendita dei materiali predetti per conto dello Stato.

3. L'interessato È tenuto a corrispondere allo Stato le spese sostenute, o la differenza tra queste e il ricavato dalla vendita».

²³⁰ Si pensi all'imposizione delle cautele necessarie a rendere le immissioni *ex art.* 844 c.c. tollerabili e dunque lecite alla stregua del disposto suddetto.

²³¹ È quanto accade ad esempio nell'art. 948 c.c. in cui si prevede che, in caso di azione di rivendicazione, laddove il bene rivendicato sia impossibile da restituire per fatto avvenuto dopo la proposizione della domanda e imputabile al convenuto, quest'ultimo è obbligato «a recuperarlo per l'attore a proprie spese, o, in mancanza, a *corrispondergliene il valore*, oltre a risarcirgli il danno».

²³² Ad esempio si pensi alla fattispecie di insolvenza fraudolenta di cui all'art. 641 c.p.. Il secondo comma di tale disposizione prevede che «l'adempimento dell'obbligazione avvenuto prima della condanna estingue il reato». In tal caso la condotta di adempimento, che costituisce attuazione del precetto primario che prescriveva l'esecuzione della prestazione, importa l'estinzione del reato.

²³³ Si pensi al recente disegno di legge all'esame del parlamento per la riforma del diritto penale, sostanziale e processuale (disegno di legge del Governo A.C. 2798) il quale prevede l'estinzione del reato per condotte riparatorie (riparazione, risarcimento ed eliminazione delle conseguenze del reato), con riguardo a taluni reati perseguibili a querela. In particolare, in base al nuovo art. 162-ter c.p., il giudice può dichiarare estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente il danno con le restituzioni o il risarcimento e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato. La riparazione deve realizzarsi nel termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, salva la fissazione di un termine ulteriore, non superiore a 6 mesi, per il pagamento di quanto dovuto anche in forma rateale. Se il giudice riconosce la congruità della somma offerta a titolo di risarcimento, anche in assenza di accettazione da parte della persona offesa, l'imputato, con il deposito della somma, può vedere estinto il reato.

a differenza della sanzione giuridica che non importa mai un vantaggio per chi la subisce. L'essenza della sanzione giuridica – come già evidenziato – è il suo intrinseco carattere privativo. Ciò la rende essenzialmente un “male”, ossia un elemento peggiorativo del patrimonio (in senso lato) del destinatario²³⁴. Pertanto essa si traduce pur sempre in un obbligo giuridico o in un atto coercitivo a scapito del responsabile. Nei casi in esame invece la condotta riparatoria (o ripristinatoria) si pone come elemento costitutivo di una fattispecie destinata a produrre effetti favorevoli per il colpevole.

Inoltre mentre la privazione dei beni conseguente all'irrogazione di una sanzione giuridica è un evento necessitato, a causa della retributività che connota le sanzioni, al contrario nei casi in esame la privazione di beni conseguente alla condotta riparatoria ha carattere eventuale, in quanto il colpevole deve subirla solo se intende conseguire l'effetto favorevole descritto dalla norma giuridica. Dunque la riparazione in questo senso non può rilevare come sanzione esecutiva di un illecito.

In definitiva deve ritenersi che ogni volta che la condotta ripristinatoria sia posta come condizione per il conseguimento di un effetto favorevole per il responsabile di un illecito, essa non costituisce il contenuto di una sanzione giuridica, bensì di altra situazione giuridica. Di sanzione esecutiva potrà parlarsi esclusivamente quando la condotta riparatoria sia conseguenza necessitata di un fatto antidoveroso.

4.1.2. Il risarcimento del danno. – Lo scopo dell'ordinamento giuridico non è solamente quello di assicurare incondizionatamente la fruizione di utilità a chi ne sia titolare, evitando che le stesse siano sottratte o distrutte illecitamente. Resta fondamentale esigenza anche quella di scongiurare che i costi dell'illecito finiscano per gravare su colui che ne resta vittima. L'ordinamento giuridico predispone vari strumenti rimediali aventi il fine di rimuovere il pregiudizio sofferto da un soggetto a causa dell'altrui fatto illecito e traslarlo sul patrimonio del soggetto responsabile. In tal modo la persona offesa dall'illecito non avrà a sopportare i costi dello stesso. A tale scopo è preordinato lo strumento del risarcimento del danno, il quale consiste in un comportamento del soggetto responsabile volto a rimuovere il pregiudizio – patrimoniale e non – sofferto da chi è rimasto vittima del fatto illecito. Il risarcimento del danno consiste normalmente nella prestazione di una somma di denaro ma ciò non deve accadere necessariamente. Il contenuto dell'obbligo risarcitorio può essere anche non strettamente pecuniario, purché abbia idoneità a rimuovere il pregiudizio prodotto dal fatto antigiuridico.

Il risarcimento del danno viene solitamente annoverato tra le sanzioni

²³⁴ Si è già in precedenza evidenziato come non si accolga in questa sede la nozione di sanzione positiva, in quanto fa scendere la nozione di sanzione giuridica a quella di effetto giuridico, con conseguente inutilità del suddetto concetto per un'analisi della confisca e del sistema sanzionatorio in generale.

esecutive²³⁵ e però non si tratta di una posizione unanimamente accolta dai teorici delle sanzioni giuridiche. Coloro che muovono dall'idea che la sanzione giuridica sia solo l'atto coercitivo volto a eseguire il precetto inosservato²³⁶ rifiutano di rinvenire nell'obbligazione risarcitoria una vera e propria sanzione giuridica. Ad assumere rilievo è solamente l'inadempimento dell'obbligo di risarcimento, che si pone come ulteriore elemento della fattispecie di responsabilità, ossia come ulteriore presupposto condizionante la sanzione vera e propria. Si parla in tali casi di obbligo risarcitorio come "obbligo sostitutivo" di quello primario. In realtà non sembra necessario assumere una visione così ristretta del concetto di sanzione giuridica. È possibile definire questa come una restrizione della sfera giuridica del responsabile di un illecito e che si risolve nell'assunzione di obblighi o nella perdita di diritti. Ciò pare maggiormente in linea anche con le indicazioni provenienti dal diritto positivo italiano: basti fare l'esempio dell'art. 185 c.p. che annovera tra le "sanzioni civili" scaturenti dal reato anche il risarcimento del danno.

Il risarcimento del danno deve essere distinto dalle sanzioni esecutive volte all'attuazione in forma equivalente del precetto violato, come ad esempio il ripristino in forma equivalente. Il risarcimento non mira a conferire all'avente diritto l'utilità (specifica o equivalente) che l'illecito ha distrutto o ha mancato di far conseguire; esso mira a rimuovere il danno sofferto dal soggetto passivo dell'illecito e tale danno assume di regola un valore maggiore rispetto a quello dell'utilità non conseguita o perduta a cagione dell'illecito. Invero nel pregiudizio risarcibile va annoverato tanto il danno emergente quanto il lucro cessante (art. 1223 c.c.). Di conseguenza la situazione prodotta dal risarcimento del danno non coincide totalmente con quella costituita mediante lo strumento del costringimento. Ciò risulta del resto confermato dall'art. 948 c.c., già citato in precedenza, che al proprietario che agisce in rivendicazione e che non può recuperare il bene in natura per fatto del convenuto, attribuisce il diritto alla restituzione di una somma pari al valore del bene perduto, oltre al risarcimento del danno. Da tale regola emerge chiaramente la differenza esistente tra la tutela restitutoria in forma equivalente e la tutela risarcitoria.

Infine una breve annotazione sui rapporti tra il risarcimento e la sanzione punitiva. Il risarcimento, per restare nell'alveo delle sanzioni esecutive, deve limitarsi a porre il soggetto danneggiato dall'illecito nella situazione economicamente equivalente a quella che ci sarebbe stata se l'illecito non avesse avuto luogo. In altri termini esso non deve conferire più di quanto sia strettamente necessario al suddetto scopo. Il suo contenuto andrà pertanto parametrato all'entità del pregiudizio derivante dall'illecito. Laddove il risarcimento abbia entità superiore al pregiudizio sofferto, esso cessa di configurarsi come sanzione esecutiva e assume la connotazione propria della sanzione punitiva. In tal caso il suo scopo primario è l'afflizione del responsabile finalizzata alla prevenzione e all'effettività della norma giuridica primaria, non di certo l'esecuzione di quest'ultima. Si parla in tali casi di

²³⁵ THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., p. 51.

²³⁶ KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 146.

risarcimento punitivo²³⁷. L'esperienza dei risarcimenti punitivi insegna che la ricerca della natura giuridica di una sanzione non debba risolversi nella mera valutazione del *nomen iuris* a essa associata, quanto invece dei caratteri strutturali e funzionali che la contraddistinguono nel sistema giuridico. Ciò risulterà di fondamentale importanza quando si tratterà di analizzare le confische presenti nell'ordinamento giuridico.

4.1.3. *L'invalidità degli atti. Negazione del carattere sanzionatorio.* – Secondo una parte della dottrina rientrerebbero nel concetto di sanzione giuridica anche le forme di invalidità degli atti giuridici e, in particolar modo, la nullità. Si afferma che anche la nullità costituirebbe una sanzione giuridica, che più che una punizione o una riparazione mirerebbe alla *frustrazione* degli scopi del soggetto, «nel senso che la misura afflittiva cui è sottoposto colui che viola la norma tecnica (...) rende la sua azione non già a lui malefica o svantaggiosa, ma inutile»²³⁸.

La tesi in esame si mostra poco utile per un'utile disamina del sistema delle sanzioni giuridiche e dunque è preferibile escludere dal novero di queste le invalidità degli atti. Innanzi tutto si porrebbe alla negazione di quello che è il connotato fondamentale della sanzione e che la contraddistingue rispetto ad altri effetti giuridici, ossia la circostanza di essere rivolta contro un individuo come reazione a un comportamento antiggiuridico. La nullità non sanziona un comportamento, ma esprime una situazione di irregolarità o comunque di mancata rispondenza dell'atto allo schema preveduto dalla norma giuridica generale. In modo acuto è stato evidenziato che le norme sulla validità degli atti configurano veri e propri *oneri* in quanto prescrivono modalità di compimento di un atto che le parti devono rispettare affinché conseguano la stabilità degli effetti giuridici ricollegati all'atto stesso²³⁹. La mancata osservanza delle forme prescritte non consente alle parti di conseguire il vantaggio rappresentato dalla stabilità degli effetti dell'atto.

Inoltre l'invalidità è espressione di una mancata conformità allo schema legale, laddove, di contro, la sanzione può comminarsi esclusivamente con l'integrazione dell'esatto comportamento descritto dallo schema legale.

Nulla esclude che la condotta che consiste nel porre l'atto invalido costituisca altresì un illecito, ricollegando l'ordinamento a essa una sanzione giuridica²⁴⁰. Si tratta – tuttavia – solo di mere interferenze tra regole di validità e regole di responsabilità che non alterano le conclusioni su illustrate.

²³⁷ DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 173 ss..

²³⁸ BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig.*, Torino, XVI, 1969, p. 535; ID., *Teoria generale del diritto*, cit., p. 91, il quale definisce norme tecniche quelle che definiscono le modalità per il compimento di un atto e violare le quali lo scopo che si perseguiva non viene raggiunto e in ciò consiste la sanzione della nullità.

²³⁹ DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 374.

²⁴⁰ THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., p. 21, il quale afferma icasticamente come le norme di validità si risolvono in un "tu non puoi", avendo lo scopo di impedire un risultato giuridicamente rilevante; al contrario l'imperativo giuridico, rivolgendosi ai comportamenti dei consociati, si risolve in un "tu devi".

In conclusione occorre circoscrivere le sanzioni giuridiche esclusivamente a quelle conseguenze sfavorevoli che l'ordinamento ricollega a un comportamento umano e che, proprio per tale ragione, il soggetto dell'obbligo può evitare tenendo la condotta contraria.

4.2. Lo statuto giuridico della sanzione esecutiva. Differenze con la sanzione punitiva. – Nei paragrafi precedenti sono stati illustrati la struttura, il contenuto e gli scopi delle sanzioni esecutive su un piano meramente teorico. Si è evidenziato come tali sanzioni abbiano un contenuto prevalentemente corrispondente al precetto inosservato, dal momento che mirano all'attuazione coattiva di questo. Ciò importa la fondamentale conseguenza che le sanzioni esecutive posseggono sempre un limite logico: non possono attribuire più di quanto prevedeva il precetto inosservato. Ciò vale anche per quelle sanzioni che mirano a costituire una situazione economicamente equivalente a quella prescritta dall'ordinamento giuridico. Anche in tal caso la sanzione non può condurre a situazioni economicamente più vantaggiose di quella che ipoteticamente sarebbe scaturita dall'osservanza del precetto.

Si è inoltre illustrato il quadro delle diverse forme che la sanzione esecutiva può assumere e aventi come tratto comune l'attuazione dello scopo primario perseguito dall'ordinamento giuridico. È necessario, a questo punto, delineare i tratti essenziali dello statuto di diritto positivo della sanzione esecutiva. Analogamente a quanto già evidenziato per la sanzione punitiva, si tratta di stabilire i principi generali che governano l'universo delle sanzioni giuridiche, così da costruire uno statuto generale cui ricondurre ogni ipotesi di sanzione esecutiva sprovvista di disciplina speciale.

Ciò premesso, occorre immediatamente affrontare un primo punto problematico. Ci si chiede se le sanzioni esecutive debbano essere sempre prevedute espressamente quale conseguenza di un fatto umano o se, al contrario, esse debbano ritenersi implicite alla stessa norma giuridica primaria, quale corollario della sua stessa giuridicità.

Come si è visto la questione non si pone rispetto alle sanzioni punitive, governate dal principio di legalità in funzione di garanzia. Rispetto alle sanzioni esecutive invece il dubbio sorge dal fatto che una norma primaria senza sanzione esecutiva è scarsamente efficace e, dunque, assimilabile più a un consiglio che a una norma giuridica. Ciò ha spinto alcuni autori a ritenere che le sanzioni esecutive siano sempre implicite al precetto primario di cui in fondo costituiscono semplicemente l'attuazione. Di conseguenza l'espressa previsione della sanzione «è spesso quasi del tutto superflua, perché la sanzione (...) è immanente per definizione in ogni disposizione giuridica»²⁴¹.

Tale conclusione non pare del tutto convincente. Innanzi tutto non è del tutto pacifico che ogni norma giuridica rechi con sé sempre la coercibilità, potendosi

²⁴¹ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., p. 118.

avere, secondo alcuni autori, anche singole norme giuridiche prive di sanzioni²⁴².

Inoltre – come è stato già illustrato – le sanzioni esecutive perseguono un generale scopo di attuazione dei precetti giuridici, ma ciò non sempre con le stesse forme e con gli stessi risultati specifici. Così non può che spettare al legislatore individuare le specifiche sanzioni esperibili per la tutela delle situazioni giuridiche. E ancora: non può che spettare al legislatore stabilire se, in presenza di determinati illeciti, debbano seguire sanzioni volte ad attuare in forma equivalente o in forma specifica il precetto inosservato. Come ha sottolineato autorevole dottrina²⁴³ le tecniche di tutela delle posizioni soggettive sono variabili e non necessariamente si risolvono nella tutela incondizionata di un'utilità economica in favore di chi ne è titolare. In altri termini non necessariamente la violazione di un precetto primario deve implicare la tutela della coazione all'adempimento. Pertanto pare preferibile ritenere che – in via teorica – anche le sanzioni esecutive, come quelle punitive, debbano trovare fondamento in una espressa disposizione giuridica secondaria²⁴⁴.

È possibile, a questo punto, illustrare i profili più propriamente disciplinatori della sanzione esecutiva.

a) Innanzi tutto, sembra potersi affermare che anche le sanzioni esecutive, in quanto idonee a risolversi in prestazioni patrimoniali o personali coattive o in limitazioni a diritti costituzionali (es. la proprietà), debbano avere un fondamento in norme di rango primario. Ciò risulta vieppiù confermato dal generale principio di legalità che governa la disciplina dei pubblici poteri, quali sono quelli consistenti nella irrogazione ed esecuzione di sanzioni esecutive (artt. 23, 41, 42, 97 Cost.). Di conseguenza la legge deve stabilire i fatti condizionanti e le sanzioni esecutive condizionate.

Per ciò che attiene ai principi di diritto intertemporale, è necessario formulare una distinzione. Laddove il legislatore introduca un nuovo caso di

²⁴² BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 134, il quale osserva come sia necessario per avere il carattere giuridico di una norma che essa sia collocata in un ordinamento in cui non tutte ma la maggioranza delle norme siano sanzionate e dunque coercibili.

²⁴³ DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 92 ss., il quale riprende dal dibattito anglosassone la distinzione tra regole di proprietà e regole di responsabilità. Le prime mirano ad assicurare una tutela piena e incondizionata di una situazione giuridica, facendo in modo che questa sia completamente intangibile rispetto a ingerenze esterne. Le seconde invece non impediscono l'ingerenza illecita nell'altrui sfera giuridica, ma mirano a fare in modo che i costi di questa non siano sopportati dal titolare della risorsa negativamente incisa. In tali casi la tutela è essenzialmente in forma equivalente, dovendosi solo compensare i costi dell'illecito che sono venuti a gravare sulla persona offesa dall'illecito. La protezione degli interessi attraverso l'una o l'altra tecnica è mera scelta di politica legislativa, dunque è un problema di diritto positivo.

²⁴⁴ È opportuno ricordare che la recente dottrina e la giurisprudenza, maturate soprattutto in ambito privatistico, rimodulando il problema in chiave funzionalistica sotto la spinta del diritto europeo, hanno affermato il principio fondamentale della effettività della tutela dei diritti e degli interessi legittimi, che reca con sé l'atipicità delle tutele (e dunque delle sanzioni esecutive), che dunque sarebbero innominate. Ciò che va sottolineato è che tale principio è comunque ricavato da una disposizione di diritto vigente quale l'art. 24 Cost., il che conferma in ogni caso la necessità di un fondamento normativo della sanzione esecutiva.

sanzione esecutiva, configurando così un nuovo illecito, la nuova norma giuridica non potrà che essere irretroattiva e ciò in ragione della stessa *ratio* di garanzia sottesa al principio di legalità di cui sopra. Ogni misura limitativa della sfera personale e patrimoniale di un individuo deve essere prevedibile dal destinatario della norma al momento del fatto illecito.

Diverso discorso deve essere effettuato per i casi in cui una norma giuridica sopravvenuta escluda l'applicabilità di una sanzione esecutiva che era ricollegata a un fatto illecito. In tal caso si deve ritenere operativo il principio generale di irretroattività delle leggi, sancito dall'art. 11 Disp. sulla legge in generale. Non sussistono sul punto vincoli costituzionali o europei che impongano una diversa soluzione.

In ordine alle sanzioni esecutive non si pone invece un problema di possibile legge più favorevole o più sfavorevole sopravvenuta. Invero la sanzione esecutiva – come spiegato in precedenza – incontra il limite contenutistico per cui non può importare sacrifici della sfera personale e patrimoniale più gravi di quelli che avrebbe subito il soggetto in caso di osservanza del precetto giuridico primario. Di conseguenza una legge sopravvenuta non potrebbe modificare l'entità del trattamento imposto dalla sanzione esecutiva. Laddove ciò accada, la sanzione esecutiva sarebbe trasformata in una pena; di conseguenza, essendovi l'introduzione di un nuovo illecito sanzionato con una pena o comunque un aggravamento del trattamento punitivo previsto dalla legge pregressa per l'illecito, scatterebbe la garanzia costituzionale del divieto di applicazione retroattiva della legge punitiva sopravvenuta ovvero della legge più sfavorevole sopravvenuta.

b) La sanzione esecutiva esige sempre un fatto antiggiuridico, sicché – come la pena – non è concepibile come misura *ante factum*. Tale carattere deriva dalla matrice sanzionatoria di tali misure che si pongono per l'appunto come una reazione a un comportamento antidoveroso di un soggetto.

c) La sanzione esecutiva non presuppone la personalità della responsabilità. È ben possibile che essa colpisca un soggetto diverso dall'autore del fatto illecito. A questo scopo si distingue tradizionalmente il soggetto del dovere e il soggetto responsabile.

Il primo è colui il cui comportamento è regolato dalla norma giuridica mediante il collegamento tra la sanzione e lo stesso. Il comportamento opposto a quello sanzionato costituisce l'oggetto del dovere giuridico. Il soggetto del dovere è normalmente l'unico a poter evitare la sanzione tenendo la condotta opposta a quella sanzionata.

Il soggetto responsabile è colui cui è imputata la sanzione giuridica e che pertanto ne subisce gli effetti sfavorevoli. La sanzione esecutiva può colpire anche soggetti che non potevano con il loro comportamento evitarla. In altri termini la

sanzione esecutiva è compatibile con forme di responsabilità per fatto altrui²⁴⁵.

Proprio per i motivi su esposti nulla esclude che la sanzione esecutiva colpisca più soggetti, configurando ipotesi di responsabilità collettiva.

Ciò posto, la possibilità di irrogare una sanzione esecutiva nei confronti di soggetti diversi dal destinatario del precetto primario incontra due limiti generali. In primo luogo, la misura deve comunque risultare idonea al suo scopo. In caso contrario essa risulterebbe irragionevole e la norma che la regola andrebbe incontro a censure di incostituzionalità per contrasto con l'art. 3 Cost.. Pertanto essa può colpire la sfera giuridica di un terzo estraneo all'illecito a condizione che ciò consenta effettivamente di raggiungere lo scopo della sanzione, che è l'attuazione del precetto inosservato²⁴⁶. In secondo luogo le sanzioni esecutive devono essere irrogate nel rispetto del principio fondamentale di tutela dell'affidamento legittimo del terzo. Si tratta di principio generale, che garantisce la certezza dei traffici giuridici e che trova espressione nelle diverse norme civilistiche che regolano l'opponibilità degli effetti dei negozi giuridici. In base a tale principio il potere confiscatorio non può essere esercitato a scapito del terzo laddove quest'ultimo abbia acquisito la cosa da confiscare ignorando in modo incolpevole la sua origine illecita. Come si vedrà meglio in seguito, la protezione del terzo in buona fede, titolare del bene *ablando*, costituisce un limite ricorrente nella disciplina dell'istituto confiscatorio. La tutela dell'affidamento non è comunque un valore assoluto e può essere derogato dalla legge per la protezione di interessi di rango superiore o analogo a quello della certezza dei rapporti giuridici.

d) La sanzione esecutiva inoltre può essere comminata anche se il fatto condizionante sia sprovvisto di requisiti di natura psicologica. In altri termini la sanzione esecutiva non presuppone necessariamente la colpevolezza dell'autore del fatto illecito. È, dunque, compatibile con forme di responsabilità oggettiva nonché indiretta. La volontà antidoverosa è solo uno dei possibili criteri di imputazione della responsabilità.

e) La sanzione esecutiva – come è stato già osservato – non è logicamente utilizzabile per realizzare più di quanto sarebbe stato conseguito mediante l'osservanza del precetto primario. La sanzione esecutiva è dunque un mezzo alternativo alla condotta prescritta per realizzare lo scopo cui era preordinata la norma primaria. Ogni aggravamento ulteriore del contenuto della sanzione esecutiva, in quanto non necessario alla funzione di essa, conduce alla trasformazione di questa in pena con applicabilità del relativo statuto giuridico. Il limite in esame costituisce

²⁴⁵ Si pensi alla responsabilità del committente per il fatto dannoso del preposto di cui all'art. 2049 c.c..

²⁴⁶ Così a titolo esemplificativo non è possibile imporre a un terzo il pagamento di una somma di denaro ove si tratti di attuare un obbligo di consegna di una cosa infungibile che è detenuta dall'autore dell'illecito. Invece non è irragionevole rispetto allo scopo del risarcimento del danno obbligare un terzo ad eseguire la prestazione riparatoria verso il soggetto danneggiato.

la garanzia fondamentale che assiste il soggetto responsabile contro indebite ingerenze nella sua sfera giuridica e rende “sopportabile” la previsione di forme di responsabilità oggettiva o indiretta.

f) Sul piano contenutistico la sanzione esecutiva non ha limiti rigorosi come la pena. Questa infatti riceve non solo dei limiti intrinseci alla sua funzione (prevenzione e rieducazione), ma anche limiti specifici dovuti all’evolversi della sensibilità sociale (per es. la pena di morte). La sanzione esecutiva trae invece il suo contenuto dal precetto primario di cui costituisce l’attuazione. In ciò essa ha una sorta di contenuto *per relationem*.

Tuttavia un limite generale può in ogni caso individuarsi anche per questo tipo di sanzioni giuridiche. L’esecuzione del precetto non può mai avvenire in violazione della libertà morale e della dignità della persona come essere umano (arg. ex artt. 2, 3, 13, 21 Cost.). Di conseguenza è proibita qualsiasi forma di coercizione diretta sulla persona del soggetto responsabile. La tutela esecutiva in forma specifica può dunque aversi solo per gli obblighi cosiddetti fungibili, cioè che anche un soggetto diverso da quello del dovere può eseguire. Di contro sono incoercibili gli obblighi infungibili.

Si tratta di limiti che – come si vedrà in seguito²⁴⁷ – sono confermati anche dal quadro sovranazionale.

g) Si deve escludere in via teorica che la sanzione esecutiva abbia una sorta di priorità logica sulle sanzioni punitive, nel senso che queste ultime possano intervenire solo laddove le prime siano risultate insufficienti o inattuabili.

Certamente deve ritenersi che le sanzioni esecutive, in quanto consentono l’attuazione coattiva dei precetti primari dell’ordinamento siano essenziali per la stessa effettività di quelli. Parimenti certo è che l’ordinamento prediliga il conseguimento degli scopi primari che animano le sue norme, piuttosto che pervenire alla punizione di un soggetto responsabile di un illecito. E però deve escludersi qualsiasi rapporto di reciproca esclusione tra le sanzioni esecutive e quelle punitive. L’operare delle prime non importa necessariamente il venir meno delle seconde e viceversa. Il loro cumulo pone solo un problema di opportunità che spetta al legislatore sciogliere.

h) Mentre la pena importa una prestazione o una privazione di beni che ridonda in favore dello Stato o comunque della pubblica autorità, la sanzione esecutiva invece può importare una prestazione anche in favore di soggetti privati. Ciò in quanto l’esecuzione, costituendo attuazione del precetto, opera in favore dei soggetti che sono pregiudicati dall’illecito o che comunque dovevano beneficiare della situazione giuridica cui era preordinato il precetto primario.

²⁴⁷ *Infra* Cap. IV del presente lavoro.

i) Infine occorre precisare che le situazioni che importano l'estinzione del potere degli organi pubblici di accertare un fatto illecito e di applicare o eseguire la relativa sanzione punitiva non importa logicamente la preclusione anche del potere di comminare le relative sanzioni esecutive ove previsto. E ciò vale anche al contrario.

Le due tipologie di sanzioni perseguono infatti obiettivi diversi e le vicende giuridiche che le riguardano non debbono necessariamente coincidere negli esiti.

Anche in tal caso spetta al legislatore stabilire i rapporti tra l'estinzione della punibilità e l'applicabilità delle sanzioni esecutive. Di regola, in virtù della funzione sistematica irrinunciabile posseduta dalle sanzioni esecutive, queste sopravvivono alla estinzione del potere degli organi pubblici di irrogare sanzioni punitive.

4.3. Esistono sanzioni criminali esecutive? – Tradizionalmente si osserva che il diritto criminale non conosce forme di sanzioni esecutive. Queste apparirebbero esclusivamente agli ordinamenti parziali rappresentati dal diritto privato e dal diritto amministrativo. Il diritto criminale prevederebbe esclusivamente sanzioni giuridiche di natura punitiva²⁴⁸.

La ragione di questa convinzione risiede nella circostanza che storicamente lo scopo principale del diritto criminale è stato quello di reprimere condotte devianti nell'ottica di proteggere l'ordine pubblico. Il diritto privato è stato da sempre ritenuto il settore deputato alla protezione degli assetti distributivi delineati dall'ordinamento giuridico.

Tuttavia quella su delineata può essere una linea di tendenza dell'ordinamento giuridico ma non costituisce una necessità teorica o logica.

Come si è già osservato, la natura criminale o privatistica o amministrativistica di una sanzione sta a indicare solo una disciplina di riferimento cui l'interprete può attingere in difetto di norme specifiche. Una sanzione criminale è una misura sanzionatoria che l'ordinamento ricollega alla verifica di un reato. Nulla esclude che a un reato consegua, oltre che una pena, anche una sanzione esecutiva. Del resto la pena non è l'unica conseguenza giuridica ricollegata al reato: si pensi agli effetti penali connessi alla condanna.

Un esempio di sanzione esecutiva criminale può essere rappresentato dall'art. 452-*duodecies* c.p.. In base a tale disposizione il giudice, quando pronuncia sentenza di condanna per taluno dei delitti contro l'ambiente previsti dal Titolo VI-*bis* del Libro II, ordina il *recupero* e, ove tecnicamente possibile, il *ripristino dello stato dei luoghi*, ponendone l'esecuzione a carico del condannato e dei soggetti di cui all'articolo 197 del presente codice. In tal caso all'accertamento del reato consegue, oltre alla pena, anche l'obbligo di ripristino al fine di eliminare gli effetti materiali scaturiti dal fatto illecito. E – si badi – trattasi di obbligo che grava altresì sui soggetti di cui all'art. 197 c.p., che non sono responsabili del reato.

²⁴⁸ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 712.

In definitiva, non può escludersi l'ammissibilità teorica di una sanzione esecutiva ricollegata a un illecito penale. La loro introduzione pone ancora una volta solo un problema di opportunità politica la cui risoluzione non può che essere rimessa al legislatore.

Per le stesse ragioni non può escludersi una sanzione esecutiva di natura amministrativa. Anzi nel diritto amministrativo esse assumono un'importanza tutta peculiare, posto che esse costituiscono lo strumento essenziale di soddisfazione immediata dell'interesse pubblico. Si distinguono infatti nella scienza amministrativa le sanzioni "afflittive" (ossia punitive) e quelle "ripristinatorie" (ossia esecutive), queste ultime aventi lo scopo di reintegrare l'interesse pubblico leso, eliminando gli effetti dell'illecito²⁴⁹. Dunque, risulta confermato che la qualificazione della sanzione come amministrativa o criminale è compiuta dal legislatore in funzione dell'applicazione di una specifica disciplina, lasciando impregiudicata la questione della natura punitiva o esecutiva della misura sanzionatoria.

5. *Le misure restrittive non sanzionatorie.* – In base ai rilievi svolti nei paragrafi precedenti, si può affermare che la sanzione giuridica si caratterizza per il fatto di costituire una reazione a un comportamento che l'ordinamento giuridico ritiene socialmente indesiderabile. Proprio ricollegando la sanzione al comportamento indesiderato l'ordinamento giuridico proibisce questo e lo previene. Al contempo il comportamento opposto a quello sanzionato si dice prescritto, essendo un obbligo per il destinatario della norma giuridica.

La sanzione, proprio per il suddetto carattere, si connota altresì per un secondo aspetto. Si può sempre evitare l'applicazione della sanzione, astenendosi dalla commissione dell'illecito. La sanzione giuridica, proprio perché costituisce una tecnica di regolazione delle condotte umane, non si ricollega a stati di cose o a qualità della persona.

Tuttavia l'ordinamento giuridico prevede di frequente restrizioni della sfera giuridica di individui che non si ricollegano a comportamenti indesiderabili, ossia che non si ricollegano alla violazione di un dovere di comportamento. Vi sono conseguenze sfavorevoli che sono ricollegate all'esistenza di situazioni indesiderabili o di qualità di un soggetto²⁵⁰.

Innanzitutto si può fare riferimento alle misure cautelari, ossia a quelle misure attraverso cui l'autorità giudiziaria assicura l'utilità del processo e delle decisioni giurisdizionali. Le misure cautelari non si pongono come mezzo di reazione a un comportamento antidoveroso, né lo presuppongono. Esse normalmente esigono il mero sospetto di illecito (cosiddetto *fumus boni iuris*), oltre alla presenza di un

²⁴⁹ CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 1353. Tipico esempio di sanzione esecutiva amministrativa è la demolizione dell'opera costituita in violazione della normativa edilizia. In tal caso la demolizione consente di ripristinare lo *status quo ante*, attuando coattivamente l'originario divieto per il proprietario del fondo di costruire in contrasto con gli strumenti urbanistici.

²⁵⁰ KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 52.

pericolo per la buona riuscita del processo o per l'eseguibilità della decisione giurisdizionale. Di conseguenza le misure cautelari configurano misure restrittive della sfera personale a carattere non sanzionatorio. Ciò ovviamente non vuole significare che esse siano disposte al di fuori di ogni tutela giurisdizionale, nulla ostando a che il legislatore contraddistingua con garanzie processuali l'emanazione di tali misure.

Vengono in rilievo anche tutte le misure di polizia, previste dalla normativa di pubblica sicurezza, volte a garantire la salvaguardia della sicurezza pubblica. Si tratta di misure aventi funzione ostativa rispetto agli illeciti e che operano in chiave di mera prevenzione. Esse rimuovono situazioni che l'ordinamento giuridico considera normalmente prodromiche alla verifica di illeciti. Proprio in quanto operano *prima* che taluno commetta un comportamento vietato esse non possono definirsi a rigore misure sanzionatorie. Non si tratta di conseguenze sfavorevoli connesse all'accertamento di un comportamento antidoveroso. Anche in tali casi al più può richiedersi il solo accertamento di un sospetto di condotta antidoverosa.

Vi sono poi misure restrittive che si ricollegano a una qualità di un individuo. Si pensi ai trattamenti sanitari obbligatori, ammessi dall'art. 32, comma 2 Cost. per la tutela della salute della collettività e che costituiscono una deroga eccezionale al principio della libertà delle cure²⁵¹. Tali misure vengono disposte per il fatto che un individuo presenti una specifica qualità personale (es. mancanza di vaccino, malattia mentale, ecc.) o si trovi in una situazione determinata dalla legge. In ogni caso deve escludersi che tali misure conseguano all'accertamento di un illecito: l'individuo che si trovi nella situazione descritta può essere a esse sottoposto pur non avendo tenuto alcuna condotta antidoverosa.

Non mancano infine esempi di misure restrittive che vengono disposte a fronte di un mero stato di cose, a prescindere da qualsiasi considerazione di qualità, contegni o situazioni concernenti un individuo. È il caso dell'espropriazione di pubblica utilità, misura amministrativa che colpisce un bene privato al fine di destinarlo a pubblica utilità, a prescindere da qualsiasi considerazione sul contegno del proprietario del bene stesso. Anche tali misure, in quanto sono correlate a situazioni non riconducibili a contegni umani, non costituiscono tecnicamente delle sanzioni giuridiche.

Tutte le misure limitative che non si pongono come reazione a una condotta indesiderata dall'ordinamento giuridico vanno escluse dalla categoria concettuale della sanzione giuridica.

Tuttavia il concetto di sanzione è frutto di elaborazione dottrinale, non costituendo di contro un concetto definito dal legislatore. Nulla esclude pertanto che si definisca la sanzione giuridica come una qualsiasi restrizione della sfera giuridica condizionata a un fatto dell'uomo, anche solo accertato in via indiziaria. In tal modo anche le misure cautelari sarebbero sanzioni e così pure le misure di polizia. Inoltre

²⁵¹ Per una disamina delle funzioni e dell'*iter* del T.S.O.: BONOMO, *Infermità di mente e responsabilità civile*, Milano, 2012, p. 180 ss.

nulla esclude che si ricostruisca la sanzione giuridica come conseguenza sfavorevole ricollegata giuridicamente ad una qualità della persona o ad uno stato di cose. Costituirebbero sanzione giuridica in questo modo anche il T.S.O., l'espropriazione per pubblica utilità, le ordinanze amministrative in materia igienico-sanitaria e via dicendo. La sanzione giuridica finirebbe per coincidere con un qualsiasi effetto sfavorevole previsto da una norma giuridica a carico di un soggetto²⁵².

Un siffatto approdo teorico è ammissibile, ma difficilmente può essere utile per una ricostruzione sistematica e coerente del sistema sanzionatorio. Esso finirebbe per ingenerare confusioni concettuali tra istituti profondamente diversi, quali ad esempio una misura di polizia, una sanzione punitiva e una ordinanza contingibile e urgente della pubblica amministrazione. La sanzione potrebbe configurarsi non solo come una conseguenza ma anche come un antecedente dell'accertamento del fatto antidoveroso (come avverrebbe considerando sanzioni le misure di polizia o le misure cautelari).

Si ritiene preferibile pertanto mantenere ferma la nozione tradizionale di sanzione con cui si è avviata la presente analisi: la sanzione giuridica è solo quella conseguenza sfavorevole che l'ordinamento prevede come conseguenza di un fatto umano socialmente indesiderabile e che il soggetto del dovere può evitare tenendo la condotta opposta a quella illecita. La sanzione giuridica è sempre conseguenza evitabile di un fatto imputabile a un individuo. Ogni altra misura restrittiva della sfera giuridica di un soggetto rientra nel variegato novero delle misure restrittive non sanzionatorie.

Ciò premesso, è necessario a questo punto valutare come si possano collocare sistematicamente quelle particolari misure restrittive qualificate dall'ordinamento giuridico come misure di sicurezza e come misure di prevenzione. In particolare occorrerà valutarne la natura giuridica e il loro inquadramento nel sistema delle sanzioni giuridiche.

5.1. Le misure di sicurezza (post delictum). – L'ordinamento giuridico italiano basa il contrasto al crimine su un sistema dualistico che accanto alla pena contempla anche le misure di sicurezza. Il “doppio binario” introdotto dal codice Rocco costituisce un evidente compromesso tra la tradizione rappresentata dalla Scuola classica, basata sull'idea dell'uomo come essere libero e in grado di autodeterminarsi nell'agire, e la Scuola positiva che invece, muovendo dal determinismo positivista, considera l'uomo non in grado di autodeterminare le proprie azioni, sicché il contrasto al crimine dovrebbe avvenire a mezzo di strumenti in grado di neutralizzare le cause della delinquenza piuttosto che di retribuire il male

²⁵² KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 54, il quale evidenzia lucidamente come, seguendo questo modo di pensare, ogni misura pregiudizievole per un soggetto costituirebbe – alla luce dell'ordinamento giuridico – o un illecito o una sanzione giuridica.

perpetrato con l'illecito²⁵³. Il codice Rocco, respingendo le visioni estreme connesse alle due scuole, accoglie un sistema fondato sulla prevenzione generale e speciale, affidate rispettivamente a strumenti giuridici diversi. Da un lato, vi è la pena che resta preordinata alla prevenzione generale per mezzo dell'intimidazione connessa alla sua minaccia legale e alla certezza della sua applicazione. Essa di conseguenza è legata indissolubilmente alla colpevolezza e all'imputabilità dell'autore del reato. Dall'altro lato sono previste le misure di sicurezza aventi lo scopo di neutralizzare la pericolosità sociale di un individuo, scongiurando così la eventualità della recidiva. Le misure di sicurezza pertanto perseguono – nell'ottica del legislatore del 1930 – uno scopo di prevenzione speciale e hanno il compito di eliminare le cause che hanno condotto il soggetto alla commissione del reato. Le misure di sicurezza rappresentano il tributo offerto dal legislatore alle istanze della Scuola positiva.

Presupponendo l'una l'imputabilità e l'altra la pericolosità sociale, non è escluso nel diritto italiano il cumulo delle pene e delle misure di sicurezza, laddove appunto il reo si presenti tanto imputabile quanto pericoloso.

L'avvento della Costituzione e della nuova visione della pena come misura avente anche scopo rieducativo e non solo meramente repressivo e general preventivo ha posto in grave crisi i presupposti teorici del doppio binario. Questo ha evidenziato notevoli inconvenienti quando vengono in rilievo soggetti al contempo imputabili e pericolosi, come tali destinatari sia di pene che di misure di sicurezza, attesa l'evidente interferenza che viene a prodursi tra l'uno e l'altro strumento preventivo²⁵⁴. In tal senso, è opportuno ricordare che il sistema delineato nel codice del 1930 è destinato a un rapido superamento, atteso che è stata recentemente approvata una delega al Governo per la rivisitazione del regime delle misure di sicurezza in relazione ai soggetti imputabili e socialmente pericolosi²⁵⁵.

Ciò premesso, è necessario a questo punto illustrare brevemente i caratteri essenziali della misura di sicurezza, così da giungere – successivamente – all'analisi del dibattito insorto in relazione alla loro natura giuridica.

Le misure di sicurezza sono misure di prevenzione del crimine che operano *post delictum*, ossia dopo la commissione di un fatto penalmente rilevante, allo scopo di contrastare la pericolosità sociale del soggetto²⁵⁶. Esse mirano a riadattare un

²⁵³ Sul punto si rinvia per una disamina approfondita del doppio binario a FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 697 ss.

²⁵⁴ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 709.

²⁵⁵ La delega è contenuta nell'art. 1, comma 16 della L. 28 giugno 2017 n. 103, volto alla riforma del sistema delle misure di sicurezza, secondo il criterio direttivo della «rivisitazione, con riferimento ai soggetti imputabili, del regime del cosiddetto «doppio binario», prevedendo l'applicazione congiunta di pena e misure di sicurezza personali, nella prospettiva del minor sacrificio possibile della libertà personale, soltanto per i delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale e prevedendo comunque la durata massima delle misure di sicurezza personali (...)».

²⁵⁶ Sulle misure di sicurezza: ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Riv. dir. penit.*, 1930, p. 1245; ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, p. 120; BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961; CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 232; CERQUETTI, voce *Misure di sicurezza*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S.

soggetto alla vita libera sociale, promuovendone l'educazione o la cura.

Le misure di sicurezza richiedono per la loro applicazione due presupposti. Innanzi tutto occorre la commissione di un fatto preveduto dalla legge come reato (art. 202, comma 1 c.p.). Tuttavia la legge consente di applicare le misure di sicurezza anche in presenza di fatti non previsti come reato, ma solo nei casi espressamente stabiliti dalla legge medesima (art. 202, comma 2 c.p.). Dunque le misure di sicurezza possono anche conseguire a fatti che non assurgono a reati. Le ragioni di tale estensione sono da ravvisare nella circostanza che, ai fini dell'applicazione di una misura di sicurezza, il fatto di reato viene considerato dal legislatore come mero indizio della pericolosità sociale che caratterizza l'autore. Ciò non esclude che anche altri fatti, pur non costituendo reato, possano assumere una tale pregnanza indiziaria. La scelta dei fatti idonei a rivelare la pericolosità è rimessa alla legge²⁵⁷.

In secondo luogo le misure di sicurezza esigono l'accertamento da parte del giudice della pericolosità sociale dell'interessato. Ai sensi dell'art. 203, comma 1 c.p. un soggetto è pericoloso quando, avendo commesso uno dei fatti previsti dall'art. 202 c.p., è probabile che commetterà nuovi reati. La *qualità* di persona socialmente pericolosa si desume dagli indici fattuali di cui all'art. 133 c.p. (art. 203, comma 2).

La pericolosità sociale è una *qualità* della persona, sicché si configura come un dato non istantaneo, destinato a perdurare per un lasso più o meno ampio di tempo²⁵⁸. Secondo una corrente di pensiero la commissione di un reato reca sempre con sé l'affermazione della pericolosità sociale del suo autore²⁵⁹. Tale conclusione non appare convincente, posto che lo stesso codice, come già illustrato, distingue nettamente, nell'ambito dei presupposti della misura di sicurezza, la commissione del

CASSESE, Milano, 2006, p. 3713; PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione* Torino, 2008.

²⁵⁷ Sul punto è chiara la relazione ministeriale: *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, cit., par. 211, laddove si afferma che la commissione del fatto di reato «si manifesta e afferma un indizio di pericolosità criminale, che non è soltanto temuta, come negli individui pericolosi non ancora violatori dell'ordine giuridico, ma si è già rivelata con un segno inequivocabile». E tale valore sintomatico può ravvisarsi anche nei casi di c.d. "quasi reato", giacché «anche in questi casi non manca un'azione, la quale, se pur non ha il carattere di reato, ha tuttavia una tale esteriorizzazione e una tale aderenza al reato da trascendere la nuda intenzione criminosa e da indurre a riconoscere anche in essi un sicuro indizio di pericolosità criminale».

²⁵⁸ La dottrina dominante afferma che la pericolosità criminale sia una *species* della capacità a delinquere menzionata dall'art. 133, comma 2 c.p.: mentre questa coincide con la possibilità di commettere reati in futuro, la prima coincide con la probabilità di commissione di reati. In realtà, a ben vedere, la pericolosità sociale va desunta da tutti i criteri di cui all'art. 133 c.p. e non solo da quelli che fondano il giudizio di capacità a delinquere di cui al comma secondo della medesima disposizione. Il giudizio di pericolosità sociale non potrebbe allora essere una specie del giudizio di capacità a delinquere, avendo a oggetto uno spettro di elementi più ampi rispetto a quest'ultimo. Appare preferibile pertanto mantenere distinti i due concetti, riconoscendo alla qualifica di pericolosità sociale un ambito più ampio di quello della capacità a delinquere. Cfr. CARACCIOLI, *I problemi generali*, cit., p. 524 e ss..

²⁵⁹ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., p. 206 ss., il quale identifica il reato in un sintomo della pericolosità criminale dell'autore, pericolosità che è il vero oggetto contro cui è destinata a operare la pena. Questa infatti non sarebbe altro che una misura volta a contrastare la pericolosità mediante la repressione, a differenza delle misure di sicurezza che sarebbero pura prevenzione.

fatto di reato e la pericolosità sociale che da quello va sì desunta, ma non in modo automatico. Resta la constatazione che la misura di sicurezza trova principalmente nella pericolosità il suo fondamento e la sua ragion d'essere, come confermano le disposizioni codicistiche sulla modifica e sulla revoca di tali misure.

Le misure di sicurezza hanno per destinatari persone fisiche. Non occorre però che queste siano imputabili o punibili per un fatto di reato (art. 203 c.p.).

Le misure di sicurezza hanno profili comuni e profili differenziali rispetto alle pene. Analogamente a queste ultime, esse importano una restrizione della sfera giuridica dell'interessato; mirano alla prevenzione di fatti costituenti reati; sono irrogate dall'autorità giudiziaria con l'osservanza di garanzie processuali. Tuttavia ben più rilevanti sono i profili differenziali. Le misure di sicurezza, a differenza delle pene, non hanno scopo general preventivo mediante l'intimidazione connessa alla minaccia legale. Esse mirano a rimuovere le cause della pericolosità in chiave di difesa sociale. Per tali ragioni esse non conseguono necessariamente a un fatto antidoveroso, ossia a un fatto di reato, e non possono applicarsi o mantenersi in difetto della pericolosità sociale del soggetto. Di conseguenza la loro durata non è determinata²⁶⁰, posto che esse, guardando al futuro, cessano solo con l'estinguersi della pericolosità. In quanto misura di contrasto alla pericolosità dell'agente, le misure di sicurezza prescindono dal requisito dell'imputabilità.

Occorre spendere alcune considerazioni sui principi generali che governano la normativa inerente alle misure di sicurezza.

Come le pene, anche le misure di sicurezza sono sottoposte al principio di legalità. Ai sensi dell'art. 199 c.p. nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza non espressamente previste dalla legge e fuori dai casi dalla legge stessa preveduti. Lo stesso principio è sancito dall'art. 25, comma 3 Cost., secondo cui «nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei *casi* previsti dalla legge». Va notato che – a differenza di quanto previsto per i reati e le pene – la Costituzione non fa riferimento ai *fatti* di reato per delimitare l'ambito operativo delle misure di sicurezza. Si fa invece riferimento ai *casi* previsti dalla legge. Laddove il termine “caso” venga inteso come fatto di reato, le ipotesi di “quasi reato” sarebbero incostituzionali e come tali da espungere per via legislativa²⁶¹. Tuttavia la differente formulazione del terzo comma (inerente alle misure di sicurezza) rispetto al secondo comma dell'art. 25, comma 2 Cost. (inerente alla pena) ha indotto la prevalente dottrina ad attribuire al termine “caso” un significato più ampio, volto a ricomprendere anche situazioni non costituenti reato. Ciò conferma che le misure di

²⁶⁰ Si ricordi che tale caratteristica delle misure di sicurezza, certamente connaturata alla loro funzione, è stata di recente mitigata dal d.l. 31 marzo 2014, n. 52, convertito con modifiche dalla l. 30 maggio 2014, n. 81, il quale ha stabilito che le misure di sicurezza detentive, provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima. In questo modo si è stabilito un limite di durata massima per le misure di sicurezza ivi contemplate.

²⁶¹ CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, cit., p. 114 ss.

sicurezza non sono sempre conseguenze del reato, bensì di fatti che il legislatore ritiene, nei limiti della ragionevolezza, fortemente sintomatici di pericolosità sociale.

In secondo luogo, in relazione alle misure di sicurezza, la legge applicabile è quella del tempo della loro applicazione o, se diversa, della loro esecuzione (art. 200 c.p.), sicché non opera per tale istituto il principio di irretroattività della norma sfavorevole che invece permea l'istituto della sanzione punitiva. Ciò in quanto la misura di sicurezza non ha finalità di intimidazione dei consociati per mezzo della minaccia legale, sicché non è essenziale che la stessa sia legalmente predeterminata al momento del fatto che ne giustifica l'applicazione²⁶². Resta fermo tuttavia che le misure di sicurezza possano essere disposte solo per fatti previsti da una legge in vigore al tempo della loro commissione.

Infine è necessario formulare alcuni cenni alla disciplina concernente l'applicazione e l'esecuzione delle misure di sicurezza.

Le misure di sicurezza sono disposte dal giudice penale all'esito del giudizio di cognizione (art. 530, comma 4 e art. 533, comma 1 c.p.p.). Al di fuori del giudizio di cognizione, i provvedimenti concernenti le misure di sicurezza sono adottati dalla magistratura di sorveglianza, mediante le forme del procedimento di sorveglianza di cui all'art. 678 c.p.p.. Si tratta di procedimento camerale²⁶³ molto particolare, essendo possibile l'avvio d'ufficio, anche senza l'impulso del pubblico ministero, e l'acquisizione d'ufficio di ogni mezzo di prova concernente la personalità dell'internato.

Nel caso in cui un soggetto commetta più fatti che giustifichino l'applicazione di più misure di sicurezza, ove queste siano della stessa specie, il giudice ne ordinerà una sola. Ove siano di specie diversa, il giudice dispone l'applicazione della misura di sicurezza più consona alla neutralizzazione della pericolosità sociale evidenziata dall'interessato (art. 209 c.p.). Ciò evidenzia un ulteriore punto di rottura con l'istituto della pena, governato dalla regola del cumulo materiale o giuridico. Si conferma infatti che la misura di sicurezza ha come fondamento la pericolosità del soggetto di cui i fatti di reato rappresentano solo meri indici sintomatici. La pluralità di fatti giustificanti una misura di sicurezza non elide la necessità di una risposta unitaria alla pericolosità dell'interessato.

Infine le misure di sicurezza non si applicano in caso di estinzione del reato (art. 210, comma 1 c.p.). Si tratta di un limite motivato da ragioni di ordine politico. Il legislatore non ha ritenuto consono, a fronte di situazioni, quali le cause estintive del reato, che denunciano una inopportunità del giudizio penale, far proseguire

²⁶² *Contra* FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 822, che invece sostengono come anche per le misure di sicurezza valga l'art. 2 c.p., compreso il principio del divieto di retroattività per le norme più sfavorevoli, siano esse concernenti il fatto condizionante, le tipologie e la durata minima delle misure di sicurezza. Ciò in quanto, avendo tali misure natura afflittiva, la *ratio* di garanzia che permea l'art. 2 c.p. non può che estendersi anche a esse. L'art. 200 c.p. concernerebbe solo le modalità di esecuzione della misura di sicurezza.

²⁶³ Si ricordi che a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale del 21 maggio 2014, n. 135, su richiesta degli interessati, il procedimento deve svolgersi mediante la pubblica udienza.

questo al solo scopo di accertare la pericolosità sociale dell'imputato. Ciò spiega altresì la diversa rilevanza che sulle misure di sicurezza hanno le cause estintive della pena, che possono in linea teorica intervenire in un momento in cui la pericolosità sia stata già accertata in giudizio. Per tale ragione l'art. 210, comma 2 c.p. dispone che l'estinzione della pena importa la preclusione delle misure di sicurezza, salvo queste siano state già ordinate in casi particolarmente gravi o siano ordinabili in ogni tempo.

Le misure di sicurezza – come ogni provvedimento destinato a incidere sulla sfera giuridica individuale – incontrano il limite inderogabile, di rango costituzionale, del rispetto della vita e della dignità umana²⁶⁴.

Illustrati brevemente la struttura e lo statuto giuridico della misura di sicurezza, è possibile ora analizzare, sia pure senza pretesa di esaustività, la natura giuridica di essa e il suo inquadramento nel sistema delle sanzioni giuridiche.

5.1.1. La natura giuridica delle misure di sicurezza. – La disputa teorica sulla natura giuridica delle misure di sicurezza ha animato per decenni la scienza penalistica. Non è necessario pertanto ricostruire esattamente i termini del dibattito su cui esiste già una nutrita letteratura. Occorre invece mettere in rilievo le principali argomentazioni emerse in relazione alla problematica in esame.

Nell'ottica del legislatore codicistico le misure di sicurezza hanno una indubbia natura amministrativa, come conferma la rubrica del Titolo VIII del Libro I del codice penale che fa riferimento alle «Misure amministrative di sicurezza».

Le misure di sicurezza erano considerate misure completamente antitetichette alla pena, in quanto non aventi scopo di giustizia, bensì di “profilassi sociale”. Esse erano concepite come una specie delle più generali misure di polizia, cui tradizionalmente venivano affidati compiti di mera prevenzione dei reati. La peculiarità delle misure di sicurezza era rinvenuta nella circostanza di fondarsi su un giudizio di pericolosità sociale particolarmente qualificato, in quanto basato su un fatto costituente reato. Ciò aveva suggerito l'attribuzione del potere di applicazione al giudice penale, competente ad accertare fatti di reato in funzione sanzionatoria. Tale “accorpamento” di funzioni non era però ritenuto sufficiente ad alterare la natura amministrativa delle misure di sicurezza, risolvendosi solo in un'esigenza di economia giuridica e costituendo il processo penale solo una forma per l'irrogazione delle predette misure²⁶⁵. Le misure di sicurezza si collocavano in

²⁶⁴ Così non è possibile conseguire lo scopo preventivo con la eliminazione fisica della persona o attraverso trattamenti clinici contrari al sentimento di umanità come la clonazione umana o il trapianto di cervello.

²⁶⁵ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, cit., par. 205: «Se la funzione dello Stato, non diretta ad accertare i presupposti e le condizioni di applicabilità delle pene, ma ad applicare misure di sicurezza, rientra propriamente in altra sfera di attività, ossia in quella amministrativa di polizia, non può negarsi, nondimeno, che una connessione corra fra le due funzioni, la quale rende necessario un coordinamento fra le medesime, secondo criteri fondamentali suggeriti dalla scienza e rispondenti ad indeclinabili esigenze sociali. Tale coordinamento ho creduto di realizzare, affidando a unico organo le due diverse attività e facendo servire alle medesime lo stesso

quest'ottica al di fuori del sistema delle sanzioni giuridiche e rientravano in quello delle misure amministrative di polizia volte alla prevenzione dei reati e al mantenimento della sicurezza pubblica²⁶⁶.

Ciò nonostante la dottrina dominante²⁶⁷, sulla base di un'elaborazione sviluppatasi nel corso dei decenni successivi, ha invece sostenuto la natura sanzionatoria delle misure di sicurezza. In particolare tali misure si connoterebbero come "sanzioni criminali". Sono vari gli argomenti addotti a sostegno di tale conclusione.

Innanzitutto si afferma l'irrilevanza della presa di posizione che il legislatore ha effettuato con la rubrica del Titolo VIII. Infatti non si tratta di una qualificazione in funzione di disciplina, sicché essa non vincola l'interprete in sede di ricostruzione delle categorie generali. Inoltre lo stesso legislatore pare smentire la suddetta presa di posizione laddove nell'art. 202 c.p. riserva alla «legge penale» la disciplina dei fatti che giustificano l'applicazione delle misure di sicurezza e nell'art. 203 c.p. definisce la pericolosità sociale «agli effetti della *legge penale*».

Si è inoltre notato che la disciplina delle misure di sicurezza è collocata non casualmente dal legislatore nel codice penale, proprio per sottolinearne l'attrazione definitiva nell'ambito della materia penale.

Accanto a tali argomenti più formalistici, tale orientamento adduce ulteriori notazioni più rilevanti. Si afferma che le misure di sicurezza sono assimilabili a sanzioni giuridiche perché conseguono sempre alla commissione di un fatto di reato. In ciò esse sono assimilabili alla pena. Non rilevarebbe la circostanza che esse siano applicabili anche in ipotesi di quasi-reato. In primo luogo perché si tratta di ipotesi molto marginali e ridotte: si fa riferimento ai casi di reato impossibile (art. 49, comma 2 c.p.) e di accordo o istigazione per la commissione di un *delitto*, quando il delitto non sia commesso o l'istigazione non sia stata accolta (art. 115, commi 2 e 4 c.p.). In secondo luogo la presenza di quasi reati non elide la natura squisitamente criminale del giudizio di pericolosità, che è volto a verificare la probabilità di verifica futura di *fatti di reato*²⁶⁸. Pertanto la pericolosità sociale presuppone un giudizio che verte essenzialmente sulla figura del reato, facendo passare in secondo ordine la rilevanza delle figure di quasi-reato. L'applicazione delle misure di

processo. Ho, cioè, ritenuto che la vicendevole integrazione, legislativamente prestabilita delle sanzioni repressive con le misure amministrative di sicurezza non può, razionalmente e praticamente, essere appieno conseguita se non sia unico e identico l'organo statale chiamato ad applicare le une e le altre. La diversità intrinseca non certo impedisce la coesistenza (processuale) delle due funzioni.

²⁶⁶ Fattori di questa idea sono molti autori che commentarono il nuovo istituto delle misure di sicurezza all'indomani dell'entrata in vigore del codice penale: GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., p. 141, il quale distingue le misure di sicurezza da quelle di polizia per la circostanza che queste ultime mirano a preservare genericamente l'ordine pubblico, le prime invece mirano a impedire al commissione dei reati; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 233 ss..

²⁶⁷ Per tutti si veda: ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 545 ss.; NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 650-651; CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, cit., p. 237 ss.; PAGLIARO, *Sanzione penale*, cit., p. 1026 ss.; GALLO, *Appunti*, cit., p. 203 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 820 ss.

²⁶⁸ CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, cit., p. 302.

sicurezza, in definitiva, richiede un giudizio di natura criminale analogo a quello che il giudice effettua quando applica una pena.

Ulteriore conferma dell'omogeneità sussistente tra la pena e le misure di sicurezza può cogliersi dal riconoscimento legislativo della fungibilità tra le due misure in esame. L'art. 657, comma 1 c.p.p. afferma che dalla pena complessiva cui un soggetto è stato condannato va scomputato il periodo trascorso sotto l'esecuzione delle misure di sicurezza provvisorie, disposte ai sensi dell'art. 312 c.p.p.. Anche prima di questa disposizione la tesi prevalente deponeva in senso favorevole alla fungibilità, valorizzando soprattutto la natura afflittiva delle misure di sicurezza che le rende assimilabili alla pena²⁶⁹.

Accanto a una omogeneità sostanziale, tra le pene e le misure di sicurezza sussisterebbe anche una omogeneità processuale. Si afferma da tempo l'omogeneità esistente tra il processo penale e il processo di sicurezza. Si sostiene che anche il processo di sicurezza è legato al principio di legalità, è animato dal carattere doveroso e non discrezionale della valutazione giudiziale, tutta vincolata da precisi limiti legislativi²⁷⁰.

Il regime giuridico delle misure di sicurezza è, più in generale, assimilabile a quello della pena. Infatti, analogamente alla pena, le misure di sicurezza sono applicate dall'autorità giudiziaria, sono rette dal principio di stretta legalità e sono regolate dal codice penale. Peraltro la natura amministrativa è smentita proprio dal fatto che le misure in esame sono applicate dall'autorità giudiziaria. La differenza fondamentale tra l'amministrazione e la giurisdizione è stata tradizionalmente riscontrata proprio nell'imparzialità dell'organo chiamato a decidere. Mentre la pubblica amministrazione agisce per curare i propri interessi pubblici, nei limiti della ragionevolezza e della non discriminazione, il giudice invece è neutrale rispetto agli interessi in conflitto e agisce al solo scopo di garantire l'applicazione oggettiva del diritto obiettivo²⁷¹. Ciò renderebbe contraddittoria la qualificazione delle misure di sicurezza come misure amministrative.

Le misure di sicurezza sono peraltro doverose nella loro applicazione, a differenza dei provvedimenti amministrativi che invece sono caratterizzati dalla discrezionalità dell'organo che li adotta, discrezionalità da intendersi come valutazione di opportunità sulla modalità migliore di perseguimento dell'interesse pubblico. Ciò fa emergere un profilo di retributività rispetto al fatto di reato, che molto le avvicinerrebbe alla sanzione punitiva. Né si può sostenere – si aggiunge – la natura amministrativa di queste misure, adducendo che esse, come i provvedimenti dell'amministrazione, sono revocabili successivamente alla loro adozione. Si sostiene che la revocabilità non è tratto essenziale e caratterizzante del provvedimento amministrativo, subendo tale carattere molteplici mitigazioni²⁷².

²⁶⁹ NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., p. 660.

²⁷⁰ CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, cit., p. 282.

²⁷¹ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 547.

²⁷² ANTOLISEI, *ibidem*.

Infine, si ritiene che la natura criminale delle misure di sicurezza sarebbe confermata dall'unicità della funzione sistematica che ciascuna assume nel sistema del diritto criminale: quella di prevenire la commissione di reati. È vero che entrambe le misure sono assoggettate a discipline specifiche differenti, ma ciò non sarebbe decisivo per elidere del tutto l'unità funzionale sul piano sistematico²⁷³.

La conclusione cui perviene tale orientamento è che le misure di sicurezza, come le pene, costituiscono sanzioni giuridiche criminali, in quanto rappresentano una conseguenza necessaria del reato. La pericolosità sociale sarebbe solo una qualifica normativa che rende applicabili a un soggetto le misure suddette, così come l'imputabilità è una qualifica necessaria all'applicazione delle pene. La capacità giuridica penale – sul piano sistematico – si risolverebbe nell'attitudine a subire sanzioni giuridiche criminali, *sub specie* di pena o di misura di sicurezza²⁷⁴.

Tale orientamento, sebbene autorevolmente sostenuto, non è totalmente esente da obiezioni.

Innanzitutto, su un piano strettamente formalistico, non può dirsi rilevante la circostanza che la disciplina delle misure di sicurezza sia collocata all'interno del codice penale. La natura giuridica di un istituto prescinde dalla collocazione che esso riceve nei testi normativi. Il codice penale regola le sanzioni civili che conseguono al reato ed è indubbio che si tratti di conseguenze di natura civilistica, ancorché previste da una fonte legislativa che disciplina prevalentemente istituti penalistici. Dunque la collocazione di un istituto nel codice penale non vale a rivelarne la natura criminale.

La considerazione per cui le misure di sicurezza costituiscano sanzioni giuridiche perché conseguono alla commissione di un reato suscita perplessità. Non si può non considerare che le misure di sicurezza *non sempre* conseguono alla commissione di un reato. I c.d. casi di quasi-reato non possono che implicare una diversa considerazione delle misure di sicurezza sul piano sistematico rispetto alle pene. Invero essi consentono di affermare che le misure di sicurezza possono conseguire a fatti non antidoverosi, al contrario di quanto accade propriamente per le sanzioni giuridiche. Sostenere peraltro la marginalità dei casi di quasi-reato appare inutile. A parte la circostanza che alcuni autori hanno evidenziato come i casi anzidetti non si riducano a quelli di cui agli artt. 49 e 115 c.p.²⁷⁵, ricostruendo sistematicamente e concettualmente l'istituto resta la considerazione che l'ordinamento consente di applicare misure di sicurezza anche in assenza di un reato, cioè in assenza di un fatto illecito. Tali misure difettano del principale carattere delle

²⁷³ CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, cit., p. 296.

²⁷⁴ Sul punto, per tutti, v. M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, cit., p. 205 e ss..

²⁷⁵ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 813, il quale mette in rilievo come costituiscano ulteriori situazioni di quasi-reato anche l'evasione dalla misura di sicurezza (art. 214 c.p.), la violazione degli obblighi derivanti da una pregressa misura di sicurezza (art. 231, 233, comma 3, 234, comma 3, 238 c.p.). Inoltre, se si muove dalla considerazione per cui l'imputabilità costituisca un requisito della colpevolezza e dunque concorra all'esistenza del reato (come affermano i sostenitori della concezione tripartita del reato), i casi in cui la misura di sicurezza è applicata a soggetti non imputabili costituirebbero a tutti gli effetti quasi-reati, in quanto vengono in rilievo dei fatti che non assurgono – in base alla legge penale – a reato.

sanzioni giuridiche: la retributività, ossia la loro necessaria consequenzialità al fatto illecito²⁷⁶. Le misure di sicurezza esigono la pericolosità sociale, pur dovendo questa avere un riscontro probatorio qualificato rispetto ad altre misure a carattere preventivo. Ciò è sufficiente per escludere le stesse dal novero delle sanzioni giuridiche propriamente dette. Il fatto di reato, in tali casi, non viene in rilievo come illecito, bensì come indizio qualificato di pericolosità sociale di un individuo. Poi, annullare la rilevanza sistematica dell'art. 202, comma 2 c.p., affermando che il giudizio di pericolosità sociale, in quanto orientato alla futura, eventuale realizzazione di reati, è un giudizio di carattere criminale, è inconferente. L'oggetto della valutazione di pericolosità sociale fa solo intendere che le misure di sicurezza sono preordinate alla prevenzione di reati; analogamente ad altre misure a finalità preventiva previste dall'ordinamento giuridico.

Prova troppo, infine, sostenere che il giudizio di cui all'art. 203 c.p. è assimilabile a quello effettuato dal giudice in sede di commisurazione della pena. La pena consegue lo scopo di prevenzione nel momento della minaccia legale e la stessa finalità rieducativa non può mai eclissare la necessaria proporzionalità che la sanzione deve avere rispetto alla gravità del fatto commesso. La pena implica un giudizio che guarda soprattutto al passato; le misure di sicurezza invece guardano esclusivamente al futuro e non hanno alcun rapporto di proporzionalità rispetto alla gravità del fatto. In ciò esse sono assimilabili maggiormente alle misure di prevenzione che alle pene.

In ogni caso la previsione di fatti non illeciti, come presupposto delle misure di sicurezza, smentisce l'ipotesi di partenza e cioè che queste conseguano a fatti di reato come una qualsiasi sanzione giuridica penale. In realtà ciò che condiziona realmente le misure di sicurezza resta la pericolosità sociale. Ciò è confermato dal dato positivo. L'art. 201 c.p. prevede che, quantunque si sia proceduto al riconoscimento di una sentenza straniera ai sensi dell'art. 12, comma 1, al. 3 c.p., una misura di sicurezza può essere ordinata solo previo esame della pericolosità da parte del giudice italiano. L'art. 679 c.p.p. stabilisce inoltre che, laddove una sentenza abbia disposto una misura di sicurezza, il magistrato di sorveglianza valuta nuovamente la pericolosità sociale dell'interessato, in mancanza della quale non può eseguirsi la misura. Appare chiara la differenza rispetto all'esecuzione di una sanzione penale, ove invece sussiste l'obbligo del pubblico ministero di dare esecuzione alla statuizione contenuta nella sentenza di condanna, senza necessità di valutare ulteriori profili (art. 656, 660 c.p.p.). La misura di sicurezza non consegue in realtà al fatto di reato, bensì alla pericolosità dell'interessato, la quale deve altresì persistere in sede esecutiva perché la misura possa mantenersi²⁷⁷. Del resto la proroga della misura di sicurezza (art. 208 c.p.), che implica una nuova decisione

²⁷⁶ FERRAJOLI, *ibidem*.

²⁷⁷ Del reato si è visto in precedenza come lo stesso art. 25, comma 3 Cost. faccia riferimento ai "casi" previsti dalla legge e non ai fatti di reato come presupposti per l'applicazione delle misure di sicurezza. Ciò conferma come gli stessi Costituenti non consideravano la misura di sicurezza come conseguenza del solo reato.

circa l'applicabilità della stessa, prescinde dalla commissione di un reato e presuppone il solo esame della pericolosità, desunta questa volta dai comportamenti tenuti dall'interessato dopo la sentenza originaria che statui la misura.

Non smentisce quanto sinora affermato la previsione dell'art. 210, comma 1 c.p. che preclude l'applicazione delle misure di sicurezza in caso di estinzione del reato. Come si è visto in precedenza, la disposizione risponde solo a una logica di opportunità, quella di non trascinare un giudizio penale che la causa estintiva ha evidenziato come inutile se non dannoso.

E ancora: anche ammettendo che il reato costituisce la condizione necessaria della misura di sicurezza, ciò non implica di per sé che si tratti di sanzioni penali o criminali. Anche le obbligazioni civili di cui all'art. 185 c.p. hanno come condizione il reato, ma di certo non possono qualificarsi sanzioni penali.

Quanto alla fungibilità legalmente riconosciuta tra la pena e le misure di sicurezza, non sembra anche questo argomento corroborare la tesi per cui le prime assurgerebbero a sanzioni penali. Innanzi tutto va considerato che lo scomputo del periodo cui si è sottoposti a misura di sicurezza si ha solo nel caso in cui quest'ultima sia stata disposta in via provvisoria *ex art.* 312 c.p.p. e purché non sia stata poi applicata in via definitiva (art. 657 c.p.p.). La logica che anima la disposizione appare essere più il riconoscimento della fungibilità tra la pena e le misure cautelari di natura detentiva, piuttosto che il riconoscimento *tout court* di una fungibilità tra pena e misura di sicurezza. Né può sostenersi che la misura di sicurezza è reputata fungibile alla pena in quanto condivide con questa una intrinseca natura afflittiva, che ne suggerisce l'uniformazione dello statuto giuridico. Il problema della fungibilità tra due misure è un problema di diritto positivo che non pare legato indissolubilmente a quello dell'afflittività della misura. Si pensi a titolo esemplificativo all'art. 33 c.p.m.g. secondo cui «*Per i condannati a una pena detentiva, di cui la esecuzione è stata differita, il tempo trascorso in speciali reparti combattenti, ai quali, a causa della loro particolare condizione, siano stati assegnati, si detrae dalla durata della pena inflitta*». Tale disposizione pone la fungibilità tra pena detentiva e periodo trascorso nei reparti combattenti; una fungibilità evidentemente non ancorata alla natura detentiva delle misure considerate. In definitiva ritenere che la fungibilità confermi la natura sanzionatoria penale delle misure di sicurezza pare almeno eccessivo.

Il vero argomento su cui si fonda la tesi favorevole alla natura penale (o criminale) delle misure di sicurezza è in realtà quello processuale. Si sostiene – come già visto – che le misure di sicurezza siano assimilabili alle pene in quanto sono applicate dall'autorità giudiziaria, con le forme del processo penale, in base a un giudizio governato dalla doverosità e dalla stretta legalità.

Si sostiene che il giudice opera con doverosità nel senso che esso agisce al di fuori di vincoli gerarchici e sottoposto esclusivamente ai vincoli di giudizio dettati dalla legge. Sarebbe proprio l'imparzialità e la terzietà (rispetto agli interessi in gioco) della valutazione svolta dall'organo giurisdizionale a escludere la

configurabilità di un'attività amministrativa che sarebbe, per definizione, partigiana, in quanto volta al miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

Anche tali argomenti non paiono completamente convincenti e sembrano non più aderenti alla nuova realtà dell'attività amministrativa. La differenza tra giurisdizione e amministrazione è tema tra i più discussi nella scienza giuridica e ha ricevuto molteplici e differenti risposte. Tradizionalmente si è ritenuto appagante il criterio distintivo basato sulla diversa qualità dell'organo che opera: se è neutrale rispetto agli interessi che saranno incisi dalla decisione vi è un organo giurisdizionale; se invece un organo non è neutrale ma persegue uno specifico interesse pubblico, vi è una pubblica amministrazione. In tempi più risalenti tale criterio poteva essere risolutivo, in quanto l'ordinamento prevedeva esclusivamente i modelli dell'amministrazione servente rispetto al Governo (art. 95 Cost.) e dell'amministrazione territoriale (art. 114 Cost.).

Allo stato attuale della legislazione non pare però che tale criterio continui a essere risolutivo. L'emersione del fenomeno delle Autorità Amministrative Indipendenti ha posto in seria discussione l'idea appena illustrata. Tali entità sono caratterizzate infatti dalla circostanza di non subire condizionamenti da organi politici, tanto che sono state qualificate come «amministrazioni soggette soltanto alla legge»²⁷⁸. Esse sono indipendenti dal Governo, godendo di una situazione di autonomia complessiva per molti versi analoga a quella riconosciuta tradizionalmente agli organi giurisdizionali; esse, anzi, sono nate dall'esigenza di superare il controllo politico di settori nevralgici per la tutela dei diritti fondamentali o per l'economia nazionale in favore di un controllo più tecnico, attento a garantire la corretta applicazione della legge di settore. In questo senso l'autorità «è chiamata a svolgere un ruolo di arbitro e di tutore delle posizioni giuridicamente rilevanti suscettibili di incisione dando foggia ad un modulo sotto questo aspetto equipollente a quello giurisdizionale»²⁷⁹ e ciò in quanto le funzioni peculiari assegnate a quella, lungi dal consistere in una ponderazione e bilanciamento degli interessi coinvolti dalla decisione pubblicistica, si risolvono «nell'applicazione della legge, ancorché tale applicazione non consista nella meccanica traduzione della volontà astratta del legislatore in atti concreti ma nella valutazione dei presupposti della fattispecie astratta, in base ai precetti tecnici richiamati dal legislatore e suscettibili di vario apprezzamento»²⁸⁰. In altri termini tali autorità, sebbene abbiano natura amministrativa, non sono imparziali come una amministrazione tradizionale, bensì neutrali²⁸¹. Sul piano ordinamentale le *authority* godono quindi della garanzia di

²⁷⁸ CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, I, Milano, 2011, p. 1088.

²⁷⁹ CARINGELLA, *op. ult. cit.*, p. 1099.

²⁸⁰ MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in CASSESE – FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 39.

²⁸¹ Come ha sottolineato CARINGELLA, *op. ult. cit.*, p. 1103, le autorità indipendenti non sono solamente imparziali, come le amministrazioni tradizionali, ma neutrali. Mentre l'imparzialità importa solo che l'amministrazione, nel perseguire i suoi interessi pubblici, non attui discriminazioni irragionevoli ai danni dei destinatari delle sue decisioni, la neutralità è una sorta di imparzialità

indipendenza che non equivale alla mera autonomia riconosciuta tradizionalmente a svariati enti pubblici²⁸².

Le autorità amministrative indipendenti rappresentano, allora, un esempio, ormai diffuso, di pubblica amministrazione terza e neutrale che opera allo scopo cogente di garantire la corretta applicazione delle leggi cui sono sottoposte. Si differenziano dunque dall'organo giurisdizionale sul piano funzionale tendenzialmente per un maggior numero di funzioni attribuite (le autorità indipendenti possiedono normalmente anche poteri regolatori e di vigilanza diffusa) e per la discrezionalità tecnica di cui godono nell'applicazione della legge: discrezionalità tecnica che non coincide – com'è noto – con la discrezionalità amministrativa tipica dell'amministrazione tradizionale.

I caratteri anzidetti risultano peraltro accentuati quando l'*authority* è chiamata a esercitare i suoi poteri sanzionatori: in tal caso l'organo procede in modo per molti versi simile a quello proprio dell'autorità giudiziaria, dovendo accertare il fatto illecito, in fatto e in diritto, e comminare le sanzioni di legge²⁸³.

Non è questa la sede per approfondire la questione dei tratti differenziali tra amministrazione e giurisdizione. Ciò che va rilevato è solamente che la neutralità dell'organo che agisce non può essere più vero criterio discretivo tra i due poteri.

Tornando alle misure di sicurezza, non pare dunque risolutivo affermare che esse non possano costituire attività amministrativa perché comminate da un organo terzo e imparziale, sottoposto solo ai vincoli legislativi.

Inoltre, la circostanza che la misura di sicurezza sia disposta con provvedimento soggettivamente giurisdizionale all'esito di un processo è del tutto estrinseca²⁸⁴. Il processo rappresenta solo una delle forme con cui nell'ordinamento giuridico può essere adottato un provvedimento. Il mezzo del processo non implica necessariamente che il provvedimento sia giurisdizionale e comunque non amministrativo. Esistono casi in cui il giudice è chiamato ad applicare misure di natura amministrativa all'esito di un processo. Normalmente ciò avviene per ragioni di garanzia – come nel caso dei provvedimenti di giurisdizione volontaria²⁸⁵ - o di economia processuale, come nel caso delle sanzioni amministrative di cui alla l. 24

qualificata e consiste nella necessità che l'autorità sia indifferente rispetto agli interessi in conflitto, ancorché facenti capo a pubbliche amministrazioni, e agisca al solo scopo di assicurare la corretta applicazione delle norme legislative.

²⁸² Mentre l'autonomia presuppone un rapporto di condizionamento tra due enti e rappresenta un margine di operatività dell'ente in cui tale condizionamento viene *eccezionalmente* escluso, l'indipendenza fa riferimento a situazioni in cui un ente si trova ad agire in modo tale da *non poter subire alcun condizionamento* da parte di altri enti pubblici.

²⁸³ Per una accurata ricostruzione dei poteri sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti, con particolare riferimento alle fattispecie punitive e ai procedimenti di accertamento dell'illecito si rinvia per tutti a FRATINI, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011.

²⁸⁴ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 815.

²⁸⁵ MANDRIOLI – CARRATTA, *Corso*, cit., p. 245 ss., il quale evidenzia come i casi di giurisdizione volontaria, non essendo rivolti alla risoluzione di liti, costituiscono forme di *amministrazione del diritto privato affidata ad organi giurisdizionali*, come conferma la revocabilità e la modificabilità dei decreti che definiscono il procedimento, contro cui l'Autore ammette anche la disapplicazione e l'*actio nullitatis*, proprio in ragione del difetto di un giudicato.

novembre 1981, n. 689²⁸⁶. La natura soggettiva di un provvedimento nulla dice pertanto circa la sua natura oggettiva. Così un atto può essere soggettivamente giurisdizionale (cioè proviene dall'autorità giudiziaria) e oggettivamente amministrativo, come negli esempi anzidetti. Può – viceversa – essere soggettivamente amministrativo e oggettivamente giurisdizionale come avviene nel caso del decreto presidenziale che decide il ricorso straordinario, a seguito delle modifiche apportate dalla l. 18 giugno 2009, n. 69²⁸⁷. E tale ragionamento può essere esteso anche ad atti diversi da quelli dell'autorità giudiziaria: si pensi al fenomeno, ampiamente analizzato e discusso nella letteratura scientifica, delle leggi-provvedimento, cioè di atti adottati dal legislatore, ma oggettivamente amministrativi.

Da ultimo la stessa doverosità della misura non appare decisiva. Anche un atto amministrativo può essere del tutto vincolato e privo di ogni fondamentale profilo di discrezionalità, intesa quest'ultima come giudizio di opportunità. Anzi si assiste a un crescente assorbimento della discrezionalità nella sfera della legalità e, in generale, a un progressivo sgretolamento dei margini di discrezionalità della pubblica amministrazione rispetto al passato. La doverosità di un provvedimento, il suo porsi come sbocco di una valutazione tutta vincolata a canoni legali non sono necessariamente aspetti propri del solo provvedimento giurisdizionale.

Il provvedimento applicativo delle misure di sicurezza possiede invece un chiaro connotato del provvedimento amministrativo che è la revocabilità. Invero, che la possibilità del riesame con esito revocatorio sia un tratto peculiare del provvedimento amministrativo – anche se poteva essere dibattuto in passato – risulta oggi confermato dall'art. 21-*quinquies* l. 7 agosto 1990, n. 241 («Nuove norme sul

²⁸⁶ L'art. 20, commi 1 e 2 della legge menzionata afferma infatti che «Qualora l'esistenza di un reato dipenda dall'accertamento di una violazione non costituente reato, e per questa non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta, il giudice penale competente a conoscere del reato è pure competente a decidere sulla predetta violazione e ad applicare con la sentenza di condanna la sanzione stabilita dalla legge per la violazione stessa. Se ricorre l'ipotesi prevista dal precedente comma, il rapporto di cui all'articolo 17 è trasmesso, anche senza che si sia proceduto alla notificazione prevista dal secondo comma dell'articolo 14, alla autorità giudiziaria competente per il reato, la quale, quando invia la comunicazione giudiziaria, dispone la notifica degli estremi della violazione amministrativa agli obbligati per i quali essa non è avvenuta. Dalla notifica decorre il termine per il pagamento in misura ridotta».

²⁸⁷ A seguito delle modifiche arrecate dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 e dal nuovo codice del processo amministrativo il ricorso straordinario si configura attualmente come un rimedio giurisdizionale, alternativo a quello esperibile dinanzi al Tar, che conduce a un decreto finale che, per quanto adottato dal Capo dello Stato – organo amministrativo – è sostanzialmente giurisdizionale in quanto meramente dichiarativo della decisione assunta dal Consiglio di Stato mediante il parere vincolante reso nel corso del procedimento con i crismi della giurisdizionalità. Sul punto è intervenuta per riconoscere la natura giurisdizionale del decreto decisivo C.d.S., A.P., 6 maggio 2013, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha affermato il principio secondo cui «*Il decreto presidenziale che recepisce il parere, pur non essendo, in ragione della natura dell'organo e della forma dell'atto, un atto formalmente e soggettivamente giurisdizionale, è estrinsecazione sostanziale di funzione giurisdizionale che culmina in una decisione caratterizzata dal crisma dell'intangibilità, propria del giudicato, all'esito di una procedura in unico grado incardinata sulla base del consenso delle parti*».

procedimento amministrativo»)»²⁸⁸. Di contro la revocabilità non pare essere tratto caratterizzante dei provvedimenti giurisdizionali, che invece sono permeati dalla logica del giudicato e della stabilità.

In conclusione, si deve ritenere che la qualificazione delle misure di sicurezza come sanzioni penali o criminali sia quantomeno non scontata. Lo stesso principio di legalità che governa le misure di sicurezza non pare assimilabile a quello di stretta legalità che opera in materia di sanzioni penali, con i corollari della predeterminazione del tipo e della durata della sanzione e dell'irretroattività della norma sanzionatoria sfavorevole²⁸⁹.

Le misure di sicurezza, in definitiva, è preferibile inquadrate sistematicamente al di fuori del sistema delle sanzioni giuridiche, in quanto non si pongono sempre come conseguenza necessaria di un fatto antidoveroso. Una tale conclusione può di certo escludersi se si partisse da una nozione di sanzione giuridica più ampia, coincidente con un qualsiasi effetto giuridico sfavorevole ricollegato a un fatto dell'uomo da parte dell'ordinamento giuridico. Tuttavia si è già messo in evidenza che una tale soluzione appare poco utile ai fini di un'analisi ricostruttiva delle misure restrittive previste nell'ordinamento giuridico. Se la ricerca della natura giuridica di un istituto è funzionale all'individuazione di uno statuto giuridico a esso applicabile in via generale, affermare che le misure di sicurezza siano sanzioni criminali è formula vuota e poco utile al suddetto scopo. A ben vedere la tesi che colloca le misure di sicurezza nel quadro delle sanzioni penali o criminali ha l'importante scopo di rafforzare le garanzie individuali a tutela di chi a quelle misure venga sottoposto. Tuttavia un simile scopo può essere raggiunto diversamente e soprattutto attraverso mirati interventi legislativi, evitando di confondere istituti molto diversi per funzione e disciplina come la pena e le misure di sicurezza.

Preferibile è dunque collocare le misure di sicurezza nel novero delle misure sfavorevoli di carattere non sanzionatorio volte alla prevenzione del crimine attraverso la neutralizzazione della pericolosità sociale degli individui²⁹⁰.

²⁸⁸ Articolo 21-quinquies (Revoca del provvedimento): «1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.

1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico».

²⁸⁹ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 815, il quale evidenzia come il principio di legalità vigente in materia di misure di sicurezza sia assimilabile più ragionevolmente al generale di principio di legalità dei poteri pubblici, piuttosto che al principio di stretta legalità in materia di sanzioni penali.

²⁹⁰ Una notazione particolare merita comunque la confisca, la quale, presupponendo sempre una

Non deve sfuggire in ogni caso che il problema della natura giuridica delle misure di sicurezza sia meno grave di quanto all'apparenza possa pensarsi. Si tratta di misure aventi – per espressa previsione legislativa – una disciplina abbastanza completa e organica. Di conseguenza – sul piano ricostruttivo e sistematico – fondamentale è stabilire se una misura si configuri come misura di sicurezza, piuttosto che come misura criminale o amministrativa. Così ogni misura restrittiva che ha la funzione esclusiva di contrastare la pericolosità di un individuo, che ha commesso un fatto di reato, può qualificarsi come misura di sicurezza; in tal caso, salvo discipline speciali, si applicherà la normativa prevista dal codice penale²⁹¹.

5.2. *Le misure di prevenzione (o misure di sicurezza ante delictum)*. – Le misure di prevenzione sono dei provvedimenti applicabili a soggetti pericolosi e finalizzati a controllarne la pericolosità in un'ottica special preventiva²⁹².

Si tratta di provvedimenti che presentano molte analogie con le misure di sicurezza. Come queste ultime, anche le misure di prevenzione hanno il presupposto della pericolosità sociale dell'individuo contro cui sono adottate. Dunque, si tratta di misure aventi una finalità di profilassi sociale, essendo volte a prevenire che l'interessato commetta reati in futuro. Tuttavia si possono registrare anche delle differenze tra le misure di prevenzione e le misure di sicurezza. Queste ultime si configurano come provvedimenti *post delictum*, essendo il giudizio di pericolosità incentrato su un fatto di reato che della prima costituisce un sintomo qualificato. Diversamente, le misure di prevenzione si configurano come provvedimenti *ante delictum*, ossia vengono applicate in base a un mero sospetto di commissione di un reato o sulla base di una mera qualità personale dell'interessato, elementi ritenuti in base a una valutazione legislativa sintomatici di pericolosità sociale. Ciò nonostante, le misure di prevenzione mostrano un'evidente omogeneità funzionale con le misure di sicurezza e formano con queste i pilastri del diritto di prevenzione criminale

condanna penale, si pone sempre come misura conseguente al reato e dunque potrebbe qualificarsi, almeno nelle ipotesi di confisca obbligatoria, come sanzione giuridica criminale. Sul punto si tornerà in seguito nel Cap. V del presente lavoro.

²⁹¹ Di questo avviso è anche una parte della dottrina che ritiene che la disciplina e le garanzie connesse alle misure di sicurezza siano applicabili a prescindere dalla risposta fornita al quesito della natura giuridica di queste. Si veda per tutti MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 828.

²⁹² Per un'analisi delle misure di prevenzione nell'ordinamento italiano: VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi Petrocelli*, III, Milano, 1972, p. 1591; AMATO, *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975; G. CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in FIADACA – S. COSTANTINO (a cura di), *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986, p. 125; NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., p. 631 ss.; E. GALLO, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Enc. giur.*, XX, 1990, I ss.; FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 108 ss.; ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; BARBERA, *Sulla legittimità costituzionale di misure di prevenzione nei confronti di persone pericolose per la «pubblica moralità»*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 325; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 844; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 798 ss.

nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano²⁹³.

Il sistema della prevenzione *ante delictum* è stato oggetto di ampio dibattito in relazione all'opportunità di autorizzare misure restrittive della libertà personale in presenza di meri sospetti o indizi di pericolosità. L'avvento della Carta Costituzionale ha finito per porre il più delicato problema della stessa legittimità costituzionale di siffatte misure, siano esse personali o patrimoniali.

In relazione alle misure di prevenzione personali due sono le posizioni emerse nel dibattito dottrinale. Secondo una prima impostazione le misure *ante delictum* sarebbero incostituzionali, in quanto non sarebbero ammissibili misure restrittive della libertà personale in assenza di reato. Ogni misura restrittiva troverebbe fondamento solo negli artt. 25, commi 2 e 3 Cost. che prevedono solo pene e misure di sicurezza come conseguenza di reati. Non avrebbe rilevanza invece l'art. 13 Cost., che sarebbe solo una norma "servente", volta a regolare il solo procedimento di applicazione delle misure restrittive della libertà personale previste in altre disposizioni costituzionali²⁹⁴. Del resto – si aggiunge – l'art. 27, comma 2 Cost., nel fissare il principio della presunzione di innocenza, bandirebbe qualsiasi fattispecie di sospetto, attribuendo al sistema delle pene e delle misure di sicurezza *post delictum* ogni compito di contrasto del fenomeno criminale²⁹⁵.

Secondo l'opinione dominante – accolta altresì dalla giurisprudenza costituzionale²⁹⁶ – le misure *ante delictum* sarebbero invece pienamente costituzionali. In primo luogo le misure di prevenzione, in quanto funzionali alla tutela dei beni fondamentali della persona, avrebbero una sicura copertura nell'art. 2 Cost. che riconosce e protegge i diritti fondamentali dell'uomo. In secondo luogo si osserva che lo stesso art. 25, comma 3 Cost. faccia riferimento alle misure di sicurezza *tout court* senza nulla specificare in ordine al loro carattere *post o ante delictum*. Di conseguenza la disposizione suddetta darebbe copertura costituzionale tanto alle misure *post delictum* che a quelle *ante delictum*. Ad ogni modo – come rimarcato più volte dalla giurisprudenza costituzionale – le fattispecie di prevenzione

²⁹³ Come evidenzia MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 845 la distinzione tra diritto penale e diritto di prevenzione si è affermata con il liberalismo penale nel corso del XIX secolo. Nelle epoche anteriori la distinzione era tutt'altro che scontata. Il diritto penale mirava a reprimere non solo le offese ai beni giuridici arrecate con le condotte ma anche la pericolosità soggettiva degli individui. Esempolari sono le fattispecie di oziosità o di vagabondaggio che erano presenti nel codice penale sardo del 1865. Successivamente nel diritto penale restano regolate esclusivamente fattispecie incriminatrici incentrate sull'offesa a beni giuridici determinati e la prevenzione speciale – *ante delictum* – viene demandata a misure extrapenali di polizia disposte dall'autorità amministrativa di pubblica sicurezza attraverso procedimenti amministrativi, scarsamente garantiti. In tal modo al diritto penale classico si affiancò il diritto di prevenzione. Funzionale al controllo di determinate categorie di soggetti, per lo più posti ai margini della società, esso si fondava sul mero sospetto di comportamenti idonei a compromettere la pace sociale.

²⁹⁴ ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 938 e ss.; BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, atti del IX Convegno "Enrico De Nicola", Milano, 1975, p. 83 e ss..

²⁹⁵ CORSO, *Profili costituzionali*, cit., p. 140.

²⁹⁶ Si veda in particolare Corte cost. 20 giugno 1964, n. 23, in www.giurcost.org (ultimo accesso in data 10 gennaio 2017).

criminale devono essere costruite secondo un canone di ragionevolezza, il quale può ritenersi rispettato solo se quelle si fondino su «elementi presuntivi, corrispondenti però sempre a comportamenti obiettivamente identificabili», in modo da «escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili da parte di chi promuove o applica le misure di prevenzione»²⁹⁷. Le misure di prevenzione personali, inoltre, in quanto incidenti sulla libertà personale dell'individuo, non possono essere disancorate dalla garanzia giurisdizionale, alla luce del vincolo posto dall'art. 13, comma 2 Cost..

In relazione alle misure di prevenzione patrimoniale la legittimità costituzionale viene riconosciuta in base agli artt. 41 e 42 Cost.. Il primo consente limitazioni legali dell'iniziativa economica individuale per ragioni di sicurezza pubblica o per preservare la stessa concorrenzialità del mercato; il secondo invece consente limitazioni legali della proprietà privata al fine di garantirne la funzione sociale, sicché la tutela di questa va esclusa laddove sia frutto di attività criminali²⁹⁸.

Chiariti i profili di costituzionalità delle misure di prevenzione, è opportuno delineare brevemente i tratti peculiari della relativa disciplina. La normativa inerente alle misure di prevenzione ha ricevuto nel corso del tempo sempre nuova linfa per mano del legislatore, a dispetto del carattere controverso dell'istituto²⁹⁹. La materia è stata recentemente riorganizzata attraverso il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della l. 13 agosto 2010, n. 136» (c.d. Codice antimafia). Il nuovo codice ha disciplinato in modo organico le misure di prevenzione personali e patrimoniali e regolato in modo definitivo le modalità di gestione dei patrimoni sequestrati e confiscati, nonché le forme di tutela dei terzi aventi diritti sui beni anzidetti.

Venendo alla disciplina peculiare delle misure di prevenzione, presupposto indefettibile per la loro applicazione è la pericolosità sociale del destinatario del provvedimento, ossia la probabilità che egli commetta in futuro quelle attività antisociali che la legge riconosce idonee per l'applicazione della misura. La pericolosità sociale deve essere attuale, cioè persistere al momento dell'applicazione

²⁹⁷ Corte cost., sent. n. 23, cit..

²⁹⁸ CORSO, *Profili costituzionali*, cit., p. 141.

²⁹⁹ La normativa di riferimento in materia è stata per lungo tempo quella individuata dalla l. 27 dicembre 1956, n. 1423, che individuava un sistema misto in cui l'applicazione delle misure è attribuita in parte all'autorità di pubblica sicurezza e in parte all'autorità giudiziaria. Successivamente intervenne la l. 31 maggio 1965, n. 575, poi integrata dalla l. 13 settembre 1982, n. 646, che ha ampliato l'ambito operativo delle misure di prevenzione anche agli indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso. La l. 22 maggio 1975, n. 152 (Legge Reale) estese il sistema di prevenzione ai fenomeni eversivi e terroristici. Nel tempo la legislazione complessiva fu interessata da una pluralità di interventi legislativi che hanno determinato una stratificazione normativa che ha aumentato il grado di disorganicità della materia. La crescente centralità che il sistema di prevenzione ha nel tempo assunto nella lotta alla criminalità, soprattutto organizzata e terroristica, ha indotto di recente il legislatore ad apportare nuove e importanti innovazioni. In questo ambito si segnalano il "pacchetto sicurezza" del 2008 (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 122, la l. 15 luglio 2009, n. 94, il d.l. 4 febbraio 2010, n. 4 convertito in l. 31 marzo 2010, n. 50 che ha istituito l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, la l. 13 agosto 2010, n. 136 (Piano straordinario contro le mafie).

della misura, che altrimenti sarebbe del tutto ingiustificata.

Le misure di prevenzione possono essere personali o patrimoniali a seconda che comportino una restrizione della libertà personale o una diminuzione patrimoniale a carico del destinatario. Le prime sono disposte dal questore o dall'autorità giudiziaria. Le misure questorili sono costituite dall'avviso orale e dal rimpatrio obbligatorio. Per disposizione dell'autorità giudiziaria è applicata invece la sorveglianza speciale, cui può aggiungersi il divieto o l'obbligo di soggiorno. Le misure patrimoniali sono invece costituite principalmente, anche se non in via esclusiva, dal sequestro e dalla confisca. Di esse si parlerà in seguito più approfonditamente³⁰⁰.

I destinatari delle misure di prevenzione sono individuati dagli artt. 1 e 4 del codice antimafia. Senza entrare nella descrizione dettagliata degli stessi, è sufficiente mettere in rilievo come i provvedimenti di prevenzione siano disposti in base a una pericolosità sociale che non viene accertata in relazione all'esistenza di un reato, compiutamente accertato in un processo penale; la pericolosità viene desunta da elementi concernenti lo stile di vita dell'interessato³⁰¹, da atti preparatori di delitti particolarmente gravi. Tuttavia non mancano casi in cui la misura viene applicata in virtù della commissione di reati il cui accertamento non viene richiesto se non su base meramente indiziaria³⁰²; il fatto di reato viene in rilievo comunque come

³⁰⁰ *Infra* Cap. VII del presente lavoro.

³⁰¹ Dispone l'art. 1 del codice antimafia che individua i soggetti destinatari dei provvedimenti questorili: «I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano a:

a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi;
b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose;
c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica».

³⁰² Dispone l'art. 4 del codice antimafia che individua i soggetti destinatari delle misure ad applicazione giurisdizionale: « I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano:

a) agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-bis c.p.;
b) ai soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12-quinquies, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356;
c) ai soggetti di cui all'articolo 1;
d) a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ((ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-sexies del codice penale));
e) a coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente;
f) a coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza;
g) fuori dei casi indicati nelle lettere d), e) ed f), siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano

sostrato fattuale su cui fondare un giudizio di pericolosità sociale. La pericolosità resta il vero presupposto essenziale del provvedimento.

La natura giuridica delle misure di prevenzione è al centro di ampio dibattito in ambito scientifico e giurisprudenziale. Come accaduto per le misure *post delictum*, anche per le misure di prevenzione si sostiene che – a parte le misure applicate dal questore, per le quali è indubitabile la natura amministrativa³⁰³ – i provvedimenti disposti dall'autorità giudiziaria sarebbero delle sanzioni criminali di genere anomalo, presupponendo pur sempre un illecito penale di cui non occorrerebbe la prova³⁰⁴. Si tratta di orientamento che afferma con forza l'esigenza di evitare che il legislatore, attraverso la maschera subdola della prevenzione criminale, celi un sistema di sanzioni punitive criminali, irrogabili senza le necessarie garanzie del diritto penale. Onde evitare qualsiasi “truffa delle etichette”, si propugna dunque l'estensione alle misure di prevenzione delle garanzie sostanziali e processuali legalmente previste per la sanzione penale. Ciò dovrebbe valere – si sostiene – quantomeno per quelle misure che presuppongono la commissione di un reato, sebbene da accertare in via meramente indiziaria.

In realtà appare preferibile, alla luce della nozione di sanzione giuridica che si è adottata in questa sede, ritenere le misure di prevenzione provvedimenti sfavorevoli a carattere non sanzionatorio, finalizzati a evitare la commissione di crimini. Invero le misure di prevenzione non costituiscono reazione a un fatto antidoveroso, sicché non rappresentano – come invece le sanzioni giuridiche – una tecnica di regolazione delle condotte dei consociati. È certamente indubbio che esse in taluni casi sembrano presupporre un reato, sebbene da accertare in via meramente indiziaria; tuttavia ciò non pare sufficiente a renderle sanzioni in senso stretto, posto che gli indizi di commissione del reato costituiscono pur sempre elementi sintomatici della pericolosità sociale che la misura mira a neutralizzare.

Il tratto fondamentale della sanzione – per come delineata nei paragrafi precedenti – è la possibilità per il destinatario della norma punitiva di evitarla, tenendo la condotta opposta a quella sanzionata. Nel caso delle misure di prevenzione – al pari delle misure di sicurezza – il provvedimento dipende da una qualità personale dell'interessato, che dunque non può evitare la misura attraverso un comportamento alternativo lecito. Irrilevante è inoltre la circostanza estrinseca che esse siano irrogate dall'autorità giudiziaria mediante l'osservanza di minime garanzie

proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lettera d);

h) agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. È finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati;

i) alle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, nonché alle persone che, per il loro comportamento, debba ritenersi, anche sulla base della partecipazione in più occasioni alle medesime manifestazioni, ovvero della reiterata applicazione nei loro confronti del divieto previsto dallo stesso articolo, che sono dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica, ovvero l'incolumità delle persone in occasione o a causa dello svolgimento di manifestazioni sportive».

³⁰³ PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 39.

³⁰⁴ PALIERO-TRAVI, *ivi*, p. 33.

processuali. Come è stato illustrato in precedenza, l'applicazione in via giurisdizionale non può intaccare la sostanza di un istituto³⁰⁵. Inoltre non risulta persuasivo corroborare le garanzie sostanziali e processuali correlate all'applicazione delle misure di prevenzione, estendendo alle stesse lo statuto giuridico della pena criminale, in nome di una imprecisata afflittività del provvedimento preventivo. Una tale soluzione produce il rischio di “corto circuiti” sistematici, sottoponendo le misure di prevenzione a una disciplina non consona rispetto alla loro funzione politico-criminale. In verità all'interprete spetta solamente formulare un controllo di ragionevolezza sul contenuto della fattispecie preventiva formulata dal legislatore. Questo deve fondare la prognosi astratta di pericolosità su elementi formali espressivi di adeguate e razionali massime di esperienza; in caso contrario la fattispecie preventiva risulterebbe illogica e dunque irragionevole, con conseguente rischio di censura in sede di giudizio di costituzionalità.

I suddetti rilievi inducono a collocare le misure di prevenzione nel novero dei provvedimenti di carattere non sanzionatorio³⁰⁶. Ciò importa un importante corollario sul piano sistematico: in caso di lacuna normativa, la disciplina delle misure di prevenzione può essere completata attingendo ai principi generali previsti per le misure di sicurezza, in quanto risultino compatibili con il carattere *ante delictum* dei predetti provvedimenti.

6. *Conclusioni* – Le considerazioni su esposte in relazione alle tipologie sanzionatorie previste dall'ordinamento giuridico consentono di trarre alcune conclusioni sul piano sistematico che saranno di ausilio nel prosieguo dell'analisi dell'istituto della confisca.

Le sanzioni giuridiche possono considerarsi – in senso stretto – conseguenze sfavorevoli, secondo canoni di valutazione media, che l'ordinamento ricollega a un fatto umano antidoveroso. Lo scopo in senso ampio delle sanzioni giuridiche è quello di garantire l'attuazione dell'ordinamento giuridico, consentendo, da un lato, la prevenzione degli illeciti e, dall'altro, il conseguimento forzoso degli scopi ordinamentali.

I modelli sanzionatori generali sono quello punitivo e quello esecutivo. Le sanzioni punitive perseguono lo scopo di prevenire in via generale la realizzazione di illeciti, minacciando conseguenze afflittive per l'autore di questi, e lo scopo di garantire l'effettività delle norme giuridiche, reprimendo l'illecito. Le sanzioni esecutive invece mirano a costituire l'esatta situazione giuridica descritta dalla norma giuridica o una situazione normativamente equivalente a quella.

Le due tipologie sanzionatorie sono rette da due differenti statuti giuridici,

³⁰⁵ Né appare utile fare riferimento alla categoria delle “misure giurisdizionali” che a nulla servirebbe in chiave sistematica se non a indicare che si tratta di misure applicate da organi giudiziari.

³⁰⁶ Per i problemi connessi alla natura giuridica della confisca di prevenzione si rinvia al capitolo VII del presente lavoro.

applicabili in assenza di una normativa speciale. L'esatta comprensione della natura giuridica della misura è funzionale proprio all'individuazione della disciplina applicabile. A tal fine è necessario analizzare la struttura e la funzione della sanzione giuridica, a nulla rilevando il suo contenuto afflittivo. E ciò in quanto ogni sanzione, in quanto implica una restrizione della sfera giuridica individuale, è sempre da considerare un male, un'afflizione.

Le sanzioni giuridiche non esauriscono il novero delle misure restrittive che l'ordinamento giuridico ricollega a fatti umani. Si possono individuare infatti misure di natura non sanzionatoria che mirano a rimuovere situazioni indesiderabili, in quanto prodromiche alla commissione di crimini. Per ciò esse si connotano come misure a carattere puramente preventivo. Si tratta delle misure di sicurezza *ante* e *post* delictum, sottoposte ciascuna a specifici regimi giuridici.

Le sanzioni e le misure ulteriori che mirano a prevenire reati o a eliminarne gli effetti appartengono al diritto criminale in senso lato. Ciò non deve condurre alla ricostruzione di una ampia nozione di sanzione criminale in grado di ricomprendere tutte le misure anzidette. Il rischio è quello di creare indebite interferenze tra istituti molto diversi tra di loro per struttura e per funzioni. L'unità concettuale di tali istituti non può giustificarsi in ragione della necessità di assicurare a ciascuno di essi adeguate garanzie processuali e sostanziali, almeno avvicinabili a quelle della sanzione punitiva. Le garanzie processuali sono ormai riconosciute dalla legislazione in materia e garantite anche dal quadro sovranazionale. Si è visto come la circostanza che una misura sia applicata con le forme del processo nulla dice in relazione alla sua natura giuridica (sanzione esecutiva, punitiva, misure preventive) e alla disciplina sostanziale applicabile. Dunque una misura diversa dalla pena può essere certamente sottoposta alle garanzie processuali tradizionalmente riservate alla pena. Le specifiche garanzie da assicurare sono rimesse alla discrezionalità del legislatore, fermi i vincoli derivanti dalla Costituzione e dal diritto europeo (si pensi all'art. 13 Cost.).

I principi sostanziali invece variano a seconda della natura giuridica della misura applicata e ogni estensione indiscriminata appare sconsigliabile e da scongiurare (così non è possibile applicare i principi della pena alle misure di sicurezza che hanno scopi e struttura differenti).

Quanto esposto rappresenta una possibile chiave di lettura dell'ordinamento giuridico nazionale. Il quadro nazionale va tuttavia integrato con i principi e le direttive che promanano dal diritto sovranazionale, che vincolano l'interprete in varia misura. È all'elaborazione maturata in ambito europeo sul concetto di sanzione giuridica che si deve ora volgere lo sguardo.

CAPITOLO IV

LA NOZIONE EUROPEA DI SANZIONE GIURIDICA.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rango delle fonti europee nell’ordinamento giuridico italiano. – 3. Lo statuto della sanzione giuridica nella C.E.D.U. e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. – 3.1. La nozione di reato e di sanzione penale nella giurisprudenza della Corte EDU. La concezione autonomista. – 3.2. Inapplicabilità dell’art. 7 C.E.D.U. alle sanzioni esecutive. – 4. Le misure restrittive di carattere non sanzionatorio nella C.E.D.U. e nella giurisprudenza della Corte EDU. – 4.1. Le misure di natura personale. – 4.2. Le misure di natura patrimoniale. 5. Le sanzioni esecutive nella C.E.D.U.. – 6. Le sanzioni giuridiche e le altre misure restrittive nel diritto dell’Unione europea. – 6.1. L’impatto della C.E.D.U. sul diritto eurounitario. – 6.2. Le garanzie in materia sanzionatoria previste dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. – 6.3. Il sistema sanzionatorio nel diritto derivato dell’Unione europea: il Regolamento CE-EURATOM del 18 dicembre 1995, n. 2988/95. – 6.4. Considerazioni finali sui principi fissati dal diritto eurounitario in tema di sanzioni giuridiche e misure non sanzionatorie. – 7. Conclusioni.

1. Premessa. – In questo capitolo si analizzeranno i principi fondamentali che sono emersi nel diritto europeo in materia sanzionatoria. Si tratta di analisi necessaria per una più chiara comprensione del dibattito maturato sulle confische penali.

È necessario chiarire preliminarmente che nel concetto di diritto europeo rientrano due grandi ordinamenti giuridici parziali che, sebbene diversi e dotati di diversa rilevanza interna, si compenetrano reciprocamente. Si fa riferimento al diritto eurounitario, quale complesso di norme prodotte dagli organi facenti parte dell’Unione europea³⁰⁷, e al diritto convenzionale, quale insieme di norme frutto

³⁰⁷ L’Unione europea è un vero e proprio organismo sovranazionale frutto del percorso di cooperazione economica intrapreso dagli stati europei all’indomani della fine del secondo conflitto mondiale. Nata dall’evoluzione della vecchia comunità economica europea, l’Unione europea fu istituita con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio del 1992. Con tale trattato, oltre alla definitiva formazione di un mercato unico europeo, si individuarono tre settori fondamentali di cooperazione tra

dell'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo (c.d. Corte Edu) delle disposizioni previste dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (C.E.D.U.) cui lo Stato italiano ha da tempo aderito³⁰⁸.

L'illustrazione del concetto di sanzione giuridica, venutasi a formare nell'ambito del diritto europeo, sarà pertanto effettuata prima alla luce del diritto convenzionale, frutto dell'elaborazione della Corte di Strasburgo; successivamente si analizzeranno i principi generali che in materia sanzionatoria si registrano nel diritto eurounitario.

È necessario a questo punto – per una migliore comprensione della tematica che si sta per affrontare – specificare il rango che le fonti europee assumono all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. In tal modo sarà più chiaro l'impatto che le norme europee hanno sugli operatori giuridici nazionali. In seguito si procederà all'analisi del diritto convenzionale ed eurounitario in materia sanzionatoria.

2. Il rango delle fonti europee nell'ordinamento giuridico italiano. – Le fonti eurounitarie e quelle convenzionali hanno un diverso impatto sul diritto italiano, sicché è necessario analizzarle separatamente.

La C.E.D.U. è un trattato internazionale che è stato recepito dallo Stato italiano in base ad apposita legge ordinaria, ossia la l. 4 agosto 1955, n. 848. Per lungo tempo si è così ritenuto che le norme convenzionali avessero il medesimo

gli stati europei: quello tradizionale, già di pertinenza della vecchia CEE (c.d. pilastro comunitario); il secondo concernente la politica estera e di sicurezza comune; il terzo costituito dalla cooperazione in materia di giustizia e affari interni. Nuova linfa all'integrazione europea si è avuta con il recente Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007. Tale trattato ha reso l'unione europea unico soggetto di diritto internazionale, derivato dalla fusione della vecchia Comunità europea con l'Unione europea. Sono stati eliminati i tre pilastri fissati dal Trattato di Maastricht per giungere a un riassetto complessivo delle materie di competenza eurounitaria. Si è fornita validità giuridica alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha acquisito lo stesso rango dei trattati. Nel sistema eurounitario competente all'interpretazione e alla risoluzione dei conflitti derivanti dall'applicazione delle disposizioni eurounitarie è la Corte di giustizia dell'Unione europea, avente sede a Lussemburgo. La produzione e l'applicazione del diritto eurounitario è dunque prevalentemente accentrata, posto che gli organi nazionali – legislativi, amministrativi e giudiziari – hanno l'obbligo giuridico di attenersi alle disposizioni derivanti dalle fonti eurounitarie, come interpretate dalla Corte di giustizia nell'ambito della sua attività giurisdizionale.

³⁰⁸ La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (C.E.D.U.) è un trattato internazionale, adottato dalla prevalenza degli stati europei a Roma il 4 novembre 1950 nell'ambito del Consiglio d'Europa. La Convenzione mira ad assicurare il rispetto in ciascuno stato membro dei più importanti diritti umani, come enucleati dallo stesso trattato e dai suoi protocolli aggiuntivi. Essa annoverava tra i suoi organi istituzionali il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, la Commissione europea dei diritti dell'uomo – poi soppressa – e la Corte europea dei diritti dell'uomo (c.d. Corte EDU), avente sede a Strasburgo. In particolare quest'ultima è competente in relazione a ogni questione inerente all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione. La peculiarità di tale organo giurisdizionale è che i ricorsi volti a lamentare una violazione dei diritti convenzionali possono essere proposti non solo dagli stati aderenti o dal Comitato dei ministri, ma altresì da singoli individui, da organizzazioni non governative o da gruppi di privati che assumono essere vittime di una violazione della C.E.D.U..

rango della fonte di recepimento, nel caso di specie il rango di legge³⁰⁹. Sennonché il particolare scopo perseguito dalla Convenzione – assicurare una tutela dei diritti fondamentali attraverso dei vincoli inderogabili ai poteri del legislatore – ha fatto emergere una tendenziale insoddisfazione per la suddetta soluzione. La svolta è arrivata con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3 che ha modificato l’art. 117, comma 1 Cost.. In base a tale disposizione «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Secondo la dottrina dominante la nuova disposizione pone un chiaro limite all’attività legislativa, affermando la prevalenza delle fonti internazionali pattizie sulle fonti legislative. Sul punto importanti indicazioni sono state offerte dalle celebri “sentenze gemelle” della Corte Costituzionale³¹⁰, in cui si è chiarito che:

a) le norme convenzionali si pongono come limiti all’attività del legislatore, sicché ogni norma legislativa deve conformarsi a quelle, altrimenti risulta viziata da illegittimità costituzionale.

b) di conseguenza il giudice nazionale, nell’interpretare una disposizione nazionale, deve attribuire a essa un significato tale da renderla conforme alla norma convenzionale (c.d. obbligo di interpretazione conforme); nel caso in cui ciò conduca a una interpretazione *contra legem*, il contrasto tra la norma convenzionale e la norma nazionale va sempre risolto sollevando apposita questione di costituzionalità dinanzi alla Corte Costituzionale; in tal senso la norma convenzionale, in quanto richiamata dall’art. 117 Cost., si pone come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità.

c) in virtù della competenza esclusiva della Corte Edu a risolvere ogni questione concernente l’interpretazione e l’applicazione delle disposizioni convenzionali, gli operatori nazionali devono conformarsi alle disposizioni della Convenzione nel significato attribuito loro specificamente dalla Corte anzidetta.

d) le norme convenzionali non sono assimilabili a quelle eurolunitarie, sicché le stesse non possono condurre – in caso di contrasto insanabile con le norme interne – alla disapplicazione in sede giudiziaria di queste ultime, ancorché dotate di precetto completo. Nondimeno la norma convenzionale può essere direttamente applicata dal giudice nazionale, laddove essa consenta di colmare un vuoto normativo del diritto interno.

e) le norme convenzionali non prevalgono sulla Costituzione e sulle leggi costituzionali, in quanto tramite la Convenzione lo Stato italiano non ha ceduto

³⁰⁹ GIOIA, *Diritto internazionale*, Milano, 2015, p. 524.

³¹⁰ Corte cost. sent. 22 ottobre 2007, n. 348 e 349, in www.giurcost.org (ultimo accesso in data 11 gennaio 2017).

sovranità in favore di un organismo sovranazionale per la regolazione di determinate materie, ma ha solamente assunto una serie di obblighi internazionali dinanzi agli altri stati aderenti; di conseguenza ogni norma convenzionale che si ponga in contrasto con i precetti costituzionali determina l'illegittimità costituzionale della l. 4 agosto 1955, n. 848 nella parte in cui consente il recepimento della norma convenzionale incostituzionale.

Diverso è invece il rango riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale alle norme di matrice eurounitaria. L'adesione ai trattati istitutivi dell'U.E. ha comportato una cessione di sovranità da parte dello Stato italiano in favore di un vero e proprio organismo sovranazionale – quale è per l'appunto l'U.E. – che è capace di produrre norme giuridiche per mezzo di appositi organi autonomi da quelli nazionali. Ciò ha determinato una competenza esclusiva dell'U.E. a regolare le materie previste dai trattati; materie su cui gli Stati hanno – in tutto o parte – perduto qualsiasi capacità di autoregolamentazione. Ciò ha condotto alla creazione di un ordinamento giuridico – quello eurounitario – che si coordina con quello nazionale e che con questo va a formare un sistema di norme giuridiche coerente e unitario³¹¹. Di conseguenza i rapporti che vengono a crearsi tra il diritto eurounitario e quello interno sono molto diversi da quelli su esposti tra diritto convenzionale e diritto nazionale. In particolare:

a) Il diritto dell'U.E. prevale sul diritto interno, sicché il legislatore deve conformare la legislazione nazionale alle norme prodotte dagli organi europei (art. 117, comma 1 Cost.). La prevalenza del diritto unionale è funzionale al corretto e omogeneo perseguimento degli obiettivi fissati dai trattati.

b) Il giudice nazionale deve interpretare le disposizioni interne in senso conforme alle norme europee, avendo cura soprattutto di preservare gli obiettivi perseguiti dall'Unione. Le norme europee possono peraltro avere efficacia diretta nell'ordinamento interno. In caso di contrasto tra norma interna e norma europea, il giudice deve disapplicare la prima in favore della seconda, laddove questa risulti completa nel precetto e, dunque, immediatamente applicabile. Ove ciò non accada, il contrasto va risolto sollevando apposita questione di costituzionalità e sarà la Corte Costituzionale a espungere dall'ordinamento la norma interna confliggente o che comunque risulti ostativa al corretto perseguimento degli obiettivi dell'Unione.

c) L'interpretazione delle disposizioni europee è rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione europea, che in merito ha competenza esclusiva. Ne consegue che il giudice nazionale deve applicare le disposizioni europee nel significato loro attribuito dalla Corte europea. A tal fine, essenziale è lo strumento del rinvio pregiudiziale di cui il giudice nazionale può (e se è organo di ultima istanza deve) servirsi ogni volta risulti controversa l'esege di una disposizione europea.

³¹¹ BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2015, p. 446.

d) Le norme eurounitarie possono anche comportare delle deroghe alle norme costituzionali³¹². Tuttavia esse non possono violare i c.d. contro limiti, ossia i principi fondamentali e i diritti fondamentali della persona previsti dalla Carta Costituzionale. Laddove ciò dovesse accadere, il giudice comune deve sollevare una questione di costituzionalità in relazione alla norma legislativa di recepimento dei trattati europei nella parte in cui essa consente l'ingresso della norma europea incostituzionale.

Chiariti i rapporti tra ordinamento italiano e diritto europeo, è possibile procedere all'illustrazione dello statuto della sanzione giuridica alla luce della C.E.D.U. e del diritto eurounitario.

3. Lo statuto della sanzione giuridica nella C.E.D.U. e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. – Le disposizioni della C.E.D.U. che incidono direttamente o indirettamente sulla materia sanzionatoria sono molteplici. Tuttavia una in particolare assume una rilevanza molto accentuata: l'art. 7 della C.E.D.U..

In base al comma 1 di tale disposizione «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso»³¹³.

Il disposto afferma il principio di legalità in materia penale e si pone come la massima espressione dell'istanza legalistica in sede convenzionale. Esso ha lo scopo di garantire la certezza del diritto penale, scongiurando condanne in relazione a fatti che, quando furono commessi, non erano previsti dall'ordinamento come illeciti penali ovvero evitando che siano applicate pene più severe di quelle previste al momento del fatto medesimo. In questo modo il destinatario della norma penale è in grado di conoscere i comportamenti a lui vietati, così potendo esercitare correttamente la propria libertà di autodeterminazione.

La disposizione in esame è stata oggetto di ripetuti interventi chiarificatori da parte della Corte di Strasburgo, che ha nel tempo delineato tutti i principi e i vincoli per il legislatore nazionale derivanti dall'art. 7 C.E.D.U..

a) In primo luogo la disposizione in esame afferma il principio per cui ogni reato e ogni pena devono avere fondamento nella "legge". Come specificato da plurime pronunce della Corte EDU il principio di legalità del reato e della pena non va inteso come principio di riserva di legge, ossia come principio volto a regolare le

³¹² BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 452.

³¹³ Per una disamina approfondita dell'art. 7 della C.E.D.U. si rinvia a BERNARDI, sub *Art. 7*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 249 ss.; NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2007, p. 40 ss.; F. MAZZACUVA, sub *art. 7*, in UBERTIS – VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 236 ss..

fonti di produzione del diritto penale. Al termine “legge” bisogna attribuire un significato più ampio, idoneo a ricomprendere non solo il diritto di matrice scritta, ma altresì quello di origine giurisprudenziale. La “legge” coinciderebbe – in altri termini – con il complesso delle norme giuridiche generali nascenti dall’interazione dinamica tra le disposizioni previste dalle fonti scritte e l’interpretazione di esse fornita in sede giudiziaria.

Così inteso, il principio di legalità finisce per imporre delle precise qualità alla norma penale, quelle della accessibilità e della prevedibilità³¹⁴.

In base al principio di accessibilità, il destinatario di questa deve essere in grado di disporre di informazioni sufficienti sulle norme giuridiche applicabili a un dato caso. A tal fine è necessario che le disposizioni penali siano state pubblicate o comunque raccolte in modo da porre i destinatari in condizione di conoscerne l’esistenza³¹⁵.

Più rilevante è il principio di prevedibilità della norma penale³¹⁶, il quale a sua volta si declina in due sottoprincipi fondamentali.

Il primo di tali sottoprincipi è quello di determinatezza della norma incriminatrice. In base a esso la norma penale deve essere formulata in modo chiaro e preciso dagli organi competenti. In relazione al tasso di determinatezza, la Corte Edu esige una precisione tale da consentire al cittadino di regolare la propria condotta in modo conforme al diritto; più precisamente occorre che il cittadino sia in grado di rappresentarsi, con un grado ragionevole di approssimazione in rapporto alle circostanze del caso concreto, le conseguenze che potrebbero derivare da un certo atto³¹⁷.

Sebbene la Corte di Strasburgo lasci agli Stati apprezzabili margini di discrezionalità nella ricerca della determinatezza del precetto penale, essa ha comunque indicato alcuni parametri fondamentali di valutazione di essa. Innanzi tutto è necessario valutare il tenore letterale della normativa. In secondo luogo occorre valutare il significato che il disposto assume in base al contesto generale della legge. Nella valutazione del grado di determinatezza, si deve tenere conto altresì delle caratteristiche dei soggetti destinatari e, in particolare, del loro grado di

³¹⁴ BERNARDI, sub *Art. 7*, cit., p. 260.

³¹⁵ BERNARDI, *ivi*, p. 261, il quale fornisce una significativa casistica delle ipotesi in cui la Corte di Strasburgo ha reputato sussistente l’accessibilità della norma penale. Così è stata ritenuta accessibile la norma penale nel caso in cui i testi e la giurisprudenza pertinenti erano tutti pubblicati; in altri casi si è ritenuta sufficiente anche la parziale pubblicazione del suddetto materiale, laddove nella fonte di cognizione sia indicato il modo di procurarsi i restanti testi. In ogni caso l’accessibilità va valutata in relazione al numero e alle caratteristiche dei destinatari della normativa e alla materia trattata.

³¹⁶ Sul punto si veda per approfondimenti: ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES-ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 74 ss.; SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in PALIERO – VIGANO’ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, p. 214 ss.; VIGANO’, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 13 gennaio 2017).

³¹⁷ BERNARDI, sub *Art. 7*, cit., p. 262 cui si rinvia per le necessarie indicazioni giurisprudenziali.

preparazione professionale rispetto al caso di specie. Infine è necessario apprezzare il grado di determinatezza della norma penale alla luce degli elementi derivanti dall'esperienza giuridica ordinaria³¹⁸.

Il secondo sottoprincipio è quello dell'interpretazione ragionevole della norma penale in sede giudiziaria. In base a esso la disposizione penale deve ricevere un'interpretazione in sede giudiziaria tale da rendere rappresentabile l'ambito applicativo della stessa. Sul punto la Corte Edu, nel fornire dei criteri idonei a garantire la ragionevole prevedibilità della norma penale, ha distinto due piani di analisi: quello dell'interpretazione c.d. tecnica e quello dell'interpretazione c.d. storica.

L'interpretazione tecnica è quella basata sul testo normativo in sé e per sé considerato. Essa può ritenersi ragionevole innanzi tutto nel caso in cui culmini in una lettura restrittiva della disposizione. L'interpretazione restrittiva va in ogni caso privilegiata allorché i testi normativi risultino connotati da espressioni generiche o comunque non precise da un punto di vista linguistico³¹⁹.

Il canone di ragionevolezza non può in ogni caso elidere la necessità di assicurare agli operatori giuridici un certo margine di elasticità nell'applicazione della disposizione penale, funzionale alla prevenzione di usi formalistici della stessa, il più delle volte forieri di gravi contraddizioni con i principi fondamentali della materia penale. Ogni ordinamento giuridico conosce forme di chiarificazione graduale del significato di una disposizione penale in sede giudiziaria, purché il risultato di questa opera resti prevedibile. In definitiva essenziale è che l'attività interpretativa garantisca una ragionevole prevedibilità della decisione che gli organi giudiziari adotteranno su un determinato caso³²⁰. In tal modo si assicura la certezza del diritto penale, che è la *ratio* fondamentale dell'art. 7 C.E.D.U..

Alla luce dei rilievi appena formulati, è evidente che la ragionevolezza dell'interpretazione tecnica vada esclusa in caso di applicazione analogica del disposto (*analogia legis* o *iuris*) o nei casi di c.d. interpretazione additiva, ossia laddove il giudice non si limiti a precisare gli elementi costitutivi di un dato illecito, ma finisca per modificarli in modo decisivo e in senso sfavorevole all'imputato.

La Corte EDU, sebbene incline a prediligere un'interpretazione restrittiva della disposizione penale, non ritiene tuttavia inconciliabile con il principio di prevedibilità l'interpretazione estensiva. Questa può ritenersi ammissibile ove sia formulata in modo tale da garantire la certezza del diritto penale, ossia la prevedibilità dell'ambito applicativo della disposizione giuridica. Ciò accade quando la lettura estensiva sia il frutto di una prassi giudiziaria ormai stabilizzata o risulti

³¹⁸ BERNARDI, *op. ult. cit.*, p. 263, il quale evidenzia come il giudizio di determinatezza della norma si fondi su criteri che rinviano alla prassi giudiziaria, sicché esso finisce in ultima istanza per sfumare nell'ulteriore sottoprincipio dell'"interpretazione ragionevole".

³¹⁹ BERNARDI, *ivi*, p. 264, il quale evidenzia come una simile impostazione sia penetrata anche nella giurisprudenza eurounitaria, che nell'enucleare i criteri interpretativi da utilizzare nella materia sanzionatoria, ha più volte ribadito la preferenza per una lettura restrittiva del disposto normativo.

³²⁰ F. MAZZACUVA, *sub. Art. 7, cit.*, p. 239.

plausibile alla luce delle mutate situazioni storico-sociali.

Si tratta di esiti che non sembrano basarsi su una mera interpretazione tecnica della disposizione, bensì su una lettura storica di questa. Ciò conduce di conseguenza a esaminare il secondo piano di analisi, quello dell'interpretazione c.d. storica. Questa consiste in linea generale nella lettura di una disposizione che si basi non solo sul dato testuale, ma altresì sui precedenti risultati interpretativi cui la disposizione ha dato origine.

Analizzando la giurisprudenza di Strasburgo, l'interpretazione estensiva storica si configura come ragionevole in due casi distinti. In primo luogo viene in rilievo il caso in cui la lettura estensiva sia fondata su una prassi giudiziaria del tutto consolidata nel tempo, in modo da garantire la prevedibilità (*rectius* predicibilità) degli esiti applicativi³²¹.

In secondo luogo l'interpretazione estensiva storica è ragionevole laddove tragga la propria giustificazione dal mutamento delle condizioni sociali, culturali ed economiche che accompagnarono l'emanazione della disposizione o la nascita della precedente prassi improntata su una lettura restrittiva della stessa. Così è del tutto legittimo attrarre sotto l'ambito applicativo della norma penale un caso che il legislatore non poteva prevedere all'epoca dell'emanazione della legge e la cui punibilità risulti certamente coerente con l'originaria *intentio legis*. In altri termini l'interpretazione estensiva è possibile solo se tramite essa si rinvigorisca l'originario senso della legge, ossia «il senso che – in via di ipotesi – il legislatore attuale avrebbe espresso se avesse oggi redatto il testo»³²².

In conclusione si può affermare in via generale che il principio di legalità del reato imponga un preciso risultato pratico, quello di porre il destinatario della norma penale in condizione di rappresentarsi, sulla base degli elementi normativi e della loro interpretazione in sede giudiziaria, che una sua condotta potrà essere giudicata penalmente rilevante.

Il principio di legalità – come già in precedenza precisato – concerne altresì la pena, sicché il criterio della accessibilità e della prevedibilità appena illustrati devono essere soddisfatti anche in relazione al trattamento sanzionatorio previsto per un determinato fatto criminoso. Il destinatario della norma penale deve essere in grado di prevedere il trattamento sanzionatorio che la commissione di un fatto di

³²¹ BERNARDI, sub *Art. 7*, cit., p. 265, il quale ricorda come la Corte abbia ritenuto legittima una condanna per atti omosessuali fondata su una lettura estensiva di una disposizione del codice penale austriaco del 1852 in tema di “indecenza innaturale”, in quanto la nascita di una siffatta lettura era avvenuta molti decenni prima del fatto considerato, sicché risultava del tutto garantita la prevedibilità dei relativi esiti applicativi. L'A. riporta anche alcune critiche che sono state mosse a tale principio. Si è evidenziato che nei paesi di *civil law*, in cui vige il principio della riserva di legge scritta nella formazione della normativa penale, il rischio più elevato che reca con sé il criterio della lettura storica è quello di legittimare disposizioni penali del tutto imprecise e poco determinate, facendo leva sull'attività interpretativa degli organi giudiziari. In tal modo però si attribuirebbe al giudice non il compito di interpretare la disposizione di legge, bensì quello di integrarla in modo da fornirle quel *minimum* di determinatezza atta a renderla compatibile con il principio di legalità.

³²² PRADEL-CORSTENS, *Droit pénal européen*, Paris, 1999, p. 319 come citato da BERNARDI, sub *Art. 7*, cit., p. 267.

reato importerà concretamente in sede applicativa. Di conseguenza non sono compatibili con le garanzie convenzionali norme di legge che attribuiscono eccessiva discrezionalità al giudice nella commisurazione della pena, l'applicazione analogica della pena edittale e altresì l'applicazione di una pena edittale più rigorosa prevista da una legge successiva alla commissione del fatto³²³. Di contro sono da ritenersi compatibili con il principio di legalità della pena non solo le pene fisse, ma altresì i casi in cui la legge determini il solo massimo edittale ovvero fissi l'intera forbice edittale. Compatibile con l'art. 7 C.E.D.U. è da ritenere altresì la pena proporzionale, cui fa riferimento – nell'ordinamento italiano – l'art. 27 c.p..

I suddetti principi devono ritenersi validi per qualsiasi istituto destinato a incidere in modo effettivo sulla pena concretamente irrogabile, come accade – a titolo esemplificativo – per i benefici penitenziari o per le diminuzioni di pena conseguenti alla scelta di un rito speciale da parte dell'imputato.

b) Il principio di legalità del reato e della pena importano come logico corollario quello della irretroattività della norma penale più sfavorevole entrata in vigore dopo la commissione del fatto costituente reato. Ciò è esplicitamente stabilito dall'art. 7 C.E.D.U., il quale vieta l'applicazione retroattiva sia di una norma che incrimini per la prima volta un fatto come reato, sia di una norma che aggravi il trattamento giuridico di un fatto già previsto dalla legge come reato. Di conseguenza la normativa penale applicabile a chi ha commesso un fatto costituente reato deve essere quella del tempo in cui tale fatto è stato commesso (*tempus commissi delicti*).

Ciò premesso, occorre illustrare in modo specifico le ripercussioni del suddetto principio di irretroattività sfavorevole negli ordinamenti nazionali.

Innanzitutto si deve ritenere che l'art. 7 C.E.D.U. vieti l'introduzione da parte degli organi competenti di disposizioni penali scritte idonee a produrre i loro effetti *in malam partem* in riferimento a condotte poste in essere prima della loro entrata in vigore (c.d. irretroattività diretta). Ai fini della rilevazione dell'infrazione non è necessario che la norma sfavorevole sia stata effettivamente applicata in un caso di specie dagli organi giudiziari, ma è sufficiente che essa sia vigente nell'ordinamento giuridico e che, dunque, gli effetti retroattivi *in malam partem* siano anche solo potenziali³²⁴.

Oltre al diritto scritto, il principio di irretroattività incide anche sul diritto giurisprudenziale. In particolare l'art. 7 C.E.D.U. non solo vieta l'introduzione di norme incriminatrici in via pretoria con effetti retroattivi, ma anche il mutamento repentino della prassi giudiziaria in senso più sfavorevole al destinatario della norma penale. In tali casi il risultato pratico del mutamento *in peius* dell'orientamento

³²³ F. MAZZACUVA, sub *Art. 7*, cit., p. 241.

³²⁴ BERNARDI, sub *Art. 7*, cit., p. 283, il quale evidenzia come la C.E.D.U. vincoli ogni organo dello Stato e non solo il giudice nazionale, sicché anche la sola emanazione di una disposizione idonea a produrre effetti retroattivi sfavorevoli va ritenuta integrante una violazione della convenzione. In tal caso ovviamente l'infrazione potrà essere censurata solo mediante un ricorso da parte di uno Stato aderente e non mediante un ricorso individuale.

giurisprudenziale è analogo a quello dell'applicazione di una norma scritta sfavorevole in via retroattiva, in quanto si giunge a una estensione dell'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice vigente che tradisce la *ratio* stessa del principio di irretroattività³²⁵. Il punto merita un chiarimento.

Nel caso in cui un'interpretazione più ampia di una disposizione venga propugnata da una sentenza per la prima volta, si deve ritenere inapplicabile tale nuova lettura per la qualificazione penale dei fatti commessi anteriormente sotto la vigenza del precedente orientamento più restrittivo. A tal fine è possibile rimediare in due modi alla potenziale violazione dell'art. 7 C.E.D.U.: o si esclude l'applicazione del nuovo orientamento estensivo al caso deciso e lo si enuncia in sentenza *pro futuro*; oppure è possibile prosciogliere l'imputato per *ignorantia legis* inevitabile (come accade nell'ordinamento italiano mediante l'art. 5 c.p. come modificato dalla sentenza del 23 marzo 1988, n. 364 della Corte Costituzionale³²⁶).

Nel caso in cui il nuovo orientamento estensivo si consolidi nel tempo o si giustifichi in ragione del mutato contesto socio-economico, la Corte di Strasburgo ritiene – come già illustrato in precedenza – che l'evoluzione giurisprudenziale sia fondata su una interpretazione ragionevole della disposizione penale e come tale il mutamento giurisprudenziale sarebbe prevedibile; di conseguenza si tende a ritenere rispettato in tali situazioni il principio di retroattività sfavorevole³²⁷.

In definitiva – in relazione al diritto di matrice giurisprudenziale – l'art. 7 C.E.D.U. vieterebbe solamente di procedere a condanne basate su una lettura estensiva della disposizione penale che, al momento della commissione del fatto, costituiva sviluppo imprevedibile della prassi giudiziaria.

Anche rispetto alla pena è necessario ribadire il divieto di applicazioni retroattive *in malam partem* del diritto giurisprudenziale. Si ritiene – in particolare – che gli organi giudiziari non possano in sede applicativa comminare trattamenti sanzionatori più gravi di quelli che, al tempo della commissione del fatto, erano ragionevolmente prevedibili dall'autore del fatto³²⁸.

³²⁵ Il mutamento in senso sfavorevole determina il passaggio da una lettura restrittiva della disposizione penale a una lettura invece estensiva, con l'effetto di rendere in sede applicativa penalmente rilevante una condotta che in base alla prassi precedente non lo era. In tal modo viene frustrata la *ratio* del principio di irretroattività che è quella di garantire lo spazio di libertà assicurato dal principio di legalità.

³²⁶ Corte cost. sent. 24 marzo 1988, n. 364, in www.giurcost.org (ultimo accesso in data 14 gennaio 2017).

³²⁷ La dottrina sul punto ha mostrato invece forti perplessità, in quanto con il criterio dell'interpretazione storica si potrebbe giungere a celare forme di retroattività sfavorevole che invece l'art. 7 C.E.D.U. intende prevenire. Si dovrebbe dunque distinguere il problema della prevedibilità della norma penale e quello della sua applicazione retroattiva con effetti *in malam partem*. Sul punto si rinvia a BERNARDI, sub *Art. 7*, cit., p. 284 ss..

³²⁸ La giurisprudenza europea sul punto è scarsa, sicché per ora sono stati discussi solamente in sede dottrinale taluni problemi applicativi derivanti dal divieto di applicazione retroattiva del trattamento sanzionatorio più sfavorevole in via giurisprudenziale. Si pensi ad esempio alla ricerca dei criteri con cui individuare la pena concretamente più sfavorevole per l'imputato nello sviluppo diacronico della prassi giudiziaria; al problema della legittimità dell'applicazione di una pena più sfavorevole rispetto a quella derivante dalla prassi giudiziaria precedente ma comunque rispettosa del massimo edittale

c) L'art. 7 C.E.D.U. non afferma esplicitamente il principio di retroattività della *lex mitior*, ossia la necessità che un soggetto goda della normativa più favorevole entrata in vigore dopo la commissione di un fatto di reato. Pertanto la Convenzione consentirebbe di punire l'autore di un reato che, secondo una legge posteriore, non costituisce più reato; consentirebbe *a fortiori* di proseguire l'esecuzione di una condanna definitiva per un fatto che al tempo della sua commissione costituiva reato e che successivamente è stato decriminalizzato; consentirebbe, infine, di non far beneficiare l'imputato di una legge più favorevole sul piano del trattamento sanzionatorio emanata a seguito della commissione del fatto di reato.

Per lungo tempo la posizione espressa dalla Corte di Strasburgo è stata quella di ritenere non rientrante nella sfera operativa dell'art. 7 C.E.D.U. il principio di retroattività favorevole della legge penale. E ciò proprio in virtù del silenzio della disposizione convenzionale sul punto e del diverso fondamento politico-criminale del principio in esame rispetto a quello di irretroattività della legge penale sfavorevole. Si riteneva pertanto che la C.E.D.U. non imponesse agli Stati membri di garantire l'applicazione in via retroattiva della legge penale più favorevole. Al contempo si escludeva che fosse vietato agli Stati introdurre autonomamente con apposita norma di legge il principio di retroattività della *lex mitior*³²⁹.

Tale orientamento si mostrò sin da subito distonico rispetto al quadro internazionale che si era venuto a creare nel corso dei decenni. Invero il principio di retroattività della legge favorevole non solo ha trovato espresso riconoscimento nel Patto sui diritti civili e politici del 1966³³⁰, ma è stato riconosciuto nella stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 49)³³¹. Alla luce della progressiva affermazione del principio nella comunità internazionale, la Corte di Strasburgo ha di recente mutato la propria posizione e ritenuto che l'art. 7 C.E.D.U. imponga implicitamente agli Stati anche di applicare retroattivamente la legge penale più

previsto dalla legge. Cfr. V. ZAGREBELSKY – CHENAL – TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, p. 240 e ss..

³²⁹ BERNARDI, sub Art. 7, cit., p. 290 ss., il quale evidenzia altresì come la legittimità di un riconoscimento nazionale del principio della retroattività della *lex mitior* sia desumibile dall'art. 53 C.E.D.U., secondo cui «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi».

³³⁰ Ai sensi dell'art. 15, comma 1 del Patto: «Nessuno può essere condannato per azioni od omissioni che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Così pure, non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso. Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne».

³³¹ Ai sensi dell'art. 49, comma 1 della Carta: «Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima».

favorevole intervenuta dopo la commissione del fatto. La svolta è arrivata nel noto caso Scoppola che ha riguardato lo Stato italiano³³². La Corte, sulla base di un'interpretazione evolutiva dell'art. 7 C.E.D.U., sollecitata dal progressivo rilievo che il principio suddetto ha assunto nelle fonti nazionali, internazionali ed eurounitarie, ha sostenuto che, pur nel silenzio della disposizione convenzionale, «è coerente con il principio della preminenza del diritto, di cui l'articolo 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata. Infliggere una pena più severa *solo perché* essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive». Inoltre osserva la Corte che «l'obbligo di applicare, tra molte leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, si traduce in una chiarificazione delle norme in materia di successione delle leggi penali, il che soddisfa un altro elemento fondamentale dell'articolo 7, ossia quello della prevedibilità delle sanzioni». Tali riflessioni conducono alla conclusione che «l'articolo 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato»³³³.

A seguito del caso Scoppola il principio di retroattività favorevole in materia penale ha pertanto un saldo fondamento non solo – eventualmente – nelle disposizioni costituzionali degli Stati aderenti, ma anche nell'art. 7 C.E.D.U.. Tuttavia restava dubbio se nell'ottica della Corte EDU il suddetto principio tollerasse o meno delle deroghe. La questione ha assunto particolare rilevanza nell'ordinamento italiano. La Corte Costituzionale italiana da lungo tempo aveva affermato la derogabilità del principio, purché le deroghe fossero oggettivamente volte a salvaguardare interessi di rango analogo a quello della libertà personale. Il caso Scoppola ha posto seri dubbi circa la persistente validità di questo orientamento del giudice delle leggi. Sul punto è quindi intervenuta la Corte Costituzionale che ha ribadito il proprio consolidato orientamento in materia³³⁴. La Corte ha chiarito che

³³² Corte EDU, grande camera, sent. 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, par. 99 ss., in www.giustizia.it (ultimo accesso in data 14 gennaio 2017). Per una disamina del caso Scoppola e del *revirement* della Corte di Strasburgo di rinvia a GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 Cedu garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2020 ss..

³³³ Corte EDU, caso Scoppola, cit., par. 108 e 109.

³³⁴ Corte cost. sent. 19 luglio 2011, n. 236, in www.giurcost.org (ultimo accesso in data 14 gennaio

nella sentenza inerente al caso Scoppola non si è voluto riconoscere al principio di retroattività della legge favorevole il carattere dell'inderogabilità. Viceversa a parere della Corte Costituzionale, la Corte EDU avrebbe affermato una diversa regola, ossia che «la circostanza che un determinato fatto era previsto come reato dalla legge in vigore al momento della sua commissione ed era punito con un certa sanzione non può costituire, di per sé, valida ragione per giustificare l'applicazione di tale legge, ancorché successivamente abrogata o modificata *in melius*, continuando così a “infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive”. Perciò, qualora vi sia una ragione diversa, che risulti positivamente apprezzabile, la deroga all'applicazione della legge sopravvenuta più favorevole al reo dovrebbe ritenersi possibile anche per la giurisprudenza di Strasburgo, specie quando, come è avvenuto nel caso in esame, fattispecie incriminatrice e pena siano rimaste immutate»³³⁵. In altri termini per il giudice delle leggi l'art. 7 C.E.D.U. consentirebbe di derogare al principio di retroattività favorevole se la deroga abbia una valida e congrua giustificazione che non si risolva nel mero criterio del *tempus regit actum*. In definitiva la sentenza Scoppola – secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale – non avrebbe realmente innovato l'ordinamento italiano, avendo semplicemente rafforzato il fondamento costituzionale del principio di retroattività della legge favorevole in materia penale³³⁶.

La posizione assunta dalla Corte Costituzionale sembra aver ricevuto recentemente una conferma anche da parte della stessa Corte di Strasburgo³³⁷. Nell'ambito di un caso in cui si valutava una potenziale violazione del principio di retroattività della legge più favorevole a scapito di un imputato, la Corte Edu ha ribadito che l'art. 7 C.E.D.U. afferma implicitamente il principio di retroattività della legge più favorevole concernente i reati e le pene. Tuttavia ha riconosciuto come limite a tale principio la non proporzionalità del trattamento sanzionatorio che deriverebbe dall'applicazione della disciplina successiva più favorevole. In altri termini il principio che pare emergere da questa pronuncia sarebbe che la legge successiva più favorevole deve trovare applicazione anche ai fatti commessi anteriormente, a condizione che ciò non comporti un trattamento punitivo non adeguato rispetto al caso concreto. Si vedrà nel futuro se tale regola si consoliderà o meno nella giurisprudenza di Strasburgo. In ogni caso da tale precedente sembra

2017).

³³⁵ Corte cost. sent. 19 luglio 2011, n. 236, cit., par. 13.

³³⁶ Va tuttavia segnalato che – come indicato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza appena menzionata – i principi sanciti nel caso Scoppola ineriscono esclusivamente le norme penali che definiscono i reati e le relative pene. Dunque la copertura fornita dall'art. 7 C.E.D.U. è meno ampia rispetto a quella fornita dall'art. 3 Cost., che invece può essere invocato per ogni deroga irragionevole al principio della retroattività della legge più favorevole, concerna quella i fatti di reato o altri fatti modificativi o estintivi del potere degli organi pubblici di comminare le sanzioni penali correlate al reato oggetto dell'imputazione.

³³⁷ Corte EDU, sez. V, sent. 12 luglio 2016, Ruban c. Ucraina. Per un commento alla pronuncia si veda GALANTE, *La non proporzionalità del trattamento sanzionatorio come limite all'operatività del principio convenzionale della retroattività in melius*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 1 marzo 2017).

emergere la chiara conferma che, anche nell'ottica dei giudici europei, il principio di retroattività della legge più favorevole si configura come principio relativo, suscettibile di deroga laddove ciò risulti strumentale alla salvaguardia di una ragione valida e congrua.

d) Alla luce della giurisprudenza europea non sembra invece riconosciuto – nell'ambito dello statuto giuridico della pena – il divieto di forme di responsabilità per fatto altrui o di responsabilità oggettiva.

La Corte di Strasburgo si è dimostrata sul punto molto oscillante. In alcune pronunce il divieto della responsabilità oggettiva è stato fondato sull'art. 6, comma 2 C.E.D.U.³³⁸. In particolare la Corte – sebbene con ragionamenti non del tutto chiari – ha ritenuto le forme di responsabilità oggettiva incompatibili con il principio della presunzione di innocenza in quanto finirebbero per frustrarne la *ratio* di garanzia che esso assume nel sistema penale³³⁹. Tuttavia si è trattato di tentativi che hanno immediatamente sollevato forti dubbi nella dottrina. Il principio della presunzione di innocenza ha un valore essenzialmente processuale e difficilmente può essere invocato per fondare una particolare struttura della fattispecie di reato. Il fondamento politico-criminale del divieto della responsabilità oggettiva è quello di completare e rendere effettiva la garanzia di libertà sottesa al principio di legalità in materia penale. Invero non avrebbe senso garantire la prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie condotte se il destinatario della norma penale potesse rispondere anche di fatti del tutto non dominabili con i propri poteri di impulso e di inibizione³⁴⁰.

In questa ottica pare aver ragionato la Corte Edu nel noto caso Sud-Fondi³⁴¹, laddove è stata chiamata a valutare la compatibilità della confisca urbanistica³⁴² di cui all'art. 44 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 («Testo unico in materia edilizia»). In

³³⁸ Corte EDU, sent. 7 ottobre 1988, *Salabiaku c. Francia*. Per una analisi del caso concreto da cui originò la causa si rinvia a ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella Cedu: profili sostanziali*, in MANES-ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., p. 383. La questione concerneva la legittimità di una condanna penale che era interamente basata sull'accertamento di un fatto materiale che consentiva – mediante apposita clausola legale – una presunzione di responsabilità per il reato oggetto dell'imputazione. La Corte di Strasburgo, pur non rinnegando la possibilità per gli Stati di prevedere forme di responsabilità oggettiva, ha tuttavia ritenuto che fondare una condanna su un fatto oggettivo, in quanto ritenuto idoneo a far presumere la stessa colpevolezza dell'agente, è contrario al principio di presunzione dell'innocenza. La dichiarazione di colpevolezza esige qualche elemento in più rispetto al mero accertamento del fatto materiale.

³³⁹ F. MAZZACUVA, sub *Art. 7*, cit., p. 247.

³⁴⁰ Il legame tra il principio di legalità in materia penale e il divieto di forme di responsabilità oggettiva è stato messo in luce efficacemente dalla Corte cost. sent. 23 marzo 1988, n. 364, cit., par. 8, secondo cui «A nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benchè minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto».

³⁴¹ Corte EDU, sez. II, sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e a. c. Italia*, in *www.giustizia.it* (ultimo accesso in data 15 gennaio 2017).

³⁴² Sulla confisca urbanistica si tornerà in seguito nel Cap. VIII del presente lavoro.

tale pronuncia la Corte ha espressamente fondato il divieto di responsabilità oggettiva in materia penale sull'art. 7 C.E.D.U.³⁴³. Si afferma «che l'articolo 7 non menziona espressamente il legame morale esistente tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne viene considerata l'autore. Tuttavia, la logica della pena e della punizione, così come la nozione di «guilty» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «persona colpevole» (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato. In caso contrario, la pena non sarebbe giustificata. Sarebbe del resto incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall'altra, permettere che si consideri una persona come «colpevole» e «punirla» quando essa non era in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non può assolutamente essere imputato a colui o colei che ne è vittima»³⁴⁴.

Nondimeno la Corte di Strasburgo successivamente non ha convalidato questa posizione e anzi l'ha smentita, ammettendo la compatibilità di forme di responsabilità oggettiva con l'art. 7 C.E.D.U.³⁴⁵. Allo stato attuale della giurisprudenza europea appare dunque almeno controverso che il principio di colpevolezza sia riconosciuto nella C.E.D.U. e contribuisca a delineare lo statuto giuridico della sanzione penale a livello convenzionale.

3.1. La nozione di reato e di sanzione penale nella giurisprudenza della Corte EDU. La concezione autonomista. – In base all'analisi finora svolta, si può affermare che la C.E.D.U. individui un preciso statuto giuridico della sanzione penale che, per molti versi, riprende e sviluppa quei principi fondamentali che in materia penale sono riconosciuti dalle principali costituzioni dei paesi europei. Non è superfluo evidenziare che i principi suddetti possono trovare applicazione solo ed esclusivamente nel caso in cui venga in rilievo un “reato” o si tratti di applicare una misura afflittiva qualificabile come “pena”. Questi concetti delimitano l'ambito operativo dell'art. 7 C.E.D.U. e delle garanzie da esso previste: ogni misura che si ricollega a un fatto umano antidoveroso e che nondimeno non sia suscettibile di essere qualificata come “pena” rimane estranea ai principi sanciti dall'art. 7 C.E.D.U.; lo stesso vale per ogni fatto umano che non possa qualificarsi come “reato”.

Si tratta a questo punto di stabilire cosa sia una pena o un reato ai fini

³⁴³ Ricorda F. MAZZACUVA, sub *Art. 7*, cit., p. 247 che prima della pronuncia nel caso Sud Fondi la Corte EDU non aveva mai ritenuto le forme di responsabilità oggettiva incompatibili con l'art. 7 C.E.D.U., essendo sufficiente garantire solamente l'accessibilità e la prevedibilità della norma penale incriminatrice.

³⁴⁴ Par. 116 della sentenza Sud Fondi e a. c. Italia.

³⁴⁵ Sul punto PULITANO', *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1244 ss..

dell'applicazione dell'art. 7 C.E.D.U.. La Corte di Strasburgo sul punto ha affermato una nozione di reato e di pena del tutto autonome dalle qualificazioni giuridiche desumibili dagli ordinamenti giuridici nazionali. I principi fissati dall'art. 7 C.E.D.U. sono stati ritenuti applicabili non solo ai reati e alle sanzioni penali come formalmente intesi in base al diritto interno, bensì anche a tutti gli illeciti e a tutte le sanzioni che possano qualificarsi come “intrinsecamente penali” alla luce dei criteri autonomamente individuati dalla stessa Corte di Strasburgo. In altri termini le qualificazioni del diritto interno costituiscono solamente un punto di partenza e non un punto di arrivo per la considerazione di un illecito o di una sanzione come “penale”, ai fini dell'applicazione dello statuto giuridico delineato dall'art. 7 C.E.D.U.. Le indicazioni provenienti dal diritto interno non vincolano la Corte EDU e hanno carattere meramente relativo.

Seguendo questo metodo interpretativo si è pervenuti in ambito europeo alla c.d. concezione autonomista dell'illecito e delle sanzioni penali. La *ratio* della stessa è duplice. In primo luogo una nozione unitaria di pena a livello europeo consente di prevenire una inopportuna frammentazione su scala nazionale dei termini e dei concetti utilizzati all'interno della Convenzione, con conseguente rischio di disparità di trattamento nei diversi paesi europei. In secondo luogo la concezione autonomista mira a evitare la c.d. “frode delle etichette” derivante dall'eventuale qualificazione extrapenale effettuata dal diritto interno a misure che invece presentano una “sostanza” prettamente penale³⁴⁶, garantendo in questo modo l'effettività delle garanzie convenzionali in materia penale.

La concezione autonomista impone l'individuazione dei criteri utili per qualificare come “sostanzialmente penali” le misure e gli illeciti previsti dal diritto nazionale.

Partendo dalla nozione di illecito, si deve ricordare che la Corte Edu ha elaborato nel tempo plurimi criteri di “riqualificazione” dell'illecito, che consentono di superare l'ostacolo rappresentato dalla configurazione dello stesso come extrapenale ad opera del diritto interno³⁴⁷.

³⁴⁶ UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen. web*, 1, 2012, p. 4.

³⁴⁷ Si tratta dei noti criteri *Engel*, che traggono la loro denominazione dalla storica sentenza emessa in data 8 giugno 1976 sul caso *Engel c. Olanda*, in cui la Corte affermò per la prima volta la concezione autonomista e indicò i criteri per desumere la natura sostanzialmente penale dell'illecito e della sanzione al fine di applicare le garanzie previste dall'art. 7 C.E.D.U.. Per una ampia disamina dei criteri *Engel* si rinvia a PALIERO, “*Materia penale*” e *illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.; DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo*, Padova, 1991, p. 140 ss.; CONSULICH, “*Materia penale*” e *tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo (Il paradigma sanzionatorio tra definizioni formali e definizioni sostanziali)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 72 ss.; MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali*, in GRASSO-SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007; PALMIERI, *Il giudizio*, in GIANNITI, *I diritti fondamentali nell'Unione europea. La carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna-Roma, 2013, p. 1457 ss.; GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, fasc. 2, 2014, pag. 337; BERNARDI, sub *Art. 7*, cit., p. 257 ss.; BUZZELLI, sub *Art. 6*, in UBERTIS-VIGANO', *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p.

Seguendo gli insegnamenti della Corte, la qualificazione penale di un illecito deve essere effettuata tenendo conto dei seguenti elementi:

- a) la qualificazione giuridica fornita dall'ordinamento interno;
- b) la natura dell'infrazione;
- c) la gravità della sanzione.

Il primo criterio è il punto di partenza per l'attribuzione della natura penale a un illecito. Invero se il diritto nazionale qualifica un illecito come penale, non è necessario approfondire oltremodo la questione. In tali casi l'art. 7 C.E.D.U. troverà certamente applicazione.

Il secondo criterio fa leva sulla natura dell'illecito. Questa deve essere ricostruita attraverso l'analisi di diversi elementi: il tipo di comportamento sanzionato dalla norma; la struttura della fattispecie; l'aver la norma come destinatari una categoria peculiare di persone o la generalità dei consociati; la particolare qualifica eventualmente posseduta dai soggetti attivi dell'illecito; la proiezione comparatistica dell'illecito; le regole procedurali cui esso è assoggettato; la circostanza che la sanzione sia subordinata all'accertamento di un fatto antidoveroso o comunque di una responsabilità giuridica³⁴⁸.

Il terzo criterio è fondato sulla gravità della sanzione ricollegata all'illecito. Essa viene valutata in teoria in base alla pena edittale, ma nella prassi si valorizza molto l'entità della pena concretamente irrogata. La Corte EDU – più precisamente – desume la gravità della sanzione, e dunque la sua natura penale, dalle caratteristiche tipologiche di questa (pena detentiva, interdittiva o pecuniaria), dalla entità, dai suoi scopi preventivi e repressivi e, infine, dalle modalità di esecuzione³⁴⁹.

I criteri appena illustrati possono essere utilizzati dall'interprete solo per estendere le garanzie previste dall'art. 7 C.E.D.U. e non per negarle o restringerle. Ciò importa che i criteri *Engel* possono invocarsi per attribuire la natura penale a un illecito qualificato dal diritto interno come extrapenale; al contrario essi non possono utilizzarsi per negare la natura penale a un illecito che il diritto interno già qualifica giuridicamente come illecito penale. Pertanto un fatto previsto dalla legge nazionale come reato soggiace sempre alle garanzie convenzionali, ancorché risulti bagatellare o provvisto di sanzioni scarsamente afflittive.

Un ulteriore problema che la giurisprudenza C.E.D.U. ha dovuto affrontare concerne i rapporti intercorrenti tra i tre criteri anzidetti. Si tratta di stabilire se i criteri di qualificazione debbano essere bilanciati tra di loro o se sia sufficiente il positivo riscontro di uno di essi per giungere alla configurazione di un illecito penale.

Sul punto la Corte EDU ha chiarito che i tre criteri debbano ritenersi tra di loro alternativi e non cumulativi, sicché la natura penale dell'illecito può essere

134. Per una analisi dell'impatto della concezione autonomista sulle misure detentive diverse dal carcere si rinvia a MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 16 gennaio 2017).

³⁴⁸ BERNARDI, sub *Art. 7*, cit., p. 257.

³⁴⁹ BERNARDI, *ivi*, p. 258.

ricavata anche da uno solo dei suddetti criteri. L'approccio cumulativo non va però escluso in ogni caso: a esso deve ricorrersi ogni volta in cui, attraverso l'analisi di ogni singolo criterio, non sia possibile affermare con certezza la natura penale dell'illecito³⁵⁰.

La concezione autonomista – come è stato già evidenziato – non concerne solo il concetto di illecito, ma anche quello di “pena”. Anche in tal caso la Corte Edu ha individuato una serie di elementi sintomatici della natura penale della sanzione.

Il punto di partenza per l'interprete resta sempre la qualificazione secondo il diritto interno della misura come sanzione penale. In tal caso non occorreranno ulteriori indagini e le garanzie dell'art. 7 C.E.D.U. saranno certamente applicabili alla misura considerata.

Laddove invece il diritto interno non qualifichi la misura come “pena”, allora occorrerà fare riferimento a criteri “sostanziali” (*rectius*: extratestuali) per affermare la natura penale della misura. Il primo fondamentale criterio da valorizzare è quello della riconducibilità della sanzione a un illecito qualificabile come “penale” in base ai criteri *Engel*. Ulteriori elementi sintomatici sono stati ravvisati nella natura e nello scopo della sanzione, nella sua gravità alla luce del bene su cui è destinata a incidere e dell'entità che la contraddistingue, nella procedura correlata alla sua adozione ed esecuzione. Particolarmente rilevante è il criterio facente leva sulla funzione assegnata dal diritto nazionale alla sanzione giuridica presa in considerazione. Invero la tendenza che si può registrare nella giurisprudenza C.E.D.U. è quella di assegnare la natura penale a ogni misura avente finalità punitiva e non meramente preventiva³⁵¹. Sembra riecheggiare nelle pronunce della Corte EDU l'antica distinzione, fatta propria anche da alcuni esponenti della dottrina italiana, tra le misure che mirano alla mera prevenzione e quelle che mirano alla prevenzione mediante la repressione³⁵². La Corte Edu pertanto ritiene compatibile con la Convenzione il sistema del doppio binario adottato da vari Stati europei, tra cui l'Italia; tuttavia si riserva di sindacare la natura effettiva di una misura nazionale, al fine di scongiurare l'elusione delle garanzie convenzionali connesse alla pena³⁵³.

Inoltre la Corte tende a negare la natura penale a tutte quelle misure che non perseguono una finalità preventiva, bensì riparatoria o ripristinatoria. Secondo questa

³⁵⁰ BUZZELLI, sub *Art. 6*, cit., p. 134-135.

³⁵¹ F. MAZZACUVA, sub *Art. 7*, cit., p. 250.

³⁵² GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., p. 135, il quale distingue la pena da altre misure di prevenzione sostenendo che mentre la prima attua una repressione a scopo di prevenzione, le seconde attuano una pura prevenzione dei crimini.

³⁵³ Così la Corte EDU ha ritenuto non contrastante con l'art. 7 C.E.D.U. l'applicazione di misure di sicurezza personali (consistenti nella registrazione degli autori di reati sessuali) in via retroattiva, in quanto le predette misure, avendo una natura puramente preventiva, non costituiscono “pene” ai sensi della Convenzione. In alcuni casi però la Corte ha qualificato talune misure di sicurezza nazionali come sanzioni penali valorizzando la natura detentiva delle stesse. Si tratta senza dubbio di un approccio che suscita seri dubbi, in quanto la natura detentiva può accomunare molteplici misure che tuttavia, avendo finalità molto diverse, devono essere mantenute distinte sul piano disciplinatorio. Si pensi ai rapporti tra la custodia cautelare e la pena detentiva, che per quanto accomunate dallo stato di detenzione dell'interessato, vanno tenute sicuramente ben distinte sul piano concettuale.

prospettiva non dovrebbero rientrare nel concetto autonomo di pena le misure risarcitorie e reintegratorie, essendo a queste estranea ogni logica punitiva. E ciò a dispetto dell'afflittività che indubbiamente potrebbe connotarle. Ciò nonostante, non sono mancate pronunce che hanno affermato la natura penale di misure aventi un chiaro scopo risarcitorio o comunque riparatorio, in quanto misure che comunque si ricollegavano a fatti qualificabili come “reato” secondo la concezione autonomista³⁵⁴. Una siffatta conclusione non pare tuttavia del tutto condivisibile. Le conseguenze che l'ordinamento può ricollegare a un fatto di reato possono essere diverse da quelle strettamente punitive. Far confluire ogni conseguenza giuridica del reato nell'unico concetto di pena non solo pare inutile, ma potrebbe essere foriero di confusioni concettuali e di indebite interferenze disciplinatorie. Appare preferibile dunque distinguere le misure aventi finalità punitiva e quelle aventi scopi di prevenzione ovvero di riparazione, recando con sé le diverse funzioni anche differenti corollari in punto di disciplina.

L'analisi della concezione autonomista della pena deve essere completata con tre precisazioni finali.

In primo luogo, è necessario evidenziare come la qualificazione “autonoma” della pena ha reso irrilevante – in ambito europeo – la distinzione tra pena criminale e pena amministrativa. Lo statuto convenzionale della pena è applicabile a ogni misura qualificabile come pena, a prescindere dalla natura criminale o amministrativa secondo il diritto interno. In tale ambito la concezione autonomista ha mostrato, anzi, tutta la sua forza dirompente rispetto agli assetti tradizionali degli ordinamenti nazionali³⁵⁵.

In secondo luogo è molto discusso se le garanzie dell'art. 7 C.E.D.U. possano applicarsi anche agli istituti incidenti sulle modalità di esecuzione della pena. Si pensi a titolo esemplificativo, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, alle misure alternative alla detenzione, alla sospensione condizionale della pena, alle sanzioni sostitutive, alla liberazione condizionale. Sul punto una parte della dottrina ha ritenuto necessario, per evitare l'elusione delle garanzie convenzionali, estendere l'ambito applicativo dell'art. 7 C.E.D.U. anche a tali istituti, posto che la certezza del diritto e la garanzia di libertà a essa correlata devono essere preservate anche e soprattutto nella fase dell'esecuzione della pena, dove l'interessato è più vulnerabile³⁵⁶. Tuttavia nella giurisprudenza C.E.D.U. non pare ravvisarsi una identica tendenza. Le soluzioni offerte dalla Corte EDU sul regime delle modalità di esecuzione della pena sembrano essere fondate sulle peculiarità del caso concreto, senza che si possa registrare un orientamento consolidato sul punto.

Infine è necessario spendere alcune considerazioni sulle sanzioni disciplinari. La loro riconducibilità alla nozione autonoma di pena non sembra essere

³⁵⁴ Sottolinea tale aspetto BERNARDI, sub *Art. 7*, cit., p. 273, il quale evidenzia come la Corte abbia finito in tali casi per sostenere come lo scopo di prevenzione, quello di repressione e quello di riparazione siano tra di loro conciliabili e assurgere a tratti coesenziali della pena.

³⁵⁵ F. MAZZACUVA, sub *Art. 7*, cit., p. 252.

³⁵⁶ BERNARDI, sub *Art. 7*, cit., p. 275.

pacifica, registrandosi nella giurisprudenza C.E.D.U. varie oscillazioni in merito. In ogni caso sembra privilegiarsi il criterio della gravità della sanzione per attrarre le misure disciplinari nell'orbita delle garanzie convenzionali³⁵⁷.

3.2. Inapplicabilità dell'art. 7 C.E.D.U. alle sanzioni esecutive. – Alla luce dei rilievi appena svolti, è possibile formulare alcune considerazioni di carattere generale sulla nozione di sanzione giuridica delineata nella giurisprudenza C.E.D.U..

Innanzitutto va evidenziato che la concezione autonomista della sanzione penale fornita dalla Corte EDU è maturata nell'ambito dell'art. 7 C.E.D.U.³⁵⁸, che è disposizione riferibile alla sola sanzione avente carattere punitivo. Più precisamente si vuole evidenziare che la disposizione suddetta, in quanto fa riferimento alle situazioni in cui un soggetto viene “punito” per un fatto commesso, costituisce il punto di riferimento – a livello europeo – per uno statuto generale della sola sanzione punitiva, ma non di altre tipologie sanzionatorie.

Il vero carattere innovativo della giurisprudenza C.E.D.U. è stato quello di aver posto in debito rilievo che lo statuto generale della sanzione giuridica non dipende principalmente dal carattere criminale o amministrativo della sanzione, quanto invece dal carattere punitivo o esecutivo della stessa. Negli ordinamenti nazionali, per ragioni essenzialmente storiche più che dogmatiche, la dottrina ha sempre implicitamente ritenuto che la sanzione criminale fosse solo di carattere punitivo; la sanzione esecutiva era collocata prevalentemente nel settore del diritto privato. Ciò ha condotto alla convinzione che i principi garantisti elaborati nei secoli dalla scienza penalistica – quali il principio di riserva di legge, di irretroattività della legge sfavorevole, di tassatività e di determinatezza del precetto, di colpevolezza, di proporzionalità della pena per citare i più rilevanti – fossero appannaggio della sola sanzione *criminale*, ma non delle sanzioni *extracriminali*. In realtà – come è stato spiegato nel precedente capitolo – i suddetti principi costituiscono lo statuto fondamentale della sanzione *punitiva*, in quanto corollari essenziali delle funzioni a essa attribuite dagli ordinamenti giuridici moderni. Così – ad esempio – è la finalità di prevenzione generale della sanzione che importa la necessità di assicurare in sede legislativa e applicativa la legalità dell'illecito e della pena o il divieto di responsabilità indiretta.

La qualificazione come criminale (o penale in senso stretto) o amministrativa della sanzione serve solo a formulare un rinvio alla disciplina

³⁵⁷ BERNARDI, *ivi*, p. 278.

³⁵⁸ La concezione autonomista è maturata anche nell'ambito dell'art. 6 C.E.D.U., con riferimento ai principi penalistici in esso affermati. Si fa riferimento alla nozione di “reato” di cui al secondo comma; a quello di “accusa” di cui al terzo comma. Tuttavia la presente trattazione ha lo scopo di delineare i profili sostanziali dello statuto della sanzione giuridica europea, sicché in questa sede non si terrà conto della giurisprudenza maturata in riferimento all'art. 6, sebbene, ai fini della concezione autonomista, non si registrino particolari differenze rispetto ai principi affermati nell'ambito dell'art. 7 C.E.D.U..

speciale cui questa viene assoggettata dal legislatore³⁵⁹. Si tratta – come già spiegato in precedenza – di una qualificazione in funzione di disciplina. Questa non incide sulla natura punitiva o esecutiva della sanzione – che dipende dalla struttura e dalla finalità della misura – e sullo statuto giuridico fondamentale che tale natura giuridica reca con sé³⁶⁰. Individuato il carattere punitivo di una sanzione, la qualificazione di essa come criminale o amministrativa resta essenzialmente un problema di diritto positivo, ossia un problema di ricerca della volontà legislativa in ordine alla disciplina speciale cui assoggettare la sanzione che si sta considerando.

Il merito della giurisprudenza europea è stato dunque quello di aver colto la correlazione tra la natura punitiva e i principi fondamentali della materia penale, in tal modo avviando una riconsiderazione dello statuto della pena amministrativa negli ordinamenti nazionali.

Non sembra invece emergere nella giurisprudenza convenzionale il concetto di sanzione esecutiva. La Corte di Strasburgo distingue la pena, quale misura a finalità punitiva, e gli altri provvedimenti sfavorevoli a finalità riparatoria o ripristinatoria³⁶¹. Tuttavia non vi è stata una approfondita analisi da parte della Corte della struttura delle sanzioni esecutive e dei profili differenziali rispetto alle sanzioni punitive. Ciò del resto appare logico, in quanto la concezione europea di sanzione è maturata nell'ambito dell'art. 7 C.E.D.U. che – come già sottolineato – si occupa di sanzioni punitive. Pertanto la Corte nel tempo ha profuso i suoi sforzi interpretativi nell'analisi dei caratteri e degli elementi sintomatici del carattere punitivo di una sanzione, non interessando invece cogliere gli elementi peculiari delle diverse sanzioni a carattere esecutivo. Non sembra tuttavia potersi negare che queste ultime, in quanto misure prive di carattere punitivo, non possano rientrare nel concetto di “pena” rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 7 C.E.D.U..

Ciò consente di formulare una seconda osservazione generale sul concetto di sanzione giuridica venuto a delinarsi in ambito convenzionale.

I criteri che la Corte di Strasburgo ha fissato per delimitare il concetto di “reato” e di “pena” finiscono – per le ragioni appena esposte – per configurarsi anche come indici utili per distinguere in ambito convenzionale le sanzioni punitive (assoggettate alle garanzie C.E.D.U.) e le sanzioni esecutive (non attratte nell'orbita convenzionale). Ciò solleva qualche dubbio sulla congruità di taluni indici enucleati dalla Corte EDU per svelare il carattere “penale” di una sanzione. Due in particolare

³⁵⁹ Si pensi alle cause modificative o estintive della sanzione punitiva; agli organi competenti a irrogare la stessa; al procedimento istruttorio finalizzato all'accertamento della fattispecie concreta; alle misure alternative alla pena legale; alle modalità di difesa del destinatario della misura punitiva e via dicendo.

³⁶⁰ Così una sanzione punitiva può essere criminale o amministrativa, così come una sanzione esecutiva può – a sua volta – essere criminale o amministrativa.

³⁶¹ La distinzione tra le misure repressive e le misure a scopo riparatorio è stato – ad esempio – affermato in materia di sanzioni amministrative in Corte EDU sent. 7 luglio 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag c. Svezia*, paragrafo 46, in cui la Corte ha ritenuto estranee al concetto di pena delineato dall'art. 7 C.E.D.U. quelle misure che soddisfano generiche pretese risarcitorie o che sono essenzialmente dirette a ripristinare la situazione di legalità restaurando l'interesse pubblico leso.

meritano un'attenta riflessione per gli effetti discorsivi che rischiano di creare nel panorama giuridico nazionale.

Innanzitutto desta forti dubbi l'idea che una sanzione sia "penale", cioè punitiva, per il solo fatto di trovare causa in un fatto qualificabile, secondo i criteri *Engel*, come "reato". Già nel precedente capitolo è stato spiegato che la natura penale dell'illecito non può essere criterio risolutivo per comprendere la natura punitiva o esecutiva di una sanzione giuridica a esso ricollegata. Un fatto costituente reato può produrre conseguenze giuridiche che ben possono qualificarsi come sanzioni esecutive e non punitive. A titolo esemplificativo basti pensare che la condanna per un reato produce le conseguenze civili di cui all'art. 185 c.p., che consistono notoriamente nell'obbligo delle restituzioni e del risarcimento del danno cagionato dall'illecito. Si tratta di sanzioni di carattere esecutivo, essendo preposte alla costituzione della identica o equivalente situazione di fatto e di diritto che si sarebbe verificata se l'illecito non si fosse verificato. Certamente non si tratta di misure a carattere punitivo. Pertanto la circostanza che una sanzione sia giuridicamente imputata a un fatto qualificabile come reato è del tutto irrilevante e anzi può essere fuorviante. Tale criterio può invece essere utile, nel diritto interno, per qualificare una sanzione come criminale o amministrativa³⁶²; sennonché tale distinzione è del tutto irrilevante in ambito convenzionale dove assume rilievo preminente il carattere punitivo della sanzione, non tanto la sua qualificazione interna come criminale o amministrativa.

Il secondo criterio certamente problematico è poi quello processuale, che conduce alla configurazione come "penale", ai fini C.E.D.U., di una sanzione per il solo fatto di essere comminata all'esito di un processo penale. Il regime processuale di una sanzione – come illustrato nel precedente capitolo – è del tutto estrinseco rispetto alla sua qualificazione giuridica come pena o sanzione esecutiva. Una misura disposta in un processo penale non necessariamente è una pena, potendo essere una misura di natura esecutiva o una misura di sicurezza. Peraltro nell'ordinamento italiano le stesse misure di prevenzione – che non presuppongono necessariamente un reato – sono disposte seguendo minime garanzie processuali ispirate all'incidente di esecuzione previsto dal codice di rito³⁶³. Attribuire un rilievo eccessivo al dato

³⁶² Si pensi alla decisività che tale criterio assume – ad esempio – per la comprensione della natura criminale delle sanzioni comminate dal giudice di pace ai sensi degli artt. 52 e ss. del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 («Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468»), per le quali va esclusa la natura amministrativa.

³⁶³ Ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159: «1. Il tribunale provvede, con decreto motivato, entro trenta giorni dalla proposta. L'udienza si svolge senza la presenza del pubblico. Il presidente dispone che il procedimento si svolga in pubblica udienza quando l'interessato ne faccia richiesta.

2. Il presidente del collegio fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso alle parti, alle altre persone interessate e ai difensori. L'avviso È comunicato o notificato almeno dieci giorni prima della data predetta. Se l'interessato È privo di difensore, l'avviso È dato a quello di ufficio.

3. Fino a cinque giorni prima dell'udienza possono essere presentate memorie in cancelleria.

4. L'udienza si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero. Gli altri destinatari dell'avviso sono sentiti se compaiono. Se l'interessato È detenuto o internato in luogo posto

processuale potrebbe condurre così a una indebita estensione dello statuto giuridico della sanzione punitiva a misure sanzionatorie non punitive o a misure del tutto prive del carattere sanzionatorio³⁶⁴, con evidenti distorsioni sul piano politico-criminale.

Qualsiasi indebita interferenza tra la disciplina convenzionale e quella delle altre misure non punitive può essere evitata in sede applicativa attraverso una attenta opera di recepimento delle indicazioni della Corte di Strasburgo ad opera del giudice nazionale. Questo nella sua costante attività di interpretazione conforme delle disposizioni nazionali rispetto alla C.E.D.U. deve accogliere i principi enunciati dalla Corte europea in modo da renderli coerenti con il diritto interno e con la *ratio decidendi* della pronuncia europea. Il criterio fondamentale che in tal caso deve guidare l'organo giudiziario nazionale sembra essere la tradizionale dicotomia tra le sanzioni esecutive e quelle punitive, che consente di delimitare correttamente l'ambito operativo dei principi delineati dalle pronunce della Corte di Strasburgo. E ciò nell'ambito di quel "dialogo tra corti" che la stessa Corte Costituzionale ha indicato come metodo basilare per il recepimento e l'elaborazione dei principi convenzionali³⁶⁵.

fuori della circoscrizione del giudice e ne fa tempestiva richiesta, deve essere sentito prima del giorno dell'udienza, dal magistrato di sorveglianza del luogo. Ove siano disponibili strumenti tecnici idonei, il presidente del collegio può disporre che l'interessato sia sentito mediante collegamento audiovisivo ai sensi dell'articolo 146-*bis*, commi 3, 4, 5, 6 e 7 disp. att. c.p.p.

5. L'udienza È rinviata se sussiste un legittimo impedimento dell'interessato che ha chiesto di essere sentito personalmente e che non sia detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice.

6. Ove l'interessato non intervenga ed occorra la sua presenza per essere interrogato, il presidente del tribunale lo invita a comparire e, se egli non ottempera all'invito, può ordinare l'accompagnamento a mezzo di forza pubblica.

7. Le disposizioni dei commi 2, 4, primo, secondo e terzo periodo, e 5, sono previste a pena di nullità.

8. L'esame a distanza dei testimoni può essere disposto dal presidente del collegio nei casi e nei modi indicati all'articolo 147-*bis*, comma 2, disp. att. c.p.p..

9. Per quanto non espressamente previsto dal presente decreto, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni contenute nell'articolo 666 del codice di procedura penale.

10. Le comunicazioni di cui al presente titolo possono essere effettuate con le modalità previste dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82».

³⁶⁴ Significativa la sent. Corte EDU, sez. V, 17 dicembre 2009, *M. c. Germania*, par. 117 e ss., in cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto illegittima l'eliminazione del termine decennale di durata massima di una misura di sicurezza detentiva, ritenendo questa una pena a fronte delle sue modalità esecutive del tutto analoghe a quelle di una pena carceraria. La decisione è stata avversata dal Tribunale costituzionale federale tedesco, che invece ha negato il carattere punitivo alla misura in esame, avendo questa una esclusiva finalità preventiva. È significativo che in una recente pronuncia sulla medesima questione la Corte EDU abbia parzialmente rivisitato la sua precedente posizione (Corte EDU, sez. V, sent. 7 gennaio 2016, *Bergmann c. Germania*, par. 149 e ss.).

³⁶⁵ Corte cost. sent. 14 gennaio 2015, n. 49, in www.giurcost.org (ultimo accesso in data 17 gennaio 2017), par. 7, in cui la Corte sottolinea che «sarebbe errato, e persino in contrasto con queste premesse, ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisprudenziale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato. Il giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'art. 101, secondo comma, Cost., con il quale si "esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto", e ciò vale anche per le norme della CEDU, che hanno ricevuto ingresso nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento». Del resto è

In definitiva i principi elaborati dalla Corte EDU nella definizione del concetto autonomo di pena devono essere limitati alla configurazione del concetto di sanzione punitiva, evitando qualsiasi osmosi con la sanzione esecutiva. Ove dall'applicazione dei criteri da essa forgiati, la Corte europea finisca per attrarre le misure esecutive sotto l'orbita dell'art. 7 C.E.D.U., spetta alla giurisprudenza nazionale accogliere tali indicazioni in modo coerente con il diritto interno, limitandole alle sole ipotesi di sanzioni punitive positivamente previste dall'ordinamento giuridico. Tali principi andranno al contrario esclusi allorché il giudice nazionale si trovi a dover applicare sanzioni di natura esecutiva, estranee alle garanzie convenzionali³⁶⁶.

Di conseguenza lo statuto generale della sanzione esecutiva resta regolato prevalentemente dal diritto nazionale. L'art. 7 C.E.D.U. non assume alcuna rilevanza rispetto a tale misura sanzionatoria. Restano validi invece i principi europei posti a fondamento delle misure limitative della proprietà o dei diritti di libertà. Così – ad esempio – se la sanzione esecutiva incide sul patrimonio, essa deve rispettare i principi garantisti posti dalla C.E.D.U. a presidio della proprietà privata, come quello di legalità. Al contempo se la sanzione incide sulla libertà personale, varranno i limiti convenzionali alla coercizione personale, quali ancora una volta il principio di legalità.

«la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra. Né tale prospettiva si esaurisce nel rapporto dialettico tra i componenti della Corte di Strasburgo, venendo invece a coinvolgere idealmente tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi compresa la Corte Costituzionale. Si tratta di un approccio che, in prospettiva, potrà divenire ulteriormente fruttuoso alla luce del Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione stessa, ove il parere consultivo che la Corte EDU potrà rilasciare, se richiesta, alle giurisdizioni nazionali superiori è espressamente definito non vincolante (art. 5). Questo tratto conferma un'opzione di favore per l'iniziale confronto fondato sull'argomentare, in un'ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l'imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali».

³⁶⁶ Un tale approccio sembra evincersi anche nella recente giurisprudenza costituzionale. Si fa riferimento alla sent. Corte cost. 16 dicembre 2016, n. 276, in www.giurcost.org (ultimo accesso in data 17 gennaio 2017), in cui si è affrontata la questione della legittimità costituzionale del d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 («Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190»), c.d. «legge Severino». In particolare si è dubitato della legittimità delle norme che dispongono l'efficacia retroattiva della sospensione dalla carica elettiva – in caso di condanna anche non definitiva – anche per coloro che hanno commesso reati anteriori all'entrata in vigore della suddetta normativa. Muovendo dalla considerazione della sospensione come sanzione «penale» secondo i criteri convenzionali, si è prospettata l'illegittimità della sua applicazione retroattiva per contrasto con l'art. 25, comma 2 Cost. e con l'art. 117, comma 1 Cost. nella parte in cui richiama l'art. 7 C.E.D.U.. Invero la sospensione secondo i giudici rimettenti costituisce un *effetto afflittivo conseguente a condanna* e pertanto va ritenuta una vera e propria pena. La Corte Costituzionale correttamente respinge la questione di costituzionalità proprio valorizzando la natura giuridica della misura in esame, alla luce della finalità che a essa assegna l'ordinamento giuridico. Trattandosi di misura di carattere cautelare, essa resta estranea alle garanzie dell'art. 7 C.E.D.U., che invece concerne solo le misure punitive. La circostanza che la sospensione si ricolleggi a un fatto qualificabile come reato non è stato così ritenuto decisivo per la qualificazione giuridica della misura sospensiva.

4. *Le misure restrittive di carattere non sanzionatorio nella C.E.D.U. e nella giurisprudenza della Corte EDU.* – È necessario a questo punto dell'analisi valutare i principi fondamentali che concorrono a formare lo statuto generale delle misure restrittive della sfera giuridica individuale non aventi carattere sanzionatorio. Come illustrato nel precedente capitolo, si fa riferimento con tale locuzione a tutte le conseguenze giuridiche sfavorevoli che non si pongono come reazione a un fatto umano antidoveroso, ma che sono ricollegate dall'ordinamento giuridico a situazioni socialmente indesiderate o a qualità della persona. La circostanza di non costituire reazione dell'ordinamento giuridico alla violazione di un precetto di condotta rende tali misure prive di connotazione sanzionatoria.

Peraltro vale la pena sottolineare che la nozione ristretta di sanzione giuridica accolta in questa sede sembra essere accolta anche dalla giurisprudenza C.E.D.U.. Invero la Corte di Strasburgo ha più volte distinto nelle sue pronunce le sanzioni giuridiche – regolate dall'art. 7 C.E.D.U. – e le misure di carattere preventivo – estranee alle garanzie dell'art. 7 C.E.D.U.. Le prime sono configurate come misure di repressione di fatti antiggiuridici e pongono un problema di responsabilità per l'illecito commesso. Le seconde invece sono misure aventi scopi di prevenzione criminale, aventi come presupposto situazioni "rischiose" per la sicurezza sociale.

Ad ogni modo resta fermo che le misure prive di carattere sanzionatorio, per le ragioni in precedenza esposte, non rientrano nella nozione di "pena" di cui all'art. 7 C.E.D.U.. Di conseguenza non soggiacciono al regime stabilito da quest'ultima disposizione convenzionale.

Ciò precisato, è necessario individuare i principi fondamentali che la C.E.D.U. stabilisce per le misure in esame, ponendo particolare attenzione alle misure di sicurezza e a quelle di prevenzione.

Sul punto è necessario formulare una premessa metodologica. La C.E.D.U. non regola in modo diretto le misure volte al contrasto del crimine. Si tratta di un accordo internazionale finalizzato alla protezione di alcuni diritti fondamentali della persona. Di conseguenza i limiti all'utilizzo delle misure a scopo preventivo sono desumibili dalle disposizioni che fissano gli ambiti di legittima interferenza da parte degli organi statali sui diritti convenzionalmente protetti. Ciò chiarito, per una maggiore chiarezza espositiva, pare preferibile analizzare i principi convenzionali in materia distinguendo le misure a seconda che esse siano destinate a incidere sulla libertà personale ovvero sulla proprietà privata. Si eviterà invece di improntare la trattazione sulla distinzione di diritto interno tra misure di sicurezza e misure di prevenzione, posto che la qualità dei vincoli convenzionali dipende appunto dalla natura del bene inciso.

4.1. *Le misure di natura personale.* – Le misure di carattere personale – incidenti sulla libertà personale e di movimento dell'individuo – sono interessate

dall'art. 5 C.E.D.U. e dall'art. 2 Prot. n. 4 C.E.D.U..

L'art. 5 C.E.D.U. protegge il diritto dell'individuo alla libertà e alla sicurezza personali³⁶⁷. La disposizione ha lo scopo di fissare delle garanzie minime contro ogni forma di privazione della libertà personale attuata per mezzo di un provvedimento di un organo statale. Al riguardo è bene sin da ora sottolineare che l'art. 5 sembra sovrapporsi, quanto ad ambito applicativo, all'art. 2 Prot. n. 4, il quale tutela la libertà di movimento sul territorio. La Corte EDU con orientamento consolidato ha evidenziato come le due disposizioni regolino due distinte forme di aggressione alla libertà personale: l'art. 5 disciplina i casi di "privazione" della libertà, mentre l'art. 2 regola i casi di mera "restrizione" della libertà personale. In entrambi i casi viene in rilievo una misura che incide negativamente sulla libertà personale dell'individuo; dunque i due concetti non si distinguerebbero per ragioni di qualità. La differenza risiede nei profili quantitativi della misura: la privazione della libertà consiste in una limitazione grave della libertà, la quale viene sensibilmente menomata³⁶⁸; in ogni altro caso la limitazione si risolve in una restrizione della libertà. La distinzione illustrata deve essere effettuata dal giudice caso per caso, tenendo in considerazione una pluralità di elementi diversi, quali la durata, gli effetti, le modalità esecutive della misura limitativa della libertà.

In base ai suddetti rilievi rientrano nel concetto di "privazione della libertà" di cui all'art. 5 C.E.D.U., per quanto interessa in questa sede, le misure cautelari aventi connotazione custodiale o comunque detentiva³⁶⁹ e le misure di sicurezza di natura detentiva³⁷⁰. Al contrario rientrano nel concetto di "restrizione" della libertà di cui all'art. 2 Prot. n. 4 le misure cautelari non aventi natura custodiale³⁷¹, le misure di sicurezza non detentive³⁷² e le misure di prevenzione personali. Con specifico riferimento a queste ultime, è necessario sottolineare che la Corte EDU ha più volte ribadito che le misure di prevenzione possono giustificarsi esclusivamente nei limiti in cui esse comportino solo delle restrizioni della libertà personale, ma non una privazione di questa. Ciò in virtù del fatto che l'art. 5 C.E.D.U. non ammette privazioni della libertà in chiave di prevenzione se non in funzione cautelare nell'ambito di un processo penale in corso. Di conseguenza ogni limitazione in

³⁶⁷ Per l'analisi della disposizione si rinvia per tutti a GIALUZ, sub *Art. 5*, in BARTOLE-DE SENA-ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 106 e ss.; LONGO-ZACCHÈ, sub *Art. 5*, in UBERTIS-VIGANO', *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 96 e ss..

³⁶⁸ Corte EDU, sent. 13 novembre 2014, *Lazariu c. Romania*, par. 96.

³⁶⁹ VIGANO', sub *Art. 2 Prot. n. 4*, in UBERTIS-VIGANO', *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 356-357. Si pensi, per l'ordinamento italiano, alla misura degli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.), alla custodia cautelare (art. 285 c.p.p.), alle misure di sicurezza detentive utilizzate in funzione cautelare.

³⁷⁰ VIGANO', *Ibidem*. Si pensi per l'ordinamento italiano alle misure della colonia agricola e della casa di lavoro, della casa di cura e di custodia e dell'ospedale psichiatrico giudiziario, del riformatorio giudiziario.

³⁷¹ Si pensi alle misure cautelari personali di natura obbligatoria (artt. 281-283 c.p.p.) e a quelle interdittive (artt. 288-290 c.p.p.).

³⁷² Si fa riferimento alla libertà vigilata, al divieto di soggiorno in uno o più Comuni o Province, al divieto di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche.

chiave preventiva deve giustificarsi in ragione dell'art. 2 Prot. n. 4, che – come si vedrà a breve – consente restrizioni della libertà per scopi di pubblica sicurezza.

Delimitati gli ambiti applicativi delle disposizioni suddette, è possibile ora illustrare le garanzie previste da ciascuna di esse.

L'art. 5 C.E.D.U., dopo aver affermato la generale protezione della libertà personale, stabilisce che una privazione di essa può essere disposta esclusivamente mediante legge e nei casi tassativamente elencati dalla stessa disposizione.

Innanzitutto occorre che le modalità della privazione siano stabilite con "legge". Secondo una costante giurisprudenza C.E.D.U. l'art. 5 impone un doppio grado di legalità: interna e internazionale. Il provvedimento privativo della libertà deve essere prima di tutto adottato in conformità alle norme sostanziali e processuali previste dalla legislazione nazionale³⁷³. Ove ciò non accadesse, la violazione della Convenzione sarebbe automatica, salvo il provvedimento non venga rimosso in sede di impugnazione.

Ancorché la normativa nazionale risulti rispettata, è necessario che sia garantita anche la c.d. legalità internazionale. Questa impone che la normativa interna sia sufficientemente precisa, in modo da rendere prevedibile per il destinatario i casi in cui potrà essere sottoposto a una misura restrittiva della libertà; inoltre il provvedimento privativo deve essere disposto ed eseguito da un'autorità qualificata e non avere carattere arbitrario³⁷⁴.

Accanto al principio di legalità l'art. 5 pone una seconda garanzia per le misure privative della libertà personale. Occorre che esse siano previste e adottate solo nei casi tassativamente elencati dalla suddetta disposizione. Si tratta di situazioni che, giustificando deroghe alla regola generale della libertà, vanno ritenute eccezionali e di stretta interpretazione. Ciò chiarito, le ipotesi che interessano maggiormente in questa sede sono quelle di cui alla lettera c), d) ed e) del primo comma.

Secondo l'art. 5, comma 1 lett. c) C.E.D.U. la privazione della libertà personale è possibile «per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati per ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso». Si tratta di una previsione che giustifica misure privative in un'ottica tendenzialmente cautelare, cioè per garantire il corretto svolgimento di un procedimento penale già pendente o per assicurare l'eseguibilità della decisione definitiva. La disposizione non può giustificare quindi le misure di prevenzione *ante delictum*, le quali, pertanto, secondo la C.E.D.U., non possono mai consistere in misure privative della libertà personale. In quanto funzionali a esigenze procedurali, le misure previste dalla lettera c) dell'art. 5, comma 1 C.E.D.U. devono essere disposte solo per il tempo strettamente necessario a garantire la

³⁷³ Corte EDU, sez. II, sent. 8 febbraio 2011, *Seferovic c. Italia*, par. 37 in www.giustizia.it (ultimo accesso in data 17 gennaio 2017).

³⁷⁴ LONGO-ZACCHÈ, sub *Art. 5*, cit., p. 103.

salvaguardia dell'esigenza che le giustifica. Ogni privazione ulteriore sarebbe superflua e dunque illegittima³⁷⁵.

La lettera d) dell'art. 5, comma 1 C.E.D.U. consente la detenzione di persona minorenni, ove ciò sia necessario per la sua «educazione controllata» ovvero per ragioni cautelari connesse a un procedimento in corso di svolgimento.

Particolarmente interessante è l'ipotesi in cui la misura venga prevista per ragioni di controllo dell'educazione del minore. Si tratta di previsione ambigua, idonea a giustificare tanto misure di carattere preventivo quanto altre misure dai contorni più incerti e sfumati³⁷⁶. In ogni caso la disposizione sembra idonea a giustificare misure di sicurezza a carattere detentivo nei confronti di minorenni, come il riformatorio giudiziario (*rectius* collocamento in comunità) nell'ordinamento italiano.

Secondo l'art. 5, comma 1, lett. e) C.E.D.U. la privazione della libertà è ammissibile, nel caso in cui riguardi «una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo». La previsione giustifica la privazione della libertà di soggetti in grado di mettere in pericolo taluni interessi fondamentali come la vita, la sicurezza pubblica, la sanità collettiva. Ai fini che interessano in questa sede, particolarmente rilevante è il caso dei provvedimenti privativi nei confronti di soggetto «alienato», ossia di persona affetta da gravi patologie mentali che la rendono pericolosa per l'incolumità propria e di terzi. Secondo la giurisprudenza C.E.D.U. la detenzione dell'alienato può essere disposta solo al verificarsi di tre precise condizioni cumulative: innanzi tutto occorre che la malattia mentale sia effettiva e accertata con apposita perizia medica; la malattia deve assumere una gravità tale da giustificare la detenzione presso ospedali o altri luoghi adibiti alla cura delle patologie mentali; la persistenza della misura deve essere correlata alla persistenza della patologia, sicché al venir meno di quest'ultima deve conseguire la revoca della prima.

Senza dubbio la previsione dell'art. 5, comma 1, lett. e) C.E.D.U. è idonea a fondare e a delimitare la legittimità di una misura di carattere preventivo giustificata dalla pericolosità del soggetto derivante dalla malattia mentale che lo affligge. In questo senso si devono ritenere ammissibili le misure di sicurezza detentive – come la casa di cura e custodia e le R.E.M.S. – che hanno per scopo il contrasto alla pericolosità sociale per il tramite della cura della malattia mentale di cui è portatore l'interessato.

Venendo, infine, alla disciplina prevista dall'art. 2 Prot. n. 4 C.E.D.U., si stabilisce che la libertà di circolazione nel territorio di uno Stato e di espatrio possono essere limitate solo nei casi previsti dalla legge e devono costituire «in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni

³⁷⁵ LONGO-ZACCHÈ, *op. ult. cit.*, p. 107.

³⁷⁶ O. MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea*, in COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino, 2005, p. 56.

penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui». Come già precisato, la disposizione va riferita a ogni misura che restringa la libertà personale, senza assumere un livello di gravità tale da assurgere a una vera e propria privazione della libertà (evenienza che renderebbe applicabile il più rigoroso art. 5 C.E.D.U.). Ciò importa un primo limite logico alle misure riconducibili sotto l'art. 2 Prot. n. 4 C.E.D.U.: esse non possono importare una limitazione totale e assoluta della libertà di movimento dell'interessato³⁷⁷.

Ciò premesso, le condizioni che rendono legittima l'adozione di una misura restrittiva della libertà di movimento sono: la base legale; lo scopo di proteggere uno degli interessi di cui al comma 3 del citato art. 2; la necessità della misura rispetto al predetto obiettivo di tutela.

La legalità della misura importa ancora una volta l'esigenza che sia garantito un duplice livello di legalità: interna e internazionale. Sul punto è possibile rinviare a quanto già affermato in precedenza relativamente all'art. 5 C.E.D.U.³⁷⁸.

La misura inoltre deve mirare alla tutela di almeno uno di tali interessi: sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, mantenimento dell'ordine pubblico, prevenzione delle infrazioni penali, protezione della salute o della morale o dei diritti e delle libertà altrui. Anche per le restrizioni alla libertà di movimento si pone dunque un vincolo funzionale.

Infine occorre che la misura sia «necessaria in una società democratica» rispetto allo scopo di tutela. La giurisprudenza C.E.D.U. ha più volte evidenziato come la misura debba a tal fine essere idonea e assolutamente necessaria al suo scopo. Ciò importa una essenziale proporzionalità della misura rispetto all'obiettivo di tutela, che va apprezzata in base alle circostanze del caso.

In conclusione, tirando le fila del discorso, le misure personali non sanzionatorie ricevono dalla C.E.D.U. una serie di limitazioni meno stringenti rispetto a quelle previste per le sanzioni punitive. Esse devono sempre avere una solida base legale (nel senso su accennato di doppia legalità) e risultare idonee e

³⁷⁷ VIGANO', sub *Art. 2 Prot. n. 4*, cit., p. 354.

³⁷⁸ Sul principio di legalità in materia di limitazioni della libertà personale occorre ricordare la recentissima sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*, su cui si veda la nota di MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 9 marzo 2017), che ha ritenuto contraria al principio di legalità fissato dall'art. 2, Prot. n. 4 C.E.D.U. la normativa prevista dalla l. 27 dicembre 1956, n. 1423, laddove consente di applicare le misure di prevenzione personali nei casi di c.d. pericolosità semplice. Importante è la parte della pronuncia in cui la Corte sostiene che la normativa italiana in materia di misure di prevenzione personali, sebbene garantiscano l'accessibilità della norma essendo previste da una fonte di rango legislativo, di contro non garantirebbero la prevedibilità dei suoi effetti in considerazione sia della tecnica di determinazione dei destinatari sia dei contenuti delle misure di prevenzione. La Corte evidenzia come la formula legale debba garantire l'individuazione dei comportamenti e delle situazioni fattuali da cui desumere la pericolosità sociale, in modo da limitare il più possibile la discrezionalità dell'organo giudicante. La normativa italiana concernente le fattispecie di pericolosità generica sono dunque contrarie al principio di prevedibilità perché sono fondate su meri sospetti o su situazioni aperte a valutazioni eccessivamente discrezionali dell'organo giudicante.

proporzionate allo scopo perseguito, in modo da porsi come provvedimenti razionali e non arbitrari. Diverso è invece il vincolo funzionale che esse ricevono: a seconda che esse importino una limitazione grave e duratura della libertà, saranno sottoposti ai limiti di scopo previsti dall'art. 5 C.E.D.U. e dall'art. 2 Prot. n. 4 C.E.D.U..

4.2. *Le misure di natura patrimoniale.* – Le misure patrimoniali, in virtù della loro incidenza sui diritti patrimoniali, ricevono plurime limitazioni dall'art. 1 Prot. n. 1 C.E.D.U., che per l'appunto protegge la proprietà privata³⁷⁹.

La disposizione pone tre distinte regole:

a) l'obbligo degli Stati di rispettare i “beni” di ogni persona fisica o giuridica;

b) il principio di inviolabilità della proprietà privata, salvo il caso dell'espropriazione per «per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale»;

c) la facoltà per gli Stati di “regolare” in via legislativa l'uso dei beni al fine di garantirne la conformità all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di ammende.

Si tratta di una disposizione oggetto di ripetute pronunce della Corte Edu e che si pone come garanzia contro ingerenze arbitrarie da parte dei pubblici poteri nella proprietà privata. Senonché il concetto di “bene”, menzionato dal disposto in esame, è stato interpretato in sede applicativa come comprensivo di qualsiasi diritto o interesse di natura patrimoniale, purché concreti e determinabili. In tal modo l'art. 1 si pone come strumento di tutela della più ampia sfera patrimoniale dei privati.

In virtù dell'obbligo di rispetto dei beni privati, gli Stati non solo non debbono ingerirsi nella sfera patrimoniale privata se non alle condizioni fissate dal disposto, ma devono assicurare altresì una tutela effettiva della proprietà contro ogni forma di indebita aggressione che si venga a produrre nei traffici giuridici.

La disposizione in esame assume un particolare rilievo in materia penale, in quanto si pone come punto di riferimento per le misure ablativo della proprietà, tra cui rientra anche la confisca in tutte le ipotesi in cui essa non costituisce una sanzione punitiva (nel qual caso opererebbe l'art. 7 C.E.D.U.)³⁸⁰.

Sul punto è necessario ricordare come la giurisprudenza C.E.D.U. abbia ritenuto applicabile alle confische la regola di cui al terzo comma dell'art. 1, relativa alle forme di regolamentazione dei beni privati. Non è stata invece ritenuta applicabile la regola sull'espropriazione per pubblica utilità, limitata ai

³⁷⁹ Sul punto si rinvia a PADELLETTI, sub *Art. 1*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario*, cit., p. 307 ss.; FINOCCHIARO, sub *Art. 1 Prot. add.*, in UBERTIS-VIGANO', *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 325 ss..

³⁸⁰ Al riguardo si rinvia a F. CRISAFULLI, *La tutela del diritto di proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con particolare riguardo alle ipotesi di confisca di beni*, in TUCCI (a cura di), *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo*, Bari, 2009, p. 38 ss..

provvedimenti in materia di pianificazione territoriale e di nazionalizzazione³⁸¹.

Tuttavia si registra nella giurisprudenza europea una tendenza a rendere più sfumati i rapporti tra la regola concernente l'espropriazione e quella inerente alla regolamentazione dei beni, finendo così per applicare le garanzie dell'art. 1 a ogni situazione di interferenza significativa nella proprietà privata ad opera dei pubblici poteri³⁸². Le confische di diritto criminale, configurando senza dubbio una interferenza nella proprietà privata, si pongono nell'ambito di questa linea di tendenza.

La Corte di Strasburgo ha così nel tempo individuato le condizioni essenziali affinché l'interferenza nella proprietà privata possa reputarsi legittima alla stregua dell'art. 1 Prot. add. C.E.D.U..

In primo luogo occorre che la misura limitativa o ablativa della proprietà abbia un'adeguata "base legale". È necessario in particolare che la misura venga adottata in conformità alle condizioni previste dalla legge, in ossequio al principio di legalità che informa ogni intervento pubblicistico nella sfera privata. Anche in tale ambito la legalità della misura esige che la normativa che la prevede e regola – sia questa di matrice legislativa o giurisprudenziale – garantisca la prevedibilità delle conseguenze di una determinata situazione o di un determinato comportamento³⁸³. E però occorre sottolineare che il principio di legalità affermato in questo settore convenzionale non assume una connotazione identica a quella che contraddistingue il principio di legalità del reato e della pena. In relazione alle misure restrittive della proprietà privata l'esigenza che si pone è quella di porre al riparo i destinatari del provvedimento da usi arbitrari del potere pubblico. Pertanto la legalità in tal caso è funzionale a rendere controllabile l'interferenza pubblica nella proprietà privata. E allora il principio di legalità per le misure in esame si risolve nell'esigenza di puntale indicazione dei casi in cui l'autorità può disporre restrizioni della proprietà privata e nella rigida fissazione dei modi attraverso cui il provvedimento limitativo deve essere adottato³⁸⁴.

Inoltre il principio di legalità di cui all'art. 1 Prot. add. C.E.D.U. non importa i medesimi corollari che invece contraddistinguono il principio di legalità di

³⁸¹ PADELLETTI, sub *Art. 1*, cit., p. 808, che evidenzia come la giurisprudenza C.E.D.U. applichi tale disciplina non solo ai casi in cui venga in rilievo un provvedimento formalmente espropriativo, ma a tutti i casi in cui un provvedimento o un'attività della pubblica autorità abbia come effetto una conculcazione significativa della proprietà privata. Una siffatta conculcazione viene ravvisata in tutti i casi in cui si produca un'impossibilità per il proprietario di esercitare in via definitiva e non meramente temporanea gli attributi che solitamente accompagnano il diritto di proprietà.

³⁸² FINOCCHIARO, sub *Art. 1 Prot. add.*, cit., p. 326, il quale afferma che l'attività della Corte EDU, in materia di ricorsi proposti a tutela della proprietà privata, sia basata ormai su due gradini fondamentali: il primo concerne la valutazione della sussistenza di una interferenza nella proprietà privata; il secondo consiste nella valutazione del rispetto dei limiti posti dalla C.E.D.U. alle suddette interferenze.

³⁸³ Così Corte EDU, sez. I, sent. 9 giugno 2005, *Baklanov c. Russia*, par. 41 ss. ha reputato illegittima una confisca prevista dal diritto russo come conseguenza del reato di contrabbando, in quanto la norma che la regolava non era sufficientemente precisa in modo da garantire la prevedibilità delle conseguenze giuridiche a carico dell'interessato.

³⁸⁴ FINOCCHIARO, sub *Art. 1 Prot. add.*, cit., p. 329.

cui all'art. 7 C.E.D.U.. La Corte EDU ha infatti più volte sottolineato che per le misure restrittive della proprietà privata non opera il principio garantista di irretroattività della norma sfavorevole.

La seconda condizione fondamentale per avere la legittimità dell'intervento limitativo o ablatorio della proprietà è dato dalla funzionalizzazione di questo rispetto a un interesse pubblico e la proporzionalità rispetto a questo scopo di tutela.

Dunque la misura deve essere prevista e disposta per il perseguimento di un interesse pubblico, locuzione che riassume i concetti di "pubblica utilità" e di "interesse generale" cui fa riferimento il primo e il secondo comma dell'art. 1 Prot. add. C.E.D.U.. Solo un interesse che fa capo alla comunità giuridicamente organizzata può invero giustificare un sacrificio della proprietà privata che dalla Convenzione riceve una protezione piena e incondizionata.

In sito al requisito della funzionalizzazione all'interesse pubblico è poi l'esigenza della proporzionalità del sacrificio imposto al privato. L'eccezionalità dell'intervento limitativo o ablatorio importa che la misura non solo deve essere idonea e indispensabile allo scopo di tutela (altrimenti sarebbe inutile e quindi illegittima), ma deve esservi altresì una proporzione tra la limitazione della proprietà e l'interesse pubblico, in modo che emerga un ragionevole bilanciamento di tali interessi secondo una logica del minimo mezzo³⁸⁵.

È nell'ambito del requisito della proporzionalità che si colloca il problema dell'ammissibilità di una confisca a scapito di un proprietario che non coincide con l'autore del fatto che giustifica la misura. Sul punto la Corte Edu tende solitamente a esigere un collegamento significativo tra l'autore del fatto e il proprietario del bene inciso come condizione necessaria per non qualificare come sproporzionata la misura confiscatoria. In mancanza si riconosce al proprietario il diritto di far valere le proprie ragioni in un giusto processo³⁸⁶.

Nel caso di confisca di beni costituenti il profitto del reato sembra in ogni caso riscontrarsi nella giurisprudenza C.E.D.U. la tendenza a ritenere legittima tale misura a prescindere dalla formale titolarità dei beni in capo all'autore del reato.

In conclusione le misure patrimoniali di natura non sanzionatoria sono dalla C.E.D.U. sottoposte alle sole garanzie minime della legalità-tassatività e della proporzionalità. Si tratta di uno statuto meno rigoroso rispetto a quello sancito dall'art. 7 C.E.D.U. per la sanzione punitiva e che si spiega per la diversa rilevanza

³⁸⁵ Mentre nelle misure di carattere extracriminale si può porre un problema di indennizzo equo che deve essere versato al proprietario a compensazione della perdita della proprietà, nel caso di misure di diritto criminale il problema non si pone nemmeno, essendo illogico in tale caso offrire un indennizzo che presuppone una responsabilità da atto dannoso lecito della pubblica autorità. Per tale ragione la tutela del privato si risolve interamente nel controllo di proporzionalità tra mezzi e scopo e in generale della ragionevolezza dell'intervento limitativo.

³⁸⁶ FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 333, che evidenzia come la preclusione al proprietario in buona fede del diritto di far valere in giudizio le proprie ragioni contro la misura limitativa sia stata ritenuta più volte dalla Corte EDU contrari all'art. 1 Prot. add. C.E.D.U.. Anche in caso di confisca di proventi da reato a carico di terzi estranei all'illecito si è ribadita la necessità di integrare il contraddittorio con il soggetto colpito, onde evitare l'illegittimità della misura finale.

che le suddette misure assumono in relazione alla sfera privata. Nel caso in cui venga in rilievo una misura limitativa della proprietà l'esigenza che si pone è solo quella di fissare minime garanzie contro l'uso arbitrario del potere pubblico, in un'ottica molto simile a quella che caratterizza il principio di legalità dell'azione della pubblica amministrazione. Non si pone invece un'esigenza di prevedibilità delle conseguenze di un proprio comportamento in quanto con l'adozione della misura non si mira a rimproverare un soggetto per una condotta antiggiuridica che ha posto in essere. Ne consegue che il criterio fondamentale di garanzia si risolve in ultima analisi in quello della proporzionalità della misura che consente alla giurisprudenza un controllo più efficace sulla legittimità dell'intervento limitativo.

5. Le sanzioni esecutive nella C.E.D.U. – Prima di concludere l'analisi dei profili convenzionali delle sanzioni giuridiche, è necessario spendere alcune considerazioni sulla rilevanza che la C.E.D.U. assume rispetto alle sanzioni esecutive. Si analizza questo aspetto alla fine dell'intero discorso sul quadro convenzionale a causa della mancanza di dati chiari e univoci provenienti dalla giurisprudenza C.E.D.U..

È bene evidenziare immediatamente che nella Convenzione non si ravvisano disposizioni specifiche sul tema delle sanzioni esecutive. Ciò importa come fondamentale conseguenza che lo statuto convenzionale di queste sanzioni va ricostruito in via negativa e sistematica.

In negativo – come già evidenziato – le sanzioni esecutive vanno ritenute certamente estranee alla disciplina prevista dall'art. 7 C.E.D.U., che risulta a esse inapplicabile.

In via sistematica si deve invece ritenere che le sanzioni esecutive ricevano dalla C.E.D.U. le limitazioni che scaturiscono dal regime convenzionale del bene o del diritto su cui la sanzione va a incidere. Così una sanzione esecutiva patrimoniale incontrerà i limiti fissati dall'art. 1 Prot. add.; una sanzione incidente sulla riservatezza della vita personale e familiare riceverà le limitazioni previste dall'art. 8, comma 2 C.E.D.U..

Ad ogni modo il concetto di sanzione esecutiva non pare del tutto sconosciuto alla C.E.D.U.. Interessante al riguardo è l'art. 5, comma 1, lett. b) C.E.D.U., secondo cui una limitazione della libertà personale può essere prevista dalla legge «per garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge». La Convenzione pertanto autorizza la legge nazionale a stabilire forme di coercizione personale per attuare un obbligo giuridico – specifico e puntuale – rimasto inosservato dal titolare. Come ogni altra misura di natura non punitiva, anche quelle ricadenti in tale previsione devono essere idonee e importare solo quella limitazione strettamente indispensabile allo scopo che le giustifica. Appare interessante che un'ipotesi di sanzione esecutiva sia prevista in disposizione diversa dall'art. 7 C.E.D.U. che concerne solo le sanzioni punitive. Ciò infatti conferma che anche nella

C.E.D.U. si possa cogliere una distinzione concettuale e funzionale tra le sanzioni esecutive e punitive.

In conclusione le sanzioni esecutive non ricevono uno statuto giuridico particolarmente ricco dalla C.E.D.U.. Senonché non sembra che questa escluda concettualmente questa tipologia sanzionatoria, che pertanto risulta confermata nella sua rilevanza sistematica. I limiti convenzionali al suo utilizzo possono ricavarsi dalle singole disposizioni concernenti i diritti incisi dalla misura e che, nella normalità dei casi, si risolvono nella legalità della misura e nella proporzionalità di essa rispetto allo scopo che la giustifica.

6. Le sanzioni giuridiche e le altre misure restrittive nel diritto dell'Unione europea. – È necessario a questo punto del discorso analizzare i principi concernenti il sistema sanzionatorio come delineati nel diritto eurounitario. Si tratta di una ricerca particolarmente rilevante considerato il diverso e più elevato rango che posseggono le fonti eurounitarie rispetto alla C.E.D.U. e, soprattutto, l'efficacia diretta che contraddistingue le norme dell'Unione europea con la conseguente possibilità per il giudice nazionale di disapplicare le norme interne incompatibili.

L'analisi sarà svolta lungo tre linee direttrici: in primo luogo si analizzeranno i rapporti tra la C.E.D.U. e il diritto dell'Unione, in modo da evidenziare immediatamente l'impatto prodotto dal diritto convenzionale sul diritto eurounitario; in secondo luogo si valuteranno i principi forniti dalla Carta dei diritti fondamentali che costituisce attualmente l'espressione più alta della tutela dei diritti nel sistema eurounitario; infine si procederà all'analisi della principale fonte eurounitaria in materia sanzionatoria, che assurge a un vero e proprio statuto generale del potere sanzionatorio dell'Unione: il Reg. CE-EURATOM del 18 dicembre 1995, N. 2988/95 relativo alla tutela degli interessi finanziari della Comunità europea (oggi Unione europea).

6.1. L'impatto della C.E.D.U. sul diritto eurounitario. – La C.E.D.U. ha rappresentato – sin dal primo nucleo dell'attuale Unione europea – un punto di riferimento essenziale in materia di tutela dei diritti umani. Tale ruolo è stato peraltro fortemente incentivato dalla mancanza – nei trattati europei originari – di una compiuta disciplina dei diritti umani, messa a punto solo con il recepimento della Carta dei diritti fondamentali ad opera del Trattato di Lisbona.

La Corte di giustizia – in base a un orientamento consolidato – aveva affermato – sin dagli anni '70 del secolo scorso – che i diritti fondamentali, protetti dalla C.E.D.U., costituivano autonomi principi generali³⁸⁷, essendo coerenti con le

³⁸⁷ I principi generali del diritto dell'Unione europea sono principi, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, ispirati ai valori fondamentali contenuti nelle costituzioni degli Stati membri, che si pongono a un livello gerarchico superiore a quello del diritto derivato e dunque si configurano come

tradizioni costituzionali degli Stati membri³⁸⁸. Ciò aveva configurato il diritto convenzionale come diritto vincolante, nell'ambito delle materie di competenza della Comunità europea (oggi UE), tanto per le istituzioni europee, quanto per gli organi statali chiamati ad applicare le norme eurounitarie. L'inserimento dei diritti convenzionali nel diritto eurounitario era avvenuto inizialmente quindi in via pretoria.

Tale orientamento era stato successivamente confermato con la sua codificazione nel Trattato di Maastricht, dove si è stabilito espressamente che i diritti previsti dalla C.E.D.U. erano parte dei principi generali dell'Unione europea³⁸⁹.

I rapporti tra il diritto eurounitario e la C.E.D.U. sono stati significativamente innovati con il Trattato di Lisbona del 2007. Il quadro attuale può dunque così riassumersi.

In primo luogo, il nuovo art. 6, par. 3 T.U.E. conferma la rilevanza della C.E.D.U. nel diritto eurounitario, come già risultante dal precedente Trattato di Maastricht. Si prevede che i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». La C.E.D.U. pertanto continua a costituire – nelle materie di competenza dell'U.E. – un fondamentale punto di riferimento per gli organi unionali e per gli organi statali, limitando i loro margini di discrezionalità. Tuttavia non sembra, alla luce della suddetta disposizione, che la C.E.D.U. abbia mutato il proprio valore giuridico all'interno del sistema delle fonti eurounitarie: essa manterrebbe la qualificazione di fonte di “principi generali” del diritto dell'Unione.

Vale la pena evidenziare tuttavia che l'art. 6, par. 2 T.U.E.³⁹⁰ riconosce all'U.E. la facoltà di aderire alla C.E.D.U., osservando la procedura di cui all'art. 218 T.F.U.E.. Si tratta di una fondamentale innovazione del Trattato di Lisbona, in quanto consente all'U.E. di sottoporsi ai vincoli convenzionali e al controllo internazionale della Corte di Strasburgo in relazione alla protezione dei diritti riconosciuti dalla C.E.D.U.. Laddove l'adesione dovesse verificarsi, gli atti delle istituzioni europee lesive dei diritti convenzionali potranno essere censurati dinanzi alla Corte EDU e le sentenze di questa saranno vincolanti per la stessa Corte di

veri e propri vincoli all'esercizio delle funzioni legislative degli organi dell'Unione e per gli organi statali chiamati ad applicare il diritto eurounitario.

³⁸⁸ Corte di giustizia, sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, in cui la Corte ha affermato che «la tutela dei diritti fondamentali costituisce infatti parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità».

³⁸⁹ In base all'art. F del Titolo I del Trattato si stabiliva che «L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario».

³⁹⁰ Secondo tale disposizione «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati».

giustizia dell'Unione europea³⁹¹.

Chiarito il rango della C.E.D.U. nel sistema eurounitario, è possibile illustrare l'impatto che la stessa provoca sul livello di protezione dei diritti fondamentali all'interno dell'U.E.. Anche su tale aspetto si registra una forte innovazione da parte del Trattato di Lisbona.

L'art. 52, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – che con il Trattato di Lisbona ha ricevuto dignità giuridica – prevede che, laddove i diritti riconosciuti da quest'ultima siano “corrispondenti” a quelli garantiti dalla C.E.D.U., «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione». Ciò non esclude la possibilità per gli organi europei di ampliarne la protezione. Come emerge dalle Spiegazioni ufficiali alla Carta³⁹², il riferimento suddetto alla Convenzione comprende anche i suoi Protocolli e le disposizioni della stessa vanno assunte nel significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo.

Ciò importa che il livello di tutela fissato dalla C.E.D.U., secondo le indicazioni fornite dalla Corte EDU, costituisce uno standard minimo di tutela dei corrispondenti diritti della Carta. Ne consegue che – all'interno dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione – in virtù del valore vincolante posseduto dalla Carta dei diritti, i giudici nazionali saranno in grado di assicurare l'osservanza degli standard di tutela fissati dalla C.E.D.U. e dalla Corte di Strasburgo con gli stessi strumenti utili per garantire la effettiva applicazione del diritto eurounitario³⁹³.

La suddetta conclusione risulta confermata anche dall'art. 52 della Carta secondo cui «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri». La disposizione afferma il principio del c.d. *trattamento di miglior favore*: in materia di protezione dei diritti umani, tra il diritto dell'Unione, quello nazionale e quello internazionale (in cui rientra quello derivante dalla C.E.D.U.), prevale la

³⁹¹ VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, p. 55.

³⁹² *Spiegazioni ufficiali alla Carta dei diritti fondamentali*, in GUUE, 14 dicembre 2007 n. C 303, sub Art. 52: «Il paragrafo 3 intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU. affermando la regola secondo cui, qualora i diritti della presente Carta corrispondano ai diritti garantiti anche dalla CEDU, il loro significato e la loro portata, comprese le limitazioni ammesse, sono identici a quelli della CEDU. Ne consegue in particolare che il legislatore, nel fissare le suddette limitazioni, deve rispettare gli standard stabiliti dal regime particolareggiato delle limitazioni previsto nella CEDU, che è quindi applicabile anche ai diritti contemplati in questo paragrafo, senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea».

³⁹³ VIGANO', *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in UBERTIS-VIGANO' (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 33, il quale sottolinea come l'art. 52 della Carta non abbia in alcun modo alterato il rango giuridico della C.E.D.U. nell'ordinamento nazionale; semplicemente i principi formulati in sede convenzionale penetrano nel sistema eurounitario grazie al «trasformatore» rappresentato dal suo art. 53, par. 3.

norma che garantisce il livello di tutela maggiore. Dunque il livello di protezione offerto dalla Carta non può essere inferiore a quello garantito dalla C.E.D.U.³⁹⁴.

In conclusione i principi in materia sanzionatoria appartenenti al diritto convenzionale, per effetto dell'art. 52 della Carta, assumono valore giuridico anche nel diritto eurounitario, ponendosi come “nucleo duro” di garanzie individuali che l'UE può solo potenziare con i propri atti, ma che invece non può escludere o limitare. Ove ciò dovesse accadere, sull'atto delle istituzioni europee cadrà la scure della Corte di giustizia.

6.2. Le garanzie in materia sanzionatoria previste dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – Con il Trattato di Lisbona è stata attribuita rilevanza giuridica alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁹⁵, che, allo stato attuale, costituisce il testo più importante nel settore eurounitario dei diritti umani³⁹⁶.

Ai sensi dell'art. 6, par. 1 TUE «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». In base a tale disposizione la Carta non solo assume rilevanza giuridica, ma acquisisce lo stesso valore giuridico dei trattati europei, ossia si pone come fonte del diritto gerarchicamente superiore rispetto al diritto derivato dell'Unione europea. Ciò la contraddistingue come vera e propria pietra angolare dell'assetto costituzionale europeo, che si fonda sull'idea della “comunità dei diritti”. Peraltro la Carta contiene un elenco molto ampio di diritti fondamentali, attribuendo rilievo anche ai c.d. diritti di nuova generazione³⁹⁷. Ciò ne fa l'esempio più limpido

³⁹⁴ GIANNITI, *La «comunitarizzazione» della «Carta» a seguito del Trattato di Lisbona*, in GIANNITI, *I diritti fondamentali nell'Unione europea*. cit., p. 378. Va in ogni caso ricordata la posizione della Corte di giustizia che nella sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ha affermato che l'art. 53 non giustifica in ogni caso una prevalenza delle costituzioni nazionali sul diritto europeo, ancorché esse garantiscano un livello di protezione più elevata rispetto alla Carta in materia di diritti umani. Ciò in quanto risulterebbe vulnerata la primazia del diritto dell'Unione rispetto ai diritti nazionali con rischio di non uniforme applicazione del primo nel territorio europeo. Si tratta di una posizione che lascia perplessi se si considera che in questo modo l'art. 53 viene svuotato di ogni senso pratico conduce all'inopportuna conseguenza di rendere la Carta un elemento di abbassamento della protezione dei diritti garantita dalle costituzioni nazionali.

³⁹⁵ La Carta, dopo essere stata approvata dal Consiglio europeo di Biarritz del 14 ottobre 2000, è stata solennemente proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 dal Parlamento e dalla Commissione. Il 12 dicembre 2007 è stata definitivamente proclamata dai Presidenti del Consiglio dell'UE, del Parlamento e della Commissione. Essa inizialmente era priva di valore giuridico e possedeva un valore politico e simbolico. Con il Trattato di Lisbona essa è stata definitivamente incorporata nel diritto eurounitario.

³⁹⁶ Sulla Carta dei diritti fondamentali si vedano i contributi di MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 261 ss.; GIANNITI, *La «comunitarizzazione» della «Carta»*, cit., p. 357 ss.; VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 47 ss..

³⁹⁷ La Carta si suddivide in sette capi, ciascuno volto al riconoscimento di un particolare valore giuridico che permea una intera categoria di diritti. Tali valori sono la «Dignità», la «Libertà»,

dell'importanza che i diritti umani assumono nei moderni ordinamenti giuridici.

Ai sensi dell'art. 6, par. 1 TUE «I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione». A tal fine l'art. 51, par. 1 della Carta prevede che le disposizioni di questa vincolano gli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». Pertanto le disposizioni della Carta vincolano gli organi statali non in ogni materia – come avviene potenzialmente per la C.E.D.U. – ma solo nella misura in cui attuano il diritto dell'Unione, ossia intervengano in una materia regolata da norme di diritto primario o derivato dell'Unione o adottino disposizioni comunque incidenti su tale materia. Al di fuori delle materie di competenza dell'Unione la Carta pertanto perde ogni sua forza vincolante nei confronti degli Stati membri³⁹⁸.

In riferimento all'interpretazione e all'applicazione della Carta, vale la pena ricordare che, ai sensi dell'art. 52, i principi che devono guidare l'interprete sono i seguenti:

a) ogni limitazione dei diritti fissati nella Carta deve essere prevista per “legge”, giustificata dall'esigenza di perseguire un interesse di carattere generale e ispirata al canone della proporzionalità tra sacrificio arrecato e interesse perseguito³⁹⁹;

b) laddove venga in rilievo un diritto protetto anche dalla C.E.D.U., nell'applicazione della Carta occorre garantire un livello di tutela *almeno uguale* a quello riconosciuto in sede convenzionale (v. *supra* per tale punto).

Inquadri il rango e i criteri interpretativi fondamentali che concernono la Carta, è possibile ora illustrare i principi che essa pone in materia sanzionatoria.

Sul punto è fondamentale il rilievo assunto dall'art. 49 della stessa⁴⁰⁰. Tale

l'«Uguaglianza», la «Solidarietà», la «Cittadinanza», la «Giustizia». I diritti previsti sono riconosciuti a ogni persona che si trovi nel territorio dell'UE, salvo per i diritti di cittadinanza, il che sottolinea il carattere universale della Carta.

³⁹⁸ GIANNITI, *La «comunitarizzazione della Carta»*, cit., p. 367.

³⁹⁹ *Spiegazioni ufficiali alla Carta dei diritti fondamentali*, in GUUE, 14 dicembre 2007 n. C 303, sub Art. 52: «L'articolo 52 mira a fissare la portata dei diritti e dei principi della Carta e a definire norme per la loro interpretazione. Il paragrafo 1 tratta del sistema delle limitazioni. La formula usata si ispira alla giurisprudenza della Corte di giustizia: «... secondo una giurisprudenza costante, restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali possono essere operate, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché tali restrizioni rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti» (sentenza del 13 aprile 2000, causa C-292/97, punto 45 della motivazione). Il riferimento agli interessi generali riconosciuti dall'Unione comprende sia gli obiettivi citati nell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea sia altri interessi tutelati da disposizioni specifiche dei trattati come l'articolo 4, paragrafo 1 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 35, paragrafo 3, 36 e 346 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

⁴⁰⁰ L'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, rubricato «Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene», statuisce: «1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge

disposizione afferma il principio della legalità del reato e quello della legalità e della proporzionalità della pena. Un punto va immediatamente posto in rilievo. I concetti di “reato” e di “pena”, menzionati nell’art. 49 della Carta devono essere interpretati in senso ampio, in coerenza con la concezione autonomista elaborata dalla giurisprudenza C.E.D.U.. Essendo i principi previsti dalla suddetta disposizione accolti anche nella C.E.D.U., essa va interpretata in modo da garantire un livello di protezione almeno analogo a quello assicurato in sede convenzionale. Di conseguenza le garanzie di cui all’art. 49 della Carta vanno riferite a ogni fatto costituente “reato” secondo i criteri *Engel* e a ogni sanzione di carattere punitivo da individuare secondo i criteri offerti dalla Corte di Strasburgo.

Ciò chiarito, i principi previsti dall’art. 49 sono i seguenti:

a) si afferma innanzi tutto il principio di legalità dell’illecito e della pena. La Corte di giustizia ha fornito di tale principio una interpretazione del tutto coerente con le coordinate provenienti dalla C.E.D.U.. Così il principio di legalità non viene inteso come esigenza della riserva di legge, quanto invece come accessibilità e prevedibilità della norma penale. Ne derivano i corollari della determinatezza della disposizione e della ragionevole interpretazione in sede giudiziaria⁴⁰¹. Sul punto si possono richiamare le considerazioni svolte per l’art. 7 C.E.D.U.. Ciò che va rimarcato è che la norma penale va costruita e interpretata in modo da consentire al destinatario della norma di essere in grado di rappresentarsi compiutamente le conseguenze giuridiche sfavorevoli della propria condotta. Ciò importa il divieto di analogia *in malam partem* e una tendenziale esigenza di fornire, in sede applicativa, una lettura restrittiva del disposto, salvo che l’interpretazione estensiva non sia giustificata dall’evoluzione storica del contesto sociale di riferimento o si fondi su una prassi giudiziaria consolidata.

Anche in tale contesto – resta inteso – al termine “legge” va attribuito il significato ampio di norma giuridica frutto dell’interazione dinamica tra i testi legislativi e la loro interpretazione in sede giudiziaria. Anche su tale punto si possono riprendere le considerazioni svolte in relazione all’art. 7 C.E.D.U..

b) L’art. 49 afferma altresì il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, quale fondamentale garanzia di certezza del diritto punitivo. Dunque anche in sede eurounitaria è affermato il principio secondo cui la qualificazione penale di un fatto deve essere effettuata tenendo in considerazione solo la normativa vigente al tempo del suo accadimento. Parimenti il trattamento sanzionatorio può essere desunto esclusivamente dalle norme vigenti al momento della commissione del fatto, sicché resta preclusa l’applicazione di una pena più grave in applicazione di

prevede l’applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest’ultima.

2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un’azione o di un’omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni.

3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

⁴⁰¹ MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario*, cit., p. 134 ss.

una norma sopravvenuta rispetto al fatto illecito.

Il principio va ritenuto inderogabile, essendo presupposto per la stessa razionalità e funzionalità del trattamento punitivo.

Analogamente a quanto previsto in sede convenzionale, anche l'art. 49 della Carta va riferito anche alle ipotesi di mutamento in senso sfavorevole della prassi giudiziaria, ogni volta in cui ciò abbia comportato la nascita di una norma che, al tempo della condotta, era del tutto imprevedibile per il soggetto agente⁴⁰².

Anche per tale principio si possono riprendere le indicazioni fornite per l'art. 7 C.E.D.U..

c) Il profilo realmente innovativo dell'art. 49 della Carta – rispetto alla C.E.D.U. – risiede senza dubbio nell'affermazione in modo esplicito del principio di retroattività della norma penale più favorevole, entrata in vigore dopo la commissione del fatto. Si prevede infatti che «Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima».

La disposizione afferma un principio noto alla maggior parte delle carte costituzionali dei paesi europei e risponde a un'esigenza di equità e di *favor libertatis* che tradizionalmente informa la materia penale. L'affermazione del principio di retroattività favorevole costituisce una forte innovazione della Carta dei diritti rispetto alla C.E.D.U., dove, invece, il principio è stato desunto dalla Corte di Strasburgo in via interpretativa sulla base di una lettura evolutiva dell'art. 7 C.E.D.U.. Nondimeno il principio in esame non è del tutto sconosciuto al diritto internazionale: l'art. 15, comma 1 del Patto O.N.U. sui diritti civili e politici del 1966 stabilisce che «Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne». Va in ogni caso rilevato che la previsione dell'art. 49 attribuisce al principio una maggiore efficacia, posto che il rispetto dello stesso è direttamente rimesso alle corti nazionali e alla stessa Corte di giustizia dell'Unione europea.

Va rilevato inoltre che, secondo la giurisprudenza europea, il principio di retroattività favorevole viene affermato dalla Carta esclusivamente con riferimento alle norme giuridiche che disciplinano il trattamento sanzionatorio ricollegato al fatto illecito. In questo senso esso assume una portata molto più limitata rispetto al piano nazionale interno⁴⁰³. In virtù della regola di maggiore protezione di cui all'art. 53 della Carta, la tutela costituzionale interna su tale punto dovrebbe avere la prevalenza rispetto alla disposizione eurounitaria.

Sul piano meramente testuale il principio di retroattività non sembra tollerare deroghe. L'art. 49 sembra affermare in modo assoluto il principio di

⁴⁰² Corte di giustizia, sent. 8 febbraio 2007, C. 3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione*, intervenuta in un caso che riguardava l'applicazione di sanzioni amministrative per violazione della normativa in materia di concorrenza.

⁴⁰³ PALMIERI, *Il giudizio*, cit., p. 1464.

retroattività della norma penale più favorevole. Tuttavia, trattandosi di principio fondato sull'equità della pena e sul *favor libertatis*, la dottrina prevalente tende a ritenere che il principio resti derogabile, nel rispetto del principio di proporzionalità, ove occorra perseguire un interesse di rango sufficientemente elevato⁴⁰⁴. Ciò sarebbe ancora una volta coerente con l'*acquis* proveniente dal diritto convenzionale.

d) Infine l'art. 49, comma 3 della Carta afferma la necessità che le «pene inflitte» siano proporzionate rispetto «al reato».

Si tratta di principio che muove dall'esigenza che la pena non perda la sua intrinseca razionalità e funzionalità rispetto agli scopi di prevenzione che sono ad essa propri. In particolare la proporzionalità assicura che la pena non si trasformi in un arbitrario uso della forza.

La disposizione afferma che la pena deve essere proporzionata quando viene «inflitta». Ciò sembrerebbe porre l'accento sul momento applicativo della sanzione, nel senso che la proporzionalità deve essere garantita prevalentemente dall'organo chiamato ad applicare la sanzione punitiva. Tuttavia è intuitivo che si può applicare una pena in modo proporzionato solo nei limiti in cui la previsione normativa astratta limiti l'entità della pena entro margini edittali tali da consentire una commisurazione di essa coerente con il suddetto canone. In definitiva la proporzionalità deve essere assicurata, in prima battuta, rispetto alla pena edittale ricollegata alla fattispecie astratta di illecito e, in seconda battuta, rispetto alla pena che viene concretamente ordinata dall'organo competente all'accertamento dell'illecito.

La pena deve essere proporzionata «al reato». Non si specifica in modo preciso se la proporzionalità debba essere riferita alla gravità dell'illecito o al rango dell'interesse protetto e dunque allo scopo di tutela che giustifica la previsione della pena. Ad ogni modo la logica sottesa alla sanzione punitiva impone di prediligere il riferimento del parametro della proporzionalità alla gravità del fatto illecito, desunto dalle circostanze del caso concreto, quali la modalità della condotta, l'entità dell'offesa arrecata, il grado della colpevolezza.

L'art. 49 non è l'unica disposizione della Carta che concorre a delineare lo statuto generale della sanzione punitiva a livello eurounitario. Sul punto occorre ricordare altresì le seguenti disposizioni:

a) l'art. 2, nell'affermare la tutela del diritto alla vita, afferma il divieto di condannare chiunque alla pena di morte. Si tratta di un principio coerente con l'evoluzione che ha interessato nei tempi recenti i sistemi giuridici degli Stati europei.

b) L'art. 4 proibisce la tortura e le pene o i trattamenti inumani o degradanti. Si tratta di principio molto importante in quanto idoneo a incidere trasversalmente sulle modalità di esecuzione di ogni misura di carattere detentivo prevista dagli

⁴⁰⁴ PALMIERI, *ibidem*.

ordinamenti nazionali o dal diritto eurounitario derivato. E ciò si badi a prescindere se la misura di cui trattasi abbia natura sanzionatoria o meno.

c) L'art. 5 dispone, infine, il divieto dei lavori forzati. Ciò importa per i legislatori nazionali la necessità di subordinare al consenso dell'interessato ogni misura sanzionatoria che importi l'esecuzione di lavori in favore della collettività. Più in generale la norma in esame importa il limite del consenso dell'interessato per qualsiasi misura che importi un obbligo di eseguire un *fare* o un *non fare* infungibile.

Chiarito il quadro dei principi delineati dalla Carta dei diritti fondamentali, è possibile a questo punto trarre alcune conclusioni.

La Carta dei diritti assicura una serie di garanzie e di vincoli legislativi prevalentemente nella materia del diritto punitivo. Si è evidenziato che l'art. 49 fa riferimento ai reati e alle pene, da intendere come fatti cui viene giuridicamente ricollegata una sanzione di natura punitiva. Di conseguenza lo statuto giuridico che emerge da tale disposizione può essere riferita solo alle sanzioni punitive e non anche ad altre conseguenze giuridiche previste dagli ordinamenti nazionali o eurounitari, siano esse o meno di natura sanzionatoria.

Diverso discorso meritano le disposizioni degli artt. 2, 4 e 5 su illustrati. Tali disposizioni pongono principi che, per la loro assolutezza, sono idonei a porsi come limiti a qualsiasi misura, sanzionatoria e non, prevista dagli ordinamenti giuridici nazionali come conseguenza di fatti antidoverosi o di situazioni indesirabili.

6.3. *Il sistema sanzionatorio nel diritto derivato dell'Unione europea: il Regolamento CE-EURATOM del 18 dicembre 1995, n. 2988/95.* – Particolarmente interessante si presenta – nell'ambito di un'analisi dei principi che informano il sistema sanzionatorio eurounitario – il Reg. CE-EURATOM del 18 dicembre 1995, n. 2988/95⁴⁰⁵. Si tratta di una normativa emanata per offrire un efficace quadro sanzionatorio contro le violazioni della normativa europea che importi un pregiudizio al bilancio generale dell'UE. Il regolamento, sebbene sia nato per garantire la protezione degli interessi finanziari dell'UE, si pone attualmente come un vero e proprio punto di riferimento per l'individuazione dei principi generali che regolano ogni esercizio del potere sanzionatorio delle istituzioni europee⁴⁰⁶. Esso infatti

⁴⁰⁵ Per una disamina di tale normativa si rinvia a MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/1995: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, I parte – *La natura giuridica delle sanzioni comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 527; ID., *Il sistema sanzionatorio comunitario*, cit., p. 99 ss.; per una disamina del regolamento alla luce del processo di formazione di un diritto punitivo europeo si veda BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini*, XXXI, 2002, p. 461 ss.; GIOVAGNOLI-FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 8 ss..

⁴⁰⁶ Il fondamento giuridico del potere sanzionatorio delle istituzioni europee è stato rinvenuto dalla giurisprudenza europea nella clausola dei poteri impliciti, in base alla quale gli organi dell'Unione possono adottare ogni misura necessaria al corretto perseguimento degli obiettivi comuni, ancorché il

stabilisce una disciplina uniforme, che recepisce i principi della giurisprudenza eurolunitaria in materia sanzionatoria, cui devono attenersi gli organi statali nella disciplina e nell'applicazione delle sanzioni amministrative poste a protezione degli interessi finanziari dell'Unione. Ciò ne ha fatto un vero e proprio «codice di regolamentazione» delle sanzioni comunitarie, contribuendo a una ulteriore armonizzazione dei sistemi sanzionatori presenti nei vari ordinamenti nazionali⁴⁰⁷.

In ordine all'ambito applicativo, bisogna sottolineare che il regolamento è destinato a operare in ogni caso in cui le autorità statali accertino una "irregolarità" ai sensi dell'art. 1 dello stesso regolamento. In base a tale disposizione costituisce irregolarità «*qualsiasi violazione di una disposizione del diritto comunitario derivante da un'azione o un'omissione di un operatore economico*⁴⁰⁸ che abbia o possa avere come conseguenza un pregiudizio al bilancio generale delle Comunità o ai bilanci da queste gestite, attraverso la diminuzione o la soppressione di entrate provenienti da risorse proprie percepite direttamente per conto delle Comunità, ovvero una spesa indebita».

È bene evidenziare come la nozione di irregolarità assume una connotazione tutta oggettiva, in quanto per la sua integrazione non viene richiesto alcun elemento di natura soggettiva. Invero perché sia integrata una irregolarità ai sensi dell'art. 1 citato, è sufficiente una condotta di un operatore economico che presenti un duplice requisito: innanzi tutto si ponga in contrasto con una disposizione del diritto eurolunitario, qualunque essa sia; in secondo luogo, occorre che la condotta antiggiuridica abbia la mera idoneità a cagionare un pregiudizio finanziario all'Unione, sotto specie di mancata entrata o di spesa indebita. Tale pregiudizio non deve necessariamente verificarsi, essendo sufficiente che esso sia solo una conseguenza potenziale della condotta⁴⁰⁹. Non è necessario – come sopra precisato – che l'autore abbia agito con un contegno colpevole: l'elemento soggettivo viene richiesto esclusivamente ai fini dell'applicazione delle sanzioni punitive previste dall'art. 5 del regolamento e che saranno illustrate a breve.

Non c'è dubbio che l'irregolarità *ex art. 1* citato faccia riferimento a un fatto umano antidoveroso, rispetto al quale le misure disciplinate nel regolamento si pongono come "reazione" dell'ordinamento giuridico. Ciò importa che le misure anzi

relativo potere non sia esplicitamente conferito da una norma dei trattati. Il potere sanzionatorio si deve ritenere ammissibile in quanto complemento naturale e necessario delle competenze materiali dell'Unione. Sul punto PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Padova, 1998, p. 20 e ss.. Nella materia delle frodi finanziarie la potestà sanzionatoria degli organi europei può essere fondata sull'art. 325 TFUE (ex art. 280 TCE) che autorizza il Parlamento e il Consiglio ad adottare tutte le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di assicurare a questi una protezione efficace ed equivalente.

⁴⁰⁷ MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario*, cit., p. 105

⁴⁰⁸ Ai sensi dell'art. 7 del regolamento è attribuita la qualificazione di operatore economico «alle persone fisiche o giuridiche, nonché agli altri organismi cui il diritto nazionale riconosce capacità giuridica». Tali soggetti vengono in rilievo in quanto abbiano commesso l'irregolarità ovvero abbiano «partecipato all'esecuzione dell'irregolarità» ovvero siano tenuti «a rispondere della medesima o a evitare che sia commessa».

⁴⁰⁹ GIOVAGNOLI-FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 15.

dette possono farsi rientrare concettualmente nella categoria delle sanzioni giuridiche.

Ciò posto, è possibile ora individuare le tipologie di misure sanzionatorie che il regolamento prevede e disciplina.

Dall'analisi delle disposizioni si possono individuare due conseguenze giuridiche ricollegabili alle "irregolarità: le "misure" di cui all'art. 4 e le "sanzioni amministrative" di cui all'art. 5.

L'art. 4, comma 1 del regolamento stabilisce che «ogni irregolarità comporta, in linea generale, la revoca del vantaggio indebitamente ottenuto:

a) mediante l'obbligo di versare o rimborsare gli importi dovuti o indebitamente percetti;

b) mediante la perdita totale o parziale della garanzia costituita a sostegno della domanda di un vantaggio concesso o al momento della percezione di un anticipo».

La disposizione pertanto regola la "misura" della revoca del vantaggio indebitamente conseguito per effetto della irregolarità posta in essere.

Innanzitutto la revoca del vantaggio opera per «ogni irregolarità», come definita dall'art. 1. Di conseguenza la realizzazione di un fatto integrante una violazione di una disposizione eurounitaria da cui è derivato o potrebbe derivare un pregiudizio al bilancio dell'Unione importa la perdita del vantaggio conseguito per effetto dello stesso. E ciò – si badi – anche se si tratta di un fatto incolpevole, cioè rispetto al quale non è possibile muovere alcun rimprovero al soggetto agente⁴¹⁰.

La *ratio* della misura è quella di ripristinare la situazione di fatto e di diritto anteriore al fatto illecito, neutralizzando i vantaggi economici da questo prodotti e suscettibili di essere reimpiegati nel circuito economico. In questo senso la misura della revoca riafferma l'interesse pubblico, leso dalla condotta illecita, e attua in modo coercitivo gli scopi perseguiti dalla normativa eurounitaria.

In coerenza con questa funzione, l'art. 4, comma 3 del regolamento aggiunge che la revoca del vantaggio viene disposta anche per gli atti «che hanno per scopo il conseguimento di un vantaggio contrario agli obiettivi del diritto comunitario applicabile nella fattispecie, creando artificialmente le condizioni necessarie per ottenere detto vantaggio». Si tratta di una clausola generale volta al contrasto dell'abuso del diritto, ossia di quei casi in cui un soggetto utilizza una facoltà, di cui è legittimamente titolare, per conseguire vantaggi diversi da quelli per i quali la facoltà è riconosciuta e, dunque, indebiti. In quanto è atto volto a contrastare gli scopi di tutela dell'ordinamento giuridico, l'abuso del diritto si configura come atto antigiuridico e, come tale, viene sanzionato dall'ordinamento giuridico con vari rimedi, che hanno come connotazione comune il rifiuto della tutela

⁴¹⁰ MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario*, cit., p. 116, che evidenzia come la previsione si ricollega a un *trend* consolidato in ambito europeo che mira a perseguire – quale obiettivo primario dell'ordinamento giuridico – la sottrazione del profitto conseguente a un fatto illecito, configurando la misura risarcitoria quasi come «autonoma tipologia sanzionatoria del diritto penale».

dell'atto abusivo. In coerenza con tale tendenza degli ordinamenti giuridici moderni, l'art. 4, comma 3 dispone che, in caso di accertato abuso del diritto, l'organo statale deve disporre «il mancato conseguimento oppure la revoca del vantaggio stesso». Dunque la conseguenza giuridica resta la neutralizzazione gli effetti prodotti dall'atto illecito.

In relazione alla natura giuridica della misura revocatoria in esame, l'art. 4, comma 4 del regolamento si limita a precisare che le misure suddette «non sono considerate sanzioni». Ciò implicherebbe che le misure di cui all'art. 4 non configurerebbero in alcun modo delle sanzioni giuridiche⁴¹¹.

Tuttavia a ben vedere una siffatta conclusione non pare del tutto convincente. Si deve evidenziare che il regolamento n. 2899/95 indica con il termine “sanzione amministrativa” le sole conseguenze giuridiche di cui all'art. 5, le quali – come si vedrà a breve – si presentano come sanzioni a carattere punitivo. Dunque l'art. 4, comma 4 su citato nell'affermare che le misure da esso previste non sono sanzioni intende solamente precisare che quelle non costituiscono sanzioni punitive ai sensi dell'art. 5 e, pertanto, non ne seguono la relativa disciplina. Ciò non implica che, da un punto di vista teorico, le “misure” suddette costituiscano sanzioni giuridiche. Se si analizza la struttura delle stesse e la loro finalità, si può sostenere che esse configurano vere e proprie sanzioni esecutive. Invero esse si pongono come reazione a un fatto antidoveroso e mirano alla ricostituzione della situazione giuridico – fattuale che si sarebbe avuta in assenza dell'illecito. Dunque le misure dell'art. 4 costituiscono vere e proprie sanzioni di carattere esecutivo, le quali, in assenza di una compiuta disciplina in sede eurounitaria, soggiaceranno allo statuto generale delle sanzioni esecutive di matrice nazionale.

L'art. 5, comma 1 del regolamento definisce invece le “sanzioni amministrative”. Si prevede che *«Le irregolarità intenzionali o causate da negligenza possono comportare le seguenti sanzioni amministrative:*

- a) il pagamento di una sanzione amministrativa;*
- b) il versamento di un importo superiore alle somme indebitamente percepite o eluse aumentato, se del caso, di interessi; tale importo complementare, determinato in base a una percentuale da stabilire nelle pertinenti normative, non può superare il livello assolutamente necessario a conferirgli carattere dissuasivo;*
- c) la privazione, totale o parziale, di un vantaggio concesso dalla normativa comunitaria anche se l'operatore ne ha beneficiato indebitamente soltanto in parte;*
- d) l'esclusione o la revoca dell'attribuzione del vantaggio per un periodo successivo a quello dell'irregolarità;*
- e) la revoca temporanea di un'autorizzazione o di un riconoscimento necessari per poter beneficiare di un regime di aiuti comunitari;*
- f) la perdita di una garanzia o cauzione costituita ai fini dell'osservanza delle condizioni previste da una normativa o la ricostituzione dell'importo di una garanzia indebitamente liberata;*

⁴¹¹ MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario*, cit., p. 115.

g) altre sanzioni, di carattere esclusivamente economico, aventi natura e portata equivalenti, contemplate dalle normative settoriali adottate dal Consiglio in funzione delle necessità proprie del settore di cui trattasi e nel rispetto delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione del Consiglio».

Le sanzioni elencate dall'art. 5 sono evidentemente di natura punitiva, consistendo in una limitazione della sfera giuridica più ampia o diversa da quella che occorrerebbe per ripristinare lo stato di fatto e di diritto precedente all'illecito. Lo scopo di tali sanzioni è allora la repressione dell'irregolarità, al fine di ottenere la loro prevenzione per il futuro e garantire così l'effettività della normativa violata⁴¹².

Le sanzioni indicate dall'art. 5 non sono tassative, posto che la lett. g del comma 1 di tale disposizione fa salvo il potere del Consiglio di individuare ulteriori tipologie sanzionatorie nelle normative settoriali, purché aventi natura e portata equivalenti. In sostanza deve trattarsi pur sempre di sanzioni di natura punitiva, che devono avere i caratteri della dissuasività, proporzionalità ed effettività che l'art. 2 del regolamento impone per qualsiasi "sanzione amministrativa" disposta dal diritto eurounitario.

Le sanzioni punitive in esame vengono inoltre definite dal regolamento come sanzioni "amministrative". Con ciò si vuole sottolineare che si tratta di misure che non possono qualificarsi come "penali", circostanza che sarebbe peraltro in contrasto con l'assenza in capo alla Ue di una competenza penale diretta⁴¹³. Nondimeno ciò non vale a escludere la loro natura punitiva e, di conseguenza, l'applicabilità del relativo statuto giuridico, come delineato dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e dalla Carta dei diritti fondamentali.

In coerenza con la natura punitiva della sanzione, l'art. 5 esige per la applicazione di questa che l'irregolarità sia «intenzionale» o causata da «negligenza». In tal modo si afferma il principio di colpevolezza come cardine della disciplina delle sanzioni punitive eurounitarie. Il caso fortuito e la forza maggiore si pongono quindi come limiti estremi della responsabilità, sicché risulta inammissibile qualsiasi forma di responsabilità oggettiva o indiretta⁴¹⁴. Non pare superfluo ricordare che la Corte di giustizia, secondo una prassi assolutamente consolidata, non riconosce tuttavia il principio di colpevolezza come regola fondamentale facente parte dello statuto eurounitario della sanzione punitiva. Più volte infatti la Corte ha ritenuto compatibile con i principi del diritto dell'Unione forme di responsabilità oggettiva, escludendo che sussista un limite per il legislatore europeo in questo senso⁴¹⁵. Sul punto la Carta di Nizza non ha fornito innovazioni utili. Tuttavia

⁴¹² GIOVAGNOLI-FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 38.

⁴¹³ MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario*, cit., p. 115, che evidenzia che della sanzione penale le misure comunitarie non posseggono l'intrinseca attitudine a fungere da indice di disapprovazione sociale.

⁴¹⁴ GIOVAGNOLI-FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 36, secondo cui il richiamo del principio di colpevolezza da parte del regolamento consentirebbe di estendere all'illecito eurounitario i limiti di responsabilità previsti dal diritto interno per l'illecito amministrativo, ai sensi della l. n. 689/81.

⁴¹⁵ Per una illustrazione delle principali pronunce sul punto si rinvia a MAUGERI, *Il sistema*

bisogna rilevare che il principio di colpevolezza sta progressivamente guadagnando credito presso la Corte Edu, che lo ha ritenuto in alcune pronunce insito nel principio di legalità sancito dall'art. 7 C.E.D.U.. Se tale orientamento dovesse consolidarsi, il principio di colpevolezza rientrerebbe nei principi generali del diritto eurounitario e ciò potrebbe incentivare un *revirement* della Corte di giustizia. Questa potrebbe invece fondare il principio in esame sull'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, ponendolo in connessione con i principi di legalità e d'irretroattività della legge sfavorevole. Connessione questa che da tempo è stata messa in evidenza dalle corti costituzionali di molti paesi europei, tra cui l'Italia.

Il regolamento definisce i caratteri fondamentali della sanzione punitiva, ponendo un vincolo sulle scelte del legislatore europeo. Si afferma che le misure e le sanzioni amministrative sono istituite solo qualora risultino necessarie «per garantire la corretta applicazione del diritto comunitario». Esse devono avere «carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo per assicurare un'adeguata tutela degli interessi finanziari delle Comunità».

Tale previsione afferma innanzi tutto il principio di necessità della pena, inteso come necessità che questa venga prevista solo ove risulti assolutamente indispensabile per garantire la corretta attuazione degli obiettivi dell'Unione. Esso risponde all'esigenza fondamentale che l'intervento sanzionatorio costituisca una *extrema ratio*, costituendo pur sempre un atto idoneo a restringere le sfere giuridiche individuali.

Particolarmente rilevanti sono gli ulteriori caratteri che la sanzione deve possedere. Essa deve risultare regolata in modo che sia garantita la sua proporzionalità, nel senso che deve sacrificare la sfera individuale solo nei limiti in cui risulti indispensabile per assicurare efficacemente lo scopo di tutela che la giustifica; ciò deve comunque avvenire garantendo la dissuasività e l'effettività della sanzione, caratteri ineliminabili di ogni misura punitiva.

Infine l'art. 2, comma 2 del regolamento definisce una sorta di statuto generale delle sanzioni punitive eurounitarie che in un certo modo riprende i principi attualmente previsti dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali. In particolare si prevede che «*Nessuna sanzione amministrativa può essere irrogata se non è stata prevista da un atto comunitario precedente all'irregolarità. In caso di successiva modifica delle disposizioni relative a sanzioni amministrative contenute in una normativa comunitaria si applicano retroattivamente le disposizioni meno rigorose*».

Senza spendere eccessive riflessioni su tale punto, è sufficiente evidenziare che la disposizione afferma i principi essenziali che connotano il diritto punitivo:

a) si afferma il principio di legalità, nel senso che una sanzione amministrativa può disporsi solo in quanto prevista da un apposito «atto

sanzionario comunitario, cit., che evidenzia come la Corte di giustizia giustifichi tale posizione ritenendo che il principio di colpevolezza non trovi un riscontro uniforme nelle tradizioni giuridiche dei Paesi europei, con la conseguenza che non sarebbe dato riconoscere al principio di colpevolezza il rango di regola fondamentale dello statuto europeo della pena.

comunitario”⁴¹⁶. La previsione, proprio a cagione del riferimento effettuato all’atto comunitario, non sembra limitarsi ad affermare il principio di matrice europea della prevedibilità della norma punitiva; sembra piuttosto che essa disponga una vera e propria riserva di fonte normativa, nel senso che la sanzione punitiva deve trovare fondamento in una *lex scripta*, nel rispetto delle competenze della Commissione e del Consiglio dettate dai trattati⁴¹⁷.

Il principio di legalità viene riferito solo alla “sanzione amministrativa” non anche ai fatti costituenti l’illecito. Nondimeno non c’è dubbio che anche questi ricadano sotto la sfera operativa del principio in esame. In caso contrario la funzione di garanzia dello stesso risulterebbe gravemente menomata. Senza considerare che una diversa lettura si porrebbe in conflitto con il principio *nullum crimen, nulla pena sine lege* che costituisce indubbiamente un principio generale del diritto europeo.

b) Connaturata al principio di legalità è poi quello di *tassatività*, inteso tanto come determinatezza della disposizione legislativa che prevede la fattispecie punitiva, quanto come divieto di applicazioni analogiche *in malam partem* della norma punitiva. Il principio in esame, sebbene non esplicitamente previsto nel regolamento, è stato ritenuto dalla Corte di giustizia corollario indefettibile del principio di legalità e del correlato principio di irretroattività della norma sfavorevole⁴¹⁸. Tale approdo è coerente peraltro con le indicazioni fornite dalla C.E.D.U. e dalla Corte di Strasburgo.

c) Si afferma espressamente il principio di irretroattività della norma che stabilisce la punibilità di un fatto e la natura e l’entità della misura punitiva. Come più volte ormai ribadito, si tratta di un principio fondamentale della materia punitiva, funzionale a un’applicazione razionale e funzionale della pena. Anche tale principio, sebbene riferito solo alla norma che regola la sanzione amministrativa, va riferita anche alle norme che descrivono il fatto illecito, per le ragioni già esposte per il principio di legalità.

Va evidenziato che il divieto di applicazione retroattiva è ritenuto inderogabile dalla Corte di giustizia solo per le norme che prevedono sanzioni punitive, non anche per quelle norme concernenti sanzioni di natura esecutiva. Si è ammessa in generale la possibilità di applicarle retroattivamente laddove particolari circostanze impongano un bilanciamento tra le garanzie del cittadino e l’interesse pubblico da risolvere in senso favorevole a quest’ultimo⁴¹⁹. Ciò sottolinea vieppiù

⁴¹⁶ La circostanza che non si parli di legge, bensì di “atto comunitario” ha spinto una parte della dottrina a parlare di principio di «previsione normativa della fattispecie». Così PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, cit., p. 127.

⁴¹⁷ MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario*, cit., p. 140, la quale evidenzia come il tradizionale *deficit* democratico che connota le procedure legislative europee metta a serio repentaglio la *ratio* garantista della riserva di legge, da sempre finalizzata a far sì che le scelte punitive siano rimesse al potere politico che rappresenta democraticamente il popolo sovrano.

⁴¹⁸ MAUGERI, *op. ult. cit.*, p. 152.

⁴¹⁹ Corte di giustizia, sent. 25 gennaio 1979, C-98/78, *Racke*.

come anche in ambito eurounitario risulti distinto lo statuto della sanzione punitiva e di quella esecutiva, in coerenza con le diverse funzioni a ciascuna assegnate dall'ordinamento giuridico.

d) L'art. 2 infine riconosce il principio della retroattività della norma, successiva alla commissione dell'illecito, che importa un trattamento più lieve di quello previsto dalla normativa vigente al tempo dell'illecito. Si riafferma così il principio del *favor libertatis* che in ambito eurounitario ha ricevuto uno speciale riconoscimento anche nell'ambito della Carta dei diritti. La giurisprudenza eurounitaria ha precisato che la regola di cui all'art. 2 del regolamento opera solo ed esclusivamente per le sanzioni punitive di cui all'art. 5, non anche alle "misure" dell'art. 4. Va rilevato che – analogamente a quanto previsto nella C.E.D.U. – l'art. 2 limita il principio di retroattività favorevole solo alle norme che statuiscono le pene per una determinata irregolarità e non a qualsiasi norma del diritto punitivo.

Infine l'art. 2, comma 3 del regolamento stabilisce i criteri cui deve attenersi il legislatore europeo per la determinazione delle misure e delle sanzioni amministrative da ricollegare alle irregolarità eventualmente accertate. Si afferma la rilevanza dei parametri della «natura e della gravità dell'irregolarità, del beneficio concesso o del vantaggio ricevuto e del grado di responsabilità».

Desti perplessità la previsione di criteri unitari per la determinazione tanto delle "misure" di cui all'art. 4 quanto per le sanzioni di cui all'art. 5. Si tratta di provvedimenti funzionalmente differenti che, come tali, esigono criteri di determinazione differenti. Tuttavia si può fornire degli stessi una lettura conforme alla struttura e alla funzione di ciascuna categoria di provvedimenti previsti dal regolamento. Così le misure ripristinatorie non debbono avere una ampiezza maggiore del vantaggio indebitamente percepito, altrimenti risulterebbe contraddetta la loro funzione esecutiva. Ciò è confermato peraltro anche dall'art. 4, comma 2 del regolamento che statuisce che l'applicazione delle misure debba essere «limitata alla revoca del vantaggio indebitamente ottenuto aumentato, se ciò è previsto, di interessi che possono essere stabiliti in maniera forfettaria»⁴²⁰.

I parametri di cui all'art. 2, comma 3 del regolamento diventano allora decisivi per la determinazione delle sanzioni di cui all'art. 5. In tale ottica essi vanno usati in coerenza con la natura punitiva di tali provvedimenti. Così i criteri del "vantaggio ricevuto" e del "beneficio concesso" vanno concepiti come indici della gravità dell'irregolarità, da valutare in concorso con gli altri criteri previsti dal regolamento⁴²¹.

⁴²⁰ Ciò sembra suggerire che i parametri di cui all'art. 2, comma 3 del regolamento possano giustificare al più una diminuzione dell'entità della misura, piuttosto che un suo aumento rispetto all'entità del vantaggio. Ciò si presenta comunque come una contaminazione della funzione esecutiva che il regolamento assegna alle misure di cui all'art. 4.

⁴²¹ MAUGERI, *Il regolamento*, cit., p. 955, che evidenzia come sarebbe stato più opportuno fare riferimento al "profitto conseguito", piuttosto che al vantaggio ottenuto, alla luce della funzione del criterio che è quella di porsi come indice sintomatico della gravità del fatto costituente l'irregolarità.

6.4. Considerazioni finali sui principi fissati dal diritto eurounitario in tema di sanzioni giuridiche e di misure non sanzionatorie. – Dopo l’analisi dei principali riferimenti normativi in materia sanzionatoria previsti dall’ordinamento eurounitario si possono evidenziare alcune linee di tendenza utili per una migliore comprensione del sistema sanzionatorio nazionale.

Innanzitutto si può evidenziare che anche il diritto dell’Unione europea conosce la dicotomia tra le sanzioni punitive ed esecutive, come conferma la disciplina posta dal regolamento n. 2899/1995. Dunque anche a livello eurounitario si ha una netta distinzione tra il regime giuridico inerente alle sanzioni punitive e quello concernente le sanzioni esecutive, in coerenza con il diverso scopo che gli ordinamenti giuridici assegnano a tali misure.

Sul piano dei principi si assiste, a seguito dell’entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, a una tendenziale convergenza tra lo statuto della sanzione punitiva delineato dall’ordinamento italiano e quello delineato dal diritto eurounitario. La Carta dei diritti riconosce infatti le principali garanzie che connotano il diritto punitivo nelle principali tradizioni giuridiche degli stati europei. Meno convergenza tuttavia si registra in relazione alle regole che governano la struttura dell’illecito, posto che la Carta non afferma invece il principio di personalità della responsabilità rispetto alle sanzioni punitive.

Un pieno parallelismo invece sembra riscontrarsi tra i principi maturati in ambito C.E.D.U. e quelli sanciti dal diritto eurounitario. Ciò conferma la tradizionale vicinanza tra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e quella della Corte di giustizia nell’elaborazione di un concetto europeo di pena e nella definizione di uno statuto europeo di essa.

Minore attenzione è stata dedicata dalla giurisprudenza eurounitaria alle sanzioni esecutive e alla differenziazione tra lo statuto di queste e lo statuto delle pene. Nondimeno si rinvencono tracce del concetto di sanzione esecutiva nel diritto eurounitario. La relativa disciplina per ora è stata tuttavia costruita “in negativo” dalla Corte di giustizia, ossia attraverso l’esclusione per tale tipologia sanzionatoria di alcuni principi riconosciuti esplicitamente come propri della sanzione punitiva.

Quanto, infine, alle misure non sanzionatorie, le fonti primarie del diritto eurounitario non pongono principi specifici per esse. Ciò importa che – analogamente a quanto avviene in sede C.E.D.U. – lo statuto di tali misure andrà costruito in base a due linee direttive: in primo luogo escludendo per tali misure l’applicabilità dei principi propri delle sanzioni punitive; in secondo luogo valorizzando i limiti alla compressione dei diritti e delle libertà fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti e dai Trattati UE, ove gli stessi siano incisi da una misura non sanzionatoria prevista dal diritto nazionale. Tali limiti si risolvono prevalentemente nel principio di legalità del provvedimento; nell’esigenza che la compressione avvenga per la tutela di interessi generali o per la protezione di altri diritti fondamentali; nell’esigenza che la limitazione sia contenuta nei limiti della proporzionalità rispetto allo scopo di tutela perseguito.

Anche su tale punto si registra pertanto una tendenziale coincidenza tra il diritto eurounitario e il diritto fondato sulla C.E.D.U..

7. *Conclusioni.* – È possibile a questo punto tracciare un quadro riassuntivo dei principi previsti dal diritto europeo in materia sanzionatoria.

In relazione alle sanzioni giuridiche, il diritto europeo – locuzione comprensiva del diritto eurounitario e di quello di fonte convenzionale – si mostra essenzialmente coerente con le tradizioni costituzionali degli Stati europei. Esso sancisce talune garanzie fondamentali in materia punitiva che sono ispirate alle Costituzioni nazionali e alla tradizione giuridica penale europea.

La vera innovazione apportata dal diritto europeo è stato il superamento dell'idea tradizionale per cui i suddetti principi garantisti concernerebbero esclusivamente la sanzione criminale, come sanzione regolata dal diritto penale. Questa è un'idea che deriva dalla particolare rilevanza che la pena ha assunto nei secoli nel ramo del diritto criminale e che ha fatto sì che prevalentemente la scienza penalistica si occupasse delle questioni concernenti l'*an*, il *quando*, il *quomodo* della punizione. In realtà – come in precedenza illustrato – l'emersione del diritto punitivo amministrativo ha posto in crisi questa idea, facendo intendere che i principi garantisti elaborati dalla tradizione penalistica erano da considerare propri di qualsiasi misura punitiva, sia essa prevista dal diritto criminale o dal diritto amministrativo. Il diritto europeo ha accelerato questa nuova visione del diritto punitivo, giungendo così a una tendenziale uniformazione dello statuto della pena nei vari paesi europei.

Al di là di tale aspetto, il diritto europeo non ha apportato significative innovazioni sul piano dei principi, essendo tutti affermati anche dalle costituzioni dei principali paesi europei. Forse la vera innovazione sui principi ha riguardato la nuova concezione della legalità penale, come prevedibilità della norma punitiva, anche alla luce della sua elaborazione in sede giudiziaria. Ciò detto, i diritti nazionali continuano a prevedere garanzie più ampie nel diritto punitivo, come conferma la mancata previsione in sede europea del divieto di responsabilità oggettiva.

Circa le sanzioni esecutive, il diritto europeo non ha mostrato particolare interesse all'elaborazione di una nozione europea della stessa o alla fissazione di uno statuto fondamentale per tale tipologia sanzionatoria. Resta fermo tuttavia che il diritto europeo accoglie la dicotomia tra sanzioni esecutive e punitive, come emerge soprattutto dalla giurisprudenza che esclude sistematicamente i principi propri della pena per le misure “ripristinatorie” o “riparatorie” o comunque “risarcitorie”.

Parimenti emerge la consapevolezza a livello europeo dell'esistenza di un vasto settore negli ordinamenti nazionali di misure prive di carattere sanzionatorio e aventi finalità di mera prevenzione del crimine. Tali misure vengono così sottratte alle regole proprie della sanzione punitiva dalla giurisprudenza europea. Ciò non vuol dire che le stesse siano del tutto prive di qualsiasi regime giuridico in sede

europea. Tali misure – come accennato in precedenza – subiranno le limitazioni che il diritto europeo pone per la restrizione dei diritti e delle libertà su cui esse sono destinate a incidere. Così se una misura è destinata a incidere sul patrimonio privato, sarà necessario rispettare i limiti posti dall'art. 1 Prot. add. C.E.D.U. e dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali. In generale si può evidenziare che il diritto europeo pone per tali misure i seguenti principi che vengono costantemente ribaditi nella disciplina delle limitazioni dei diritti fondamentali:

a) la misura deve avere fondamento nella legge, nel senso che i presupposti per la sua applicazione, i soggetti competenti a disporla, i modi di applicazione e il contenuto di essa devono essere previsti da una norma giuridica avente i requisiti dell'accessibilità e della prevedibilità per i destinatari, i quali devono poter individuare agevolmente l'ambito operativo del potere limitativo; ciò importa soprattutto la necessità della determinatezza della disposizione nel momento in cui è posta dall'organo competente e della interpretazione ragionevole in sede applicativa. Si è evidenziato come il principio di legalità, in relazione a tali misure, si discosta dai caratteri propri del principio di legalità in materia punitiva e si avvicina maggiormente ai connotati propri del principio di legalità che informa l'attività dell'amministrazione pubblica. Dunque il destinatario della misura, più che le conseguenze della propria condotta, deve poter prevedere i casi in cui è esercitabile il potere pubblico e i modi con cui esso deve essere esercitato.

b) La misura deve essere prevista per il perseguimento di un interesse pubblico o comunque generale. In mancanza la misura si configurerebbe come un'ingerenza inutile nella sfera giuridica privata e, come tale, arbitraria.

c) La misura – tanto in sede di disciplina legislativa quanto in sede applicativa – deve essere proporzionata allo scopo di tutela. Essa deve in sostanza essere idonea a tale scopo e deve importare solo quel sacrificio dell'altrui diritto che sia strettamente indispensabile al perseguimento dello scopo che la giustifica. In questo senso la proporzionalità, imponendo un raffronto tra gli interessi posti in conflitto dalla misura, impone un bilanciamento ragionevole tra gli stessi. La proporzionalità impone in definitiva che la misura adottata non risulti arbitraria, irragionevole.

Vale la pena evidenziare che i principi appena illustrati richiamano da vicino i principi essenziali dell'esercizio del potere amministrativo, a conferma della vicinanza delle misure non sanzionatorie con la logica propria dei provvedimenti *stricto sensu* amministrativi, piuttosto che con quella dei provvedimenti punitivi, dove invece governa l'esigenza di una commisurazione della pena alla gravità del fatto commesso.

Sebbene le tre misure cui si è fatto riferimento siano distinte in modo più o meno netto nel diritto europeo, non sempre i criteri offerti dalle corti europee per la

qualificazione di una misura appaiono corretti. Particolarmente problematico – come si è già spiegato in precedenza – è il criterio che fa leva sul collegamento della misura a un fatto qualificabile come reato e quello processuale secondo cui una misura, in quanto disposta dall'autorità giudiziaria mediante un processo, è per ciò solo una sanzione punitiva.

Senza ripetere ciò che è stato già affermato in precedenza, si deve ribadire solamente la erroneità di simili criteri, i quali possono essere forieri di gravi inconvenienti in sede applicativa. Inoltre essi rischiano di rendere particolarmente difficoltosa la costruzione di uno statuto europeo delle sanzioni giuridiche, a causa delle possibili confusioni concettuali cui essi possono dare luogo.

A parte tale problema dei criteri di qualificazione della sanzione punitiva, il diritto europeo si pone in linea di continuità e di coerenza con l'ordinamento italiano. Una volta superata la distinzione tra sanzione criminale e sanzione amministrativa in favore di quella tra sanzione punitiva e sanzione esecutiva, lo statuto nazionale della pena risulta confermato in sede europea nei suoi tratti essenziali. Anzi lo statuto nazionale si presenta attualmente più denso di garanzie di quello europeo, che ancora risulta in fase di costruzione da parte della dottrina e della giurisprudenza europee.

CAPITOLO V

LA CONFISCA COME MISURA DI SICUREZZA: L'ISTITUTO CONFISCATORIO NEL CODICE PENALE ITALIANO.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La confisca come misura di sicurezza: profili generali. – 3. Le ipotesi di confisca secondo l'art. 240 c.p.. – 3.1. La confisca facoltativa – 3.1.1. Lo strumento del reato. – 3.1.2. Il prodotto del reato. – 3.1.3. Il profitto del reato. – 3.2. La confisca obbligatoria. – 3.2.1. Il prezzo del reato. – 3.2.2. Le cose oggetto materiale di attività penalmente illecite. – 4. Le ipotesi speciali di confisca previste dal codice penale e dalle leggi speciali. – 5. Lo statuto giuridico della confisca ordinaria. – 6. La controversa natura giuridica della confisca ordinaria. – 7. Conclusioni sull'inquadramento della confisca ordinaria. Inapplicabilità dello statuto interno ed europeo della pena.

1. Considerazioni introduttive. – Una volta delineato il quadro complessivo delle sanzioni giuridiche e delle altre misure non sanzionatorie, alla luce dell'ordinamento italiano e del diritto europeo, è possibile procedere all'analisi delle principali ipotesi di confisca previste dal diritto italiano. Si prenderanno come riferimento la confisca del codice penale; la confisca di valore; la confisca di prevenzione. Si tratta di ipotesi confiscatorie molto importanti a livello sistematico. Esse individuano i modelli di disciplina fondamentali cui sono riconducibili le confische previste nelle varie leggi di settore. In questo senso esse sono il simbolo di quella "frantumazione" dello statuto della confisca che si è venuto a creare negli ultimi decenni a seguito dell'emanazione del codice Rocco. In questo capitolo si prenderà in considerazione la confisca prevista nel codice penale, ossia la confisca come misura di sicurezza.

2. La confisca come misura di sicurezza: profili generali. – Il codice penale

colloca l'istituto della confisca nel Titolo VIII del Libro I, inerente alle misure di sicurezza. In particolare la confisca viene inserita nel Capo II del Titolo VIII, che disciplina le *misure di sicurezza patrimoniali*⁴²². Essa consiste in un provvedimento ablatorio attraverso il quale viene attribuita allo Stato la proprietà di cose in vario modo collegate alla commissione di un reato⁴²³. La confisca in esame va dunque tenuta ben distinta da altri istituti analoghi: in quanto conseguenza giuridica di un reato, essa non è un'espropriazione per motivi di interesse generale, ai sensi dell'art. 42, comma 3 Cost., sicché non può dar luogo ad alcun indennizzo in favore del condannato⁴²⁴; avendo a oggetto beni pertinenti al reato, essa non è assimilabile alla tradizionale confisca di beni, che aveva attitudine a incidere indistintamente su tutti i beni del condannato.

La confisca viene disposta con provvedimento dell'autorità giudiziaria – normalmente con la sentenza di condanna come prevede lo stesso art. 240 c.p.p. – e può avere a oggetto solamente *cose*, siano esse animali od oggetti inanimati, a condizione che non risultino consumate o distrutte. La confisca non può avere a oggetto invece gli esseri umani, ancorché rappresentino l'oggetto materiale del reato⁴²⁵. Inoltre si deve escludere la confiscabilità di cose che abbiano per inderogabile disposizione di legge una destinazione determinata, in virtù della loro natura⁴²⁶ ovvero che siano già di proprietà dello Stato⁴²⁷.

Lo scopo politico-criminale della confisca è specificato chiaramente nella Relazione al progetto preliminare del codice penale. Come tutte le misure di sicurezza, essa mira alla prevenzione di nuovi reati, non invece alla repressione dell'illecito. Tale obiettivo viene perseguito attraverso l'«eliminazione di cose che,

⁴²² La scelta del legislatore codicistico è stata fortemente innovativa rispetto al previgente codice Zanardelli che collocava la confisca tra gli «effetti delle condanne penali», connotandola per alcuni versi come una pena complementare a quella principale e a quelle accessorie. Al contrario il codice Rocco qualifica la confisca come misura di sicurezza, a cagione della spiccata funzione di prevenzione speciale che è stata assegnata a tale istituto.

⁴²³ La letteratura sulla confisca “reale” prevista dal codice penale è ampia. Per tutti si rinvia a ALESSANDRI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989, p. 39 ss.; ARDIZZONE, *Appunti in tema di confisca*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, I, 1942, p. 249 ss.; BERNIERI, *Alcuni cenni sulla confisca nel nuovo codice*, in *Riv. pen.*, I, 1931, c. 521; FURFARO, voce *Confisca*, in *Dig. dir. pen.*, agg. III-I, Torino, 2005, p. 201; GUARNERI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 40 ss.; GULLO, *La confisca*, in *Giust. pen.*, II, 1981, p. 38 ss.; MASSA, voce *Confisca (diritto e procedura penale)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 981 ss.; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 104 ss.; MELCHIONDA, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 334 ss.; NICOSIA, *Aspetti teorici e generali e aspetti applicativi della confisca*, in CADOPPI – CANESTRARI – MANNA – PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte generale. La punibilità*, Torino, 2014, p. 405 ss.; NUNZIATA, *La confisca*, cit., p. 163 ss.; TRAPANI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, p. 1 ss.

Per la manualistica si veda per tutti MANZINI, *Trattato*, cit., p. 383 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 845 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 837 ss..

⁴²⁴ TRAPANI, voce *Confisca*, cit., p. 1.

⁴²⁵ MANZINI, *Trattato*, cit., p. 385, il quale evidenzia come nel caso di condanna per il delitto di tratta di schiavi, questi ultimi, in quanto esseri umani, non vengono confiscati, bensì liberati.

⁴²⁶ MANZINI, *ibidem*.

⁴²⁷ TRAPANI, *op. ult. cit.*, p. 1.

provenendo da fatti illeciti penali, o in alcuna guisa collegandosi alla loro esecuzione, manterrebbero viva l'idea e l'attrattiva del delitto»⁴²⁸. Secondo l'ottica del legislatore codicistico dunque la confisca, spogliata di ogni connotazione repressiva, avrebbe lo scopo essenziale di contrastare la "pericolosità" delle cose connesse al reato. In ciò essa presenterebbe una comune funzionalità con le altre misure di sicurezza, che invece mirano a contrastare la pericolosità personale, come indicato dall'art. 203 c.p.. Tale pericolosità della *res* non va intesa come attitudine di questa a recare un danno, ma come possibilità che la cosa, restando nella disponibilità dell'autore del reato, si trasformi per lui in uno stimolo continuo a commettere nuovi fatti di reato⁴²⁹. Un tale stimolo deriverebbe – nell'ottica del legislatore storico – dalla prospettiva del facile guadagno che dalla commissione di un reato si può trarre; prospettiva che sarebbe di certo rafforzata nell'ipotesi in cui, nonostante l'accertata responsabilità penale dell'agente, non si provvederebbe all'ablazione dei beni che nel reato hanno la loro scaturigine. Tale punto è messo bene in evidenza sempre dal Guardasigilli nella Relazione ministeriale: «Le utili trasformazioni dell'immediato prodotto del reato, gli impieghi redditizi del denaro di provenienza delittuosa non debbono, né possono impedire che al colpevole venga sottratto ciò che era precisamente obbietto del disegno criminoso e che egli sperava di convertire in mezzo di maggior lucro e di illeciti guadagni»⁴³⁰.

Nonostante la chiarezza del legislatore sulla *ratio* della confisca, all'indomani dell'entrata in vigore del codice penale nella dottrina e nella giurisprudenza sono immediatamente emersi forti dubbi sulla correttezza della collocazione sistematica di tale istituto nel novero delle misure di sicurezza. E ciò in virtù della profonda eccentricità che lo statuto giuridico della confisca presenta rispetto a quello delle ordinarie misure di sicurezza personali e della stessa cauzione di buona condotta. Su tale aspetto sarà necessario soffermarsi con attenzione. Prima di procedere, è opportuno tuttavia illustrare le ipotesi di confisca previste dal codice penale, l'oggetto della misura confiscatoria e lo statuto per essa delineato dal codice penale.

3. *Le ipotesi di confisca secondo l'art. 240 c.p.* – Ai sensi dell'art. 240 c.p. la confisca può essere facoltativa (comma 1) oppure obbligatoria (comma 2), a seconda che il giudice abbia la possibilità o il dovere di ordinarla.

È opportuno procedere all'analisi separata di tali tipologie di confisca.

3.1. *La confisca facoltativa.* – Le ipotesi di confisca facoltativa sono regolate dall'art. 240, comma 1 c.p., secondo cui «Nel caso di condanna, il giudice

⁴²⁸ Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, cit., par. 202.

⁴²⁹ MASSA, voce *Confisca*, cit., p. 983.

⁴³⁰ Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, cit., par. 240.

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».

La confisca facoltativa costituisce il principio generale in materia, con conseguente eccezionalità dei casi di confisca obbligatoria.

Condizione fondamentale per applicare la confisca è che il giudice emetta una «condanna» per un «reato». Quanto alla condanna, questa può essere pronunciata con una sentenza (art. 533 c.p.p.), con un decreto penale di condanna (art. 460 c.p.p.), nonché con una sentenza che dispone l'applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 445 c.p.p.). La condanna può concernere tanto un delitto, anche colposo⁴³¹, quanto una contravvenzione. Ciò in quanto l'art. 240, comma 1 c.p. dispone la confisca di cose collegate a un «reato». Nessuna confisca facoltativa può disporsi in caso di proscioglimento dell'imputato, nel qual caso le cose eventualmente sequestrate devono essere restituite a colui che dimostri di avervi titolo (artt. 323 e 676 c.p.p.).

La confisca facoltativa deve avere a oggetto esclusivamente cose appartenenti al soggetto condannato in sede penale. Sono escluse dal suo ambito operativo le cose appartenenti a soggetti estranei al reato (art. 240, comma 3 c.p.).

Si considera estraneo al reato il soggetto che non abbia contribuito né in via materiale, né in via psichica alla commissione del reato ovvero che non abbia in alcun modo condotto quello a ulteriori conseguenze⁴³². Non rileva invece che il soggetto sia rimasto, per motivi contingenti, estraneo al procedimento penale culminato con l'applicazione della confisca⁴³³. La giurisprudenza ha inoltre ritenuto non estraneo al reato, e dunque passibile di confisca, colui che abbia «ricavato consapevolmente vantaggi e utilità dal reato» ovvero che abbia «comportamenti negligenti che abbiano favorito l'uso indebito della cosa»⁴³⁴. Infine la cosa, ancorché

⁴³¹ Rileva MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 387 che difficilmente un delitto colposo può giustificare la confisca facoltativa. Invero, data l'involontarietà del fatto commesso per colpa, è difficile che l'agente utilizzi o destini cose per la commissione del reato. Né sembrerebbe individuabile – secondo l'Autore – un profitto o prodotto criminoso, in caso di delitto colposo, trattandosi di concetti che presuppongono una sorta di disegno criminale alla base della commissione del reato. Accoglie tale idea anche MASSA, voce *Confisca*, cit., p. 985.

⁴³² ALESSANDRI, voce *Confisca*, cit., p. 53, il quale nega che terzo possa essere anche una persona giuridica, dal momento che l'art. 240 c.p., attraverso la nozione di condanna, individua i terzi in soggetti che astrattamente potrebbero essere autori del reato, ma in concreto non lo sono. Dato che gli enti non sono destinatari delle norme penali, il terzo di cui all'art. 240 c.p. non può essere un ente.

⁴³³ TRAPANI, voce *Confisca*, cit., p. 3. In giurisprudenza si veda Cass. pen., Sez. I, 6 novembre 1995, n. 5580, in *Riv. polizia*, 1997, p. 97, secondo cui «Ai fini dell'applicazione del comma ultimo art. 240 c.p. - in base al quale la confisca obbligatoria prevista dal comma 2 della medesima disposizione non si applica a quelle cose che appartengono a persona estranea al reato quando la fabbricazione e l'uso possono esserne autorizzati - il concetto di estraneità al reato deve distinguersi da quello di estraneità al processo penale: può ritenersi infatti estraneo al reato soltanto chi risulti non aver avuto alcun collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del fatto reato, ossia soltanto chi non abbia posto in essere alcun contributo di partecipazione o di concorso, ancorché non punibile, e non anche colui il quale, pur implicato nella fattispecie criminosa, sia sfuggito o non sia ancora sottoposto o venga separatamente sottoposto a procedimento penale».

⁴³⁴ Cass. pen., S.U., sent. 17 aprile 2012, n. 14484, in *www.neldiritto.it* (ultimo accesso in data 24 gennaio 2017), par. 7 che afferma, in relazione ai reati stradali che «Il terzo, innanzitutto, per

nella formale titolarità del terzo, viene reputata comunque appartenente al reo, se il primo rappresenta un mero prestanome del secondo⁴³⁵.

Quanto al concetto di «appartenenza», si deve ritenere che esso ricomprenda certamente l'ipotesi in cui il terzo sia titolare del diritto di proprietà sulla cosa confiscata. Non osta all'ablazione patrimoniale la circostanza che il bene risulti in proprietà tra il condannato e il terzo estraneo al reato: in tal caso la confisca riguarderà solo la quota di proprietà appartenente al reo. La giurisprudenza consolidata ritiene tuttavia che il suddetto concetto, ai fini della legge penale, può essere inteso in senso più ampio e ricomprendere anche i diritti reali di godimento e di garanzia che i terzi hanno sulla cosa. In tali casi la confisca colpisce esclusivamente il diritto che il condannato ha sulla cosa, lasciando impregiudicati altri eventualmente esistenti⁴³⁶. L'appartenenza della cosa deve essere valutata, secondo la prevalente giurisprudenza, al momento della commissione del fatto di reato⁴³⁷. In ogni caso essa va specificamente provata affinché costituisca un valido limite alla confisca; in assenza di prove contrarie, la detenzione della cosa da parte del condannato fa presumere la titolarità della proprietà in capo allo stesso.

Le cose, perché siano confiscabili, ai sensi dell'art. 240, comma 1 c.p.,

considerarsi estraneo deve essere in buona fede e cioè non deve avere in alcun modo partecipato al reato, richiedendosi la mancanza di ogni collegamento diretto o indiretto con la consumazione del fatto reato. Né egli deve avere ricavato consapevolmente vantaggi e utilità dal reato, nè avere avuto comportamenti negligenti che abbiano favorito l'uso indebito della cosa. In tal senso, nell'ambito specifico della guida in stato di ebbrezza, non potrebbe ritenersi 'estraneo' il soggetto che per difetto di vigilanza o per altro comportamento colposo ha agevolato la perpetrazione della fattispecie contravvenzionale, per esempio nel caso di proprietario dell'autovettura che risulti a bordo con il trasgressore».

⁴³⁵ NICOSIA, *Aspetti teorici e generali*, cit., p. 418. In giurisprudenza vedi Cass. pen., sez. VI, sent. 19 ottobre 1990, n. 2688, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 494, secondo cui «In tema di confisca (nella specie, di veicolo usato per commettere il reato di detenzione di sostanza stupefacente) regolata dall'art. 240 c. p. (a seguito della sostituzione dell'art. 79, l. 22 dicembre 1975, n. 685 con l'art. 22, l. 26 giugno 1990, n. 162, che non prevede più la confisca dei mezzi comunque usati per commettere il reato), non integra il concetto di appartenenza - la cui nozione è più ampia di quella civilistica - la semplice intestazione del bene mobile utilizzato per realizzare il reato stesso, quando precisi elementi di fatto consentano di ritenere che l'intestazione sia del tutto fittizia e che in realtà sia l'autore dell'illecito ad avere la sostanziale disponibilità del bene».

⁴³⁶ TRAPANI, voce *Confisca*, cit., p. 3. Si è dunque ritenuta ammissibile la confisca della quota del comproprietario sulla cosa, i diritti del venditore con riserva di proprietà o avente diritto di riscatto. In giurisprudenza vedi Cass. civ., S.U., 30 maggio 1989, n. 2635, in *Foro It.*, 1990, I, p. 591, che ha affermato il principio seguente: «Il sequestro e la confisca del veicolo colto a circolare senza copertura assicurativa sono applicabili ed efficaci indipendentemente dal fatto che il bene sia gravato da ipoteca, precedentemente iscritta, a favore di un creditore, al quale deve riconoscersi la facoltà di soddisfare le proprie ragioni sul veicolo, pur se in stato di confisca, o sul ricavato della vendita nelle forme e nei modi consentiti dall'ordinamento e compatibili con la condizione giuridica in cui il bene si trova».

⁴³⁷ TRAPANI, *ibidem*. *Contra* MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 390, secondo cui l'appartenenza assumerebbe rilevanza anche se acquisita successivamente alla commissione del reato, essendo da tutelare il diritto del terzo acquistato nella totale inconsapevolezza dell'origine criminosa della cosa. Sostiene la tesi per cui l'appartenenza va valutata al tempo dell'adozione del provvedimento anche NUNZIATA, *La confisca*, cit., p. 205, nota 83, il quale evidenzia come una tale soluzione consenta anche un'attualizzazione del giudizio di pericolosità reale delle cose, che costituisce il fondamento della misura confiscatoria. In giurisprudenza ritiene rilevante il momento della commissione del reato Cass. pen. sez. II, sent. 03 febbraio 2011, n. 13360, in *CED Cassazione*, 2011, Rv. 249885.

devono essere in uno specifico rapporto con il reato che ha giustificato la condanna. In particolare si deve trattare di cose che costituiscono lo “strumento” del reato ovvero che di questo rappresentano il prodotto o il profitto.

Occorre analizzare separatamente questi due casi. Prima di procedere è opportuno specificare che il provvedimento di confisca non può essere adottato in base al mero riscontro dei suddetti caratteri nelle cose da sottoporre ad ablazione. È necessario a questo fine che il giudice riscontri altresì la loro concreta “pericolosità”, ossia la loro effettiva idoneità a stimolare il reo alla commissione di ulteriori reati, laddove siano lasciate nella sua disponibilità⁴³⁸. In ciò risiederebbe, secondo la tesi dominante, il carattere facoltativo della confisca di cui all’art. 240, comma 1 c.p.⁴³⁹. Questa sarebbe la reale differenza con le ipotesi di confisca di cui all’art. 240, comma 2 c.p.: in tali casi la confisca concerne cose che si presentano inevitabilmente pericolose, per loro intrinseca natura, con la conseguenza che è del tutto inutile richiedere un accertamento giudiziale di questo profilo; di contro le cose di cui all’art. 240, comma 1 c.p. sono “eventualmente” pericolose secondo il legislatore, sicché per la loro confisca si richiede un accertamento giudiziale della loro concreta ed effettiva pericolosità⁴⁴⁰.

3.1.1. Lo strumento del reato. – L’art. 240, comma 1 c.p. consente la confisca innanzi tutto per le cose «che servono o furono destinate a commettere il reato», ossia di cose che la dottrina ha definito lo «strumento del reato»⁴⁴¹. Si tratta di entità che si trovano in un particolare rapporto funzionale con il reato, in quanto indispensabili per l’attuazione del piano criminoso.

Specificamente le cose che servono alla commissione del reato sono tutte quelle cose che costituiscono il *mezzo effettivo* per la realizzazione dell’attività punibile. La giurisprudenza tradizionale ritiene necessario, ai fini dell’ablazione, che si accerti «l’esistenza di uno specifico, non occasionale e strutturale nesso strumentale tra “res” e reato, in quanto, nel perseguimento dei fini di difesa sociale, i diritti patrimoniali dei singoli non possono essere sacrificati in modo indiscriminato attraverso la sottrazione di cose la cui disponibilità è di per sé lecita, a meno che non siano oggettivamente e specificamente predisposte, anche attraverso modificazioni, per l’attività criminosa»⁴⁴². Di conseguenza – secondo tale impostazione – il giudice dispone la confisca solamente se accerti un rapporto causale diretto e immediato tra la cosa e il reato nel senso che la prima debba apparire come indispensabile per

⁴³⁸ TRAPANI, voce *Confisca*, cit., p. 2.

⁴³⁹ MASSA, voce *Confisca*, cit., p. 982, il quale evidenzia la necessità di individuare dei criteri utili per una valutazione della pericolosità il più possibile obiettiva. La difficoltà di tale ricerca non può invece giustificare, secondo l’Autore, l’idea che la facoltatività della confisca si trasformi in “prudente arbitrio” del giudice, ossia in una decisione di cui non va fornita alcuna motivazione nella sentenza che chiude il giudizio.

⁴⁴⁰ NICOSIA, *Aspetti teorici e generali*, cit., p. 415.

⁴⁴¹ NUNZIATA, *La confisca*, cit., p. 178.

⁴⁴² Cass. pen., sez. V, sent. 27 aprile 2012, n. 18531, in *CED Cass.*, Rv. 252526.

l'esecuzione del secondo.

Un diverso indirizzo, minoritario nella giurisprudenza, ponendo l'accento sulla pericolosità del colpevole piuttosto che sulla pericolosità obiettiva della cosa, ritiene sufficiente ai fini della confisca che il bene risulti astrattamente idoneo ad agevolare o amplificare il pericolo di reiterazione del reato. Ne consegue che la cosa è ablabile per il solo fatto di essere potenzialmente utile per la commissione di reati⁴⁴³.

Una soluzione intermedia viene offerta dalla giurisprudenza più recente secondo cui la confisca facoltativa non necessita di un nesso di indispensabilità tra la cosa ed il reato, occorrendo, invece, un concreto nesso di asservimento tra il bene ed il reato, in ragione delle specifiche caratteristiche del primo ovvero delle modalità e circostanza di commissione del secondo⁴⁴⁴.

Le cose che furono destinate alla commissione del reato sono invece tutte quelle cose che il soggetto colpevole aveva predisposto per l'attuazione del suo proposito criminoso, ma che, in concreto, non sono state utilizzate per la realizzazione dell'attività punibile, in quanto esuberanti ovvero insufficienti o anche solo inidonee o che più semplicemente non sono state impiegate per qualsiasi altra causa, anche non imputabile al reo. Se le cose erano state predisposte per la realizzazione di un reato che poi non è stato realizzato nemmeno nella forma del tentativo, la confisca è del tutto preclusa, posto che in tal caso non sarebbe possibile nemmeno la condanna in sede penale⁴⁴⁵. Dunque il legislatore sottopone a confisca tanto i beni che sono stati deliberatamente predisposti per la realizzazione del reato, sia quelli che, non preordinatamente, sono stati concretamente usati per la sua commissione.

La *ratio* della confiscabilità di tali beni sta nel fatto che la strumentalità che lega questi e il reato fonda una prognosi futura di commissione di ulteriori reati, in quanto la disponibilità di essi consentirebbe di certo una reiterazione dell'attività criminosa posta in essere⁴⁴⁶. Per tale ragione la giurisprudenza ha affermato che, affinché possa disporsi la confisca dei beni in esame, occorre accertare un nesso di strumentalità "non occasionale" tra questi e il reato, che non deve tuttavia tradursi necessariamente in un nesso di indispensabilità.

⁴⁴³ Cass. pen., sez. IV, sent. 17 giugno 2004, n. 34365, in *CED Cass.*, Rv. 229094.

⁴⁴⁴ Cass. pen., sez. V, sent. 7 marzo 2006, n. 14307, in *CED Cass.* Rv. 234591.

⁴⁴⁵ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 388.

⁴⁴⁶ NUNZIATA, *La confisca*, cit., p. 180, il quale ritiene irragionevole, data la *ratio* della confisca degli strumenti del reato, che il codice sancisca per queste la facoltatività della misura ablatoria, mentre la stessa è posta come obbligatoria per le cose intrinsecamente illecite. Si sostiene che il nesso di strumentalità tra le cose e il reato dovrebbe fondare una identica presunzione di pericolosità in entrambe le ipotesi su menzionate. Né si potrebbe ritenere che la strumentalità, nel caso di cui all'art. 240, comma 1 c.p., serva solo a individuare le cose confiscabili, mentre resterebbe impregiudicata la valutazione della pericolosità della cosa. Invero la riprovevolezza dell'impiego di una res per la realizzazione di un reato dovrebbe implicare in entrambi i casi un eguale trattamento. Sul punto cfr NICOSIA, *Aspetti teorici e generali*, cit., p. 423, il quale sottolinea che difficilmente gli strumenti del delitto si presentano pericolosi nei confronti di un delinquente per tendenza o per professione. In tali casi la confisca assumerebbe una connotazione punitiva.

La dottrina ha cercato di individuare elementi utili per formulare il giudizio di pericolosità dello strumento del reato. Interessante al riguardo si presenta il criterio della fungibilità della cosa per la commissione del reato⁴⁴⁷. Si evidenzia come non si possa ritenere pericoloso uno strumento che sia di facile reperibilità. Ciò in quanto la sottrazione della disponibilità di esso a scapito del colpevole non può con ragionevole probabilità escludere che questo si procuri altri mezzi analoghi per reiterare il reato⁴⁴⁸. Di contro sembra presentare un significativo livello di pericolosità quello strumento che è di difficile reperibilità sul mercato o che è stato costruito appositamente dal colpevole per la commissione del reato o che comunque si presenta come costoso o difficilmente rimpiazzabile⁴⁴⁹.

3.1.2. Il prodotto del reato. – Si possono definire «prodotto» del reato tutte le cose create, trasformate, adulterate o acquistate mediante il reato⁴⁵⁰. Più in generale il prodotto del reato si può intendere come la modificazione della realtà, sia essa giuridica o effettuale, che si determina in conseguenza della commissione dell'illecito, costituendone così il risultato.

Il prodotto del reato deve avere con questo un rapporto di diretta derivazione causale, nel senso che deve costituirne la conseguenza materiale immediata. Peraltro non è mancata nella giurisprudenza la tendenza a esigere una stretta affinità con l'oggetto del reato o comunque una stretta attinenza con il profilo offensivo del reato⁴⁵¹.

Così intesa la nozione di prodotto, si potrebbe generare il rischio concreto di ricomprendere in essa anche quelle conseguenze che costituiscono il profitto del reato. Occorre dunque delimitare i due concetti onde evitare indebite interferenze. Così si ritiene che il prodotto sia circoscritto a tutte le conseguenze che siano scaturite dall'illecito, a prescindere da ogni considerazione del guadagno che il reo possa essersi eventualmente procurato⁴⁵².

Il prodotto del reato può costituire fattore di pericolosità, in quanto esso costituisce un'utilità materiale che l'illecito ha arrecato al colpevole. Di conseguenza

⁴⁴⁷ MASSA, voce *Confisca*, cit., p. 984.

⁴⁴⁸ Si fa l'esempio in questi casi del coltello da cucina usato dall'autore di un delitto di lesioni per infliggere le ferite o al bastone di legno usato per colpire la vittima in modo mortale. In questi casi sottrarre tali cose alla disponibilità del reo è del tutto inutile perché egli sarà comunque in grado di reiterare i suddetti delitti attraverso l'uso di altri strumenti.

⁴⁴⁹ Si fa l'esempio del macchinario particolarmente elaborato, costruito dal reo, per la commissione di reati di falso e contraffazione.

⁴⁵⁰ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 388, il quale evidenzia come non possano ritenersi prodotto del reato le cose che già appartenevano al colpevole prima della commissione del reato, salvo che, mediante questo, siano state trasformate o sottratte alla legittima disponibilità dei terzi o alla pubblica custodia. In tali ipotesi le cose rappresentano comunque un arricchimento cagionato da un'attività punibile.

⁴⁵¹ ALESSANDRI, voce *Confisca*, cit., p. 50.

⁴⁵² ARDITURO-CIOFFI, *La confisca ordinaria, per sproporzione e per equivalente nel processo di cognizione ed esecuzione*, in BARGI-CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, II, Torino, 2011, p. 701.

il trattenimento di questa utilità può stimolare il soggetto a reiterare nuovi crimini, al fine di incrementare i proventi criminosi. È agevole cogliere come la pericolosità del prodotto del reato difficilmente possa escludersi nei casi concreti in cui esso è rinvenuto. Di conseguenza la dottrina tende a ritenere solo astratta la facoltatività della confisca in questi casi, essendo di fatto riscontrabile nella quasi totalità dei casi⁴⁵³.

3.1.3. Il profitto del reato. – Il profitto del reato può definirsi come il vantaggio economico che ottiene il colpevole o colui nel cui interesse è stato commesso il reato, in conseguenza della commissione di quest'ultimo.

Onde evitare un'eccessiva dilatazione della nozione di profitto, tradizionalmente si è ritenuto che esso fosse limitato ai soli vantaggi patrimoniali che costituissero conseguenza immediata e diretta del fatto di reato⁴⁵⁴. In tal modo si intendeva evitare un'indiscriminata estensione della confisca a qualsiasi beneficio, anche riflesso, scaturito dal reato. Tuttavia non è raro che l'autore di un reato reimpieghi i vantaggi immediatamente conseguiti in altre e più remunerative forme di ricchezza, così impedendo, restando nell'ottica suddetta, la confiscabilità del profitto. Questo è un rischio particolarmente elevato se si considera che l'ablazione potrebbe intervenire molto tempo la realizzazione dell'illecito. Tale risultato comporta dunque la frustrazione della *ratio* della confisca, che va rinvenuta nell'esigenza di evitare che chi commetta un crimine tragga una qualsiasi forma di remunerazione da esso.

Si è fatta strada nella dottrina e nella giurisprudenza più recenti una tesi volta ad attribuire alla nozione di profitto una portata più estesa, funzionale allo scopo della misura confiscatoria. Secondo tale impostazione la nozione di profitto va intesa in modo da ricomprendere non solo i vantaggi immediatamente connessi all'illecito, ma anche quelli che ne costituiscono una conseguenza riflessa, indiretta. In tal modo risultano confiscabili, *ex art. 240, comma 1 c.p.*, anche i beni che derivano dal reimpiego, dalla trasformazione dei beni immediatamente scaturiti dall'illecito. Una tale conclusione appare senza dubbio condivisibile per una pluralità di ragioni. Innanzi tutto essa consente di rendere effettiva la *ratio* della confisca, in quanto preclude al colpevole di ottenere un qualsiasi vantaggio dalla commissione del reato⁴⁵⁵. Inoltre essa appare del tutto coerente con la teoria della "pericolosità

⁴⁵³ MASSA, voce *Confisca*, cit., p. 984.

⁴⁵⁴ Cass. pen., S.U., sent. 27 marzo 2008, n. 26654, in *www.penale.it* (ultimo accesso in data 26 gennaio 2017): «Altro principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità e che qui va ribadito è che il profitto del reato presuppone l'accertamento della sua diretta derivazione causale dalla condotta dell'agente. Il parametro della pertinenzialità al reato del profitto rappresenta l'effettivo criterio selettivo di ciò che può essere confiscato a tale titolo: occorre cioè una correlazione diretta del profitto col reato e una stretta affinità con l'oggetto di questo, escludendosi qualsiasi estensione indiscriminata o dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, che possa comunque scaturire, pur in difetto di un nesso diretto di causalità, dall'illecito».

⁴⁵⁵ ARDITURO-CIOFFI, *La confisca ordinaria*, cit., p. 702.

reale” cui è ispirata la confisca ordinaria. Non vi è dubbio infatti che le cose ottenute con il reimpiego del profitto originario dell’illecito, siccome univocamente collegate all’esecuzione del crimine, siano idonee a mantenere viva l’idea e l’attrattiva dello stesso. Dunque la loro confisca è idonea a potenziare la funzione di prevenzione criminale che l’ordinamento giuridico assegna alla misura confiscatoria⁴⁵⁶. L’accoglimento di una nozione estesa di profitto non implica tuttavia la confiscabilità di qualsivoglia conseguenza economica riconducibile anche solo lontanamente al reato. Resta ferma l’esigenza di accertare, in sede giudiziaria, un duplice aspetto:

a) sul piano oggettivo occorre che il vantaggio mediato sia pur sempre ricollegabile eziologicamente alla commissione dell’illecito, in quanto frutto della trasformazione, del reimpiego dei beni originariamente conseguiti per effetto di quello;

b) sul piano soggettivo deve risultare attribuibile all'autore del reato, che quel reimpiego abbia voluto⁴⁵⁷.

Chiarita l’ampiezza del concetto di profitto, occorre ora analizzare il contenuto dello stesso. Fermo restando che il profitto va individuato nell’incremento patrimoniale scaturito dal reato, si discute della rilevanza di alcuni elementi nella determinazione di tale incremento. In primo luogo, si tende a escludere che nel computo del profitto possano assumere rilevanza le spese sostenute dal colpevole per la preparazione o la esecuzione del reato⁴⁵⁸. Invero il profitto va computato tenendo

⁴⁵⁶ Tale ricostruzione ha ricevuto anche l’avallo di Cass. pen., S.U., sent. 6 marzo 2008, n. 10280 in www.neldiritto.it (ultimo accesso in data 26 gennaio 2017), che ha affermato che «nel concetto di profitto o provento di reato vanno compresi non soltanto i beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità, che lo stesso realizza come effetto anche mediato ed indiretto della sua attività criminosa». La Suprema Corte ha sostenuto la sua decisione valorizzando soprattutto la funzione della confisca ordinaria, ossia fare in modo che il crimine non paghi. La Corte peraltro ha ritenuto tale indirizzo coerente anche con le indicazioni provenienti dal diritto internazionale. Si fa riferimento soprattutto alla Convenzione di Vienna del 20 dicembre 1988 in materia di traffico illecito di stupefacenti che prevede la confisca per i proventi da reato definiti come qualsiasi bene proveniente direttamente o indirettamente attraverso la commissione di un reato.

⁴⁵⁷ In questo senso la giurisprudenza, collocandosi nel solco tracciato dalla pronuncia delle Sezioni unite su menzionata, ha evidenziato la necessità per il giudice di accertare la sussistenza di elementi indiziari sulla cui base determinare come i beni sequestrati possano considerarsi in tutto o in parte l'immediato prodotto di una condanna penalmente rilevante o l'indiretto profitto della stessa, siccome frutto di reimpiego da parte del reo del denaro o di altre utilità direttamente ottenuti dai concussi. Sul punto si rinvia per approfondimenti alla relazione dell’ufficio del Massimario della Corte di Cassazione «*La nozione di profitto confiscabile nella giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione*», consultabile su www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 26 gennaio 2017).

⁴⁵⁸ Sul punto Cass. pen., S.U., sent. 27 marzo 2008, n. 26654, in www.penale.it (ultimo accesso in data 26 gennaio 2017): «Quanto al profitto, oggetto della misura ablativa, osserva la Corte che non è rinvenibile in alcuna disposizione legislativa una definizione della relativa nozione né tanto meno una specificazione del tipo di “profitto lordo” o “profitto netto”, concetti questi sui quali s’incentra la principale doglianza delle società ricorrenti, ma il termine è utilizzato, nelle varie fattispecie in cui è inserito, in maniera meramente enunciativa, assumendo quindi un’ampia “latitudine semantica” da colmare in via interpretativa. Nel linguaggio penalistico il termine ha assunto sempre un significato oggettivamente più ampio rispetto a quello economico o aziendalistico, non è stato cioè mai inteso come espressione di una grandezza residuale o come reddito di esercizio, determinato attraverso il confronto tra componenti positive e negative del reddito. In particolare, il profitto del reato a cui fa

conto della variazione patrimoniale verificatasi dal momento anteriore all'inizio della realizzazione del reato fino a quello della completa produzione delle sue conseguenze patrimoniali. Le vicende anteriori all'inizio della condotta criminosa non assumono pertanto alcuna rilevanza. Le spese per la preparazione del reato, collocandosi in un arco temporale anteriore alla realizzazione di questo, non possono essere considerate nel computo del profitto⁴⁵⁹. Ciò appare ragionevole anche per la considerazione che, diversamente opinando, il colpevole non assumerebbe alcun rischio di esito negativo del piano criminoso, con inevitabili effetti criminogeni⁴⁶⁰.

Nel calcolo del profitto si deve scomputare l'entità del patrimonio di cui il colpevole era titolare prima della commissione del reato. Se il profitto coincide con l'incremento patrimoniale conseguente al reato, appare chiaro che non si possa considerare in esso la porzione di patrimonio già esistente al momento della condotta criminosa. Una diversa soluzione priverebbe l'interessato di una quota di patrimonio lecitamente detenuta, con conseguente irragionevolezza della misura ablatoria che finirebbe per colpire anche beni privi di qualsiasi "pericolosità reale"⁴⁶¹.

Parimenti deve ritenersi scomputabile dal profitto derivante dal reato anche il valore delle prestazioni eseguite dal colpevole in favore della persona offesa dal reato e, più in generale, il vantaggio conseguito da quest'ultima in conseguenza dell'illecito. Si è osservato che le prestazioni rese dal colpevole in favore della vittima dell'illecito non possono certamente ritenersi fonte di incremento

riferimento il primo comma dell'art. 240 c.p. va 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. Carattere onnicomprensivo si attribuisce -poi- alla locuzione "provento del reato", che ricomprenderebbe "tutto ciò che deriva dalla commissione del reato" e, quindi, le diverse nozioni di "prodotto", "profitto" e "prezzo" (S.U. 28/4/1999 n. 9, Bacherotti). La nozione di profitto come "vantaggio economico" ritratto dal reato è tradizionalmente presente nella giurisprudenza di questa Suprema Corte (cfr. S.U. 3/7/1996 n. 9149, Chabni; S.U. 24/5/2004 n. 29951, Curatela fall. in proc. Focarelli), che, però, ha avuto modo anche di precisare che all'espressione non va attribuito il significato di "utile netto" o di "reddito", ma quello di "beneficio aggiunto di tipo patrimoniale", a superamento quindi dell'ambiguità che il termine "vantaggio" può ingenerare (cfr. S.U. 24/5/2004 n. 29952, Curatela fall. in proc. Romagnoli; sez. VI 6/5/2003 n. 26747, Liguori)».

⁴⁵⁹ ARDITURO-CIOFFI, *La confisca ordinaria*, cit., p. 703. In giurisprudenza tale tesi è stata accolta da Cass. pen., V, sent. 23 dicembre 2008, n. 47983, in *CED Cass.*, riv. 242952, secondo cui «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 nella determinazione del profitto del reato – inteso come complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e 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».

⁴⁶⁰ Nell'ambito della normativa concernente la responsabilità degli enti da reato, si posto il problema circa la possibilità e la necessità di pervenire a una nozione di profitto più limitata, imperniata sul concetto di utile netto, piuttosto che di ricavo lordo. La questione si è posta in relazione agli enti in quanto in caso di reati collegati all'attività di impresa si assiste di frequente una inevitabile commistione tra i proventi leciti derivanti dall'attività economica e quelli illeciti conseguiti mediante il reato. Di qui l'esigenza di colpire esclusivamente gli utili direttamente derivati dall'illecito e non anche quelli frutto di attività lecite. Sul punto si tornerà nel Cap. VIII quando si tratterà la confisca nella legislazione inerente alla responsabilità degli enti da reato.

⁴⁶¹ ARDITURO-CIOFFI, *ibidem*.

patrimoniale per il primo, costituendo anzi un costo inerente alla realizzazione del reato. Tale conclusione non smentisce quanto finora sostenuto circa il regime delle spese relative all'esecuzione del reato; tali spese attengono alla fase anteriore all'inizio dell'esecuzione del reato, laddove, invece, le prestazioni alla vittima ineriscono propriamente a una fase successiva alla tenuta della condotta criminosa, sicché incidono sul computo del profitto confiscabile⁴⁶².

Infine è condivisibile l'orientamento ermeneutico favorevole allo scomputo dal profitto confiscabile delle somme e dei beni, nella disponibilità del reo, che possano essere usati per le restituzioni e il risarcimento in favore della persona offesa. Si osserva come in simili ipotesi debba prevalere l'interesse al ristoro del danno sofferto dalla vittima; diversamente opinando essa risulterebbe duplicemente danneggiata, in quanto risulterebbe dapprima danneggiata dal fatto di reato e poi dalla stessa misura ablatoria del profitto che le precluderebbe ogni ristoro⁴⁶³.

Un'ipotesi peculiare, che ha destato forti dubbi in sede applicativa, ricorre allorché la confisca abbia ad oggetto un profitto rappresentato da denaro. Le particolari caratteristiche del denaro, quale bene fungibile per eccellenza, hanno indotto gli interpreti a porsi due ordini di quesiti: in primo luogo, ci si è chiesti se la confisca avente a oggetto denaro possa qualificarsi come confisca ordinaria *ex art.* 240 c.p. o se invece essa si trasformi sempre in una confisca per equivalente⁴⁶⁴; in secondo luogo, nel caso in cui si possa ravvisare una confisca ordinaria, si discute se occorra accertare o meno il nesso di pertinenzialità tra il bene e il reato.

Secondo un primo orientamento la confisca di denaro integrerebbe sempre un'ipotesi di confisca diretta. Inoltre, quando si tratta di denaro o di altri beni fungibili, l'ablazione della somma non è subordinata alla verifica che la stessa provenga da delitto e che sia confluita nella effettiva disponibilità dell'indagato. Ciò in quanto la fungibilità del bene e la confusione delle somme che ne deriva nella composizione del patrimonio rendono superflua la ricerca della provenienza con riferimento al profitto del reato.

Un secondo orientamento invece sostiene che la confisca di denaro integrerebbe sempre una confisca per equivalente. Si evidenzia che la circostanza che la legge subordini la confisca di valore all'impossibilità di applicazione della confisca ordinaria sarebbe sintomo della volontà legislativa di consentire la confisca per equivalente in ogni caso in cui il bene che costituisce il profitto del reato sia un bene fungibile, come il denaro. Del resto questo non potrebbe essere oggetto di confisca diretta, in quanto non sarebbe materialmente individuabile.

In caso di ablazione di denaro, venendo in rilievo una confisca per equivalente, l'adozione della misura confiscatoria non è subordinata alla verifica che le somme provengano da reato e siano confluite nella effettiva disponibilità del colpevole, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all'importo

⁴⁶² ARDITURO-CIOFFI, *ivi*, p. 705.

⁴⁶³ ARDITURO-CIOFFI, *ibidem*.

⁴⁶⁴ Sulla confisca per equivalente si tornerà nel Cap. VI del presente lavoro.

che corrisponde per valore al profitto criminoso, non esistendo alcun nesso pertinenziale tra il reato ed il bene da confiscare. Altrimenti opinando, si finirebbe per riaffermare la necessità di un rapporto di pertinenzialità che la legge, in relazione all'istituto della confisca per equivalente, ha inteso invece escludere.

Un terzo orientamento, infine, ritiene che la confisca del denaro possa configurare certamente una confisca diretta; tuttavia, a tal fine, occorre la prova del nesso di derivazione da reato. In sostanza tale impostazione si limita a ribadire, anche per il bene denaro, i principi generali validi per la confisca ordinaria di qualsiasi altro bene. In ogni caso, secondo tale corrente ermeneutica, una volta appurato il nesso pertinenziale, la misura ablatoria può colpire tanto le somme fisicamente uguali a quelle ricevute dall'agente, che la somma corrispondente al valore nominale, ovunque sia stata rinvenuta e comunque sia stata investita; ciò in virtù della fungibilità del denaro e della sua funzione di mezzo di pagamento, che rende inutile ricercare le medesime specie monetarie illegittimamente percepite dal colpevole.

Sul punto sono intervenute le Sezioni unite della Corte di Cassazione che hanno accolto il primo dei suddetti orientamenti⁴⁶⁵. La Suprema Corte innanzi tutto esclude che l'ablazione di denaro configuri sempre una confisca per equivalente. Tale misura confiscatoria presuppone l'impossibilità di procedere alla confisca diretta a causa della dispersione o della distruzione dei beni costituenti il profitto del reato. In caso di profitto pecuniario una simile impossibilità non si presenta, sicché non può escludersi una confisca diretta del denaro.

In secondo luogo, le Sezioni unite ritengono che, ai fini della confisca, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto dell'ablazione e il reato. Una tale conclusione è imposta dalla particolare natura giuridica ed economica del denaro, quale bene fungibile. Invero osserva nitidamente la Corte che «Ove il profitto o il prezzo del reato sia rappresentato da una somma di denaro, questa, non soltanto si confonde automaticamente con le altre disponibilità economiche dell'autore del fatto, ma perde - per il fatto stesso di essere ormai divenuta una appartenenza del reo - qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica». Ciò renderebbe illogica «la necessità di accertare se la massa monetaria percepita quale profitto o prezzo dell'illecito sia stata spesa, occultata o investita: ciò che rileva è che le disponibilità monetarie del percipiente si siano accresciute di quella somma, legittimando, dunque, la confisca in forma diretta del relativo importo, ovunque o presso chiunque custodito nell'interesse del reo»⁴⁶⁶. In definitiva la confisca del denaro costituente il profitto del reato richiede esclusivamente che sia accertata in giudizio l'esistenza di tale profitto, non

⁴⁶⁵ Cass. pen., S.U., sent. 21 luglio 2015, n.31617, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 27 gennaio 2017). Per un commento alla pronuncia si rinvia a CIVELLO, *Le Sezioni unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della condanna "in senso sostanziale"*, in www.archiviopenale.it (ultimo accesso in data 27 gennaio 2017). La soluzione anzidetta era stata già propugnata da Cass. pen., S.U., sent. 30 gennaio 2014, n. 10561, consultabile in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 27 gennaio 2017).

⁴⁶⁶ Par. 16 della citata sentenza delle Sezioni unite.

l'identificazione fisica del denaro che specificamente lo costituisce.

La confisca per equivalente risulterà necessaria solo nell'ipotesi in cui sia impossibile rinvenire una somma di denaro pari al profitto accertato. In tal caso si ha «quella necessaria novazione oggettiva che costituisce il naturale presupposto per poter procedere alla confisca di valore (l'oggetto della confisca diretta non può essere appreso e si legittima, così, l'ablazione di altro bene di pari valore)»⁴⁶⁷.

Non sono mancate critiche da parte della dottrina rispetto a tale conclusione ermeneutica delle Sezioni unite⁴⁶⁸. Si è osservato che «proprio le argomentazioni addotte dalla giurisprudenza per giustificare il carattere necessariamente diretto della confisca di denaro dovrebbero far concludere nel senso della confisca per equivalente: la confisca per equivalente, infatti, si ha tutte le volte in cui si smarrisce la rintracciabilità fisica del bene, e la circostanza che rispetto al denaro tale perdita sia – per così dire – intrinseca, impone proprio di affermare che si tratta di confisca per equivalente»⁴⁶⁹. Secondo tale orientamento pertanto la confisca di denaro si connoterebbe sempre come una confisca per equivalente.

Infine si discute se nel concetto di profitto debba rientrare altresì il risparmio di spesa. Secondo una prima impostazione anche i risparmi di spesa dovrebbero rientrare nel concetto di profitto. Poiché la confisca del profitto ha la funzione di frustrare la convenienza economica del reato, allora anche quel peculiare vantaggio economico dato dalla mancata spesa deve comunque essere considerato per una corretta ricostruzione del profitto.

Tale soluzione non è andata esente da critiche. Si è sottolineato che considerare nel concetto di profitto anche i risparmi di spesa importa una trasformazione della confisca diretta in chiave punitiva. Invero si giungerebbe a una nozione eccessivamente lata di incremento patrimoniale. L'ablazione in tal caso mirerebbe a garantire non solo che il crimine non paghi, ma che addirittura costi⁴⁷⁰. La funzione neutralizzante della confisca ordinaria suggerirebbe pertanto di escludere dal concetto di profitto il mero risparmio di spesa, salvo non emerga in tal senso una chiara indicazione contraria del legislatore.

Anche il profitto è oggetto di confisca facoltativa, sicché la sua ablazione è puramente eventuale e connessa al riscontro della concreta pericolosità della cosa. Senonché – analogamente a quanto già evidenziato per il prodotto del reato – anche il profitto, incidendo sulla convenienza del crimine, si presenta come fattore di stimolo per nuovi reati nella quasi totalità dei casi. Di conseguenza anche il profitto si presenta come un elemento la cui ablazione è astrattamente facoltativa e concretamente doverosa.

⁴⁶⁷ *ibidem*.

⁴⁶⁸ M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2015, p. 1675 ss.; BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 27 gennaio 2017).

⁴⁶⁹ BARTOLI, *Brevi considerazioni*, cit., p. 5.

⁴⁷⁰ BARTOLI, *ivi*, p. 3.

3.2. *La confisca obbligatoria.* – Le ipotesi di confisca obbligatoria sono previste dall'art. 240, comma 2 c.p. in base al quale: «È sempre ordinata la confisca:

1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato;

1-bis) dei beni e degli strumenti informatici o telematici che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione dei reati di cui agli articoli 615 *ter*, 615 *quater*, 615 *quinquies*, 617 *bis*, 617 *ter*, 617 *quater*, art. 617 *quinquies* del c.p., 617 *sexies*, 635 *bis*, 635 *ter*, 635 *quater*, 635 *quinquies*, 640 *ter* e 640 *quinquies*, nonché dei beni che ne costituiscono il profitto o il prodotto ovvero di somme di denaro, beni o altre utilità di cui il colpevole ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto, se non è possibile eseguire la confisca del profitto o del prodotto diretti;

2) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna».

La *ratio* politico-criminale è identica a quella che caratterizza la confisca facoltativa. I beni su indicati vengono sottoposti ad ablazione in quanto ritenuti idonei a tenere viva l'attrattiva del reato, a stimolare la commissione di nuovi reati. In ciò essi si connotano come oggettivamente pericolosi. Tuttavia, a differenza dei beni indicati dall'art. 240, comma 1 c.p., quelli di cui al comma 2 sono ritenuti pericolosi *in re ipsa* e come tali assoggettati sempre e comunque a confisca, a prescindere da qualsiasi valutazione discrezionale dell'organo giudicante. Ricorre una vera e propria presunzione assoluta di pericolosità della *res*.

Anche la confisca obbligatoria esige di regola una «condanna» in sede penale. Fa eccezione a tale regola la confisca di cose intrinsecamente illecite, per la quale lo stesso art. 240 c.p. ritiene irrilevante il suddetto presupposto. Di regola anche la confisca obbligatoria può operare per un qualsiasi «reato», salvo che la legge disponga diversamente come accade per gli strumenti informatici di cui all'art. 240, comma 2, al. 1-bis c.p. per i quali occorre invece una condanna per uno dei delitti ivi previsti.

L'oggetto della misura è rappresentato di regola da cose appartenenti al condannato, salvo che ricorra l'ipotesi di cui all'art. 240, comma 4 c.p. relativa ancora una volta alle cose intrinsecamente illecite. Anche per la confisca obbligatoria dunque, di regola, non sono confiscabili le cose appartenenti a terzi estranei al reato che ha giustificato la condanna.

Le cose confiscabili ai sensi dell'art. 240, comma 2 c.p. sono quelle costituenti il prezzo del reato, gli strumenti informatici usati per la realizzazione dei delitti menzionati dall'art. 240, comma 2, al. 1-bis c.p., le cose intrinsecamente illecite. Ciò posto, è opportuno analizzare separatamente le due ipotesi più importanti, quella del prezzo del reato e quella delle cose intrinsecamente illecite.

3.2.1. *Il prezzo del reato* – Il prezzo del reato può definirsi come il denaro o altra utilità materiale, data o promessa da un terzo al soggetto agente, per indurlo alla

commissione di un fatto di reato. In altri termini il prezzo costituisce il corrispettivo ottenuto dal reo per la realizzazione del reato.

La *ratio* della confisca del prezzo sta nella constatazione che questo, agendo sul movente del reato, costituisce indubbiamente un incentivo alla propensione individuale a delinquere. Di qui la necessità di privare l'autore del reato del compenso ricevuto, così frustrando il movente economico che lo spinto a delinquere⁴⁷¹. La prospettiva che il delinquente possa trarre dal reato un vantaggio è sempre fonte di allarme sociale, perché dal guadagno potrebbe sorgere la spinta a commettere ulteriori crimini. Un discorso analogo può compiersi anche per colui che ha pagato il prezzo, concorrendo così nel reato. Se costui dovesse rientrare nel possesso di ciò che aveva usato per realizzare uno scopo criminoso, vi è il concreto rischio che possa servirsi di tali cose per conseguire altri obiettivi illeciti⁴⁷².

Il prezzo del reato deve essere ben distinto dal profitto del reato, alla luce del diverso regime giuridico cui questo è sottoposto⁴⁷³. Si ritiene che il prezzo, evocando l'idea del corrispettivo, deve essere collocato all'interno della dinamica del reato, quale fattore che incide sulla motivazione alla realizzazione della condotta criminosa o alla sua cessazione; di contro il profitto coinciderebbe con il vantaggio ricavato dall'esecuzione materiale del reato⁴⁷⁴. Questa soluzione non è andata esente da critiche. Si evidenzia che il prezzo evoca semplicemente un compenso offerto o dato in cambio della realizzazione del reato. Ebbene la natura retributiva del prezzo non muta nel caso in cui esso sia consegnato al reo a seguito della commissione del reato, momento in cui esso non potrebbe più esercitare la sua forza motivazionale rispetto alla condotta criminosa. Di conseguenza si è ritenuto che il prezzo non sia altro che una forma speciale di profitto, in cui l'elemento di specialità è rappresentato dalla natura compensativa, corrispettiva del profitto ottenuto dal reo. Ne deriva che – secondo questo orientamento – è prezzo anche il compenso dato o promesso all'autore successivamente alla realizzazione del reato, quale "premio" previamente non pattuito. Tali considerazioni rendono ardua la comprensione della ragione per cui la confisca del prezzo – a differenza di quella del profitto – si configuri come obbligatoria: l'omogeneità dei due elementi avrebbe dovuto condurre il legislatore a dettare per essi un regime confiscatorio identico.

La confisca del prezzo del reato, secondo l'art. 240, comma 2 c.p., è *sempre* ordinata dal giudice. Secondo la dottrina dominante l'avverbio «sempre» andrebbe

⁴⁷¹ NUNZIATA, *La confisca*, cit., p. 190, il quale ritiene che la confisca obbligatoria del prezzo rappresenta un logico sviluppo dell'ablazione delle cose intrinsecamente criminose, con conseguente esigenza di parità di trattamento tra le due situazioni.

⁴⁷² MASSA, voce *Confisca*, cit., p. 986

⁴⁷³ Larga parte della dottrina dubita della ragionevolezza della scelta legislativa, posto che la *ratio* della confiscabilità del prezzo coincide esattamente con quella che fonda la confiscabilità del profitto. Non si capisce allora la ragione per cui solo nel caso di prezzo del reato l'ablazione venga configurata come obbligatoria, a differenza di quanto accade per il profitto. Ciò risulta confermato a livello sistematico dalla tendenza del legislatore a rendere obbligatoria la confisca del prezzo del reato nelle leggi speciali.

⁴⁷⁴ ALESSANDRI, voce *Confisca*, cit., p. 50, il quale evidenzia come il prezzo sia un fattore che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l'interessato a commettere il reato.

inteso nel senso che la confisca del prezzo sia una scelta obbligatoria per il giudice, il quale sarebbe esente dall'onere di accertare la pericolosità oggettiva delle cose confiscate. Al contrario il suddetto avverbio non giustificerebbe l'applicazione della confisca del prezzo anche in ipotesi di difetto di condanna, come accadrebbe ad esempio laddove venga pronunciata l'estinzione del reato. L'esclusione del provvedimento di condanna, come presupposto della confisca, viene esplicitamente prevista solo nell'ipotesi delle cose intrinsecamente criminose, così confermando il carattere derogatorio di tale previsione e dunque la necessità della condanna negli altri casi di confisca obbligatoria. In definitiva, secondo questa impostazione, la confisca del prezzo sarebbe preclusa in caso di sentenza di proscioglimento⁴⁷⁵.

Secondo una diversa impostazione invece il prezzo sarebbe confiscabile anche in caso di proscioglimento dell'autore del fatto di reato. L'art. 240, comma 2 c.p. fa intendere esclusivamente che, ai fini dell'ablazione, occorra l'esistenza di un reato, senza il quale non sarebbe possibile parlare di un «prezzo del reato». Ebbene l'esistenza del reato va accertata solo sul piano obiettivo, senza che occorra la concreta punibilità dell'agente. Ciò risulterebbe confermato – secondo tale orientamento – dall'avverbio «sempre», il quale mirerebbe a specificare che le ipotesi di confisca previste dall'art. 240, comma 2 c.p. prescindono dal presupposto della condanna, invece richiesto per la confisca facoltativa di cui al primo comma del medesimo disposto. Dunque l'avverbio va letto in base al combinato disposto tra il primo e il secondo comma dell'art. 240 c.p., non invece tra il n.1 e 2 del comma secondo del disposto. Una tale lettura – si aggiunge – sarebbe coerente con la *ratio* della confiscabilità del prezzo, che è quella di impedire che il crimine paghi. Se così è, non si capisce la ragione per cui l'agente debba poter trattenere il prezzo del reato, per il solo fatto che risulti concretamente non punibile, nonostante l'accertamento dell'esistenza obiettiva del fatto di reato⁴⁷⁶.

Sul punto lo stesso contrasto è emerso nella giurisprudenza di legittimità⁴⁷⁷,

⁴⁷⁵ TRAPANI, voce *Confisca*, cit., p. 2.

⁴⁷⁶ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 391, secondo cui «sarebbe invero anti-giuridico e immorale ammettere che, ad es., il sicario o il corrotto, non punibile per qualsiasi causa, possa godersi il denaro ch'egli ebbe per commettere il fatto obiettivamente delittuoso».

⁴⁷⁷ In giurisprudenza afferma l'impossibilità di confiscare il prezzo in caso di prescrizione del reato Cass. pen. sez. II, sent. 05 ottobre 2011, n. 39756, in *CED Cass.* 2011, Rv. 251195, ove si afferma che l'estinzione del reato preclude la confisca, prevista come obbligatoria dall'art. 240, comma secondo, n. 1, cod. pen., delle cose che ne costituiscono il prezzo, assumendo la condanna il valore di una pronuncia attestante la sussistenza del reato e della relativa responsabilità. Dunque non essendo la confisca prevista per la intrinseca illiceità della cosa, essa può giustificarsi solo per la connessione con il reato, la cui esistenza va accertata con la sentenza di condanna.

Accoglie invece la tesi che ammette la confisca del prezzo anche in caso di estinzione del reato per prescrizione Cass. pen., sez. V, sent. 23 ottobre 2012, n. 48680, in *CED Cass.*, 2012, Rv. 254077: «la "condanna" funge da presupposto, non in quanto categoria astratta, ma quale termine evocativo proprio da quell'accertamento" che ontologicamente giustifica, sul piano normativo, la sottrazione definitiva del bene, in quanto proveniente dal reato.

Alla stregua di tali rilievi, può quindi dedursi che, ciò che viene posto a fulcro della disciplina codicistica, non è il rinvio ad un concetto di "condanna" evocativo della categoria del giudicato formale, ma più concretamente il richiamo ad un termine che intende esprimere un valore di equivalenza rispetto all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso di

ma è stato risolto da una recente pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione che hanno ammesso la confiscabilità del prezzo, anche in difetto di un formale provvedimento di condanna in sede penale e più precisamente in caso di estinzione del reato⁴⁷⁸. La soluzione in esame viene giustificata con vari argomenti dalla Suprema Corte.

Innanzitutto si evidenzia come ammettere la confisca del prezzo anche in caso di estinzione del reato sia coerente con la *ratio* politico-criminale di tale ipotesi confiscatoria, che va rinvenuta nell'esigenza di impedire che il crimine paghi. Impedire la confisca in caso di estinzione del reato risulterebbe a tale stregua del tutto irragionevole. In secondo luogo si afferma che non sempre una sentenza di proscioglimento implica la mancanza di un accertamento circa la sussistenza del reato in tutti i suoi elementi costitutivi. Una sentenza che proscioglie per estinzione del reato può infatti ben contenere l'accertamento della responsabilità dell'imputato⁴⁷⁹. Dunque, anche a voler ammettere la necessità di una pronuncia di

"pertinenzialità" che i beni oggetto di confisca devono presentare rispetto al reato stesso: a prescindere, evidentemente, dalla "formula" con la quale il giudizio viene ad essere formalmente definito».

⁴⁷⁸ Cass. pen., S.U., sent. 21 luglio 2015, n.31617, cit. alla nota 399.

⁴⁷⁹ Così la Suprema Corte nella citata sentenza (par. 4 della motivazione): «Un ulteriore rilevante aspetto sul quale mette conto svolgere qualche ulteriore riflessione, è rappresentato dalle varie ipotesi in cui alla sentenza di proscioglimento non soltanto non corrisponda un accertamento di innocenza, ma al contrario, si presupponga rispetto ad essa un previo accertamento di responsabilità.

Già si è ricordato come la pronuncia De Maio si fosse soffermata sul punto, rievocando la sentenza della Corte Costituzionale n. 85 del 2008, la quale, nel segnalare, appunto, come fra le sentenze di proscioglimento fossero annoverabili figure che 'comportano - in diverse forme e gradazioni - un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o, comunque, l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo', evocasse, come paradigmatiche 'le fattispecie oggetto dei giudizi *a quibus*: dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione (nel regime anteriore alla l. 5 dicembre 2005, n. 251), conseguente al riconoscimento di circostanze; proscioglimento per cause di non punibilità legate a condotte o accadimenti post factum; proscioglimento per concessione del perdono giudiziale, che 'si traduce - per *communis opinio* - in una vera e propria affermazione di responsabilità'.

Rassegna esemplificativa, quella operata dalla Corte, alla quale potrebbero aggiungersi le ipotesi di proscioglimento per difetto di imputabilità; la sentenza di non luogo a procedere d.P.R. n. 448 del 1988, ex art. 26, nei confronti dei minorenni; nonché, da ultimo, la sentenza con la quale l'imputato venga proscioltto in quanto non punibile ai sensi dell'art. 131 bis c.p., introdotto dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, art. 1. Ipotesi, quest'ultima, che presuppone un accertamento di merito 'pieno' sulla responsabilità, al punto che la relativa declaratoria, non soltanto viene iscritta nel casellario giudiziale, ma - a norma dell'art. 651 bis c.p.p. - ove pronunciata in seguito a dibattimento, 'ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e dell'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale. Si tratta, dunque, di una ipotesi nella quale al proscioglimento corrisponde un giudizio di 'colpevolezza', al punto che - verosimilmente per una svista legislativa - il nuovo art. 651 bis, fa seguire, ad una rubrica dedicata agli effetti in sede civile o amministrativa del 'proscioglimento per particolare tenuità del fatto', un riferimento, nel corpo della norma, alla figura (evidentemente ritenuta sul piano concettuale non alternativa) del 'condannato'. Il che, ancora una volta, segnala la cautela nel confidare sui semplici messaggi linguistici offerti dal legislatore, ma al tempo stesso permette di ritenere fortemente incrinato - quantomeno sul piano della ragionevolezza e della coerenza del sistema - l'assioma che pretenda di legare, sempre e comunque, la confisca del prezzo del reato ad una categoria formale di condanna irrevocabile».

condanna ai fini della confiscabilità del prezzo, il concetto di condanna non va inteso in senso formale – come sentenza di condanna *ex art. 533 c.p.p.* – bensì in senso sostanziale – come accertamento in sede processuale della responsabilità penale. Dunque, allorché una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato accerti la commissione di questo da parte dell'imputato, viene in rilievo una condanna in senso sostanziale, sufficiente a fondare un provvedimento di confisca del prezzo del reato.

Le Sezioni unite hanno però ritenuto che, per essere giuridicamente esistente, l'accertamento della responsabilità penale, idoneo a fondare la condanna sostanziale, deve essere effettuato al di là di ogni ragionevole dubbio. Di conseguenza, ai fini della confisca, laddove intervenga una causa estintiva del reato, è necessaria una precedente condanna rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene come prezzo del reato.

La soluzione offerta dalle Sezioni unite ha ricevuto forti critiche da larga parte della dottrina. Si è evidenziato che la legge consente di confiscare il prezzo relativo a un reato. Questo non è entità astratta, ma un fatto storico che va accertato e dichiarato nella sua esistenza in un processo penale mediante una sentenza di condanna irrevocabile. Ciò – si sottolinea – sarebbe imposto dal principio di cui all'art. 27, comma 2 Cost. secondo cui nessuno può essere ritenuto colpevole di un reato fino a quando non intervenga una pronuncia di condanna definitiva⁴⁸⁰. Inoltre si afferma l'inconsistenza del concetto di “condanna sostanziale”, basata sull'accertamento della responsabilità a mezzo di una sentenza intervenuta in uno qualsiasi dei gradi di merito e ancorché non definitiva. Non solo si sostiene l'inesistenza di un siffatto concetto nella legislazione vigente, ma si paventa il rischio di giungere a un'affermazione di responsabilità penale fondata su una pronuncia di condanna non definitiva, in contrasto con il principio garantista fissato dal predetto art. 27, comma 2 Cost.⁴⁸¹.

Ai sensi dell'art. 240, comma 3 c.p. la confisca del prezzo – nonché dei mezzi informatici di cui all'art. 240, comma 2, al. 1-*bis* c.p.⁴⁸² – non può operare sulle cose appartenenti a terzi rimasti estranei al reato. Invero il prezzo può costituire una spinta a delinquere in quanto rappresenta la materializzazione dei benefici che il reato ha provocato sull'autore di esso. Di conseguenza, eliminato il legame tra reo e prezzo, la pericolosità viene meno. Sul concetto di «terzo estraneo» e di «appartenenza» possono riprendersi le considerazioni svolte anche per la confisca facoltativa di cui si è parlato in precedenza.

3.2.2. *Le cose oggetto materiale di attività penalmente illecite.* – Secondo

⁴⁸⁰ CIVELLO, *Le Sezioni unite “Lucci”*, cit., p. 19-20.

⁴⁸¹ CIVELLO, *ibidem*.

⁴⁸² Per tali cose l'art. 240, comma 3, seconda parte c.p. specifica che la confisca si applica anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale.

l'art. 240, comma 2, al. 2 c.p. sono sottoposte a confisca obbligatoria le cose «la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna».

La *ratio* della confisca di tali beni risiede nella loro pericolosità intrinseca, che sarebbe resa manifesta dalla natura criminosa dei fatti che le concernono, sicché risulterebbe inutile qualsiasi accertamento da parte del giudice in ordine al suddetto carattere⁴⁸³.

Poiché la circolazione di cose intrinsecamente illecite costituisce un pericolo sociale fintanto che essa non sia definitivamente impedita, la confisca può logicamente interessare tanto l'autore del reato quanto un terzo che a questo è rimasto estraneo (arg. *ex art.* 240, comma 4 c.p.). Tale regola subisce tuttavia una serie di deroghe, coerenti con la *ratio* che anima l'ipotesi confiscatoria in esame.

Innanzitutto il terzo estraneo al reato non può subire la confisca delle cose se ha il diritto di fabbricarle, detenerle, ecc.. In tali casi la cosa va semplicemente restituita al legittimo titolare. Invero non potrebbe ritenersi socialmente pericolosa la detenzione di cose da parte di chi è a ciò autorizzato dall'ordinamento, ancorché siano state oggetto di un'attività criminosa a opera di un altro soggetto⁴⁸⁴.

In secondo luogo non è possibile la confisca a carico del terzo estraneo al reato, laddove la fabbricazione, detenzione, ecc. siano suscettibili di autorizzazione amministrativa (art. 240, comma 4 c.p.). In altri termini si tratta delle cose la cui fabbricazione, detenzione, ecc. non sono vietate dall'ordinamento in senso assoluto, ma solo se la persona interessata è priva della relativa autorizzazione. In tali ipotesi se titolare delle cose è l'autore del reato, le cose sono confiscabili; se appartengono a un soggetto rimasto estraneo al reato, allora la confisca deve escludersi⁴⁸⁵. Ciò consente di escludere la correttezza di quella teoria, sostenuta da una parte della dottrina⁴⁸⁶, secondo cui la confisca delle cose intrinsecamente illecite sarebbe possibile sempre ed esclusivamente nei casi di divieto assoluto di fabbricazione, detenzione, ecc. delle stesse, anche rispetto all'autore del fatto di reato. Si tratta di una posizione che contrasta con il dettato dell'art. 240, comma 4 c.p. che esplicitamente subordina l'esclusione della confisca alla duplice condizione che il divieto delle attività di cui all'art. 240, comma 2, al. 2 c.p. sia relativo e che il titolare delle stesse sia un soggetto estraneo al reato⁴⁸⁷.

Per valutare la condizione della possibilità dell'autorizzazione amministrativa, è necessario avere riguardo alla qualità delle cose, non alla condizione personale dell'autore del reato o del terzo a questo rimasto estraneo.

⁴⁸³ TRAPANI, voce *Confisca*, cit., p. 2.

⁴⁸⁴ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 392, il quale afferma che il furto di documenti segreti a scapito dell'ufficio pubblico che li deteneva non giustifica la confisca a carico di questo, sebbene la detenzione dei documenti costituiva in capo a chi li ha sottratti un illecito penale.

⁴⁸⁵ ARDIZZONE, *Appunti*, cit., p. 398-399. In tali casi non sembra rinvenibile alcuna efficacia preventiva nella confisca patita da chi aveva la possibilità di essere autorizzato all'utilizzo delle cose

⁴⁸⁶ MELCHIONDA, *Disorientamenti giurisprudenziali*, cit., 338-339.

⁴⁸⁷ TRAPANI, voce *Confisca*, cit., p. 3.

Pertanto è sufficiente, per escludere la confisca, che le attività relative alle cose siano *astrattamente* suscettibili di autorizzazione amministrativa⁴⁸⁸.

Volendo riepilogare quanto illustrato finora, si può affermare che il regime della confisca delle cose intrinsecamente illecite si basa sulla seguente distinzione:

a) cose per le quali vi sia un *divieto assoluto* di fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione; in tal caso la confisca prescinde da una pronuncia di condanna e può colpire anche cose che appartengano a soggetti estranei al reato;

b) cose per le quali vi sia un *divieto relativo* di fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione, potendo esercitarsi in modo legittimo al verificarsi di determinati presupposti legali; in tali ipotesi l'astratta autorizzabilità amministrativa della cosa preclude la confisca delle cose appartenenti a soggetti estranei all'illecito.

Infine bisogna ricordare che la confisca delle cose intrinsecamente illecite può essere disposta anche in assenza di un formale provvedimento di condanna, a differenza di quanto previsto per le altre ipotesi previste dall'art. 240 c.p. (art. 240, comma 2, al. 2 c.p.). In virtù di tale regola, secondo la tesi dominante la confisca può essere disposta anche in assenza dell'accertamento di un reato: è sufficiente che emerga nel giudizio l'integrazione della fattispecie oggettiva dell'illecito penale⁴⁸⁹. Per ciò che concerne l'applicabilità della confisca in ipotesi di estinzione del reato, occorre formulare un discorso più articolato. Sebbene il codice affermi l'irrelevanza della condanna ai fini della confisca, resta ferma la necessità di accertare il carattere intrinsecamente illecito delle cose. Orbene, nel caso di divieto assoluto di fabbricazione, detenzione, ecc., si ritiene che l'estinzione del reato non precluda al giudice l'irrogazione della misura, essendo *in re ipsa* la prova dell'illecito. Il problema al contrario si pone nel caso di attività relativamente proibite. Si discute se in siffatte ipotesi il giudice possa procedere all'accertamento del carattere illecito delle cose, sia pure ai soli fini dell'applicazione della misura ablatoria, nonostante l'avvenuta estinzione del reato. La questione è discussa. Sembra tuttavia preferibile ritenere che l'estinzione del reato non precluda la confisca laddove essa non sia incompatibile con l'accertamento del carattere criminoso delle cose da espropriare⁴⁹⁰.

4. *Le ipotesi speciali di confisca previste dal codice penale e dalle leggi speciali.* – Per ragioni di completezza, è opportuno ricordare che ipotesi di confisca ordinaria sono previste altresì nella parte speciale del codice penale e nelle leggi speciali. Di seguito si riporteranno le ipotesi più importanti, senza pretesa di

⁴⁸⁸ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 392, il quale peraltro sostiene la rilevanza *a fortiori* anche dell'autorizzazione giudiziaria, oltre a quella amministrativa. Così l'autorizzazione alla vendita anticipata delle cose sequestrate da parte del giudice escluderebbe la confiscabilità delle cose ottenute dal terzo innocente.

⁴⁸⁹ TRAPANI, *op. ult. cit.*, p. 3, il quale ritiene che ciò possa desumersi dalla previsione che le cose debbano comunque risultare connesse a un *reato*, il che importa la necessità che si tratti almeno di un fatto obiettivamente costituente reato.

⁴⁹⁰ TRAPANI, *ivi*, p. 5.

esaustività.

a) In materia di contravvenzioni relative alla polizia dei costumi, l'art. 722 c.p. stabilisce che, in caso di condanna per taluna delle contravvenzioni previste dagli artt. 718 e ss. c.p., «è sempre ordinata la confisca del denaro esposto nel giuoco o degli arnesi od oggetti ad esso destinati».

Si tratta di un'ipotesi di confisca obbligatoria che presuppone la condanna per una delle contravvenzioni su indicate.

L'oggetto della confisca è rappresentato innanzi tutto dal denaro «esposto nel giuoco». I beni diversi dal denaro, comunque costituenti la “posta” del gioco, non soggiacciono alla confisca in esame, ma, ove si tratti di beni materiali, possono comunque rientrare in quella di cui all'art. 240 c.p.⁴⁹¹. Il denaro confiscabile è solamente quello utilizzato sui tavoli da gioco al momento dell'intervento della polizia giudiziaria. In questo modo viene tradizionalmente intesa la locuzione «denaro esposto». Le somme invece vinte dai giocatori e non esposte sul tavolo si ritengono sottratte alla disciplina dell'art. 723 c.p.. Le somme comunque ricollegate al gioco d'azzardo sono comunque suscettibili di confisca nei limiti dell'art. 240 c.p..

Ulteriore cose suscettibili di confisca ai sensi dell'art. 722 c.p. sono gli «arnesi od oggetti» destinati al gioco. Si tratta degli strumenti del gioco, la cui ablazione è coerente con la disciplina generale di cui all'art. 240 c.p..

Per i giochi elettronici è stata introdotta una normativa speciale, resa necessaria dall'evoluzione tecnologica che ha interessato gli apparecchi per il gioco d'azzardo. La nuova normativa è stata introdotta dall'art. 22, comma 3 della l. 27 dicembre 2002, n. 289, che ha modificato l'art. 110 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773 («Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza»).

La nuova disciplina stabilisce i requisiti generali di liceità degli apparecchi destinati al gioco lecito⁴⁹². La mancanza di questi requisiti determina la confisca

⁴⁹¹ ARDITURO-CIOFFI, *La confisca ordinaria*, cit., p. 712, che spiega come l'esclusione delle prestazioni di fare dalla confisca si spieghi per la natura immateriali di esse, come tali insuscettibili di apprensione mediante confisca.

⁴⁹² Art. 22, commi 6 e 7 della l. 27 dicembre 2002, n. 289: «6. Si considerano apparecchi e congegni automatici, semiautomatici ed elettronici da trattenimento o da gioco di abilità, come tali idonei per il gioco lecito, quelli che si attivano solo con l'introduzione di moneta metallica, nei quali gli elementi di abilità o trattenimento sono preponderanti rispetto all'elemento aleatorio, il costo della partita non supera 50 centesimi di euro, la durata di ciascuna partita non È inferiore a dieci secondi e che distribuiscono vincite in denaro, ciascuna comunque di valore non superiore a venti volte il costo della singola partita, erogate dalla macchina subito dopo la sua conclusione ed esclusivamente in monete metalliche. In tal caso le vincite, computate dall'apparecchio e dal congegno, in modo non predeterminabile, su un ciclo complessivo di 7.000 partite, devono risultare non inferiori al 90 per cento delle somme giocate. In ogni caso tali apparecchi non possono riprodurre il gioco del *poker* o comunque anche in parte le sue regole fondamentali. 7. Si considerano, altresì, apparecchi e congegni per il gioco lecito: a) quelli elettromeccanici privi di *monitor* attraverso i quali il giocatore esprime la sua abilità fisica, mentale o strategica, attivabili unicamente con l'introduzione di monete metalliche, di valore complessivo non superiore, per ciascuna partita, a un euro, che distribuiscono, direttamente e immediatamente dopo la conclusione della partita, premi consistenti in prodotti di piccola oggettistica, non convertibili in denaro o scambiabili con premi di diversa specie. In tal caso il valore complessivo di ogni premio non È superiore a venti volte il costo della partita;

amministrativa dei congegni, ai sensi dell'art. 22, comma 9 su citato. Gli apparecchi destinati al gioco d'azzardo sono definiti dal comma 5 dell'art. 22⁴⁹³. Essi sono vietati; tuttavia non è prevista per essi alcuna disposizione del t.u.l.p.s. che ne sancisca la confiscabilità. Costituendo, tuttavia, congegni per il gioco d'azzardo, si possono far rientrare nel concetto di «arnesi od oggetti» di cui all'art. 722 c.p.; in base a tale disposizione è possibile giustificare la confiscabilità⁴⁹⁴.

b) In materia di tutela del patrimonio artistico, l'art. 733, comma 2 c.p. prevede un caso di confisca facoltativa delle cose di rilevante pregio, facenti parte del patrimonio artistico e archeologico nazionale, che siano state danneggiate consapevolmente dal proprietario.

Si ritiene che il pregio della cosa vada apprezzato in base a parametri autonomi rispetto a quelli forniti dal cod. beni culturali, avendo l'art. 733 c.p. un ambito operativo più ampio di quello del suddetto codice⁴⁹⁵.

c) L'art. 6, comma 1 della l. 22 maggio 1975, n. 152 stabilisce che «Il disposto del primo capoverso dell'articolo 240 del codice penale si applica a tutti i reati concernenti le armi, ogni altro oggetto atto ad offendere, nonché le munizioni e gli esplosivi».

Si tratta di un'ipotesi di confisca obbligatoria, riconducibile all'ipotesi di cui all'art. 240, comma 2, al. 2 c.p., con la conseguenza che può essere applicata anche al di fuori di una sentenza di condanna.

Va evidenziato però che, in materia di caccia, l'art. 28, comma 2 della l. 11 febbraio 1992, n. 157 stabilisce la confisca obbligatoria delle armi usate per l'attività venatoria, solo per il caso della condanna per i reati ivi previsti.

b) quelli automatici, semiautomatici ed elettronici da trattenimento o da gioco di abilità che si attivano solo con l'introduzione di moneta metallica, di valore non superiore per ciascuna partita a 50 centesimi di euro, nei quali gli elementi di abilità o trattenimento sono preponderanti rispetto all'elemento aleatorio, che possono consentire per ciascuna partita, subito dopo la sua conclusione, il prolungamento o la ripetizione della partita, fino a un massimo di dieci volte. Dal 1° gennaio 2003, gli apparecchi di cui alla presente lettera possono essere impiegati solo se denunciati ai sensi dell'articolo 14-bis del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 640, e successive modificazioni, e se per essi sono state assolte le relative imposte. Dal 1° gennaio 2004, tali apparecchi non possono consentire il prolungamento o la ripetizione della partita e, ove non ne sia possibile la conversione in uno degli apparecchi per il gioco lecito, essi sono rimossi. Per la conversione degli apparecchi restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 38 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, e successive modificazioni;

c) quelli, basati sulla sola abilità fisica, mentale o strategica, che non distribuiscono premi, per i quali la durata della partita può variare in relazione all'abilità del giocatore e il costo della singola partita può essere superiore a 50 centesimi di euro».

⁴⁹³ Art. 22, comma 5 della l. 27 dicembre 2002, n. 289: «Si considerano apparecchi e congegni automatici, semiautomatici ed elettronici per il gioco d'azzardo quelli che hanno insita la scommessa o che consentono vincite puramente aleatorie di un qualsiasi premio in denaro o in natura o vincite di valore superiore ai limiti fissati al comma 6, escluse le macchine vidimatrici per i giochi gestiti dallo Stato».

⁴⁹⁴ ARDITURO-CIOFFI, *La confisca ordinaria*, cit., p. 713.

⁴⁹⁵ Sulla confisca prevista dalla legislazione penale concernenti i beni culturali si tornerà *amplius* nel Cap. VIII, par. 7 della presente trattazione.

Infine, l'art. 3 della l. 8 agosto 1977, n. 533 («Disposizioni in materia di ordine pubblico») stabilisce la confisca obbligatoria dell'immobile, che sia sede di enti, associazioni o gruppi, quando in tale sede siano rinvenuti armi da sparo, esplosivi od ordigni esplosivi o incendiari, ovvero quando l'immobile sia pertinente a delitti contro la personalità dello Stato. Anche in tal caso la misura ablatoria è disposta solo in caso di condanna.

d) Un ulteriore caso di confisca è previsto in materia doganale. Ai sensi dell'art. 301 del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale) è stabilito che nei casi di contrabbando è *sempre* ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto. In assenza di limiti espliciti nel disposto, si ritiene che la confisca possa operare anche in caso di assenza di un formale provvedimento di condanna.

La misura ablatoria viene inoltre disposta per «i mezzi di trasporto a chiunque appartenenti che risultino adatti allo stivaggio fraudolento di merci ovvero contengano accorgimenti idonei a maggiorarne la capacità di carico o l'autonomia in difformità delle caratteristiche costruttive omologate o che siano impiegati in violazione alle norme concernenti la circolazione o la navigazione e la sicurezza in mare». La confisca in tal caso inerisce a cose intrinsecamente illecite, sicché può operare anche in assenza di condanna. Inoltre essa può colpire anche terzi estranei al reato, salvo che, ai sensi dell'art. 301, comma 3 su citato, dimostrino di «non averne potuto prevedere l'illecito impiego anche occasionale e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza».

e) Un caso di confisca obbligatoria è inoltre previsto per il delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso dall'art. 416-*bis*, comma 7 c.p.. Si prevede che, in caso di condanna per il delitto suddetto, «è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego».

La disposizione impone la confisca esclusivamente in caso di condanna per il delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso. In particolare la confisca opera nei confronti del solo «condannato», sicché non pare poter operare per coloro che sono rimasti estranei al suddetto delitto.

Interessante è la previsione della confiscabilità dei beni costituenti l'impiego dei proventi del delitto. Con il termine «impiego» si deve intendere qualsiasi forma di utilizzazione, trasformazione, scambio dei proventi dell'illecito con altri beni. Secondo una parte della dottrina il frutto dell'impiego, in base al tenore letterale del disposto, dovrebbe essere confiscabile solo nei confronti del condannato; tuttavia ciò parrebbe irragionevole, in quanto la confisca del reimpiego è stabilita proprio per evitare che il condannato sottragga i proventi alla confisca attraverso la cessione a terzi o comunque trasferendoli a qualsiasi titolo ai terzi. Così si suggerisce di

ammettere, in coerenza con la *ratio* anzidetta, di interpretare il disposto in modo da consentire la confiscabilità dell'impiego anche presso i terzi estranei al reato⁴⁹⁶.

f) Un caso di confisca obbligatoria è prevista altresì dall'art. 85, comma 3 del d.P.R., 09 ottobre 1990, n. 309, «Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza». In base a tale disposizione «Il provvedimento che applica le sanzioni amministrative, nonché quello che definisce o sospende il procedimento ai sensi del presente testo unico, dispone comunque la confisca delle sostanze».

La confisca pertanto viene disposta con ogni provvedimento che definisce il procedimento, compreso secondo una parte della dottrina quello di archiviazione⁴⁹⁷.

La pericolosità della cosa in tal caso è strettamente connessa alla disponibilità della stessa da parte dell'autore del reato. Di conseguenza si deve escludere, coerentemente con l'art. 240 c.p., la confisca nei confronti dei terzi estranei al reato che abbiano il diritto di trattenere presso di sé le sostanze.

In materia di stupefacenti occorre ricordare che l'art. 4 del d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, in attuazione della direttiva UE 42/2014 ha introdotto nuove ipotesi di confisca diretta obbligatoria, in deroga all'art. 240, comma 1 c.p.. In particolare ai sensi del nuovo comma *7-bis* degli artt. 73 e 74 del d.P.R. 09 ottobre 1990, n. 309:

- in caso di condanna per il delitto di produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope è sempre ordinata la confisca delle cose che ne sono il profitto o il prodotto, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero quando essa non è possibile, fatta eccezione per il delitto di cui al comma 5, la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto;

- in caso di condanna per il delitto di associazione per delinquere finalizzata al narcotraffico è sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e dei beni che ne sono il profitto o il prodotto, 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 profitto o prodotto.

g) Un caso molto importante di confisca è previsto dall'art. 322-*ter* c.p. in relazione ai delitti di cui agli artt. 314 a 320 c.p.. Si stabilisce che, in caso di condanna, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato. Nel caso di condanna per il delitto di cui all'art. 321 c.p., la confisca concerne il solo profitto del reato.

La disposizione configura un caso di confisca obbligatoria che presuppone sempre la condanna per uno dei delitti suddetti. Viene esplicitamente esclusa la confisca a carico del terzo estraneo, in quanto non vengono in rilievo cose

⁴⁹⁶ ARDITURO-CIOFFI, *La confisca ordinaria*, cit., p. 718.

⁴⁹⁷ ARDITURO-CIOFFI, *ivi*, p. 719.

intrinsecamente illecite.

Tale disposizione, attraverso vari richiami da parte di altre disposizioni, ha ricevuto un notevole ampliamento del suo ambito applicativo. Si fa riferimento all'art. 640-*quater* c.p. che estende l'applicazione della confisca di cui all'art. 322-*ter* c.p. anche ai casi di condanna per i delitti di truffa aggravata ai danni di ente pubblico, di frode nelle erogazioni pubbliche e di frode informatica.

Infine l'art. 322-*ter* c.p. viene richiamato anche dall'art. 1, comma 143 della l. 24 dicembre 2007, n. 244. Grazie a tale richiamo, la confisca viene prevista anche in caso di condanna per taluno dei delitti previsti dal d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 («Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205»). Si tratta nello specifico dei delitti previsti dagli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10-*bis*, 10-*ter*, 10-*quater* e 11 del suddetto decreto.

Infine è da ricordare che, ai sensi dell'art. 335-*bis* c.p., salvo quanto previsto dall'articolo 322-*ter*, nel caso di condanna per delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, «è comunque ordinata la confisca anche nelle ipotesi previste dall'articolo 240, primo comma».

Si tratta di un'ipotesi di confisca obbligatoria che concerne gli strumenti del reato, il prodotto e il profitto del reato. La giurisprudenza, in ragione del suo carattere obbligatorio, ritiene applicabile la misura anche nei confronti dei terzi estranei al reato⁴⁹⁸.

h) Ulteriori ipotesi di confisca sono previste in relazione ai delitti contro la libertà individuale. Ai sensi dell'art. 600-*septies* c.p., nel caso di condanna per uno dei delitti ivi previsti, è sempre disposta la confisca del prezzo, del prodotto e del profitto del reato. Si tratta di un'ipotesi di confisca obbligatoria, che deroga all'art. 240, comma 1 c.p.. Essa non elide il diritto della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento.

i) Ai sensi dell'art. 648-*quater* c.p. è stabilita la confisca obbligatoria dei beni che costituiscono il prodotto o il profitto dei delitti di riciclaggio, autoriciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita. La disposizione costituisce deroga al carattere facoltativo della confisca di cui all'art. 240, comma 1 c.p.. Sono in ogni caso fatti salvi i diritti dei terzi rimasti estranei al reato.

l) In materia di reati societari, l'art. 2641 c.c. prevede che in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei reati previsti dal presente titolo è ordinata la confisca del prodotto o del profitto del reato e dei beni utilizzati per commetterlo. Anche tale disposizione mira a rendere obbligatoria la confisca delle cose che invece, alla stregua dell'art. 240, comma 1 c.p., dovrebbero soggiacere all'ablazione facoltativa. Stante il richiamo all'art. 240

⁴⁹⁸ Cass. pen., III, sent. 28 gennaio 2010, n. 3901, in *CED Cass.*, Rv. 246020.

c.p. in via residuale, si deve escludere che la confisca colpisca i terzi estranei al reato.

In relazione al delitto di corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c. occorre ricordare che è intervenuto l'art. 3, comma 1, d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202. Tale decreto ha aggiunto un comma sesto all'art. 2635 c.c. stabilendo un limite minimo alla confisca per equivalente disposta ai sensi dell'art. 2641: tale misura infatti non può essere inferiore al valore delle utilità date o promesse.

m) Nel caso di condanna per uno dei delitti di usura previsti dall'art. 644 c.p. è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato. Tuttavia la disposizione fa salvi i diritti alle restituzioni e al risarcimento in favore della persona offesa.

n) In materia di delitti contro l'ambiente, una nuova ipotesi di confisca è prevista dall'art. 452-*undecies* c.p., introdotto dalla l. 22 maggio 2015, n. 68, che ha inserito l'intero Titolo VI-*bis* nel codice penale.

Si stabilisce che, in caso di condanna per uno dei delitti contro l'ambiente previsti dal titolo VI-*bis*, è sempre ordinata la confisca delle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato o che servirono a commettere il reato. La disposizione in esame costituisce un'ulteriore deroga all'art. 240, comma 1 c.p., in quanto rende obbligatoria l'ablazione delle cose che invece la predetta disposizione sottopone a confisca facoltativa.

La disposizione fa salvi i diritti dei terzi rimasti estranei al reato, in coerenza con il principio generale di cui all'art. 240, comma 3 c.p..

L'art. 452-*undecies* c.p. prevede che «L'istituto della confisca non trova applicazione nell'ipotesi in cui l'imputato abbia efficacemente provveduto alla messa in sicurezza e, ove necessario, alle attività di bonifica e di ripristino dello stato dei luoghi». In sostanza l'esecuzione delle misure di ripristino preclude la confisca del prodotto, del profitto del reato o degli strumenti di esso. Si tratta di disposizione che desta qualche perplessità. La confisca mira a impedire che il colpevole, lucrando con il reato, sia incentivato a realizzare nuovi illeciti. Rischio questo che viene rafforzato dalla possibilità per il reo di trattenere anche gli strumenti dell'illecito. Le perplessità aumentano se si considera che i costi del ripristino potrebbero essere inferiori ai vantaggi derivanti dal delitto, con conseguente rafforzamento di un eventuale nuovo proposito criminoso in capo al colpevole. In realtà la bonifica e la confisca perseguono due scopi differenti, ma egualmente importanti, e pertanto dovrebbero operare in modo autonomo e senza interferenze reciproche. Peraltro la previsione produce il serio rischio che un operatore economico programmi illeciti penali in materia ambientale, facendo affidamento sull'utile che potrà ottenere dai proventi del reato al netto dei costi di bonifica o di ripristino. La prassi fornirà comunque conferme al riguardo⁴⁹⁹.

⁴⁹⁹ Sulla confisca in materia ambientale si tornerà *amplius* nel Cap. VIII, par. 6 del presente lavoro.

o) In base all'art. 474-*bis* c.p., in caso di commissione dei delitti di contraffazione di segni distintivi (art. 473 c.p.) e di introduzione e commercio nello Stato di prodotti con segni falsi (art. 474 c.p.), è sempre ordinata la confisca degli strumenti del reato, dell'oggetto materiale di esso e del prodotto, del profitto e del prezzo del reato. La disposizione non pone particolari questioni. La misura opera anche nei confronti di terzi estranei al reato, salvo che questa dimostri di non avere potuto prevedere l'illecito impiego, anche occasionale, o l'illecita provenienza e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza. La confisca non nuoce ai diritti della persona offesa dal reato.

p) Una ipotesi di confisca è prevista altresì in materia di delitti contro il sentimento degli animali (Titolo IX-*bis* del Libro II c.p.). L'art. 544-*sexies* c.p. stabilisce che, in caso di condanna per i delitti suddetti, è sempre ordinata l'ablazione dell'animale, salvo che appartenga a persona estranea al reato.

q) Un caso molto importante di confisca è inoltre previsto dall'art. 12, comma 4-*ter* del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero».

Nel caso di condanna per uno dei delitti previsti dai commi 1 o 3 della suddetta disposizione, si prevede che «è sempre disposta la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per commettere il reato, anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti».

Inoltre il comma 5-*bis* della stessa disposizione prevede la confisca obbligatoria dell'immobile, di proprietà del reo, utilizzato per dare alloggio – alla stregua della fattispecie di cui al comma 5 – a stranieri privi di titolo di soggiorno legale.

Si discute se sia possibile assoggettare a confisca l'immobile anche se appartenente a soggetto rimasto estraneo al reato. L'art. 12 citato non prevede alcuna clausola di salvaguardia per il terzo proprietario in buona fede. Sennonché, poiché il rischio di reiterazione del reato sembra derivare dalla disponibilità del bene in capo all'autore del reato, pare preferibile applicare il principio generale di cui all'art. 240, comma 3 c.p., facendo così salvi i diritti dei terzi estranei al reato.

r) Ai sensi dell'art. 43 del d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504, («Testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative») i «prodotti, le materie prime ed i mezzi comunque utilizzati per commettere le violazioni di cui agli articoli 40, 41 e 43 sono soggetti a confisca secondo le disposizioni legislative vigenti in materia doganale».

Si tratta di un caso di confisca obbligatoria, che può operare anche al di fuori di una sentenza di condanna.

s) Una ipotesi di confisca è prevista inoltre dall'art. 171-*sexies* della Legge, 22/04/1941, n. 633, («Legge a protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio»). In base a tale disposizione «È sempre ordinata la confisca degli strumenti e dei materiali serviti o destinati a commettere i reati di cui agli articoli 171-*bis*, 171-*ter* e l'illecito amministrativo di cui all'articolo 171-*quater* nonché delle videocassette, degli altri supporti audiovisivi o fonografici o informatici o multimediali abusivamente duplicati, riprodotti, ceduti, commerciati, detenuti o introdotti sul territorio nazionale, ovvero non provvisti di contrassegno SIAE, ove richiesto, o provvisti di contrassegno SIAE contraffatto o alterato, o destinato ad opera diversa. La confisca è ordinata anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale».

Si tratta di un'ipotesi di confisca obbligatoria inerente a cose dotate di intrinseca illiceità.

È discusso se sia ammissibile la confisca anche in caso di assenza di una sentenza di condanna. Sul punto la disposizione non pare esigere un provvedimento di condanna quale presupposto della misura. In ogni caso, considerando che vengono in rilievo cose prodotte o detenute in contrasto con la legislazione in materia di diritti d'autore, appare preferibile ritenere che la misura ablatoria operi a prescindere dalla condanna formale del responsabile.

t) Ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, che ha novellato il comma 9-*bis* dell'art. 55 del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, è stata introdotta una nuova ipotesi di confisca obbligatoria in caso di condanna per il reato di utilizzo indebito di carte di credito o di pagamento. Si stabilisce precisamente che in siffatta ipotesi «è ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, nonché del profitto o del prodotto, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero quando essa non è possibile, la confisca di beni, somme di denaro e altre utilità di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto».

u) L'art. 2, comma 1 della l. 29 ottobre 2016, n. 199, recante «Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo» ha introdotto nel codice penale, all'art. 603-*bis*.2, una nuova ipotesi di confisca obbligatoria, in caso di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603-*bis* c.p.. In tal caso infatti, ai sensi del suddetto disposto, è sempre obbligatoria, salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento del danno, la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto o il profitto, salvo che appartengano a persona estranea al reato.

Si tratta di un'ipotesi di confisca ordinaria speciale, che deroga alla regola generale dell'art. 240, comma 1 c.p., in quanto statuisce il carattere obbligatorio

dell'ablazione del prodotto, del profitto e degli strumenti del reato. Mirando la misura a contrastare la pericolosità sociale del reo derivante dalla disponibilità delle cose pertinenti al reato, la disposizione fa salvi i diritti dei terzi estranei al reato. Ciò sembra corretto, non giustificandosi la confisca per la intrinseca illiceità delle cose.

v) Infine la confisca del prezzo, del prodotto e del profitto del reato è prevista anche in caso di commissione di un reato transnazionale di cui all'art. 3 della l. 16 marzo 2006, n. 146 (arg. *ex art.* 11 della legge in esame).

Si tratta di una confisca obbligatoria, come può desumersi dalla circostanza che, in caso di sua impossibilità, opera in modo inderogabile la confisca per equivalente dei medesimi proventi⁵⁰⁰. Secondo la tesi preferibile la confisca opera anche in assenza di formale condanna, purché vi sia stato un accertamento circa l'esistenza del reato presupposto. Invero non sembrano ravvisarsi limitazioni sul punto all'interno dell'art. 11 su citato.

Quanto invece ai terzi aventi diritti sulle cose confiscabili, resta ferma la disciplina generale dell'art. 240 c.p..

5. *Lo statuto giuridico della confisca ordinaria.* – La confisca ordinaria è assoggettata a uno statuto giuridico molto peculiare, sicuramente eccentrico rispetto a quello delle altre misure di sicurezza personali. Invero non tutte le disposizioni previste dal Titolo VIII del Libro I si applicano alla confisca, come stabilisce espressamente l'art. 236 c.p. che funge da disposizione di raccordo tra la disciplina delle misure di sicurezza personali e quelle patrimoniali.

In relazione allo statuto giuridico della confisca è possibile formulare i seguenti rilievi. Essa presenta alcuni profili di regolamentazione comuni alle altre misure di sicurezza e altri invece che da queste si discostano.

I profili comuni sono individuati dall'art. 236, comma 2 c.p., secondo cui alla confisca si applicano gli artt. 199 e 200, comma 1, 201, comma 1, 205, comma 1 e comma 2, al. 3 c.p.. Pertanto:

a) opera il principio di riserva di legge e di tassatività della fattispecie (art. 199 c.p. e 25, comma 3 Cost.). Si tratta di scelta volta a fornire un minimo livello di garanzie al destinatario della misura, soprattutto in considerazione dell'alto tasso di afflittività che reca con sé l'ablazione di beni patrimoniali come conseguenza di un reato⁵⁰¹.

b) In relazione al diritto intertemporale, anche per la confisca vale la legge vigente al tempo della sua applicazione (art. 200, comma 1 c.p.). Pertanto non vige il

⁵⁰⁰ ARDITURO-CIOFFI, *La confisca ordinaria*, cit., p. 731.

⁵⁰¹ Propende per una attenuazione della garanzia della tassatività PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 247. Rifiuta tale prospettiva ALESSANDRI, voce *Confisca*, cit., p. 42, il quale evidenzia come la forte incidenza che la confisca comporta sul patrimonio privato sconsiglia un'attenuazione delle garanzie fondamentali della materia criminale.

principio di irretroattività della legge più sfavorevole. In ogni caso deve mantenersi ferma la regola per cui la misura non può applicarsi a fatti che, al tempo della loro commissione, non costituivano reato. Del resto ciò risulta confermato dalla circostanza che la confisca consegue solo ed esclusivamente a un provvedimento di condanna e questo non potrebbe adottarsi per fatti che non costituivano reato al momento della loro commissione. Non operano invece le disposizioni dell'art. 200, commi 2 e 3 c.p.. Ciò si spiega per il peculiare modo di operare della misura. La confisca è invero un provvedimento a efficacia istantanea, sicché sarebbe illogico prevedere l'applicabilità della legge vigente al tempo dell'esecuzione.

Parimenti non avrebbe senso dare rilievo alla qualità di "straniero" del reo, posto che la confisca è ordinata per la qualità delle cose e non per quelle del reo⁵⁰².

c) Quando per un fatto di reato commesso all'estero si procede o si rinnova il giudizio in Italia, si applica la legge italiana anche rispetto alla confisca (art. 201, comma 1 c.p.).

d) La confisca viene ordinata dal giudice di cognizione con la sentenza di condanna o di proscioglimento (art. 205, comma 1 e artt. 530 e 533 c.p.); tuttavia può essere ordinata in ogni tempo anche con un provvedimento successivo del giudice dell'esecuzione, nei casi previsti dalla legge (art. 205, comma 2, al. 3 c.p. e art. 676 c.p.p.). Secondo una consolidata giurisprudenza in sede esecutiva è possibile disporre esclusivamente la confisca obbligatoria, non anche quella facoltativa, sicché ove quest'ultima non sia stata disposta con la sentenza del giudice di cognizione è necessario proporre apposito mezzo di impugnazione ad opera della parte interessata. Il provvedimento del giudice dell'esecuzione che dispone una confisca facoltativa è stato pertanto ritenuto abnorme⁵⁰³.

La confisca – come accennato – ha un regime giuridico molto peculiare rispetto a quello previsto per le altre misure di sicurezza. Ciò in virtù dell'inapplicabilità ad essa di talune disposizioni che il codice stabilisce per queste ultime (art. 236, comma 2 c.p.). Si tratta delle seguenti regole:

a) Non opera per la confisca la regola che subordina l'applicazione della misura di sicurezza all'accertamento della pericolosità sociale dell'interessato (arg. ex art. 236, comma 3 c.p.). La confisca pertanto può essere disposta a prescindere dall'accertamento che il soggetto interessato si asterrà con ragionevole probabilità dalla commissione di futuri reati⁵⁰⁴. Si tratta certamente del principale discostamento

⁵⁰² MASSA, voce *Confisca*, cit., p. 984.

⁵⁰³ Sul punto Cass. pen., sez. VI, sent. 19 febbraio 2014, n. 10623 in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 24 gennaio 2017).

⁵⁰⁴ Sul punto rileva ALESSANDRI, voce *Confisca*, cit., p. 43 che tale peculiarità della confisca è confermata anche a livello processuale. Infatti la confisca obbligatoria può essere disposta anche con il decreto penale di condanna (art. 460, comma 2 c.p.p.), sebbene tale provvedimento non possa essere emanato dal G.I.P. ove ritenga applicabile all'imputato una misura di sicurezza personale (art. 459,

dal regime giuridico delle altre misure di sicurezza. L'irrelevanza della pericolosità ai fini dell'applicazione della confisca, comporta a livello sistematico che tale misura non è soggetta a revoca, a modifica, a sospensione, a sostituzione o a trasformazione⁵⁰⁵. Tali misure vengono previste in quanto la pericolosità, concernendo l'essere umano, può mutare o estinguersi nel tempo. Di contro una cosa può dirsi pericolosa per la sua connessione genetica con il crimine, sicché essa mantiene tale carattere finché non venga sottratta a chi tale crimine ha compiuto. Dunque sarebbe illogico consentirne la revoca. Inoltre, non essendo ancorata al mutevole animo dell'essere umano, la pericolosità della cosa non può diminuire o aumentare. Di conseguenza sarebbe illogico consentirne la sospensione, la trasformazione o la sostituzione.

b) La confisca, a differenza delle altre misure di sicurezza, viene disposta solo «nel caso di condanna», salvo il caso in cui ricorrano cose intrinsecamente illecite, nel qual caso la confisca può essere disposta «anche se non è stata pronunciata condanna» (art. 240, comma 2, al. 2 c.p.). Ne derivano due conseguenze sistematiche molto importanti. La confisca facoltativa e quella obbligatoria (del prezzo del reato o dei mezzi informatici utilizzati per la commissione dei reati indicati dall'art. 240, comma 2, al. 1-*bis*) non possono essere disposte nei casi di “quasi reato”, menzionati dall'art. 202 c.p.. Inoltre tali misure non possono essere disposte nei confronti di un soggetto non imputabile per il fatto di reato commesso, atteso che in simili casi non si potrebbe giungere a una pronuncia di condanna dell'imputato. Tale principio ha condotto una parte della dottrina a osservare come la confisca, nella quasi totalità dei casi, sia ricollegata più che alla pericolosità, soggettiva od oggettiva, alla punibilità dell'agente, con conseguente marginalizzazione della funzione preventiva della misura stessa⁵⁰⁶. Una tale conclusione non viene accolta da altro orientamento che ritiene il presupposto della condanna del tutto coerente con la funzione di prevenzione della confisca. La pericolosità della cosa deriva come già illustrato dalla sua genetica connessione con il crimine; di conseguenza non è possibile riscontrare tale carattere se non accertando l'esistenza di un reato, con i crismi della giurisdizionalità, e il rapporto pertinenziale che sussiste tra questo e le cose da confiscare⁵⁰⁷.

c) La confisca può essere disposta nei confronti anche degli stranieri,

comma 5 c.p.p.). Ciò in quanto il rito monitorio mal si presta a una corretta prognosi di pericolosità sociale dell'imputato. Ciò nonostante viene ammessa la confisca obbligatoria, proprio per la non necessità di procedere in tale caso al giudizio di pericolosità.

⁵⁰⁵ TRAPANI, voce *Confisca*, cit., p. 4.

⁵⁰⁶ ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, p. 43, il quale sottolinea come, muovendo dalla logica della prevenzione criminale, non si capisce la ragione per cui gli strumenti del reato o il profitto da questo derivante perdano la loro “pericolosità” per il solo fatto che l'autore del reato sia un soggetto non imputabile. Questa anomalia della confisca sembra dunque suggerire, secondo l'Autore, una diversa natura dell'istituto, il quale parrebbe rispondere più a esigenze di repressione, che di prevenzione.

⁵⁰⁷ MASSA, voce *Confisca*, cit., p. 984.

indipendentemente dalla loro presenza nel territorio dello Stato (arg. *ex art.* 236, comma 2 c.p.)⁵⁰⁸.

d) In virtù della irrilevanza della pericolosità sociale ai fini dell'applicazione della confisca, questa può essere disposta – a differenza delle altre misure di sicurezza – anche in caso di sospensione condizionale della pena (art. 164, comma 3 c.p.). Tale previsione è stata ritenuta tuttavia distonica rispetto al fondamento dell'istituto. Invero la prognosi che il soggetto si asterrà dal commettere nuovi illeciti appare difficilmente conciliabile – si osserva – con la pericolosità della cosa che legittima la sua confisca. L'idoneità della cosa a indurre il colpevole a compiere nuovi reati presuppone – secondo questa linea di pensiero – una sorta di predisposizione di questo a ricadere nel crimine. E ciò appare difficilmente conciliabile con il giudizio di cui all'art. 164 c.p..

e) La confisca non preclude la concessione della riabilitazione in virtù dell'art. 179, comma 6, al. 1 c.p..

f) Non è ammessa l'applicazione provvisoria della confisca nel corso delle indagini preliminari o del processo di cognizione. Ogni esigenza connessa alla conservazione delle cose potenzialmente confiscabili è fronteggiata con lo strumento del sequestro preventivo di cui all'art. 321 c.p.p., il cui secondo comma autorizza il giudice a porre il vincolo provvisorio sulle «cose di cui è consentita la confisca». Ciò conferma il carattere tendenzialmente definitivo e irreversibile della confisca ordinaria.

g) Ai sensi dell'art. 236, comma 2 c.p. alla confisca non si applica l'art. 210 c.p., concernente la regolazione degli effetti delle cause estintive del reato e della pena sulle misure di sicurezza.

Ne deriva che, di regola, l'estinzione del reato o della pena non precludono l'applicazione della confisca. Senonché la portata del disposto deve essere colta alla luce dei caratteri strutturali che connotano ciascuna ipotesi di confisca e ciascuna causa estintiva. Pertanto:

g.1) laddove la confisca esiga un provvedimento di condanna, l'estinzione del reato preclude certamente l'applicazione della confisca, dovendo il giudice in tali casi pronunciare una sentenza di non doversi procedere. Si è già detto che tale regola vale pacificamente per la confisca facoltativa, mentre è oggetto di dibattito per la confisca del prezzo del reato⁵⁰⁹.

Le cause estintive del reato che intervengono a seguito della formazione del giudicato si ritiene invece che non impediscano l'esecuzione del provvedimento di

⁵⁰⁸ TRAPANI, voce *Confisca*, cit., p. 4.

⁵⁰⁹ V. *supra*. par. 3.2.1.

confisca⁵¹⁰.

g.2) L'impatto delle cause estintive del reato sulla confisca delle cose intrinsecamente illecite – che non presuppone la condanna – è stato già illustrato, sicché non occorre tornarci su⁵¹¹.

g.3) La dottrina è pacifica nel sostenere che le cause estintive della pena non precludono l'esecuzione della confisca⁵¹².

6. *La controversa natura giuridica della confisca ordinaria.* – Illustrati principali profili inerenti alla confisca ordinaria, è necessario a questo punto affrontare il nodo relativo alla natura giuridica di tale misura.

Il dibattito sul punto è stato alimentato dalla dottrina da vari decenni, anche in tempi recenti. Le diverse posizioni che sono emerse possono distinguersi in due grandi gruppi: quelle che tendono a negare la qualificazione di misura di sicurezza alla confisca codicistica e quelle che invece una tale natura riconoscono.

Secondo una tesi tradizionale, sostenuta anche dalla giurisprudenza, la confisca ordinaria si configura, pur con tutte le sue peculiarità, come vera e propria misura di sicurezza. In tal senso sarebbe sostenibile l'inquadramento sistematico effettuato dal legislatore del 1930. Si sostiene invero che la confisca ordinaria assume una fondamentale funzione di prevenzione criminale, in quanto contrasterebbe la pericolosità delle cose aventi un rapporto di pertinenzialità con il reato. Tale pericolosità è stata però concepita in due modi distinti e alternativi.

Secondo alcuni la pericolosità dovrebbe intendersi come attitudine della cosa a produrre danni. Lo scopo dell'istituto sarebbe quello di eliminare «cose di per se stesse pericolose o che si riconnettono a un fatto concreto preveduto dalla legge come reato, piuttosto che a rendere innocuo o a riadattare alla vita sociale colui che tale fatto ha commesso»⁵¹³. Tuttavia tale concezione ha destato qualche perplessità. Si è evidenziato che in linea generale qualsiasi cosa può essere utilizzata per commettere reati o arrecare ad altri dei pregiudizi, con la conseguenza che, così intesa, la pericolosità della cosa rischia di assumere contorni eccessivamente ampi.

Così la tesi dominante ha propugnato l'idea che la pericolosità della cosa vada intesa come attitudine di essa, qualora sia lasciata nella disponibilità del reo, a costituire un incentivo o un'agevolazione a commettere ulteriori crimini⁵¹⁴. Tale concezione sembra essere la più vicina alle convinzioni dello stesso legislatore, che, come già illustrato in precedenza, considerava le cose pertinentiali al reato idonee a mantenere viva l'attrattiva di questo⁵¹⁵. Così ragionando, è chiaro che le cose

⁵¹⁰ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 397.

⁵¹¹ V. *supra* par. 3.2.2.

⁵¹² TRAPANI, voce *Confisca*, cit., p. 5.

⁵¹³ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 383.

⁵¹⁴ GUARNERI, voce *Confisca*, cit., p. 40; GULLO, *La confisca* cit., p. 42, il quale afferma che la prevenzione del crimine richiede innanzi tutto l'eliminazione dell'occasione per delinquere.

⁵¹⁵ V. *supra* la nota 375.

anzidette finiscono pur sempre per alimentare una pericolosità personale. Come evidenziato da attenta dottrina, nei casi di cui all'art. 240 c.p., «dalle cose la pericolosità passa al soggetto»⁵¹⁶. La confisca dunque completerebbe il quadro delineato dalle altre misure di sicurezza, in quanto consentirebbe di neutralizzare una forma di pericolosità, ulteriore e diversa da quella personale: la pericolosità delle cose.

Secondo questo orientamento non devono destare perplessità le peculiarità di disciplina che possiede la confisca. Si tratta di adattamenti resi necessari dalla suddetta caratteristica della confisca che è quella di relazionarsi con la pericolosità delle cose e non delle persone. Di conseguenza le obiezioni della dottrina ad accettare la collocazione dell'istituto confiscatorio nelle misure di sicurezza sarebbe dovuto più a ragioni storiche che teoriche⁵¹⁷.

A sostegno di tale impostazione può sottolinearsi che la natura non sanzionatoria della confisca sembra confermata dal carattere normalmente facoltativo di essa. Una sanzione non può mai configurarsi come facoltativa, essendo una conseguenza necessaria dell'illecito. In caso contrario, verrebbe meno il principale connotato della sanzione giuridica, ossia la retributività.

Secondo un'altra impostazione la confisca al contrario potrebbe solo formalmente qualificarsi come misura di sicurezza, ma non presenterebbe la sostanza di tale istituto. Si è così ritenuto che essa configuri in realtà una pena accessoria⁵¹⁸ ovvero una misura *sui generis*⁵¹⁹. Varie le ragioni addotte a sostegno di tale conclusione.

Innanzitutto si afferma che la misura di sicurezza, per sua stessa funzione e natura, non può che correlarsi alla pericolosità sociale di un individuo. E un siffatto carattere è escluso nella confisca, come conferma l'art. 236 c.p. che afferma l'irrelevanza per essa dell'art. 203 c.p.. Né appare persuasivo – si sostiene – affermare l'esistenza di una sorta di “pericolosità della cosa”. Invero un oggetto per costituire un'attrattiva per il reato deve interagire con un soggetto incline a delinquere. Pertanto la pericolosità sarebbe qualità pur sempre di un essere umano, mai di una cosa. Ciò fa emergere una tendenziale ambiguità della teorica della “pericolosità della cosa”.

Inoltre un simile ragionamento viene confermato dal rilievo che non sempre le cose individuate dall'art. 240 c.p. sembrano mostrare un profilo di pericolosità⁵²⁰. Si evidenzia che le cose che servirono alla commissione del reato, le cose che furono

⁵¹⁶ BETTIOL, *Diritto penale*, Palermo, 1958, p. 692

⁵¹⁷ MASSA, voce *Confisca*, cit., p. 985, il quale addebita le perplessità della dottrina alla circostanza che storicamente la confisca ha avuto la connotazione di pena e coinvolgeva tutti i beni del condannato, sicché la nuova collocazione andrebbe incontro a resistenze per lo più culturali.

⁵¹⁸ IACCARINO, *La confisca nel diritto amministrativo*, Bari, 1935, *passim*.

⁵¹⁹ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 383 che esclude la natura di pena della confisca in quanto applicabile in taluni casi anche in assenza di condanna; ARDIZZONE, *Confisca e diritto di proprietà di terzi sulla cosa*, in *Giust. pen.*, II, 1948, c. 82.

⁵²⁰ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 383.

destinate a tale scopo, che costituiscono lo stesso prodotto o profitto o prezzo⁵²¹ del reato potrebbero essere concretamente prive di qualsiasi attitudine criminogena. Dunque la confisca non assumerebbe sempre e in ogni caso una connotazione preventiva. Il che confermerebbe la sostanziale ambiguità dell'istituto. Tuttavia tale obiezione viene criticata evidenziando che, proprio per la consapevolezza di questa discrasia tra il piano astratto e quello concreto, il legislatore ha disposto la regola del carattere facoltativo della misura, così da consentire al giudice di accertare l'effettiva pericolosità della *res*. A ben vedere però tale critica sembra vacillare di fronte alle innovazioni introdotte dalle leggi speciali in materia di confisca ordinaria. Ciò in virtù dell'aumento significativo dei casi di confisca obbligatoria delle cose previste dall'art. 240, comma 1 c.p. che rendono sempre più marginale il sindacato giudiziale sulla concreta pericolosità delle *res* confiscabili. Con il connesso rischio di sottoporre ad ablazione beni che non presentano quella pericolosità che la tesi avversa pone a fondamento dell'istituto. In tali situazioni – si è sostenuto – apparirebbe difficile concepire la confisca come mera misura a carattere preventivo.

La tendenziale estraneità della confisca all'universo delle misure di sicurezza risulta evidente anche dall'inapplicabilità alla stessa della quasi totalità delle disposizioni previste in materia di misure di sicurezza personali. Ciò importa – secondo l'impostazione in esame – un'eccessiva eccentricità della confisca che rende difficile la sua collocazione dogmatica nell'ambito delle misure di sicurezza in generale.

Inoltre si evidenzia come l'estraneità della confisca dal novero delle misure di sicurezza sia confermato dalla circostanza che presupposto di essa è la pronuncia di una sentenza di condanna per il reato presupposto. Verso la confisca perdono rilevanza i quasi-reato che la dottrina tradizionale adduce a sostegno della natura non sanzionatoria delle misure di sicurezza in generale. Così la confisca appare – secondo un autore – subordinata più alla punibilità che alla pericolosità⁵²².

Infine si aggiunge che, anche a voler ammettere una funzione di prevenzione penale della confisca, una siffatta funzione non sarebbe nemmeno realizzabile pienamente dalla misura delineata dall'art. 240 c.p.; di conseguenza, così concepita, l'istituto confiscatorio appare del tutto inutile nella maggioranza dei casi. Pertanto, a titolo esemplificativo, è inutile sottrarre al reo il coltello usato per commettere un omicidio, al fine di impedirne la reiterazione. Invero se davvero lo scopo fosse la prevenzione della recidiva, al reo andrebbero sottratte tutte le cose aventi funzionalità analoghe al coltello, ossia ogni cosa avente attitudine a uccidere. Anche le cose destinate a commettere il reato potrebbero essere entrate nella

⁵²¹ Critica questa affermazione MASSA, voce *Confisca*, cit., p. 985, il quale evidenzia come l'idea che il prezzo non sia pericoloso presuppone l'accoglimento della tesi – inaccettabile – per cui la pericolosità che contrasta la confisca è da intendere come attitudine della cosa a cagionare danni. Invece, muovendo da una corretta concezione della pericolosità della cosa, quale attitudine a stimolare nuovi reati, il prezzo si presenta sempre come pericoloso, perché rafforza l'idea nel reo che il crimine paghi e che dunque convenga reiterare l'illecito.

⁵²² ALESSANDRI, voce *Confisca*, cit., p. 43.

disponibilità del reo per puro caso e non avere alcuna destinazione criminosa⁵²³.

Per tutte le suddette ragioni, una parte della dottrina giunge a negare l'inquadramento della confisca nel novero delle misure di sicurezza e a riconoscerle una generica qualificazione di sanzione giuridica.

7. Conclusioni sull'inquadramento della confisca ordinaria. Inapplicabilità dello statuto interno ed europeo della pena. – All'esito dell'analisi della confisca ordinaria è possibile formulare alcune osservazioni finali in relazione all'inquadramento sistematico dell'istituto e alle possibili interferenze dei principi europei sullo statuto generale delineato dall'art. 240 c.p..

L'abbandono della figura della confisca dei beni, principale sanzione punitiva dell'era preunitaria, ha posto in rilievo il problema della collocazione sistematica della misura confiscatoria nel nuovo ordinamento giuridico unitario.

Nell'ottica del codice del 1930 la confisca andrebbe a contrastare la pericolosità delle cose che, avendo un rapporto pertinenziale al reato, sarebbero idonee a mantenere viva l'attrattiva del reato. La loro attitudine a contrastare una qualche forma di pericolosità ha suggerito di collocare la confisca nell'ambito delle misure di sicurezza.

Senonché una più attenta analisi della funzione dell'istituto ha indotto immediatamente la dottrina, all'indomani dell'emanazione del codice, a porre in discussione l'ammissibilità di una pericolosità riferibile a una cosa piuttosto che a un essere umano. E certamente le critiche mosse sul punto hanno colto nel segno. Una cosa può essere pericolosa solo in quanto abbia una dinamicità intrinseca che la rende idonea alla produzione di danni materiali ingenti ad altri oggetti o persone. Diversamente l'idea che una cosa possa essere "pericolosa" in quanto, come un virus, trasmette al reo che la detiene la "patologia" della pericolosità sociale è certamente più difficile da accettare. In realtà a ben vedere una tale idea può essere diversamente intesa. Si potrebbe dire che la cosa confiscabile deve essere tale da giustificare in modo prevalente e assorbente il giudizio di pericolosità sociale dell'autore del reato. Questa sembrerebbe la logica della teorica posta a fondamento dell'inquadramento della confisca nell'ambito delle misure di sicurezza. In ogni caso pur sempre di pericolosità dell'agente si tratterebbe.

A parere di chi scrive la funzione della confisca ordinaria può essere intesa anche in altro modo. Sul punto è bene operare una distinzione in ragione dell'oggetto dell'ablazione.

Nel caso degli strumenti del reato (e analogo discorso può ripetersi per il prodotto del reato) la confisca assume chiaramente una funzione special preventiva

⁵²³ Formula obiezioni a questa argomentazione MASSA, voce *Confisca*, cit., p. 982, il quale sostiene che essa solleverebbe un reale problema solamente nell'ipotesi in cui la confisca degli strumenti del reato fosse obbligatoria. Il carattere facoltativo dell'ablazione invece consente al giudice di limitarla ai soli casi in cui le cose presentino effettive potenziali criminali.

in quanto mira a impedire la reiterazione dell'illecito mediante l'uso delle cose che erano state destinate o utilizzate per la commissione del reato. In tale ipotesi la misura ha lo scopo di ostacolare la realizzazione di nuovi reati, sottraendo la disponibilità delle cose che potrebbero agevolarli⁵²⁴. La confisca degli strumenti del reato, proprio per questa sua vocazione esclusivamente preventiva, sembra costituire un'effettiva ipotesi di misura di sicurezza⁵²⁵.

Una funzione più propriamente ripristinatoria assume invece la confisca del profitto, del prezzo del reato. In tal caso lo scopo politico-criminale del legislatore è quello di impedire che “il crimine paghi”, in quanto ciò, spingendo alla commissione di illeciti, condurrebbe progressivamente all'ineffettività dello stesso ordinamento giuridico. Così l'ordinamento rimuove ogni conseguenza economica che l'illecito ha prodotto sull'autore del reato. Prevale in tal caso la logica per cui “il crimine non paga”.

Una analoga funzione ripristinatoria assume la confisca delle cose intrinsecamente illecite di cui all'art. 240, comma 2, al. 2 c.p.. In tale ipotesi l'ablazione ha lo scopo essenziale di rimuovere le conseguenze materiali derivanti dalla violazione delle norme penali.

Salvo il caso dell'ablazione dello strumento del reato, in tutte le situazioni suddette la confisca mira a garantire la corretta attuazione dell'ordinamento giuridico, impedendo la violazione di norme penali o costituendo la *identica* situazione che ci sarebbe stata se l'illecito non ci fosse stato. Il rapporto di pertinenzialità tra le cose e il reato, invero, ha l'effetto di realizzare la *specifica* situazione di fatto e di diritto che ci sarebbe stata in assenza dell'illecito. Ove un tale rapporto non fosse considerato, il ripristino non potrebbe che avvenire in forma equivalente, costituendo la situazione economica equivalente a quella che ci sarebbe stata in assenza dell'illecito. Come si vedrà nel prossimo capitolo, questa è la funzione della c.d. confisca di valore.

Alla luce dei suddetti rilievi, si può affermare che la confisca dei proventi del reato e delle cose intrinsecamente illecite costituisce, in ultima analisi, attuazione dell'ordinamento giuridico. In definitiva essa possiede una connotazione funzionale analoga a quella delle sanzioni esecutive. Proprio tale funzione esecutiva consente di ammettere logicamente l'applicazione della confisca anche al di fuori di una sentenza di condanna – purché persista l'accertamento dell'illecito condizionante la sanzione – e financo nei confronti dei terzi estranei al reato, nel caso di cose intrinsecamente illecite. Il legislatore del 1930, non configurando la confisca come sanzione esecutiva o comunque non concependo l'idea di una sanzione esecutiva di natura criminale, ha invece delineato la misura come funzionale al contrasto della “pericolosità della

⁵²⁴ Infatti NICOSIA, *Aspetti teorici e generali*, cit., p. 408 evidenzia come, in caso di ablazione dello strumento del reato, la confisca assume una funzione special preventiva che la rende assimilabile alle altre misure di sicurezza previste dal codice.

⁵²⁵ Non a caso solo nella confisca dello strumento del reato la giurisprudenza affronta effettivamente il giudizio di pericolosità in concreto delle cose, esercitando la discrezionalità a essa assegnata dall'art. 240, comma 1 c.p..

cosa”. Tuttavia affermare che occorre evitare che la cosa mantenga viva l’attrattiva del reato non significa altro che affermare l’esigenza che i precetti giuridici siano attuati, anche coattivamente ove occorra, al fine di non indebolire la funzione motivante della norma giuridica sui suoi destinatari; con ulteriori rischi per l’effettività dell’ordinamento giuridico. In sostanza la generale *ratio* sottesa alle sanzioni esecutive è stata trasfigurata nella teorica della pericolosità della cosa, ponendola come elemento che giustifica l’ablazione delle cose ai sensi dell’art. 240 c.p..

Ad ogni modo, anche volendo scorgere la sostanza delle sanzioni esecutive nella confisca ordinaria⁵²⁶, è indubbio che la qualificazione come misura di sicurezza è effettuata dalla legge in funzione di disciplina. Una disciplina che peraltro si presenta come tendenzialmente compiuta e organica. Pertanto una tale configurazione non può essere ignorata in sede ermeneutica⁵²⁷. L’interprete, ogni volta in cui rileva nell’ordinamento giuridico una confisca riconducibile al modello codicistico, deve applicare, salve le disposizioni speciali, lo statuto generale di cui all’art. 236 c.p.. Ciò induce ad accogliere la teoria che ravvisa nella confisca ordinaria una misura a finalità meramente preventiva.

Ad ogni buon conto un dato resta certo: la confisca ordinaria non può essere assimilata alla sanzione punitiva, data la diversità di funzione sussistente tra i due istituti. Di conseguenza alla confisca non è applicabile lo statuto costituzionale ed europeo della pena. Ad essa potrà applicarsi tendenzialmente lo statuto codicistico e i principi fondamentali, interni ed europei, applicabili alle misure a carattere preventivo.

⁵²⁶ A ben vedere la logica sanzionatoria sembra comunque difficile da ravvisare nelle ipotesi di confisca del prodotto o del profitto, stante il carattere facoltativo dell’ablazione. La discrezionalità nell’applicazione della misura è inconciliabile con il carattere necessario della conseguenza sanzionatoria. Ad ogni modo la logica “esecutiva” conduce in sede applicativa all’automatica ablazione del profitto o del prodotto del reato, esaltando il carattere ripristinatorio della misura confiscatoria. Inoltre la logica esecutiva è alla base della tendenza del legislatore, nelle ipotesi speciali di confisca, a rendere obbligatoria la applicazione ancorché si rientri nell’ambito dell’art. 240, comma 1 c.p.. Tali rilievi rafforzano la logica sanzionatoria della misura, in funzione ripristinatoria dello *status quo ante delictum*.

⁵²⁷ A parere di chi scrive è corretta l’affermazione di AMISANO TESI, voce *Confisca per equivalente*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV-I, 2008, par. 2, consultabile in www.pluriscedam.utet.giuridica.it, laddove evidenzia la pratica irrilevanza di ogni dibattito inerente alla natura della confisca ordinaria, se si focalizza l’attenzione sul problema della disciplina applicabile piuttosto che su quello della finalità della misura.

CAPITOLO VI

LA CONFISCA COME SANZIONE GIURIDICA: LA CONFISCA PER EQUIVALENTE.

SOMMARIO: 1. La genesi della confisca per equivalente. – 2. I caratteri generali della confisca di valore. – 3. La natura giuridica della confisca per equivalente. – 4. Lo statuto giuridico della confisca per equivalente. – 4.1. La confisca per equivalente nel concorso di persone nel reato: il problema della solidarietà passiva. – 5. Conclusioni.

1. La genesi della confisca per equivalente. – Per lungo tempo l'istituto confiscatorio è stato ricondotto al modello generale previsto dal codice penale. La confisca era tendenzialmente ritenuta espressione tipica delle misure di sicurezza patrimoniali, avendo lo scopo di contrastare la pericolosità indotta nell'autore di un reato dalle cose a questo legate da vincolo di pertinenzialità.

Con il passare dei decenni il modello codicistico ha mostrato i primi segni di inadeguatezza rispetto all'evolversi della fenomenologia criminale. In primo luogo sono emerse serie difficoltà applicative connesse agli incerti confini esistenti tra i concetti di prodotto, di prezzo e di profitto del reato. Tale incertezza ha finito per rendere sempre più difficoltosa l'applicazione della misura nei casi di specie che si presentavano all'attenzione degli organi giudiziari. Inoltre crescenti dubbi sono sorti all'interno della dottrina in relazione al diverso trattamento che nel codice penale ricevevano il prezzo e il profitto del reato. Posto che il fondamento della confisca in entrambi i casi è analogo e considerato che i due concetti mostrano una chiara tendenza all'identificazione, molti autori hanno denunciato l'irragionevolezza del sistema codicistico che afferma l'obbligatorietà dell'ablazione solo per il prezzo e non anche per il profitto. Le ragioni di tale differenziazione risiedono a ben vedere nel modo stesso di concepire il profitto e il prezzo del reato da parte del legislatore del 1930. Nell'ottica di questo il profitto costituisce l'utilità che il delinquente ha sottratto illecitamente alla persona offesa. Dunque tale utilità deve essere a questa

restituita. L'obbligo restitutorio prevale sulle ragioni dell'ablazione (art. 240, comma 3 c.p.) e di conseguenza è la stessa persona offesa che, tutelando le proprie ragioni, sottrae al colpevole i benefici economici derivanti dal reato⁵²⁸. Un discorso analogo non può effettuarsi per il prezzo del reato. Questo non può essere restituito a colui che l'ha versato, configurandosi egli come concorrente nel reato. In tal caso allora si rende necessaria la confisca in favore dello Stato.

Una tale logica tuttavia ha mostrato i primi segni di cedimento dinanzi ai reati che offendono interessi collettivi o che pregiudichino interessi pubblici della pubblica amministrazione. In tal caso non emerge una persona offesa che agisce per le restituzioni, sicché l'ablazione del profitto si è resa necessaria per frustrare il movente economico del reato⁵²⁹. Dinanzi a forme di criminalità che mettono a repentaglio interessi superindividuali la confisca facoltativa del profitto si è rivelata così tecnica insufficiente. Più in generale è emersa una crescente sfiducia verso il carattere facoltativo della confisca dei proventi del reato.

Anche ulteriori aspetti hanno contribuito in modo decisivo alla crisi del modello codicistico di confisca. Si fa riferimento alla teorica della "pericolosità reale", come fondamento che giustifica l'ablazione. Come si è illustrato in precedenza, dovendo la confisca codicistica colpire solo le cose idonee a mantenere viva l'attrattiva del crimine, essa può avere ad oggetto esclusivamente le cose aventi uno specifico nesso di derivazione con il reato. In altri termini il presupposto fondamentale della confisca è il nesso pertinenziale tra l'illecito e la cosa da espropriare. In assenza di tale requisito, l'ablazione è preclusa.

L'avvento di forme di organizzazione criminale molto complesse e l'avanzamento delle nuove tecnologie informatiche hanno reso sempre più inefficace la confisca codicistica per il contrasto della nuova criminalità economica. In particolare nella prassi si è registrata una sempre maggiore rapidità con cui i proventi dei reati venivano reimpiegati dalle associazioni criminali, rendendo impossibile procedere alla confisca degli stessi, proprio a causa del mancato riscontro del vincolo di pertinenzialità tra le cose frutto del reimpiego e i precedenti reati. Ciò generava un duplice inaccettabile rischio. In primo luogo vi era il pericolo che le associazioni criminali, constatando una certa convenienza nel delinquere, reiterassero i crimini con gravi pregiudizi per la sicurezza pubblica. Dunque riemergeva la necessità di affermare, rispetto agli autori di reati, che il "crimine non paga". In secondo luogo

⁵²⁸ Chiara sul punto la relazione al codice penale che spiega, in relazione all'art. 240 c.p., la mancata menzione dei diritti restitutori della persona offesa: *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Relazione ministeriale sul Libro I del Progetto*, vol. VII, cit., par. 116: «La Commissione parlamentare vorrebbe aggiungere la riserva: "salvo i diritti della parte lesa nel caso che il profitto derivi dall'impiego della cosa sottratta". Ma tale riserva sarebbe superflua, perché è detto espressamente, nel medesimo articolo, che quella disposizione non si applica "se la cosa appartiene a persona estranea al reato". Ora la cosa non cessa di appartenere a colui al quale delittuosamente fu tolta, solo perché essa abbia subito una specificazione o altra modificazione, derivante dal suo impiego da parte del colpevole. E così pure il danaro, ricavato dal delinquente dalla vendita della cosa sottratta, appartiene al proprietario della cosa e non al colpevole».

⁵²⁹ ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., p. 2108.

l'accumulo di ricchezza di fonte illecita generava il rischio di inquinare il circuito economico, attribuendo agli autori di crimini vantaggi sleali rispetto ad altri operatori economici. Un tale scenario si mostrava certamente indesiderabile in un'epoca, come quella odierna, in cui si accresce sempre più l'interconnessione tra le economie dei vari paesi della comunità mondiale. Si è iniziato ad avvertire l'esigenza di utilizzare la confisca come strumento di rimozione della ricchezza illecitamente accumulata, piuttosto che come mezzo di contrasto della pericolosità sociale.

Dinanzi a queste nuove sfide la confisca codicistica si è mostrata inevitabilmente inadeguata, proprio in virtù di quel rapporto pertinenziale tra il reato e le cose, il quale impedisce di colpire beni privi di una siffatta relazione.

Sulla spinta di queste nuove esigenze è stata concepita in vari ordinamenti nazionali la confisca di valore o anche detta confisca per equivalente. Qualora sia impossibile rinvenire nel patrimonio del colpevole i beni direttamente derivati dal reato (confiscabili secondo la tradizionale logica della misura di sicurezza patrimoniale), tale strumento consente l'espropriazione di cespiti diversi, di cui quello abbia la disponibilità, per un valore corrispondente a quello dei beni originari.

Si tratta di una forma di confisca più dinamica e, conseguentemente, più idonea a fronteggiare la nuova criminalità del profitto⁵³⁰. Trattandosi di una fenomenologia criminale finalizzata alla ricerca e al mantenimento del profitto mediante schemi delinquenziali, è necessario rendere l'illecito sconveniente, in quanto improduttivo di profitti o comunque di ricavi idonei a compensare i costi⁵³¹. La confisca di valore, poiché consente di sottrarre i profitti maturati mediante il reato, prescindendo da qualsiasi accertamento del nesso pertinenziale tra cose e reato, garantisce il raggiungimento di questo obiettivo politico-criminale in modo senz'altro più agevole rispetto alla confisca ordinaria.

Non casualmente la più attenta dottrina ha messo in rilievo le analogie tra la

⁵³⁰ Per una disamina approfondita del fenomeno si rinvia a FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, p. 16 ss.; ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., p. 2128. In generale si può evidenziare come nel concetto di criminalità del profitto ricomprenda fenomeni molto variegati. Tra i più rilevanti si annoverano la criminalità organizzata, che raggruppa tutte quelle associazioni che sono preordinate al controllo con metodi illeciti del circuito economico di un determinato territorio, in modo da assoggettare a controllo anche la vita sociale di esso; rilevante è inoltre la criminalità d'impresa, che ricomprende l'insieme delle attività imprenditoriali di per sé lecite, inquinate da episodi criminosi per lo più finalizzati all'incremento del profitto o al raggiungimento di vantaggi sleali verso i concorrenti.

⁵³¹ Chiaro sul punto MENDITTO, *Confisca penale e di prevenzione davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.questionegiustizia.it (ultimo accesso in data 2 febbraio 2017), p. 1 che afferma «La criminalità da profitto è costituita da fenomeni diversificati, la cui caratteristica comune può essere individuata in condotte (costituenti reato) dirette all'illecito arricchimento. Vi rientrano variegata forme di delinquenza, da quella tipica – più o meno sofisticata – alla criminalità che trova origine in una mera valutazione di costi-benefici in cui l'illecito comporta un vantaggio economico (maggior guadagno o minor costo) rispetto al rimanere nel lecito. In quest'ultimo caso la scelta è determinata, principalmente, da una valutazione tra i benefici, consistenti nei profitti che possono trarsi, e il rischio di subire un danno maggiore attraverso la concreta irrogazione della sanzione; l'autore, perciò, tiene conto della percentuale di probabilità di essere scoperto e della natura ed entità degli effetti che può patire, patrimoniali (restituzione del profitto tratto) e/o personali (detenzione o altra misura)».

confisca di valore e lo strumento del risarcimento del danno⁵³². Come lo strumento risarcitorio, che mira a traslare il pregiudizio patrimoniale dalla vittima dell'illecito al soggetto responsabile, in modo da mantenere inalterata la condizione patrimoniale della prima, così la confisca di valore consente di ristabilire l'equilibrio economico che il reato aveva alterato, rimuovendo dal patrimonio del reo ogni guadagno illecito⁵³³. Ad ogni buon conto non è completamente estranea all'istituto una finalità prettamente punitiva, come si illustrerà meglio in seguito. La confisca di valore costituisce pertanto, in taluni casi, una misura repressiva, volta a scoraggiare la commissione di ulteriori reati da parte dei consociati.

Per tutti le ragioni su esposte la confisca per equivalente è divenuta in breve tempo lo strumento sanzionatorio privilegiato dagli ordinamenti giuridici nazionali per il contrasto della criminalità economica⁵³⁴. Anche in ambito internazionale si è registrata una chiara preferenza verso modelli confiscatori basati sul criterio dell'equivalenza. Si fa riferimento alla Convenzione di Vienna del 1988 che prevedeva espressamente obblighi di confisca dei proventi del reato. Inoltre disposizioni rilevanti si possono rintracciare anche nella Convenzione del Consiglio d'Europa sottoscritta a Strasburgo in data 8 novembre 1990, avente ad oggetto il contrasto al riciclaggio dei proventi di reato. All'art. 2 si prevede che «Ciascuna Parte prende le misure legislative o di altra natura eventualmente necessarie per consentirle di procedere alla confisca di strumenti e di proventi, o di valori patrimoniali il cui valore corrisponde a tali proventi». Il principio viene ribadito nel successivo art. 7, che statuisce: «Ciascuna Parte prende le misure legislative e di altra natura eventualmente necessarie per consentirle di eseguire, alle condizioni previste dal presente capitolo, le richieste:

a. di confisca di valori patrimoniali specifici consistenti in proventi o strumenti nonché di confisca di proventi consistente nell'imposizione dell'obbligo di pagare una somma di denaro pari al valore dei proventi;

b. di assistenza nelle indagini e di misure provvisorie ai fini dell'una o dell'altra forma di confisca di cui alla lettera a che precede».

Alla confisca di valore fanno riferimento anche altri trattati internazionali. Particolare rilevanza assume la Convenzione OCSE per la lotta alla corruzione nelle operazioni economiche internazionali, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997, che espressamente prevede la confiscabilità dei proventi del reato anche in forma equivalente. In termini analoghi statuisce anche la Convenzione penale contro la corruzione del Consiglio d'Europa, che all'art. 19 prevede che «Ciascuna Parte adotta le necessarie misure legislative o di altra natura che le consentano di

⁵³² AMISANO TESI, voce *Confisca per equivalente*, cit., par. 4.

⁵³³ Riconoscono una funzione compensativa e ripristinatoria della confisca di valore anche MAZZACUVA, *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale "classico" e diritto penale "moderno"*, in BARGI – CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, cit., p. 233; VERGINE, *Confisca*, in *Arch. pen. web*, 3, 2013, p. 14.

⁵³⁴ Per una analisi delle misure ablatorie per equivalente previste dagli ordinamenti nazionali si rinvia a MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 165 ss.; VERGINE, *Confisca*, cit., p. 11.

confiscare o sottrarre in altro modo gli strumenti e i proventi dei reati penali definiti in virtù della presente Convenzione, oppure i beni per un valore corrispondente a tali proventi». Ancora si può ricordare la Convenzione Onu contro il crimine organizzato transnazionale, adottata nel 15 novembre del 2000. L'art. 12, comma 1, lett. a prevede che «Gli Stati Parte adottano, nella più ampia misura possibile nell'ambito dei loro ordinamenti giuridici interni, le misure necessarie a consentire la confisca di: proventi di reato derivanti da reati di cui alla presente Convenzione o beni il cui valore corrisponde a quello di tali proventi».

Anche il diritto eurounitario ha recepito il modello della confisca per equivalente e lo ha posto come istituto di riferimento delle legislazioni nazionali. Al riguardo si possono ricordare, tra i casi più rilevanti, il Secondo protocollo alla Convenzione dell'Unione europea sulla protezione degli interessi finanziari del 1997. Inoltre viene in rilievo la decisione quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005. L'art. 2, par. 1 di tale decisione prevede 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». In senso analogo si pone la direttiva europea n. 60 del 26 ottobre 2005, finalizzata al contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo. Infine indubbio rilievo assume la recente direttiva 2014/42 del 3 aprile 2014, che all'art. 4 prevede che «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca di proventi da reato o di altri beni di *valore corrispondente a detti proventi* che sono stati trasferiti, direttamente o indirettamente, da un indagato o un imputato a terzi, o che sono stati da terzi acquisiti da un indagato o imputato, almeno se tali terzi sapevano o avrebbero dovuto sapere che il trasferimento o l'acquisizione dei beni aveva lo scopo di evitarne la confisca, sulla base di fatti e circostanze concreti, ivi compreso il fatto che il trasferimento o l'acquisto sia stato effettuato a titolo gratuito o contro il pagamento di un importo significativamente inferiore al valore di mercato», salvi i diritti dei terzi in buona fede.

I plurimi impulsi provenienti dalla comunità internazionale e gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea hanno condotto il legislatore italiano a introdurre anche nel diritto penale italiano la confisca di valore, che ben presto è divenuta il principale strumento sanzionatorio per il contrasto della criminalità economica. I casi in cui è prevista la confisca di valore sono numerosi e variamente dislocati nelle varie disposizioni di parte speciale del codice penale o delle leggi speciali. Su di essi ci si è già soffermati e non occorre menzionarli nuovamente⁵³⁵.

Preme in ogni caso evidenziare che l'istituto della confisca per equivalente finora è emerso esclusivamente mediante una pluralità di interventi normativi disorganici e privi di qualsiasi uniformità sistematica. Non vi è infatti nel codice

⁵³⁵ Per l'enunciazione dei casi normativi di confisca di valore si rinvia al Cap. II, par. 7.3. del presente lavoro.

penale uno statuto generale riferibile alla confisca di valore⁵³⁶. Spetta all'interprete individuare i caratteri strutturali essenziali dell'istituto, ricavandoli dalle varie disposizioni speciali concernenti la confisca di valore.

Dunque nel prosieguo dell'analisi si procederà all'analisi dei caratteri fondamentali della confisca di valore; successivamente si analizzerà la natura giuridica dell'istituto e i suoi rapporti con la confisca ordinaria; infine si cercherà di illustrare uno statuto generale della confisca di valore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dal diritto europeo.

2. *I caratteri generali della confisca di valore.* – La confisca per equivalente – come in precedenza ricordato – consente, nell'impossibilità di procedere alla confisca dei proventi del reato ai sensi dell'art. 240 c.p., di espropriare beni diversi e nella disponibilità del reo, per un valore pari all'ammontare dei suddetti proventi.

Si è detto inoltre che la confisca in tal caso non mira prevalentemente a contrastare la pericolosità delle cose pertinenti al reato, quanto invece a neutralizzare i vantaggi economici comunque riconducibili alla commissione del reato.

Dall'analisi dei casi previsti dalle leggi speciali, la giurisprudenza ha evidenziato i seguenti connotati peculiari della confisca di valore.

a) In primo luogo la misura ha per presupposto la commissione di un reato e in particolare una pronuncia di condanna. Le disposizioni che prevedono la confisca di valore stabiliscono infatti che la misura può essere disposta solo in caso di «condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale». Sul punto occorre evidenziare che la condanna deve concernere lo specifico illecito cui la legge ricollega la misura ablatoria.

In secondo luogo occorre spendere alcune considerazioni sul concetto di condanna. Nel caso della confisca ordinaria si è visto che la giurisprudenza ha ammesso la confisca obbligatoria anche in caso di estinzione del reato per prescrizione, purché nel processo sia stata accertata l'esistenza del reato e la sua riferibilità all'imputato.

Una conclusione analoga non può essere estesa automaticamente per la confisca di valore, attesa la natura sanzionatoria che la contraddistingue. In tal caso la pronuncia di condanna appare indispensabile per poter disporre l'irrogazione della sanzione nei confronti dell'interessato⁵³⁷. Tale conclusione è inderogabile laddove si

⁵³⁶ Le commissioni che nel tempo si sono occupate della riforma del codice penale avevano progettato disposizioni di parte generale inerenti alla confisca per equivalente. Sul punto si rinvia a NUNZIATA, *La confisca nel codice penale italiano*, cit., p. 238 ss.. Inoltre in occasione del recepimento della Convenzione Onu contro il crimine organizzato transnazionale si era inizialmente prospettata la possibilità di inserire un nuovo art. 240-bis nel codice penale per disciplinare in via definitiva la confisca per equivalente, abrogando tutte le previsioni contenute nelle disposizioni speciali. Tuttavia l'idea non fu concretizzata e ci si limitò all'introduzione di una nuova disposizione speciale.

⁵³⁷ Di contro, ove emerga dal dato legislativo che la misura assume una funzione di tutela del mercato e mira a ripristinare il corretto equilibrio economico che il reato aveva turbato, essa può ammettersi in linea teorica contro chiunque abbia beneficiato dei vantaggi del reato. In tal caso la misura ha lo scopo

riconosce alla confisca in esame una natura punitiva. Diversamente potrebbe opinarsi nel caso in cui si riconosca una natura esecutiva alla misura, potendo il legislatore subordinarla al mero accertamento del fatto di reato.

Normalmente alla condanna in sede dibattimentale, l'ordinamento equipara la condanna disposta in esito al rito di patteggiamento ai sensi dell'art. 444 c.p.p..

b) La confisca di valore presuppone l'impossibilità di procedere alla confisca ordinaria degli specifici beni costituenti il prodotto, il prezzo, il profitto del reato (c.d. residualità della confisca di valore). Invero la confisca nasce proprio dall'esigenza di porre rimedio ai casi di impossibilità di far operare la confisca di cui all'art. 240 c.p..

L'impossibilità deve essere *di fatto* e non di diritto: essa deve dipendere evidentemente dal mancato reperimento, ai fini dell'ablazione, dei beni che costituiscono in modo specifico il prezzo, il prodotto, il profitto del reato. Le ragioni dell'impossibilità possono essere diverse e non assumono particolare rilievo ai fini della confisca di valore (es. consumazione delle cose, loro alienazione, loro trasformazione in beni diversi, ecc.).

Nondimeno il presupposto in esame rende comunque necessario accertare in sede giurisdizionale l'esistenza di un prodotto, di un prezzo, di un profitto specificamente riconducibile alla commissione del reato. Invero, poiché la misura comunque interviene per eliminare i proventi del reato, occorre pur sempre accertare l'esistenza di questi per poter comminare l'ablazione. In caso contrario la stessa risulterebbe del tutto ingiustificata.

Dunque il presupposto della misura risiede nel fatto che il provento del reato non sia rinvenuto nel patrimonio del condannato e ciò autorizza lo spostamento della misura ad altri beni di valore equivalente. Tuttavia resta ferma la necessità che il provento sia effettivamente esistente e da tale accertamento non potrà esimersi l'organo giudicante⁵³⁸.

c) La confisca di valore è sempre obbligatoria. Le disposizioni che la prevedono stabiliscono che la misura viene disposta dal giudice quando la confisca ordinaria non risulti possibile. Di conseguenza il giudice, una volta accertata l'esistenza del provento e il mancato reperimento di esso nel patrimonio del condannato, deve disporre l'ablazione per equivalente⁵³⁹.

L'obbligatorietà della confisca esalta la sua natura sanzionatoria, mettendone in rilievo la retributività rispetto all'illecito.

d) La confisca di valore concerne beni privi di qualsiasi rapporto

di precludere che il profitto criminoso resti in circolazione. Una tale conclusione non può ammettersi ove si qualifichi la misura come sanzione punitiva. Di tale profilo si tratterà successivamente.

⁵³⁸ CUOMO, *Problemi di giustizia penale tributaria: la confisca per equivalente del profitto*, in *Arch. pen. web*, 1, 2014, p. 4.

⁵³⁹ Così Cass. pen., sez. VI, sent. 2 maggio 2013, in *Giur. it.*, 2013, 6, p. 1253 ss..

pertinenziale con il reato presupposto. Di conseguenza il giudice non è tenuto a motivare circa la sussistenza di siffatto rapporto nel momento dell'applicazione della misura. In ciò risiede la fondamentale differenza della confisca di valore rispetto a quella ordinaria, nonché la principale ragione d'essere dell'istituto.

I beni confiscabili possono essere di qualsiasi natura e tipologia. Si è già visto nel capitolo precedente, il problema concernente la natura della confisca avente ad oggetto il denaro. Si può ricordare che secondo la giurisprudenza di legittimità la misura, laddove concerna il denaro, si può qualificare come confisca ordinaria e non necessariamente come confisca di valore; in tal caso non occorre, data la fungibilità del denaro, accertare il nesso di pertinenzialità tra il bene espropriato e il reato.

e) I beni che possono essere confiscati sono tutti quelli che si trovano nella «disponibilità», anche per interposta persona, del condannato. Si tratta di uno degli aspetti più peculiari della confisca di valore rispetto a quella ordinaria. La misura può colpire sia i beni di cui il condannato ha la formale proprietà, sia quelli di proprietà di terzi, ma di cui il reo abbia l'effettiva disponibilità.

La *ratio* della previsione risiede nell'esigenza di superare eventuali ostacoli formali che il reo potrebbe opporre alla confisca dei beni, intestando questi a terzi soggetti, pur conservando su quelli il potere effettivo di godimento e di disposizione.

La confisca di valore può dunque colpire anche beni formalmente appartenenti a terzi estranei al reato. L'elemento che segna il confine tra i beni del terzo soggetti a confisca e quelli esenti da questa è dato dalla loro disponibilità in capo al condannato. L'individuazione degli esatti contorni del concetto di disponibilità si rivela allora particolarmente importante, in quanto consente di fissare i limiti alla confiscabilità di beni appartenenti a terzi estranei all'illecito.

A tal fine il punto di partenza per l'interprete deve essere lo scopo politico-criminale che il legislatore intende conseguire mediante la confisca dei beni di cui il reo abbia la mera disponibilità. Come si è già osservato, lo scopo è quello di evitare che questi, attribuendo fittiziamente la titolarità dei suoi beni a un terzo compiacente, sottragga quote del suo patrimonio alla misura confiscatoria.

Se questa è la *ratio* della regola, appare subito chiara l'insufficienza delle categorie civilistiche per dare contenuto al concetto di disponibilità. Così di certo non si può attribuire a tale parola il significato di detenzione, intesa come potere di fatto esercitato da taluno con la volontà di rispettare i diritti che, sul medesimo bene, riconosce spettare ad altri. Una simile interpretazione è innanzi tutto distonica rispetto alla *ratio* della «disponibilità» di cui sopra. Invero il condannato, per sottrarre un bene all'ablazione, potrebbe costituire la disponibilità materiale di esso in capo all'intestatario fittizio, conservando per sé tutti i poteri connessi alla titolarità della proprietà. In tal caso sarebbe illogico escludere la disponibilità utile per la confisca, in quanto la detenzione materiale del bene è costituita in capo al terzo. Si avrebbe un comodo espediente per neutralizzare l'esperibilità della confisca di valore. Inoltre una simile soluzione si presenta certamente irragionevole in quanto

comporta un sacrificio dei diritti dei terzi in buona fede⁵⁴⁰.

Non appare utile nemmeno il concetto di possesso di cui all'art. 1140 c.c.. Si tratta – com'è noto – del potere di fatto su una cosa che si manifesta mediante attività corrispondenti all'esercizio del diritto di proprietà o di altro diritto reale. Il concetto civilistico di possesso assume una rilevanza tutta interna al diritto privato e mal si concilia con gli scopi di tutela che permeano la materia penale.

A ben vedere la *ratio* sottesa alla confisca dei beni “disponibili” suggerisce di dare rilievo alla titolarità “sostanziale” del bene formalmente attribuito al terzo. Se lo scopo è superare gli ostacoli formali nascenti dall'intestazione fittizia del bene al terzo, allora la disponibilità che rileva ai fini della confisca è quella che si risolve nell'esercizio *effettivo* dei poteri dominicali sul bene. Così il bene sarà confiscabile laddove il condannato, mediante il terzo intestatario fittizio, eserciti sul bene i poteri tipici del proprietario⁵⁴¹. In tal caso l'ablazione del bene risulta del tutto giustificata e non implica un sacrificio indebito dei diritti dei terzi estranei al reato, giacché il terzo in questo caso non ha una effettiva titolarità del bene, il quale va più propriamente ricondotto alla sfera giuridica del reo.

Naturalmente l'onere di provare la disponibilità effettiva in capo al condannato spetta al Pubblico ministero, posto che la titolarità del diritto di proprietà fa presumere la disponibilità in capo al terzo. Questo è comunque in grado di dimostrare la autenticità, e non fittizietà, del suo diritto di proprietà sulla cosa.

f) Alla luce di quanto appena illustrato, è possibile individuare i potenziali destinatari della misura confiscatoria. Essa ha come naturale destinatario il soggetto condannato per il reato presupposto, in coerenza con la funzione dell'istituto che è quella di eliminare dal patrimonio di quello i vantaggi economici derivati eziologicamente dal reato. La misura tuttavia può incidere altresì su beni appartenenti a terzi rimasti estranei al reato, laddove si accerti che gli stessi siano nella disponibilità effettiva del condannato. Al contrario, laddove invece il terzo abbia tanto la titolarità formale quanto la disponibilità effettiva del bene, la confisca deve escludersi. La tutela dell'affidamento dei terzi estranei al reato impone una siffatta conclusione.

g) Il limite della confisca per equivalente è di tipo quantitativo. L'ablazione deve contenersi entro il valore economico del profitto, del prodotto o del prezzo la cui esistenza è stata giudizialmente accertata.

⁵⁴⁰ ARDITURO – CIOFFI, *La confisca ordinaria*, cit., p. 735, ove si offre l'esempio del gioielliere che detiene un orologio di un cliente al fine di ripararlo. Se il primo viene condannato per usura, appare ingiustificata l'ablazione dell'orologio del cliente per il solo fatto che questo era detenuto dal gioielliere.

⁵⁴¹ ARDITURO – CIOFFI, *ivi*, p. 736. In giurisprudenza si accoglie la tesi della disponibilità effettiva: per tutti si veda Cass. pen., III, ord. 5 giugno 2013, n. 24530, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 3 febbraio 2017), ove si afferma che «la nozione penalistica della proprietà, ai fini della interpretazione della confisca per equivalente, si identifica nei beni che si trovano comunque nella disponibilità dell'indagato, anche qualora siano formalmente intestati a terzi estranei».

Tale requisito emerge laddove l'ordinamento statuisce che la confisca per equivalente opera esclusivamente «per un valore corrispondente a tale prezzo, prodotto o profitto». Si tratta di un limite che è del tutto coerente con la funzione della confisca in esame: se essa mira a eliminare dal patrimonio del reo i proventi illecitamente ottenuti tramite il reato, allora è chiaro che l'ablazione non può andare oltre il valore economico di tali proventi. Ove si andasse oltre tale soglia di valore, la misura perderebbe ogni connessione con la confisca ordinaria e, dunque, ogni ragion d'essere.

L'individuazione del valore va effettuata con riferimento al provento che con il reato ha un rapporto di derivazione causale diretta. Come si è visto in precedenza, la confisca di valore è residuale rispetto a quella ordinaria, nel senso che opera esclusivamente se, accertato un profitto, un prodotto, un prezzo del reato ai fini dell'art. 240 c.p., i beni che specificamente li costituiscono non vengono rinvenuti nel patrimonio del reo. Ciò giustifica l'ablazione del valore economico equivalente. Di conseguenza tale valore deve essere commisurato all'entità del provento che, qualora fosse stato rinvenuto, avrebbe costituito l'oggetto della confisca ordinaria.

Sul punto possono riprendersi dunque le considerazioni già svolte per i concetti di prodotto, di prezzo, di profitto del reato nell'art. 240 c.p.. Nella giurisprudenza e nella dottrina maggiori dubbi sono sorti in relazione alla nozione di profitto in caso di confisca di valore conseguente alla responsabilità da reato degli enti. Su tale punto si tornerà in seguito quando si analizzerà la confisca nel sistema della responsabilità da reato delle persone giuridiche⁵⁴².

Ulteriore questione è se nel computo del profitto criminoso debbano farsi rientrare anche i vantaggi immateriali. Con tale locuzione si intende fare riferimento a tutte le utilità economiche che non hanno originariamente una dimensione fisica e per le quali è quantomeno dubbio se sia possibile disporre un'ablazione. Si pensi alla posizione di monopolio assunta da un operatore economico in un determinato settore a seguito della commissione di un reato o all'acquisizione di una serie di vantaggi concorrenziali conseguiti tramite quello. Un tale problema non può porsi in relazione alla confisca del profitto *ex art. 240 c.p.*: in tal caso il profitto deve concretizzarsi in «cose», sicché non pare possibile concepire come oggetto dell'ablazione un profitto immateriale. Al contrario nel caso di confisca per equivalente la questione si pone, in quanto questa non impone di espropriare le cose specificamente pertinenti al reato. Dunque ben potrebbe considerarsi anche il vantaggio immateriale conseguente all'illecito e renderlo oggetto della confisca per equivalente.

A sostegno della soluzione favorevole si potrebbe addurre la necessità di valorizzare la funzione della confisca di valore che è quella – come più volte ripetuto – di eliminare dal patrimonio del colpevole l'insieme dei vantaggi economici prodotti dal reato. In relazione a tale scopo i vantaggi immateriali non sarebbero meno rilevanti di quelli materiali.

Nondimeno appare preferibile optare per la soluzione negativa. Innanzi tutto

⁵⁴² *Infra* Cap. VIII, par. 3 del presente lavoro.

si è evidenziato come sia coesistente al concetto di confisca la sottrazione materiale di una cosa a qualcuno che la detiene. Quindi ammettere la confisca di vantaggi immateriali sarebbe già distonico rispetto alla natura intrinseca dell'istituto.

In realtà altri argomenti ben più solidi militano a favore della soluzione negativa. Innanzi tutto assume un particolare rilievo la natura residuale che l'ordinamento attribuisce alla confisca per equivalente. Poiché tale misura può operare solo in quanto un profitto confiscabile in via ordinaria sia stato accertato ma non rinvenuto nel patrimonio del colpevole, è evidente che l'entità del profitto confiscabile in via equivalente sarà eguale al primo. Dunque se si escludono i vantaggi immateriali dalla nozione di profitto di cui all'art. 240 c.p., la stessa soluzione deve essere osservata per quella di profitto ai fini della confisca per equivalente. Inoltre va considerato che un vantaggio immateriale è di difficile apprezzamento sul piano economico. L'incertezza sulla valutazione di esso si riverbera inevitabilmente sull'esattezza dei confini applicativi della confisca per equivalente. Ciò si porrebbe in contrasto con il principio di legalità che contraddistingue lo statuto giuridico della misura in esame.

Infine è necessario affrontare brevemente la questione inerente ai rapporti tra l'ambito operativo della confisca per equivalente e i diritti dei terzi sui beni del condannato. In particolare si deve valutare in che rapporti si ponga la confisca di valore con lo strumento del risarcimento del danno in favore della parte civile.

In linea generale l'operatività della confisca di valore non esclude la possibilità per i soggetti danneggiati dal reato di agire per il risarcimento del danno contro il colpevole. Si tratta di due tecniche di tutela differenti, poste per interessi differenti, sicché una interferenza tra gli istituti non pare prospettarsi.

Alcuni autori invece hanno ravvisato una possibile sovrapposizione tra i due strumenti nel caso in cui il soggetto danneggiato dal reato sia lo Stato. In tal caso il recupero delle somme indebitamente sottratte alla pubblica autorità potrebbe avvenire anche con lo strumento risarcitorio. Cumulare tale rimedio con la misura confiscatoria potrebbe determinare una forma larvata di *bis in idem* sostanziale a scapito del condannato⁵⁴³. Così si suggerisce di consentire l'applicazione di un solo strumento e, a parità di risultato, il recupero dei proventi da parte dello Stato dovrebbe avvenire principalmente con la confisca, atteso lo sfavore che l'ordinamento mostra per la costituzione della parte civile nel processo penale⁵⁴⁴.

Infine, le disposizioni di legge fanno normalmente salvi i diritti restitutori dei terzi estranei al reato. Di conseguenza le cose che debbono essere rese ai suddetti

⁵⁴³ Sul punto VERGINE, *Confisca*, cit., p. 16.

⁵⁴⁴ VERGINE, *ibidem*, il quale evidenzia che «Recuperare, da parte dello Stato, il profitto illecitamente incamerato dal reo mediante la confisca per equivalente esaurisce le pretese risarcitorie perché non vi sono altri soggetti che possano vantare danni. A parità di risultato, nella scelta tra la costituzione di parte civile dello Stato per il recupero delle somme illecitamente sottratte e l'ordine di confisca dei proventi del reato contenuto nella sentenza di condanna, è preferibile la seconda opzione, essendo nota l'impostazione del legislatore del codice del 1988 sull'opportunità di limitare, nel processo penale, le questioni diverse da quella dell'offesa penale».

terzi non possono essere oggetto di ablazione. Si tratta di un risultato del tutto coerente con la funzione compensativa riconosciuta alla confisca di valore.

3. *La natura giuridica della confisca per equivalente.* – Illustrati i caratteri essenziali della confisca di valore, è possibile analizzarne la natura giuridica.

Il punto di partenza dell'analisi è la constatazione dell'impossibilità di qualificare tale confisca come misura di sicurezza secondo l'art. 240 c.p.. Invero il difetto del nesso di pertinenzialità tra il reato e la cosa impedisce di ravvisare in questa quella "pericolosità reale" che è alla base della confisca ordinaria⁵⁴⁵. Di conseguenza la misura per equivalente, non contrastando la pericolosità della cosa, non può annoverarsi tra le misure di sicurezza patrimoniali e dunque a essa non può applicarsi automaticamente lo statuto di cui agli artt. 236 e 240 c.p..

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti⁵⁴⁶ allora ritengono che la confisca di valore configuri una vera e propria sanzione a carattere punitivo. In primo luogo si evidenzia come la stessa sia una misura gravemente afflittiva per il patrimonio del condannato. Ciò la rende assimilabile a una vera e propria pena. Inoltre la mancanza di qualsiasi funzione di prevenzione impedisce di ravvisare in essa una misura di sicurezza, sicché non resterebbe altra conclusione che quella di qualificare tale istituto come vera e propria pena. Ciò sarebbe inoltre coerente con i criteri *Engel* forniti dalla Corte Edu per individuare la natura sostanzialmente penale di una misura. In particolare sarebbe decisivo il collegamento tra la misura e la commissione di un reato e al contempo la gravità della sanzione sul profilo quantitativo. Le conclusioni in esame sono sostenute in modo pressoché unanime dalla scienza penalistica. Da esse si trae inoltre il corollario sistematico secondo cui alla confisca di valore deve applicarsi la disciplina costituzionale ed europea della pena, *in primis* il principio di irretroattività della norma sfavorevole.

La tesi dominante, sebbene sostenuta con validi argomenti, merita una più attenta riflessione. L'idea per cui una misura afflittiva, in quanto non è una misura di sicurezza, è necessariamente una pena, in quanto *tertium non datur*, non è

⁵⁴⁵ Non ritiene invece decisivo il difetto di nesso pertinenziale per escludere la natura di misura di sicurezza patrimoniale della confisca per equivalente, dunque riconducibile al modello codicistico AMISANO TESI, voce *Confisca per equivalente*, cit., par. 2.

⁵⁴⁶ Per tutti si veda Cass. pen., S.U., sent. 25 giugno 2009, n. 38691, in www.neldiritto.it (ultimo accesso in data 5 febbraio 2017). Anche la Corte Costituzionale ha accolto tale impostazione: si veda Corte cost., ord., 1 aprile 2009, n. 97, in www.giurcost.org, ove si afferma «la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un "rapporto di pertinenzialità" (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, una natura "eminentemente sanzionatoria"». In dottrina si veda CISTERNA, *La natura promiscua della confisca tra misura di sicurezza e sanzione punitiva in rapporto alle nuove tecniche sanzionatorie della criminalità del profitto*, in BARGI – CISTERNA – PAPA, *La giustizia patrimoniale penale*, I, cit., p. 84 ss.; VERGINE, *La confisca*, cit., p. 14 ss.; CUOMO, *Problemi di giustizia penale tributaria*, cit., p. 14; AURIEMMA, *La confisca per equivalente*, in *Arch. pen. web*, 1, 2014, p. 15.

accoglibile.

In primo luogo affermare che la confisca di valore è fortemente afflittiva non è rilevante per l'inquadramento sistematico dell'istituto. Invero l'afflittività contraddistingue il contenuto di ogni misura sfavorevole che l'ordinamento imputa a un determinato soggetto. Così di certo non può dirsi che l'internamento in una R.E.M.S. non abbia carattere afflittivo; così come non può negarsi carattere afflittivo all'espropriazione per pubblica utilità di un terreno patito da un privato ad opera della pubblica amministrazione. In realtà ogni limitazione della sfera giuridica, quando significativa, si connota come afflizione.

In secondo luogo non pare utile sostenere che la confisca è una pena in quanto consegue necessariamente a un illecito. In realtà ogni sanzione giuridica si caratterizza per la circostanza di costituire una conseguenza necessaria di un illecito. La sanzione giuridica per definizione è una reazione contro un fatto illecito. Ciò non implica però che una tale sanzione sia sempre e comunque una pena; la sanzione giuridica può anche configurarsi come esecutiva.

E allora ciò che andrebbe valorizzato ai fini dell'inquadramento dogmatico di un istituto è prima di tutto la sua funzione sul piano politico criminale.

Ebbene dall'analisi appena svolta, non sembra potersi affermare che la confisca per equivalente persegue *sempre e in ogni caso* una funzione repressiva (*rectius* punitiva). La misura anzi – come è stato in precedenza spiegato – è stata introdotta dalla legislazione soprattutto al fine di contrastare l'accumulazione di patrimoni illeciti, ossia per ripristinare la situazione economica modificata in favore del reo dalla commissione dell'illecito mediante l'imposizione a quello di un sacrificio patrimoniale di valore *equivalente* al beneficio conseguito. Detto altrimenti, la confisca di valore ha fatto il suo ingresso nel diritto italiano allo scopo prevalente di eliminare dalla sfera giuridica del reo l'ingiustificato arricchimento prodotto dall'illecito. Con ciò non si vuole sostenere che la confisca per equivalente non si atteggi *mai* a sanzione punitiva, bensì affermare che essa può assumere diversa funzione a seconda del provento criminoso su cui va commisurato il suo valore.

Del resto non si può giungere a sostenere la natura punitiva della confisca di valore sempre e in ogni caso, postulando una presunta compatibilità tra lo scopo ripristinatorio e quello punitivo. In altri termini non si può ritenere una misura al contempo una pena e un'esecuzione. La funzione esecutiva è estranea agli scopi della sanzione punitiva. La Corte di Strasburgo in verità ha evidenziato che «gli obbiettivi della prevenzione e della riparazione sono coerenti con uno scopo punitivo e possono essere visti come elementi della nozione stessa di punizione»⁵⁴⁷. Tuttavia si tratta di affermazione vaga, che non tiene conto delle profonde differenze funzionali tra la pena e la sanzione esecutiva. La prima mira a scoraggiare la commissione dei reati, mediante la sua minaccia in via legale che funge da controspinta psicologica per il condannato. Il suo contenuto prescinde dalla considerazione dello *status quo ante*

⁵⁴⁷ Corte EDU, sent. 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, serie A n. 307-A.

delictum e può risolversi nella privazione di qualsiasi bene facente parte della sfera giuridica del reo. Di contro la sanzione esecutiva mira ad attuare i precetti primari, costituendo le situazioni che da tale attuazione sarebbero sorte. Il contenuto della sanzione esecutiva deve essere coerente con tale scopo: dunque essa deve riguardare i beni che sarebbero stati incisi dall'esecuzione del precetto primario oppure altri beni diversi al fine di costituire comunque una situazione economicamente equivalente a quella specifica che si sarebbe verificata con l'attuazione del precetto primario.

A parere di chi scrive la questione della natura giuridica della confisca di valore va affrontata distinguendo i vari casi in cui tale misura può operare. Ciò posto, non sembra potersi dubitare che l'ablazione, laddove venga ragguagliata agli strumenti del reato o al prodotto di questo, costituisca una vera e propria pena. Ciò in quanto la misura, in tali casi, non può certamente ritenersi volta a ricostituire la situazione economica esistente anteriormente all'illecito. Dunque la confisca di valore del prodotto o degli strumenti del reato costituisce una sanzione punitiva.

Di contro quando la misura viene ragguagliata al profitto o al prezzo del reato essa sembra configurarsi come vera e propria sanzione esecutiva. Essa mira a condurre il reo in una situazione economica equivalente a quella che ci sarebbe stata se il precetto primario non fosse stato violato mediante il fatto criminoso. Si tratta però a questo punto di stabilire quale sia il precetto primario che la confisca di valore in tali casi mira ad attuare, con ciò assumendo i tratti della sanzione esecutiva. Ebbene tale precetto è il principio generale dell'ordinamento italiano secondo cui è vietato ogni trasferimento di ricchezza privo di una causa meritevole e lecita⁵⁴⁸. Tale principio è desumibile da una pluralità di disposizioni contenute nel codice civile: si fa riferimento alle disposizioni che impongono la causa come requisito essenziale per la validità di un contratto, incluso quello a effetti traslativi (art. 1325, 1343, 1418 c.c.); alle disposizioni inerenti alla ripetizione dell'indebitato, il quale trova fondamento proprio nell'esigenza di rimuovere gli effetti prodotti da una prestazione che era priva di fondamento nel momento in cui è stata effettuata (art. 2033 e ss. c.c.); alla disposizione dell'art. 2041 c.c. che regola l'azione di ingiustificato arricchimento, considerato l'istituto fondamentale da cui desumere il principio generale di inammissibilità delle attribuzioni patrimoniali senza causa. Il suddetto principio trova conferma peraltro in una pluralità di disposizioni che consentono di rimuovere l'arricchimento ingiustificato ottenuto da un soggetto (a titolo esemplificativo si possono ricordare gli artt. 935, comma 1, 936, comma 2, 937, comma 3, 939, comma 2, 940, 1150, 1185, 1443, 1769 c.c.). Esiste in definitiva una norma generale, di natura primaria, che vieta di arricchirsi a spese altrui senza che vi sia una giustificazione meritevole e lecita alla base dell'attribuzione.

La ricchezza ottenuta mediante il crimine certamente costituisce un arricchimento privo di causa lecita e, come tale, non tutelato dall'ordinamento

⁵⁴⁸ Per approfondimenti vedi ALBANESE, *Ingiustizia del profitto ed arricchimento senza causa*, Padova, 2005.

giuridico. Il reato, producendo ricchezza illecita, viola il divieto anzidetto di arricchimento ingiustificato, sicché la ricchezza ottenuta mediante esso va eliminata dal patrimonio del reo. La confisca consente di ripristinare lo stato patrimoniale del colpevole, riconducendolo alla situazione economicamente equivalente a quella che ci sarebbe stata in assenza della violazione del predetto precetto primario.

La confisca del profitto pertanto sembra avere una funzione ripristinatoria, configurandosi perciò come una vera e propria sanzione esecutiva. Il medesimo ragionamento può effettuarsi per il prezzo del reato, posto che esso rappresenta solo una forma speciale di profitto criminoso.

Tale conclusione non sembra confutata dalle argomentazioni addotte a sostegno della tesi contraria che qualifica l'ablazione del profitto e del prezzo come sanzione punitiva.

Non rileva che la misura ablatoria colpisce beni privi di qualsiasi rapporto di pertinenzialità con il reato. Tale connotato importa semplicemente che la confisca di valore anziché costituire la situazione identica a quella che ci sarebbe stata senza l'illecito, realizza la situazione equivalente a questa. Ciò non vale ad alterare la sua funzione sul piano sistematico.

Inoltre non appare decisiva nemmeno la circostanza che l'ordinamento ricollega la confisca di valore a un fatto qualificato come reato. Invero – come si è osservato nei precedenti capitoli – il fatto di reato può condurre anche a sanzioni giuridiche di natura esecutiva: si pensi all'obbligo di ripristino dei luoghi in materia di delitti ambientali.

Quanto detto non è smentito dai criteri *Engel*, forniti dal diritto europeo. Tali criteri sono concepiti nell'ottica di individuare misure "sostanzialmente punitive", onde poter applicare a quelle lo statuto europeo della pena. Nel caso della confisca per equivalente i criteri suddetti non sembrano imporre la conclusione della natura punitiva della misura, posto che la giurisprudenza europea ha più volte ritenuto di escludere tale qualificazione per tutte le misure aventi una funzione prevalentemente riparatoria o ripristinatoria e, dunque, non punitiva. Peraltro l'applicazione dello statuto europeo della pena a sanzioni a funzione esecutiva potrebbe condurre a inevitabili incongruenze sul piano disciplinatorio, nocive per l'efficacia della misura e per la certezza dei suoi ambiti applicativi.

Infine la qualificazione della confisca di valore come sanzione esecutiva non significa depotenziare le tutele offerte dall'ordinamento giuridico contro le indebite ingerenze nella sfera giuridica privata. Come si è visto, tanto a livello interno quanto a livello europeo le misure incidenti sulla proprietà privata esigono specifici livelli di garanzie a cui il legislatore non può sottrarsi.

4. *Lo statuto giuridico della confisca per equivalente.* – Nei paragrafi precedenti si è affermato che la confisca per equivalente si connota come una misura di carattere sanzionatorio. Si è inoltre sottolineato come essa non si configuri sempre

e solo come pena, ma può assumere anche connotazione di sanzione esecutiva. E ciò in quanto essa, laddove sia riferita al profitto o al prezzo del reato, costituisce in capo al colpevole quella particolare situazione patrimoniale che ci sarebbe stata ove l'illecito non fosse stato realizzato. In tal caso essa costituisce attuazione della norma giuridica primaria che vieta trasferimenti di ricchezza privi di causa lecita e meritevole.

In coerenza con i suddetti rilievi si deve ritenere che

a) la confisca di valore del prodotto e degli strumenti del reato, costituendo una sanzione punitiva, soggiace allo statuto costituzionale ed europeo della pena. Dello statuto della pena si è già trattato diffusamente nei capitoli precedenti e non occorre tornarvi nuovamente.

b) Per ciò che attiene invece alla confisca di valore del profitto e del prezzo del reato, in coerenza con la natura giuridica dell'istituto, si deve ritenere applicabile lo statuto generale della sanzione esecutiva.

Innanzitutto essa soggiace al principio di legalità dell'illecito che la condiziona e della sanzione stessa.

Ciò importa, in base al diritto interno, la regola della riserva di legge. Occorre che una disposizione di fonte legislativa individui i fatti cui ricollegare la misura confiscatoria, in virtù del principio di riserva di legge che contraddistingue le misure ablative della proprietà. Sempre la fonte legislativa deve individuare natura delle misure confiscatorie applicabili.

Inoltre, in base ai principi di diritto europeo, la confisca in esame, come misura incidente sulla proprietà privata, deve avere una "chiara base legale", nel senso che deve essere garantita l'accessibilità e la prevedibilità dei fatti condizionanti e del contenuto che la misura potrà assumere. Ciò importa la ragionevole determinatezza delle disposizioni prodotte dall'organo legislativo e la loro interpretazione ragionevole in sede applicativa.

L'esigenza di consentire la prevedibilità dei fatti condizionanti e delle relative sanzioni rende tendenzialmente inammissibile l'applicazione retroattiva di una norma giuridica che introduce una nuova ipotesi di confisca di valore del profitto o del prezzo del reato. Il destinatario di una norma di carattere sanzionatorio deve poter prevedere le conseguenze della propria condotta; una tale *ratio* garantista del principio sarebbe frustrato se ci fosse l'applicazione retroattiva della norma. Non è possibile invece che la legge introduca una disciplina sostanziale più sfavorevole per il colpevole: come spiegato nei capitoli precedenti, una sanzione esecutiva non può ricevere una disciplina successiva più sfavorevole, in quanto la sua entità non potrebbe comunque essere superiore al guadagno illecitamente conseguito, altrimenti risulterebbe smentita la sua funzione ripristinatoria. Se una norma successiva all'illecito abroga la norma che statuisce la confisca, l'abrogazione opera solo per il futuro, se non è previsto diversamente.

La confisca del profitto criminoso, avendo funzione compensativa, deve

riguardare il patrimonio del condannato, essendo questo a trarre dal reato i vantaggi illeciti che vanno estinti. La suddetta funzione giustifica però, a differenza di quanto accade per le pene pecuniarie, l'aggressione anche di beni appartenenti a terzi, ove siano nella disponibilità effettiva del reo⁵⁴⁹.

L'ablazione non deve andare oltre il valore che risulta necessario per il ripristino dell'equilibrio patrimoniale anteriore alla commissione dell'illecito. Ciò importa l'impossibilità di rimuovere con la misura confiscatoria i vantaggi economici che si sarebbero comunque prodotti nella sfera del colpevole anche in assenza dell'illecito. Qualora la privazione di valore economico sia più ampia, la misura assumerebbe una connotazione punitiva, con conseguente applicazione dello statuto della pena⁵⁵⁰.

La confisca di valore del profitto e del prezzo criminoso presuppone la commissione di un fatto di reato – al completo dei suoi requisiti – e l'accertamento di questo in sede giurisdizionale. A tal fine la legge normalmente esige una pronuncia di condanna per la sua applicazione⁵⁵¹.

In coerenza con la funzione esecutiva dell'istituto, la confisca di valore non esclude i diritti dei terzi estranei al reato alle restituzioni e al risarcimento del danno. Tali strumenti concorrono con la misura ablativa a ricostituire la situazione che si sarebbe verificata in assenza dell'illecito.

c) La residualità che contraddistingue ogni ipotesi di confisca di valore – concerna questa il prodotto, il profitto, il prezzo o gli strumenti del reato – rispetto a quella diretta consente di risolvere i problemi relativi ai rapporti tra la prima e le cause estintive del reato o della pena. Invero, poiché la confisca di valore opera in quanto sia *di fatto* impossibile procedere alla confisca diretta, è chiaro che, laddove una causa estintiva del reato precluda l'applicazione di quest'ultima (il che accade quando essa abbia natura penale), preclusa risulterà altresì la confisca di valore, venendo in questi casi in rilievo una impossibilità *di diritto* all'ablazione. Un ragionamento analogo può essere effettuato per le cause estintive della pena.

4.1. La confisca per equivalente nel concorso di persone nel reato: il problema della solidarietà passiva. – In caso di concorso di persone nel reato, si registra un contrasto di vedute in riferimento ai limiti dell'intervento ablativo in

⁵⁴⁹ Se la confisca di valore fosse una pena, difficilmente potrebbe giustificarsi l'aggressione a un bene che è nella titolarità di un terzo estraneo al reato. Al contrario la qualificazione come sanzione esecutiva non preclude un siffatto risultato, nei limiti del principio di ragionevolezza.

⁵⁵⁰ Così se l'ablazione per equivalente concerne gli strumenti del reato, la confisca sembra configurarsi più come una sanzione punitiva che come una sanzione esecutiva. In tal caso essa non si limiterebbe a costituire la situazione equivalente a quella che ci sarebbe stata se i precetti primari fossero stati rispettati; essa sottrarrebbe utilità ulteriori, sicché sarebbe impossibile ravvisare una funzione meramente esecutiva.

⁵⁵¹ Del resto è l'esistenza del reato che "macchia" i vantaggi economici a esso conseguenti, rendendo gli stessi immeritevoli di tutela.

relazione a ciascun singolo concorrente. In particolare non è pacifico se la confisca possa gravare per l'intero valore del profitto o del prezzo in capo al singolo concorrente, anche se nel patrimonio di questo il provento non è transitato per intero ovvero se occorra limitare l'ablazione al valore dello specifico provento che il concorrente ha effettivamente conseguito mediante l'illecito⁵⁵².

Al riguardo secondo la giurisprudenza maggioritaria sarebbe possibile, in caso di concorso di persone nel reato, procedere all'ablazione dell'intero valore del provento confiscabile in capo a ciascun singolo concorrente, ancorché questi non lo abbia effettivamente conseguito in misura integrale o lo abbia conseguito solo in minima parte⁵⁵³. Tale impostazione muove dalla c.d. concezione unitaria del concorso di persone. Poiché – si osserva – in caso di pluralità di concorrenti nel reato l'ordinamento afferma l'applicazione della medesima pena nei confronti di ciascuno, ciò implicherebbe come logica conseguenza l'esistenza di un principio solidaristico secondo cui negli illeciti plurisoggettivi sarebbe unitaria non solo l'imputazione del fatto delittuoso ma anche quella degli effetti sfavorevoli ricollegati al reato.

Con riferimento alla confisca l'attribuzione a tutti i compartecipi dell'evento delittuoso implica che tale misura possa interessare ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del prezzo o profitto accertato. Resta salvo in ogni caso l'eventuale riparto del relativo onere nei rapporti interni tra i vari concorrenti, che, però, in quanto fatto interno tra concorrenti, non interesserebbe l'ottica penale.

Preclusa invece ogni "duplicazione", nel senso che, ancorché sia possibile confiscare l'intero provento a un solo concorrente, non sarebbe ammissibile disporre l'ablazione dello stesso importo a carico di ognuno degli imputati. Ciò importerebbe una confisca su beni per un valore maggiore al profitto o prezzo conseguito con evidente risultato *contra legem*.

Il suddetto indirizzo è stato giustificato anche da una ragione di natura pratica, quella di prevenire pratiche elusive della confisca. Invero «sarebbe sufficiente parcellizzare tra i vari concorrenti il prezzo o profitto del reato per impedire o neutralizzare qualsivoglia misura cautelare volta ad assicurare all'autorità lo stesso provento delittuoso. Ma questa prospettiva, giuridicamente erronea, finirebbe con il frustrare le ragioni che hanno portato all'introduzione della stessa confisca per equivalente»⁵⁵⁴.

Occorre ricordare un orientamento giurisprudenziale solo apparentemente contrastante con quello maggioritario, secondo cui, in caso di pluralità di indagati, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente non può eccedere per ciascuno dei concorrenti la misura della quota di profitto del reato a lui attribuibile, sempre che tale quota sia individuata o risulti chiaramente individuabile. Laddove la natura della fattispecie concreta e dei rapporti economici ad essa sottostanti non

⁵⁵² Sul punto si veda FONDAROLI, *La strana "coppia": sequestro e confisca per equivalente, c.d. solidarietà passiva tra i correi*, in *Arch. pen. web*, 2, 2011.

⁵⁵³ Accoglie tale conclusione Cass. pen., sez. V, sent. 16 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, II, p. 685 ss..

⁵⁵⁴ Cass. pen., sez. V, sent. 16 gennaio 2004, cit..

consenta d'individuare, allo stato degli atti, la quota di profitto concretamente attribuibile a ciascun concorrente o la sua esatta quantificazione, il sequestro preventivo deve essere disposto per l'intero importo del profitto nei confronti di ciascuno, logicamente senza alcuna duplicazione e nel rispetto dei canoni della solidarietà interna tra i concorrenti⁵⁵⁵.

Un diverso orientamento sostiene invece che, in caso di concorso di persone, la ablazione non può eccedere la misura del profitto attribuibile a ciascun concorrente nel medesimo reato⁵⁵⁶. Innanzi tutto sono state aspramente criticate le stesse argomentazioni usate dalla tesi maggioritaria per giustificare il principio solidaristico. Invero sarebbe implausibile – si sostiene – far discendere tale principio dal criterio di determinazione della pena di cui all'art. 110 c.p., il quale risponderebbe solamente a una esigenza di tipizzazione unitaria della responsabilità⁵⁵⁷.

Inoltre si è criticato lo stesso utilizzo in ambito penalistico di un principio, quale quello solidaristico, che invece assume una sua logica esclusivamente in ambito civilistico. In verità – si evidenzia – sembrerebbe emergere nell'orientamento maggioritario la tendenza a qualificare la confisca di valore alla stregua di una obbligazione *ex delicto*, al pari del risarcimento del danno di cui all'art. 185 c.p., con ciò giustificandosi l'estensione del principio solidaristico, previsto dagli artt. 187 c.p. e 2055 c.c. per il risarcimento e le restituzioni, alla misura confiscatoria. Una tale conclusione viene respinta dall'orientamento minoritario, il quale sottolinea come la confisca non sia in alcun modo assimilabile alle obbligazioni civili da reato, in virtù della forte afflittività che la connoterebbe e che la renderebbe assimilabile maggiormente a una sanzione punitiva. E invero è proprio valorizzando la natura punitiva della confisca di valore che l'orientamento in esame afferma la necessità di un'ablazione *pro quota* in caso di concorso di persone nel reato. Se la misura si attegga a vera e propria pena, allora la sua entità deve essere calibrata secondo i principi di personalità della responsabilità e di proporzionalità rispetto alla gravità del fatto. Pertanto far ricadere l'intero peso dell'ablazione su un singolo concorrente si porrebbe in grave contrasto con le fondamentali garanzie costituzionali in materia punitiva. Una diversa conclusione non potrebbe nemmeno sostenersi invocando l'impossibilità di determinare con esattezza la quota di provento acquisita da ciascun concorrente. In tali casi ragioni di equità imporrebbero di presumere la parità delle quote in capo a ciascun concorrente⁵⁵⁸.

Illustrate le diverse opinioni emerse sulla questione, a parere di chi scrive è possibile aggiungere i seguenti rilievi.

La tesi dominante ha il vizio di fondo di non considerare in alcun modo i

⁵⁵⁵ Cass. pen., sez. VI, sent. 20 settembre 2007, in *Mass. uff.*, n. 237290.

⁵⁵⁶ In giurisprudenza, si veda per tutti Cass. pen., sent. 12 dicembre 2015, n. 20101, in www.corrtecassazione.it (ultimo accesso in data 15 febbraio 2017). In dottrina si veda FONDAROLI, *op. ult. cit.*.

⁵⁵⁷ FONDAROLI, *ivi*, p. 4.

⁵⁵⁸ Così Cass. pen., sent. 12 dicembre 2015, n. 20101, *cit.*.

limiti all'utilizzabilità del principio solidaristico che derivano dalla natura della confisca di valore. E si tratta di un limite insuperabile, in quanto la mancata considerazione di tale profilo genera il rischio di pervenire in sede applicativa a risultati del tutto contrari alla *ratio* dello stesso istituto confiscatorio.

Pertanto la questione non può che risolversi considerando la natura giuridica della confisca di valore.

Così laddove la confisca assuma natura punitiva – come accade ad es. nel caso in cui essa sia ragguagliata al prodotto del reato o agli strumenti o all'oggetto materiale di esso – l'ablazione non potrà che essere *pro quota*, dovendo colpire il patrimonio del colpevole esclusivamente entro i limiti di legge in coerenza con il principio di legalità della pena e di personalità della responsabilità penale. In ciò l'orientamento minoritario è del tutto condivisibile.

Il risultato non cambia anche nel caso in cui si riconosca alla confisca in esame i connotati della sanzione esecutiva. Lo scopo della sanzione esecutiva è quello di rimuovere dal *patrimonio personale* dell'autore del reato l'insieme dei vantaggi economici conseguiti con il reato. Dunque l'entità della misura non potrà mai eccedere il valore del prezzo o del profitto *concretamente* conseguiti dall'autore del reato. Qualsiasi limitazione patrimoniale ulteriore condurrebbe il patrimonio del reo a uno stato deteriore rispetto a quello presente al tempo dell'illecito. Ciò trasformerebbe la confisca in una autentica sanzione punitiva. In caso di concorso di persone nel reato l'entità dell'ablazione non deve essere pertanto superiore al valore del profitto o del prezzo concretamente conseguiti dal singolo partecipe. Solo rispettando questa regola la confisca conserva la sua funzione esecutiva e riesce a porsi come strumento di frustrazione del movente economico del reato.

5. *Conclusioni.* – Alla luce dell'analisi appena svolta, si possono formulare alcuni rilievi di carattere generale. La confisca per equivalente allo stato attuale costituisce la più limpida espressione dell'evoluzione assunta dall'istituto confiscatorio negli ordinamenti moderni. La rottura del rapporto di pertinenzialità tra le cose e il reato ha infatti consentito la riemersione della funzione assorbente assunta negli ordinamenti moderni dalla confisca: quella di impedire che il crimine paghi.

Una tale logica connota anche la confisca ordinaria, laddove essa colpisca i guadagni ottenuti mediante il reato, anziché gli strumenti di esso o le cose intrinsecamente illecite. Tuttavia la presenza di una compiuta disciplina legislativa ha condotto alla marginalizzazione di tale profilo e alla affermazione del riconoscimento della natura tecnica di misura di sicurezza, volta al contrasto della pericolosità della cosa.

L'abbandono del nesso di pertinenzialità ha reso palese la natura sanzionatoria dell'ablazione dei proventi dell'illecito. Tale aspetto è stato colto dalla dottrina più attenta che non ha mancato di osservare la tendenziale coincidenza di funzioni tra la confisca ordinaria e quella per equivalente, eliminata la finzione della

pericolosità reale⁵⁵⁹. Lo stretto rapporto tra le due forme di confisca si può cogliere altresì dalla residualità della confisca di valore rispetto a quella ordinaria. La prima realizza in via equivalente ciò che la seconda costituisce in forma specifica, con ciò emergendo, tolta la teorica della pericolosità reale, la tendenziale coincidenza di funzioni tra le due misure.

Ad ogni modo l'esatta natura della confisca di valore deve essere colta caso per caso, alla luce dell'oggetto dell'ablazione: così essa si configura come sanzione esecutiva laddove colpisce i guadagni tratti dal reato; essa è vera e propria pena laddove sottragga il valore degli strumenti o del prodotto del reato, non venendo in rilievo in tali casi una logica meramente esecutiva dei precetti giuridici primari violati.

La qualificazione come sanzione esecutiva consente ad ogni modo di riconoscere alla confisca di valore dei proventi del reato uno statuto distinto da quello della pena: tra i profili più interessanti – come si è illustrato in precedenza – l'attenuazione del principio di personalità della responsabilità, potendo la misura colpire anche beni formalmente appartenenti a terzi.

Il carattere residuale della confisca di valore consente inoltre, in chiave interpretativa, di risolvere taluni problemi applicativi. In particolare si può affermare che le cause che impediscono giuridicamente l'applicazione della confisca ordinaria si riverberano automaticamente anche sull'applicabilità della confisca di valore: preclusa di diritto la prima, sarà preclusa anche la seconda.

⁵⁵⁹ V. nota n. 533.

CAPITOLO VII

LA CONFISCA COME MISURA DI PREVENZIONE: LA C.D. CONFISCA ANTIMAFIA.

SOMMARIO: 1. La confisca di prevenzione come moderno strumento di contrasto della criminalità organizzata. – 2. Il quadro normativo inerente alla confisca di prevenzione. – 2.1 La normativa prevista dalle fonti sovranazionali. – 2.1.1. La normativa prevista dal diritto internazionale. – 2.1.2. Il quadro delineato dal diritto eurounitario. – 3. I destinatari della confisca di prevenzione. – 4. L'ambito oggettivo di operatività della confisca di prevenzione: la «disponibilità dei beni». – 5. I presupposti per l'applicazione della confisca di prevenzione. – 5.1. La sproporzione tra il valore dei beni posseduti e il reddito dichiarato o l'attività economica svolta. – 5.2. I beni che costituiscono il frutto o il reimpiego di attività illecite. – 5.3. La mancata giustificazione dell'origine dei beni. – 5.4. L'autonomia tra le misure di prevenzione personali e quelle patrimoniali. Il problema della rilevanza della pericolosità soggettiva del proposto. – 6. La controversa natura giuridica della confisca di prevenzione. – 6.1. Osservazioni critiche sulla natura giuridica della confisca di prevenzione. Esclusione della natura sanzionatoria. – 6.2. Il problema della correlazione temporale tra l'acquisto dei beni e la pericolosità soggettiva. – 7. Lo statuto giuridico della confisca di prevenzione. – 7.1. La tutela dei diritti dei terzi. – 8. Le ulteriori confische previste nella legislazione di prevenzione. 9. Conclusioni.

1. La confisca di prevenzione come moderno strumento di contrasto della criminalità organizzata. – La confisca di prevenzione rappresenta una delle forme di manifestazione più rilevanti che l'istituto confiscatorio ha assunto nella legislazione moderna. Essa costituisce la risposta alla crisi che la tradizionale confisca codicistica ha mostrato dinanzi alle nuove forme di criminalità organizzata.

Negli ultimi decenni si è registrato un profondo mutamento nelle modalità operative della criminalità organizzata. Innanzi tutto le strutture criminali hanno assunto una dimensione sovranazionale e ciò le rende tendenzialmente insensibili all'identità personale e alle vicende giudiziarie dei loro singoli componenti. Inoltre esse operano ormai prevalentemente nel circuito imprenditoriale, reimpiegando in attività economiche i proventi dei traffici illeciti. Le ragioni delle infiltrazioni

mafiose nel circuito economico sono diverse, ma due sono particolarmente rilevanti. Innanzi tutto esse consentono di accedere al mercato dei lavori pubblici, da cui si possono trarre ingenti forme di finanziamento per l'organizzazione; in secondo luogo la presenza nel sistema economico consente all'ente criminale di allacciare importanti relazioni con rami del settore imprenditoriale, politico, amministrativo funzionali al controllo del territorio in cui quello opera⁵⁶⁰.

Le infiltrazioni delle imprese mafiose nel circuito economico sono tuttavia foriere di gravi conseguenze per la comunità sociale. Quella più grave è certamente rappresentata dal grave inquinamento che subisce il sistema economico a causa della concorrenza sleale che le imprese criminali intraprendono nei confronti degli operatori economici che agiscono nell'alveo della legalità⁵⁶¹. Invero le prime sono in grado di fruire di vantaggi illeciti che derivano dall'utilizzo dei proventi delle attività criminali dell'organizzazione, dalla possibilità di fruire di manodopera in modo illegale e di scoraggiare la concorrenza attraverso l'utilizzo di metodi fondati sull'intimidazione e sull'omertà della comunità in cui operano. Ciò rende le imprese agganciate a organizzazioni criminali illecitamente "efficienti" sul mercato, con il risultato di espellere da questo le imprese sane e qualitativamente migliori con grave danno all'intero sistema economico nazionale.

Il potere economico delle associazioni criminali comporta inoltre anche dei costi di natura politica e sociale. Esso infatti diventa fattore di forte condizionamento delle tornate elettorali e degli organi politici e amministrativi. Ciò produce un forte ostacolo al corretto perseguimento dell'interesse pubblico in settori nevralgici per la comunità sociale, con complessivo peggioramento della qualità della vita di questa.

Da quanto osservato, appare chiaro che il contrasto alla moderna criminalità organizzata non possa prescindere da una strategia volta all'eliminazione delle ricchezze e dei rapporti economici che consentono l'esercizio del potere criminale.

In relazione a questo scopo la confisca ordinaria mostra tutta la sua inefficacia, in quanto consente di colpire solo i proventi scaturiti dai singoli episodi criminosi. Ciò che occorre è invece un intervento ablativo che colpisca l'intero centro di ricchezza su cui si fonda la forza economica e operativa della struttura criminale.

Così negli ultimi decenni è comparsa nell'ordinamento giuridico una nuova

⁵⁶⁰ BALSAMO, *Il sistema delle misure patrimoniali antimafia tra dimensione internazionale e normativa interna*, in BALSAMO - CONTRAFATTO - NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, p. 3 e 37.

⁵⁶¹ BALSAMO, *ivi*, p. 38, il quale osserva come verso gli anni '60 la mafia siciliana, contemporaneamente allo spostamento dei propri interessi economici nelle città, stava perdendo gran parte del consenso popolare di cui godeva. Per recuperare tale consenso, intraprese la strada dell'accumulo di ricchezze illecite, anche attraverso l'esercizio di attività economiche formalmente lecite, che consentirono l'ottenimento di appalti pubblici molto redditizi. Negli anni '70 si giunse così al consolidamento del potere imprenditoriale mafioso, caratterizzato dalla commistione tra attività formalmente lecite e attività criminali da cui venivano ricavate le risorse patrimoniali necessarie per l'esercizio delle prime. Ciò condusse a un inesorabile accrescimento della forza economica dell'imprenditoria mafiosa che fu conservata attraverso la forza di intimidazione che la struttura criminale era in grado di esercitare.

forma di confisca connotata da un più ampio ambito oggettivo di operatività, da meccanismi di semplificazione probatoria, avente lo scopo di sottrarre ai gruppi criminali ogni forma di ricchezza illecitamente accumulata. La confisca non si configura più come mezzo di contrasto della pericolosità di cose pertinenti al reato, bensì come strumento di controllo di attività considerate a rischio di contaminazione da parte di capitali illeciti. La condizione necessaria per conseguire un siffatto scopo è costituita soprattutto dalla semplificazione probatoria in ordine alla provenienza illecita dei capitali. Ciò in quanto le moderne forme di riciclaggio di denaro, in un'epoca globalizzata come quella attuale, rendono spesso praticamente impossibile accertare in modo pieno il legame eziologico tra il reato e un certo patrimonio, come invece imporrebbe la logica codicistica tradizionale. L'insieme di questi caratteri ha reso la confisca di prevenzione uno strumento unico ed estremamente originale nel panorama giuridico.

La confisca di prevenzione in linea generale costituisce una misura ablatoria avente a oggetto quote di patrimonio di un soggetto che, in presenza di una serie di elementi indiziari previsti dalla legge, si presumono di provenienza illecita e come tali immeritevoli di protezione giuridica. Sul piano contenutistico, la confisca di prevenzione si risolve dunque in un'ablazione patrimoniale. Sul piano funzionale essa mira a contrastare la pericolosità "reale" dei patrimoni di provenienza delittuosa. Sotto tali aspetti l'istituto pare riprendere i connotati fondamentali della confisca ordinaria. Tuttavia la prevenzione patrimoniale non mira solamente a neutralizzare la pericolosità di un soggetto che scaturisce dalla disponibilità di beni di sospetta provenienza illecita, ma anche e soprattutto a eliminare i capitali di matrice delittuosa dal circuito economico, recidendo ogni legame tra essi e l'ambiente criminale di origine. In altri termini nell'ambito delle misure di prevenzione patrimoniale, la confisca mira a contrastare una pericolosità che la cosa trasmette più che al singolo soggetto all'intera associazione criminale, in quanto mezzo con cui questa agisce nel sistema economico. Ad ogni buon conto i punti di contatto tra la confisca ordinaria e quella di prevenzione restano molti: entrambe costituiscono una forma di ablazione patrimoniale; hanno lo scopo di evitare la commissione di nuovi reati; sono disposte dall'autorità giudiziaria all'esito di un apposito procedimento improntato al contraddittorio tra le parti. Esse si distinguono invece per la circostanza che l'una – la confisca ordinaria – opera *post delictum*, presupponendo l'accertamento di un fatto di reato, l'altra – la confisca di prevenzione – opera *ante delictum*, essendo sufficiente il sospetto della provenienza illecita del bene⁵⁶². Ciò vale a configurarla a livello sistematico come una misura di prevenzione patrimoniale. Sul punto si tornerà nei paragrafi successivi.

⁵⁶² BALSAMO, *Le misure di prevenzione patrimoniali come modello di "processo al patrimonio". Il rapporto con le misure di prevenzione personali*, in BALSAMO - CONTRAFATTO - NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., p. 39.

2. *Il quadro normativo inerente alla confisca di prevenzione.* – Le misure di prevenzione patrimoniale non erano presenti nella legislazione di polizia vigente al tempo dell’emanazione del codice penale. La correlazione tra la pericolosità sociale e le misure a carattere preventivo rendeva difficile concepire una misura di prevenzione a carattere patrimoniale, destinata a operare prima della commissione di un reato. Invero la teoria della pericolosità reale che contraddistingueva la confisca codicistica si basava sulla correlazione tra la commissione di un reato e la produzione della cosa confiscabile. Tale principio era evidentemente inestensibile alle misure di prevenzione che prescindevano dall’accertamento di un fatto di reato.

Dopo alcuni decenni il suddetto quadro è stato superato. Con la l. 13 settembre 1982, n. 646 (c.d. Legge Rognoni – La Torre), è stata introdotta la possibilità di disporre il sequestro preventivo e la confisca di prevenzione nei confronti di coloro che erano indiziati di appartenere a un’associazione di stampo mafioso. La connotazione fondamentale della confisca delineata dalla suddetta legge era rappresentata dalla c.d. accessorialità, ossia dal principio secondo cui l’ablazione poteva essere disposta solo a chi era destinatario di una misura di prevenzione personale. Ciò rendeva evidente il carattere complementare che la confisca assumeva nel contrasto alla pericolosità sociale dell’indiziato. Sebbene tale intervento normativo avesse segnato un passo importante nella lotta al crimine organizzato, esso ben presto ha manifestato i primi limiti, a causa delle contromisure che avevano nel frattempo adottato gli esponenti delle associazioni criminali⁵⁶³.

La normativa è stata così oggetto di ripetuti interventi legislativi volti ad ampliare l’utilizzo delle misure di prevenzione patrimoniali. Si fa riferimento all’art. 14 della l. 19 marzo 1990, n. 55, e successive modificazioni, che ha esteso tali misure agli indiziati di appartenere ad associazioni finalizzate al traffico illecito di sostanze stupefacenti, nonché a coloro che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi del delitto di cui all’artt. 629, 630, 648-bis o 648-ter del codice penale, ovvero del contrabbando. Successivamente l’art. 9 della l. 7 marzo 1996, n. 108 ha esteso le misure di prevenzione patrimoniale anche a coloro che sono sospettati di vivere abitualmente dei proventi del delitto di usura o che a esso sono dediti abitualmente. Un indubbio rilievo ha inoltre presentato la l. 7 marzo 1996, n. 109, che ha introdotto procedimenti amministrativi volti alla destinazione a fini sociali dei beni confiscati alla criminalità organizzata, ai sensi della l. 31 maggio 1965, n. 575.

Il sistema di prevenzione patrimoniale ha ricevuto ulteriore linfa in tempi più recenti. Particolare menzione merita il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (c.d. pacchetto sicurezza), convertito nella l. 24 luglio 2008, n. 122. La maggiore innovazione apportata dal suddetto intervento legislativo è stata l’introduzione del principio di autonomia tra le misure di prevenzione personali e quelle patrimoniali. In base a tale

⁵⁶³ BALSAMO, *ivi*, p. 34, il quale annovera tra le cause dell’iniziale insuccesso delle misure di prevenzione antimafia il ricorso all’instestazione fittizia di beni a soggetti compiacenti, alla gestione di attività economiche tramite prestanome, nonché all’emersione del fenomeno della c.d. impresa a partecipazione mafiosa

regola, le misure di carattere patrimoniale possono essere richieste e applicate anche disgiuntivamente rispetto a quelle personali; inoltre l'ablazione può essere disposta, in caso di morte del sospettato, anche nei confronti degli eredi e, laddove quella sopraggiunga nel corso del procedimento, questo può essere proseguito nei confronti dei successori – a titolo particolare o universale – dell'indiziato. Si è trattato di una svolta molto importante nel sistema della prevenzione patrimoniale che ha rafforzato l'idea – già presente nella giurisprudenza di legittimità – secondo cui la confisca non contrasta la pericolosità soggettiva del sospettato, quanto invece la oggettiva pericolosità del patrimonio che trae origine dal suo collegamento con l'ambiente criminale. Sul punto si tornerà nei paragrafi successivi.

La novella del 2008 inoltre ha importato ulteriori innovazioni quali:

- l'ampliamento dell'ambito soggettivo di operatività del sistema di prevenzione patrimoniale;

- la modifica dei soggetti promotori della proposta di applicazione, nonché la rimodulazione della competenza del P.M. per le udienze del procedimento di prevenzione;

- la rideterminazione degli effetti connessi alla notifica della proposta di prevenzione;

- la legittimazione del direttore della D.I.A. a svolgere attività di indagine e di richiesta nell'ambito dell'applicazione del sequestro, della cauzione, della sospensione dall'amministrazione dei beni e delle misure interdittive, patrimoniali nei confronti dei terzi;

- la modifica dei presupposti per l'ottenimento della riabilitazione di prevenzione.

Una particolare menzione merita poi il d.l. 4 febbraio 2010, n. 4, convertito nella l. 31 marzo 2010, n. 50, che ha istituito l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Si tratta di un ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico, che gode di autonomia organizzativa e contabile, pur soggiacendo alla vigilanza del Ministro dell'interno. I compiti che la legge assegna all'Agenzia sono delineati dall'art. 1 della legge istitutiva e variano dall'acquisizione delle informazioni relative ai beni sequestrati e confiscati fino alla gestione e valorizzazione di questi nel corso del procedimento di prevenzione e nella fase successiva al provvedimento ablatorio definitivo⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴ Ai sensi dell'art. 1, comma 3 della legge l'Agenzia provvede ai seguenti compiti: «a) acquisizione dei dati relativi ai beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, di cui all'articolo 2-duodecies, comma 4, della legge 31 maggio 1965, n. 575; acquisizione delle informazioni relative allo stato dei procedimenti di sequestro e confisca; verifica dello stato dei beni nei medesimi procedimenti; accertamento della consistenza, della destinazione e dell'utilizzo dei beni; programmazione dell'assegnazione e della destinazione dei beni confiscati; analisi dei dati acquisiti, nonché delle criticità relative alla fase di assegnazione e destinazione;

b) amministrazione e custodia dei beni sequestrati nel corso del procedimento di prevenzione di cui alla legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni;

c) amministrazione e custodia dei beni sequestrati nel corso dei procedimenti penali per i delitti

Ulteriore impulso al sistema prevenzionistico è giunto dal “Piano straordinario contro le mafie” delineato dalla l. 13 agosto 2010, n. 136. Si tratta di un provvedimento con cui il Governo ha inteso programmare una strategia ad ampio raggio di contrasto alla criminalità organizzata. In particolare lo scopo della legge era innanzi tutto quello di giungere a un riordino complessivo della normativa inerente alle misure di prevenzione, alla certificazione antimafia e alle operazioni sotto copertura. A tal fine è stata disposta una delega al Governo per l’emanazione di un codice concernente le misure di prevenzione e le leggi antimafia e per il riordino della normativa inerente alla documentazione antimafia. Inoltre la legge ha introdotto importanti disposizioni per un controllo più incisivo sugli appalti pubblici, attraverso in particolare la tracciabilità dei relativi flussi finanziari, per un’aggressione più efficace ai patrimoni mafiosi, soprattutto attraverso una mirata azione della D.I.A., e per una più incisiva lotta all’ecomafia.

La delega contenuta nella suddetta legge è culminata nell’emanazione del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136». Il nuovo testo legislativo ha proceduto alla riorganizzazione della legislazione maturata negli ultimi cinquant’anni in materia di misure di prevenzione e alla costruzione di un complesso normativo unitario e più coerente. Inoltre l’art. 120 del codice ha proceduto all’abrogazione espressa delle precedenti fonti normative in materia di prevenzione penale (ossia la l. 27 dicembre 1956, n. 1423 e la l. 31 maggio 1965, n. 575). Attualmente il codice rappresenta per gli operatori giuridici il principale punto di riferimento normativo per la disciplina delle misure di prevenzione patrimoniale.

La confisca di prevenzione è regolata, in particolare, dall’art. 24 del codice secondo cui essa può colpire i beni sequestrati in via preventiva di cui il soggetto «non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego». Su tale disposizione ci si soffermerà in seguito.

Ulteriori interventi normativi possono poi così riassumersi:

di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, in relazione ai quali si applica l'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, e successive modificazioni;

d) amministrazione e destinazione dei beni confiscati in esito del procedimento di prevenzione di cui alla citata legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni;

e) amministrazione e destinazione dei beni confiscati in esito al procedimento penale per i delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, in relazione ai quali si applica l'articolo 12-sexies del decreto-legge n. 306 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 356 del 1992, e successive modificazioni;

f) adozione di iniziative e di provvedimenti necessari per la tempestiva assegnazione e destinazione dei beni confiscati, anche attraverso la nomina, ove necessario, di commissari *ad acta*».

a) la l. 24 dicembre 2012, n. 228 (Legge di stabilità 2013) che ha apportato talune modifiche a diverse parti del codice antimafia, intervenendo, in particolare, sui termini di efficacia del sequestro preventivo, sulla disciplina della gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati e sulla tutela dei terzi in relazione a procedimenti di confisca non soggetti alla nuova normativa del codice.

b) Il d.lgs. 7 agosto 2015, n. 137 ha dato invece attuazione alla *Decisione quadro 2006/783/GAI del consiglio del 6 ottobre 2006 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca*. La normativa risulta ovviamente applicabile anche alla confisca di prevenzione, che risulta potenziata nel suo raggio operativo in virtù della sua più agevole eseguibilità all'estero, nonostante le differenze normative che possono sussistere tra le legislazioni nazionali.

c) Il d.P.R. 7 ottobre 2015, n. 177 recante le disposizioni in materia di modalità di calcolo e liquidazione dei compensi degli amministratori giudiziari dei beni sottoposti a sequestro di prevenzione. I criteri previsti risultano omogenei a quelli utilizzati nelle procedure concorsuali.

d) Infine la legge di stabilità 2016 (art. 1, commi 192-195 della l. 28 dicembre 2015, n. 208) onde sostenere la strategia nazionale per la valorizzazione dei beni e delle aziende confiscate alla criminalità organizzata, ha previsto appositi fondi in favore delle aziende sequestrate e confiscate alla criminalità organizzata in modo da consentire alle stesse «la continuità del credito bancario e l'accesso al medesimo, il sostegno agli investimenti e agli oneri necessari per gli interventi di ristrutturazione aziendale, la tutela dei livelli occupazionali, la promozione di misure di emersione del lavoro irregolare, la tutela della salute e della sicurezza del lavoro, il sostegno alle cooperative» previste dall'articolo 48 del codice antimafia.

2.1. La normativa prevista dalle fonti sovranazionali. – L'importanza delle misure di prevenzione patrimoniale non è sfuggita alla comunità internazionale e alla stessa Unione europea che le hanno elette a strumento principale per un efficace contrasto alla criminalità organizzata. Tale evoluzione è coerente con la trasformazione che le strutture criminali hanno subito negli ultimi decenni, passando – come accennato in precedenza – da una dimensione “locale” a una dimensione transnazionale. Ciò ha imposto logicamente, da un lato, l'esigenza di uniformare gli strumenti di aggressione ai patrimoni detenuti dalle associazioni criminali e, dall'altro lato, lo sviluppo di accentuate forme di cooperazione giudiziaria tra le autorità dei diversi stati, soprattutto con riferimento alla fase delle indagini e dell'esecuzione dei provvedimenti giudiziari. I due obiettivi vanno di pari passo e si influenzano reciprocamente. Invero un'efficiente cooperazione giudiziaria non può

non presupporre una base comune tra i vari ordinamenti nazionali in ordine agli strumenti di contrasto della criminalità organizzata.

Ciò premesso, si passeranno in rassegna le principali normative di diritto internazionale che hanno regolato lo strumento della confisca in funzione di prevenzione; in seguito ci si concentrerà in modo particolare sulle normative europee in materia.

2.1.1. La normativa prevista dal diritto internazionale. – In ambito internazionale, i primi trattati volti al contrasto del crimine transfrontaliero attraverso la tecnica della confisca sono comparsi nella seconda metà del secolo scorso. Una prima forma di confisca dei proventi del reato è stata prevista dall'art. 37 della Convenzione unica sugli stupefacenti adottata dall'O.N.U. e perfezionata a New York il 30 marzo del 1961. Solo negli anni ottanta del Novecento tuttavia c'è stata una più decisa adesione all'istituto confiscatorio in materia criminale. Ciò è stato dovuto alla maggiore consapevolezza della comunità internazionale in ordine alla rilevanza che l'accumulo di ricchezza stava assumendo nelle moderne organizzazioni criminali a livello mondiale. Di qui la maturazione della convinzione per cui solo la sottrazione dei capitali finanziari ai gruppi criminali avrebbe potuto quantomeno depotenziare la forza propulsiva di quelli nei vari stati nazionali.

Il primo vero trattato che ha regolato in modo approfondito l'uso della confisca per il contrasto della criminalità transfrontaliera è stata la Convenzione O.N.U. contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope, firmata a Vienna il 19 dicembre 1988. In base all'art. 5 della Convenzione le Parti si impegnano a introdurre tutti i provvedimenti necessari a consentire la confisca dei proventi del reato o comunque dei beni aventi valore equivalente a questi. La Convenzione accoglie una nozione molto ampia di provento del reato, che viene definito come «qualsiasi bene proveniente direttamente o indirettamente dalla perpetrazione di un reato determinato conformemente con il paragrafo 1 dell'articolo 3 oppure ottenuto direttamente o indirettamente all'atto della trasgressione». Un aspetto sicuramente rilevante, in materia prevenzionistica, è certamente rappresentato dalla possibilità, espressamente prevista, per gli Stati di stabilire inversioni dell'onere della prova in relazione alla provenienza illecita dei proventi. In particolare si stabilisce che «Ciascuna Parte può prendere in considerazione l'ipotesi di invertire l'onere della prova per quanto concerne l'origine legale dei proventi presunti o di altri beni che possono essere oggetto di una confisca, nella misura in cui ciò sia conforme con i principi della sua legislazione interna e con la natura della procedura giudiziaria e di altre procedure».

Su un piano analogo si è posta la Convenzione O.N.U. contro il crimine organizzato transfrontaliero firmata a Palermo il 19 novembre 2000. Il trattato mira a obbligare gli Stati a criminalizzare la partecipazione a gruppi criminali organizzati e le condotte di riciclaggio di denaro di fonte illecita. Quanto alla confisca, la

Convenzione richiede agli Stati di introdurre la possibilità dell'ablazione dei proventi del reato e di ogni bene che costituisca il reimpiego di questi. Si impone altresì la confisca per equivalente, laddove quella specifica risulti impossibile da attuare. In base alla disposizione dell'art. 12, par. 7 della Convenzione «Gli Stati Parte possono considerare la possibilità di richiedere che un reo dimostri l'origine lecita dei presunti proventi di reato o altri beni che possono essere oggetto di confisca, nella misura in cui tale richiesta è coerente con i principi del loro diritto interno e con la natura del procedimento giudiziario e di altri procedimenti». In sostanza si ammette l'introduzione di inversioni dell'onere probatorio circa la lecita provenienza dei beni a scapito dell'imputato, al fine di facilitare l'ablazione dei patrimoni illeciti. Sul piano della cooperazione giudiziaria la Convenzione prevede che gli Stati debbano riconoscere l'esecutività dei provvedimenti ablatori stranieri o, in alternativa, procedere all'adozione di un provvedimento confiscatorio conforme a quello dell'autorità straniera. Inoltre su impulso dell'autorità straniera, ogni Stato si impegna a procedere ad apposite indagini finalizzate a individuare i beni da sottoporre a sequestro, al fine di rendere possibile la successiva confisca.

2.1.2. *Il quadro delineato dal diritto eurounitario.* – L'istituto confiscatorio non ha tardato ad assumere un ruolo di primo piano nell'ambito delle politiche di cooperazioni giudiziaria dell'Unione europea. Già nel piano di azione contro la criminalità organizzata deliberato dal Consiglio europeo di Amsterdam nel 1997 si è affermata la necessità di rimuovere dai circuiti economici i patrimoni di fonte criminale attraverso l'utilizzo dello strumento confiscatorio⁵⁶⁵. Da quel momento la normativa europea in materia di confisca ha assunto connotati di sempre crescente importanza. Sulla stessa linea si è posta la Risoluzione sul piano d'azione contro la criminalità organizzata (7421/97 - C4- 0199/97), adottata dal Parlamento europeo nel 1997. In essa si propone di valutare l'eventualità di «agevolazioni in materia di prove per quanto riguarda la confisca dei proventi illeciti di un'organizzazione criminale», ferma restando «la necessità di tener conto, da un lato, delle esigenze dello Stato di diritto e, dall'altro, delle esperienze degli Stati membri che hanno già introdotto tali agevolazioni» (punto 47)⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ SALAZAR, *L'applicazione del principio del reciproco riconoscimento nel settore della confisca e del congelamento dei patrimoni criminali*, in MAUGERI (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, p. 539 ss.

⁵⁶⁶ VERGINE, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra fonti di natura internazionale e legislazione interna*, in BARGI – CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, I, cit., p. 358, il quale ricorda come anche il documento «Prevenzione e controllo della criminalità organizzata – Strategia dell'Unione europea per l'inizio del nuovo millennio», adottato dal comitato di esperti del Consiglio europeo in data 3 marzo 2000, si affermò la necessità di introdurre mitigazioni all'onere probatorio dell'accusa per ciò che attiene all'origine illecita dei beni detenuti da persona imputata per reati di criminalità organizzata. A conclusioni analoghe – osserva l'autore – pervenne anche il XVI Congresso internazionale di diritto penale, tenutosi a Budapest nel settembre 1999, dove si affermò che l'esigenza di neutralizzare la forza economica della criminalità organizzata ben giustifica

Ulteriore passo per il potenziamento del sistema delle misure patrimoniali si è avuto ancora con l'azione comune 98/699/GAI adottata dal Consiglio il 3 dicembre 1998, relativa al contrasto del riciclaggio di denaro e alla individuazione, al sequestro e alla confisca degli strumenti e dei proventi delittuosi. Oltre a stabilire l'obbligo per gli Stati di garantire l'ablazione dei proventi del reato, anche in via equivalente, si prevede che «Ciascuno Stato membro assicura che la sua legislazione e le sue procedure interne gli consentano, su richiesta di un altro Stato membro, l'individuazione e il rintracciamento di probabili proventi di attività illecite, qualora vi sia un valido motivo di sospettare che sia stato commesso un reato». In attuazione dell'azione il Consiglio ha adottato il 26 giugno 2001 la decisione quadro 2001/500/GAI che ha sostanzialmente recepito i punti essenziali dell'azione comune del 1998.

Al fine di rafforzare i principi introdotti dalla decisione del 2001, il 24 febbraio 2005 il Consiglio europeo ha adottato un'ulteriore decisione quadro (2005/212/GAI) concernente la confisca di beni, strumenti e proventi del reato. La decisione prende atto che la motivazione fondamentale della criminalità economica è data dalla ricerca del profitto economico, sicché provvede all'introduzione di una disciplina armonizzata in relazione al rintracciamento, al congelamento, al sequestro e alla confisca dei proventi di reato. Nel provvedimento si fornisce una definizione lata di provento del reato, coincidente con qualsiasi vantaggio economico derivato dal reato, in modo diretto o indiretto. Interessante inoltre la previsione secondo cui il bene in cui si compendia il provento può essere tanto un'entità materiale, quanto immateriale (art. 1, par. 1). La decisione vincola ogni Stato a prevedere la confiscabilità totale o parziale degli strumenti o dei proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi (art. 2, par. 1). Interessanti sono le innovazioni previste sul piano probatorio. Invero si stabilisce che l'ablazione dei proventi illeciti debba essere prevista o in quanto il giudice sia convinto che determinati beni siano il frutto di attività criminose commesse dal reo anteriormente alla condanna per il reato indicato dal paragrafo primo dell'art. 2 oppure in quanto «si stabilisce che il valore del bene è sproporzionato al reddito legittimo della persona condannata e un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata stessa» (art. 2, par. 2, lett. c).

Tale previsione sembra giustificare meccanismi presuntivi volti ad alleggerire il carico probatorio dell'accusa in relazione alla provenienza illecita dei capitali. In particolare si dà rilievo alla sproporzione tra il valore del bene confiscabile e il reddito legittimo percepito dal condannato, quale indice qualificato da cui desumere la provenienza illecita del bene. Peraltro, onde evitare pratiche elusive, la decisione consente agli Stati di espropriare anche beni diversi da quelli di cui è formalmente proprietario il reo. In particolare l'art. 2, par. 3 stabilisce che «Ciascuno Stato membro può altresì prendere in considerazione l'adozione delle

l'applicazione della confisca basata su un alleggerimento dell'onere di prova gravante sull'accusa.

misure necessarie per poter procedere, conformemente alle condizioni di cui ai paragrafi 1 e 2, alla confisca totale o parziale dei beni acquisiti da persone con le quali la persona in questione ha le relazioni più strette e dei beni trasferiti a una persona giuridica su cui la persona in questione, che agisce da sola o in collegamento con persone con le quali essa ha relazioni più strette, esercita un controllo. Questo si applica anche se la persona in questione riceve una parte rilevante del reddito della persona giuridica».

Il quadro fornito dalla suddetta decisione sarebbe stato privo di qualsiasi efficacia se non fosse stato implementato sul piano processuale, attraverso un preciso raccordo tra le legislazioni dei vari Stati membri. La disarmonia tra i sistemi processuali nazionali avrebbe reso eccessivamente lento e farraginoso ogni meccanismo di cooperazione tra le autorità nazionali con inevitabili ripercussioni sulla rapidità degli interventi preventivi e, di conseguenza, sulla loro stessa efficacia. In tale ottica sono state dunque emanate la decisione quadro 2006/783/GAI, che ha introdotto il principio del reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca adottati dalle autorità giudiziarie degli Stati membri, e la decisione quadro 2007/785/GAI, che ha potenziato i sistemi di cooperazione tra gli uffici degli Stati membri per il recupero dei beni nel settore del reperimento e dell'identificazione dei proventi di reato o di altri beni connessi. Quest'ultimo provvedimento, in particolare, consente alle autorità nazionali di fruire della rapidità necessaria per inseguire i capitali finanziari di fonte illecita laddove gli stessi siano spostati dalle organizzazioni criminali per sottrarli all'ablazione patrimoniale.

Il compimento del lungo cammino dell'Unione europea verso il potenziamento degli strumenti di contrasto alla criminalità transnazionale è giunto recentemente con l'adozione della Direttiva 42/2014 da parte del Parlamento europeo e del Consiglio in data 3 aprile 2014⁵⁶⁷. Il nuovo intervento si è reso necessario a fronte della constatata inefficacia dell'azione di contrasto ai capitali illeciti registrata negli ultimi anni a livello europeo. Invero come spiega l'ottavo Considerando «Le relazioni d'attuazione della Commissione relative alle decisioni quadro 2003/577/GAI, 2005/212/GAI e 2006/783/GAI mostrano che i vigenti regimi di confisca estesa e di riconoscimento reciproco di provvedimenti di congelamento e di confisca non sono pienamente efficaci. La confisca risulta ostacolata dalle divergenze tra il diritto degli Stati membri». Ciò ha indotto il legislatore europeo a porre dei principi vincolanti che assicurino un minimo standard di contrasto verso i capitali illeciti. La nuova normativa riprende molte regole poste dalla precedente decisione quadro del 2005. Due punti sono tuttavia da menzionare per la loro innovatività. Innanzi tutto la direttiva impone agli Stati di procedere alla confisca dei beni appartenenti a persona condannata per reati che possono produrre profitti

⁵⁶⁷ Per una ampia disamina del contenuto della direttiva e dell'iter legislativo che l'ha riguardata si rinvia a MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 10 febbraio 2017).

economici, laddove si possa presumere ragionevolmente che gli stessi siano il frutto di condotte criminose. In particolare in base all'art. 5 della direttiva gli Stati adottano «le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico, laddove l'autorità giudiziaria, in base alle circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, come il fatto che il valore dei beni è sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata, sia convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose». In tal modo si impone agli Stati di prevedere forme di ablazione di patrimoni illeciti basate su forme presuntive di accertamento, superando il principio tradizionale che invece prediligeva maggiori garanzie processuali per il reo⁵⁶⁸. Ciò costituisce un indubbio incentivo verso le moderne misure di prevenzione patrimoniale come mezzi fondamentali di contrasto della criminalità del profitto.

Un ulteriore profilo di innovatività è inoltre costituito dalla previsione dell'obbligo per gli Stati di consentire la confisca anche nei confronti di soggetti diversi dal reo, laddove ciò serva a evitare intestazioni fittizie finalizzate alla neutralizzazione dell'ablazione patrimoniale⁵⁶⁹. Onde frustrare qualsiasi intento elusivo dei titolari dei patrimoni illeciti, la direttiva impone la confiscabilità del provento criminoso anche se questo sia stato trasferito a un terzo compiacente. In particolare, ai sensi dell'art. 6 della direttiva, sono imposte tutte «le misure necessarie per poter procedere alla confisca di proventi da reato o di altri beni di

⁵⁶⁸ Ciò è coerente con il Considerando 21 che, allo scopo di specificare i migliori mezzi di contrasto della criminalità organizzata, evidenzia che «La confisca estesa dovrebbe essere possibile quando un'autorità giudiziaria è convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose. Ciò non significa che debba essere accertato che i beni in questione derivano da condotte criminose. Gli Stati membri possono disporre, ad esempio, che sia sufficiente che l'autorità giudiziaria ritenga, in base ad una ponderazione delle probabilità, o possa ragionevolmente presumere, che sia molto più probabile che i beni in questione siano il frutto di condotte criminose piuttosto che di altre attività. In tale contesto, l'autorità giudiziaria deve considerare le circostanze specifiche del caso, compresi i fatti e gli elementi di prova disponibili in base ai quali può essere adottata una decisione di confisca estesa. Una sproporzione tra i beni dell'interessato e il suo reddito legittimo può rientrare tra i fatti idonei ad indurre l'autorità giudiziaria a concludere che i beni derivano da condotte criminose. Gli Stati membri possono inoltre fissare un periodo di tempo entro il quale si può ritenere che i beni siano derivati da condotte criminose».

⁵⁶⁹ Secondo il Considerando 24 «La pratica del trasferimento dei beni, al fine di evitarne la confisca, da parte di un indagato o di un imputato ad un terzo compiacente è comune e sempre più diffusa. L'attuale quadro giuridico dell'Unione non contiene norme vincolanti sulla confisca dei beni trasferiti a terzi. Pertanto, è diventato ancora più necessario consentire la confisca dei beni trasferiti a terzi o acquisiti da terzi. L'acquisizione da parte di terzi si riferisce a situazioni in cui, ad esempio, il terzo abbia acquisito beni, direttamente o indirettamente, ad esempio tramite un intermediario, da un indagato o imputato, ivi compreso quando il reato è stato commesso per suo conto o a suo vantaggio, e quando l'imputato non dispone di beni confiscabili. Tale confisca dovrebbe essere possibile almeno quando i terzi sapevano o avrebbero dovuto sapere che il trasferimento o l'acquisizione dei beni aveva lo scopo di evitarne la confisca, sulla base di fatti e circostanze concreti, ivi compreso il fatto che il trasferimento sia stato effettuato a titolo gratuito o contro il pagamento di un importo in denaro significativamente inferiore al valore di mercato. Le norme sulla confisca nei confronti di terzi dovrebbero estendersi alle persone fisiche e giuridiche. In ogni caso è opportuno che i diritti dei terzi in buona fede non siano pregiudicati».

valore corrispondente a detti proventi che sono stati trasferiti, direttamente o indirettamente, da un indagato o un imputato a terzi, o che sono stati da terzi acquisiti da un indagato o imputato, almeno se tali terzi sapevano o avrebbero dovuto sapere che il trasferimento o l'acquisizione dei beni aveva lo scopo di evitarne la confisca, sulla base di fatti e circostanze concreti, ivi compreso il fatto che il trasferimento o l'acquisto sia stato effettuato a titolo gratuito o contro il pagamento di un importo significativamente inferiore al valore di mercato». In ogni caso sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

La direttiva è stata recepita con il d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202. Da molte parti si sperava che la direttiva costituisse l'occasione giusta per rivedere l'intera disciplina della confisca che risulta allo stato frammentata e poco organica. Il legislatore ha tuttavia rinunciato a una simile impresa e ha optato invece per un intervento puntuale sulle singole disposizioni di legge, ora introducendo nuove ipotesi di confisca, ora estendendo l'ambito di applicazione di ipotesi già esistenti.

3. I destinatari della confisca di prevenzione. – La sfera dei soggetti nei cui confronti può essere applicata una misura di prevenzione patrimoniale, ivi inclusa la confisca di prevenzione, è individuata dall'art. 16 del codice antimafia. Si prevede che destinatari delle suddette misure sono, in linea generale:

a) i soggetti contro cui è possibile applicare una misura di prevenzione personale, in virtù del rinvio che l'art. 16, comma 1 effettua all'art. 4 del codice;

b) le persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali.

Dunque la confisca di prevenzione si applica principalmente a chi è assoggettabile a una misura di prevenzione personale. Si tratta in particolare dei seguenti soggetti:

a) innanzi tutto vengono in rilievo i c.d. soggetti genericamente pericolosi, ossia tutti coloro che sono suscettibili di misure di prevenzione personali di carattere questorile ai sensi dell'art. 1 del codice antimafia (art. 4, comma 1, lett. c) codice antimafia che richiama l'art. 1). In particolare vi rientrano:

- coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi;

- coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose;

- coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la

tranquillità pubblica.

Le categorie suddette compaiono sin dalle prime leggi di pubblica sicurezza presenti nell'ordinamento giuridico italiano e si caratterizzano per il fatto di fondarsi su fattispecie indiziarie di reato⁵⁷⁰. Una tale denominazione deriva dalla constatazione che le misure di prevenzione sono disposte nei confronti di soggetti reputati autori di reati, il cui accertamento tuttavia viene mantenuto entro una logica meramente indiziaria. Esse hanno attirato l'attenzione della dottrina a causa della loro dubbia conformità ai principi costituzionali in materia criminale.

Invero si è evidenziato che le misure di prevenzione in tali casi sono comunque rivolte a soggetti ritenuti responsabili di reati; senonché la dimostrazione in sede processuale non viene richiesta, essendo sufficiente pervenire a un fondato sospetto della loro commissione. In tal modo le misure di prevenzione, più che al contrasto di forme di pericolosità sociale, si risolverebbero in strumenti di repressione di reati solo sospettati e di cui non si sia riusciti a ottenere una piena prova⁵⁷¹. Ad ogni modo l'appartenenza alle categorie di pericolosità va desunta esclusivamente da "elementi di fatto", vale a dire da circostanze obiettivamente identificabili, controllabili, con esclusione di elementi privi di riscontri concreti, quali meri sospetti, illazioni e congetture⁵⁷².

Va segnalato che le ipotesi di pericolosità generica, nate come strumento di contenimento della classe socialmente marginalizzata nella società ottocentesca, stanno assumendo una sempre maggiore rilevanza negli ultimi tempi in relazione al contrasto dell'accumulazione dei capitali di fonte illecita, con ciò confermandosi la trasformazione funzionale che stanno subendo nei moderni ordinamenti giuridici le misure di prevenzione. In particolare la giurisprudenza tende a servirsi in misura sempre crescente delle categorie di pericolosità generica per contrastare la circolazione dei capitali frutto dei c.d. *white collars crimes*. Laddove non si pervenga alla condanna per un reato produttivo di profitti economici illeciti, si ottiene il risultato dell'ablazione dei patrimoni criminosi attraverso l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale, giustificata dal riscontro della pericolosità sociale derivante da una condotta di vita abitualmente sorretta, alimentata da profitti illeciti. le misure di prevenzione diventano così lo strumento fondamentale per contrastare episodi reiterati e sistematici di criminalità del profitto, riservando agli strumenti sanzionatori esclusivamente il contrasto al profitto derivato da singoli

⁵⁷⁰ MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personale e patrimoniale*, in MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, Torino, 2015, p. 325, il quale sottolinea come le fattispecie a pericolosità generica, nell'originaria legislazione di pubblica sicurezza, erano strutturate secondo due modelli alternativi: quello delle fattispecie prognostiche d'autore (oziosi, vagabondi, ecc.) e quello delle fattispecie indiziarie di reato, in cui si dava rilievo alla commissione di un reato che tuttavia non veniva accertato in modo compiuto. Nella recente legislazione prevenzionistica, anche alla luce delle censure provenute dalla giurisprudenza costituzionale, si è assistito all'affermazione definitiva del secondo modello, in quanto ritenuto meno rischioso in relazione a possibili degenerazioni normative verso forme larvate di colpa d'autore.

⁵⁷¹ MAIELLO, *ivi*, p. 326.

⁵⁷² Cass. Pen., Sez. I, 13 giugno 2007, n. 27665, in *CED Cass.*, n. 236909; Cass. Pen., Sez. II, 28 maggio 2008, n. 25919, *ivi*, n. 240629.

episodi criminosi⁵⁷³. In tal modo le fattispecie di pericolosità generica da strumento di controllo sociale delle fasce sociali più povere sono diventate strumento di neutralizzazione della criminalità del profitto. In tale solco si collocano le pronunce giurisprudenziali che definiscono la figura dell'”evasore fiscale socialmente pericoloso” o del “corruttore socialmente pericoloso” o del “truffatore socialmente pericoloso”, la cui rilevanza in chiave preventiva viene assicurata per il tramite delle previsioni di cui all’art. 1 del codice antimafia⁵⁷⁴.

b) Le misure di prevenzione si applicano inoltre a coloro che sono riconducibili alle fattispecie di c.d. pericolosità qualificata, ossia ancorata alla commissione di specifici fatti di reato indicati dalla legge. Si fa riferimento in particolare:

- agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-*bis* c.p. (art. 4, comma 1, lett. a) codice antimafia);

- ai soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12-*quinqüies*, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 (art. 4, comma 1, lett. b) codice antimafia).

In ordine alla prima ipotesi, ai fini dell’applicabilità della misura preventiva occorrono due elementi: uno sostanziale (il reato di cui all’art. 416-*bis* c.p.) e uno processuale (gli indizi). Il soggetto deve dunque essere un “appartenente” a un’associazione di tipo mafiosa, ossia deve esserne un partecipe. In passato la giurisprudenza di legittimità era propensa a conferire al termine “appartenenza” un significato più ampio, in grado di comprendere anche coloro che si configuravano come “concorrenti esterni” nel delitto suddetto ovvero che, pur non facendo parte di un’associazione mafiosa, erano espressione della medesima sub-cultura criminale⁵⁷⁵. Attualmente si è consolidata invece la diversa opinione secondo cui il concetto di “appartenenza” deve essere ricostruito in correlazione alla fattispecie di cui all’art. 416-*bis* c.p., richiamato peraltro proprio dall’art. 4, comma 1, lett. a) codice antimafia. Pertanto l’appartenenza va intesa come sinonimo di partecipazione all’associazione di stampo mafiosa. Allora ciò che va riscontrata è la commissione, da parte del soggetto, del delitto associativo di cui all’art. 416-*bis* c.p.. Soluzione questa che ha l’indubbio pregio di mettere al riparo la disposizione dell’art. 4 codice antimafia da qualsiasi censura di indeterminatezza⁵⁷⁶. Tuttavia la prova dello *status* di associato del soggetto non deve seguire gli standard probatori necessari per

⁵⁷³ MANGIONE, *Le misure di prevenzione*, in CADOPPI – CANESTRARI – MANNA – PAPA, *Trattato di diritto penale*, III, cit., p. 445.

⁵⁷⁴ Sul punto si veda Cass. pen., I, sent. 10 giugno 2013, n. 32032, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 11 febbraio 2017), che ammette l’applicazione delle misure di prevenzione anche nei confronti di chi, alla stregua delle fattispecie di pericolosità generica, si configuri come evasore socialmente pericoloso, in quanto abitualmente dedito alla commissione di fatti di evasione fiscale.

⁵⁷⁵ MANGIONE, *ivi*, p. 448.

⁵⁷⁶ MAIELLO, *op. ult. cit.*, p. 328.

giungere a una condanna in sede penale. L'art. 4 esige solamente "indizi" di appartenenza; dunque, in ragione altresì dell'autonomia tra il procedimento di prevenzione e quello penale, il giudice può trarre il suo convincimento in relazione alla qualifica di associato da una pluralità di elementi fattuali, anche eterogenei tra di loro e dotati di una diversa valenza probatoria, purché in relazione a essi fornisca congrua motivazione in sede decisionale. Ai fini del procedimento di prevenzione il giudizio è a inferenza probabilistica, non essendo necessario che la condizione di partecipe venga dimostrata in termini di certezza o di alta probabilità. È sufficiente che si pervenga a un mero giudizio di ragionevole probabilità. In sede di prevenzione quindi sono sufficienti standard probatori che invece non consentirebbero di pervenire a una pronuncia di condanna in sede penale⁵⁷⁷.

La seconda ipotesi che viene in rilievo è rappresentata dagli indiziati di aver commesso i delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p., ossia i delitti che radicano la competenza della procura presso il tribunale distrettuale, ovvero il delitto di cui all'art. 12-*quinquies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 1992, n. 356, che punisce il trasferimento fraudolento di valori. Si tratta di un'ulteriore ipotesi di pericolosità qualificata, in quanto imperniata sulla commissione di specifici delitti particolarmente gravi e connessi ancora una volta alla criminalità organizzata.

c) Vengono in rilievo poi le fattispecie di pericolosità dirette alla prevenzione degli atti di sovversione. Si fa riferimento alle seguenti categorie di soggetti:

- coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 4, comma 1, lett. d) codice antimafia);

- coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella

⁵⁷⁷ CONTRAFATTO, *Sfera soggettiva di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali*, in BALSAMO – CONTRAFATTO – NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., p. 64-65, la quale evidenzia come risultino decisivi rispetto ai fenomeni di mafia gli atti formati in altri e diversi processi a carico dell'indiziato. In tali casi non occorre osservare la regola probatoria di cui all'art. 192 c.p.p. proprio in virtù dell'autonomia funzionale e procedimentale tra le misure di prevenzione e le sanzioni penali. In tal modo il contraddittorio in sede di prevenzione si risolve spesso nell'interlocuzione delle parti su atti processuali già precostituiti, in quanto derivanti da altri procedimenti. In giurisprudenza si veda Cass. pen., I, sent. 23 settembre 2013, n. 39204, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 11 febbraio 2017) secondo cui nel giudizio di prevenzione, «data l'autonomia dal processo penale, la prova indiretta o indiziaria non deve essere dotata dei caratteri prescritti dall'art. 192 c.p.p. , e le chiamate in correità o in reità non devono essere necessariamente qualificate dai riscontri individualizzanti, ai fini dell'accertamento della pericolosità».

precedente (art. 4, comma 1, lett. e) codice antimafia);

- a coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza (art. 4, comma 1, lett. f) codice antimafia);

- fuori dei casi indicati nelle lettere d), e) ed f), siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lettera d (art. 4, comma 1, lett. g) codice antimafia).

Si tratta di una pluralità di ipotesi accomunate – come sopra accennato – dalla matrice sovversiva delle condotte considerate. Tale connotazione ha spinto il legislatore ad attribuire rilevanza anche a condotte meramente preparatorie dei delitti indicati, come avviene nei casi di cui alla lett. d) ed f). Si fa riferimento in questi casi alla commissione di «atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti» alla commissione del reato preso in considerazione. Una parte della dottrina ha evidenziato come molte delle fattispecie richiamate siano delitti di attentato, sicché si registra il rischio di una sovrapposizione tra il profilo strettamente penalistico e quello prevenzionistico⁵⁷⁸. Una possibile distinzione tra gli ambiti delle fattispecie di attentato e di quelle prevenzionistiche può aversi solo attribuendo, in coerenza con la tesi prevalente della più recente dottrina e giurisprudenza di legittimità, alla condotta di attentato i necessari requisiti dell'univocità e della idoneità, sicché gli atti meramente preparatori non assumerebbero mai rilevanza penale, ma sarebbero utili solo ai fini della prevenzione criminale. In ogni caso problematico risulta attribuire un significato utile alla locuzione “atti preparatori obiettivamente rilevanti”. Invero, posto che l'obiettiva rilevanza coincide con l'univocità, si è sottolineato come difficilmente un atto preparatorio possa essere indice univoco di commissione di un reato. E di certo la soluzione non potrebbe essere ravvisata nell'accoglimento di una concezione soggettivistica dell'univocità, che sarebbe inconciliabile con la obiettiva rilevanza che la legge esige dagli atti preparatori. Sul punto la giurisprudenza ha tentato di risolvere la questione ritenendo che quest'ultimo requisito imponga semplicemente la manifestazione esterna degli atti preparatori e che questi siano idonei a porsi all'interno dell'*iter* che potrà eventualmente condurre alla realizzazione del reato. In ogni caso, dato il carattere *ante delictum* delle misure di prevenzione, è necessario che la condotta non integri la fattispecie penalmente rilevante, altrimenti in questa ipotesi si dovrebbe pervenire all'applicazione della sanzione penale e a una eventuale misura di sicurezza *post delictum*⁵⁷⁹.

Per ciò che attiene alla fattispecie di cui alla lett. e) dell'art. 4 codice antimafia, essa dà rilievo a colui che, avendo fatto parte di associazioni di natura

⁵⁷⁸ MAIELLO, *op. ult. cit.*, p. 332.

⁵⁷⁹ MAIELLO, *ivi*, p. 333.

fascista, tenga comportamenti successivi che lascino desumere che continui a svolgere «attività analoghe». La disposizione è problematica, in quanto individua il comportamento sintomatico di pericolosità attraverso la clausola dell'analogia ("analoghe") che rende la fattispecie difettosa di precisione. In ogni caso si può ritenere che analoghe risultino tutte quelle attività, diverse dalla partecipazione al partito fascista e diverse da quelle preparatorie in vista della ricostituzione di esso, che comunque mirino all'esaltazione, al sostegno dell'ideologia fascista mediante comportamenti esterni e percepibili.

Infine per quanto attiene alla fattispecie di cui alla lett. g) dell'art. 4 codice antimafia, occorre evidenziare come essa abbia un ambito di applicabilità che rischia di sovrapporsi a quello delle misure di sicurezza *post delictum*, posto che essa presuppone una condanna per uno dei delitti di cui alla l. 2 ottobre 1967, n. 895, che disciplina il controllo delle armi, e la valutazione prognostica in ordine alla possibile recidiva del condannato. Peraltro la fattispecie sembra difettare di determinatezza, laddove fa riferimento alla «proclività» del soggetto al reato quale presupposto per l'applicazione della misura preventiva⁵⁸⁰.

d) Ai sensi dell'art. 4, comma 1 lett. h) codice antimafia le misure di prevenzione si applicano altresì «agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti».

Sebbene la disposizione faccia rinvio genericamente alle lettere precedenti alla lettera h), secondo l'opinione preferibile il rinvio va riferito esclusivamente alle fattispecie di pericolosità "sovversiva", posto che la disposizione in esame riprende quella contenuta nell'art. 18, comma 2 della l. 22 maggio 1975, n. 152 che ricollegava al misura preventiva esclusivamente alla predetta categoria di reati.

In base alla lett. h) in esame si ritiene ai fini preventivi finanziatore «colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati».

La disposizione appare anomala in quanto sembra fare riferimento a una condotta di concorso nel reato per la quale dovrebbe scattare l'applicazione di una sanzione penale. Ciò parrebbe stridere con la natura *ante delictum* delle misure di prevenzione.

e) Le misure di prevenzione possono essere applicate anche nei confronti di «persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, nonché alle persone che, per il loro comportamento, debba ritenersi, anche sulla base della partecipazione in più occasioni alle medesime manifestazioni, ovvero della reiterata applicazione nei loro confronti del divieto previsto dallo stesso articolo, che sono dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica, ovvero l'incolumità delle persone in occasione o a causa dello svolgimento di manifestazioni sportive».

⁵⁸⁰ MAIELLO, *op. ult. cit.*, p. 335.

Viene in rilievo in tali casi una pericolosità diretta a prevenire la violenza nelle manifestazioni sportive. L'art. 16, comma 2 codice antimafia specifica che in relazione a tali soggetti «la misura di prevenzione patrimoniale della confisca può essere applicata relativamente ai beni, nella disponibilità dei medesimi soggetti, che possono agevolare, in qualsiasi modo, le attività di chi prende parte attiva a fatti di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive».

f) Infine – come è stato già accennato in precedenza – la prevenzione patrimoniale è applicabile anche nei confronti «persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali». La disposizione va coordinata con le statuizioni contenute nel d.lgs. 22 giugno 2007, n. 109, recante «Misure per prevenire, contrastare e reprimere il finanziamento del terrorismo e l'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale, in attuazione della direttiva 2005/60/CE», il quale, oltre ad aver istituito il Comitato di sicurezza finanziaria, competente, tra l'altro, a individuare i potenziali destinatari dei provvedimenti di congelamento, detta misure per prevenire l'uso del sistema finanziario a scopo di finanziamento del terrorismo e per attuare il congelamento dei fondi e delle risorse economiche per il contrasto del finanziamento del terrorismo e dell'attività di Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale in base alle risoluzioni delle Nazioni unite o alle deliberazioni dell'Unione europea. Si ricordi che il congelamento dei beni in base alla suddetta normativa non elimina la possibilità di avviare procedimenti di prevenzione patrimoniale rispetto ai medesimi beni. In base all'art. 5, comma 7 del decreto n. 109 infatti il congelamento non pregiudica gli effetti di eventuali provvedimenti di sequestro o confisca, adottati nell'ambito di procedimenti penali o amministrativi, aventi ad oggetto i medesimi fondi o le stesse risorse economiche⁵⁸¹.

Quello testé illustrato costituisce l'ambito soggettivo di applicazione del sistema di prevenzione patrimoniale. Esso subisce due deroghe. La prevenzione non è attuabile nei confronti del minore di anni diciotto, nei cui confronti l'azione di prevenzione è preclusa, e nei confronti degli infermi di mente, i quali così come non sono in grado di subire un processo penale (art. 71 c.p.p.) allo stesso tempo – si ritiene – non possono essere sottoposti al procedimento di prevenzione⁵⁸².

Le misure di prevenzione, al contrario, trovano piena applicazione nei confronti dei collaboratori di giustizia. La normativa relativa a tali soggetti non contempla l'esenzione dalle misure in questione quale beneficio correlato

⁵⁸¹ Per un approfondito esame del meccanismo di congelamento dei beni in base al d.lgs. 22 giugno 2007, n. 109 si veda CONTRAFATTO, *op. ult. cit.*, p. 80 ss.

⁵⁸² FILIPPI – CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, Torino, 2011, p. 118.

all'accettazione della collaborazione⁵⁸³.

4. *L'ambito oggettivo di operatività della confisca di prevenzione: la «disponibilità dei beni».* – Ai sensi dell'art. 24 del codice antimafia la confisca, così come il sequestro preventivo, può riguardare solamente i «beni» di cui il proposto «anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo».

Va immediatamente notato che l'oggetto della confisca è rappresentato da beni e non semplicemente da “cose”, sebbene la legislazione penale faccia solitamente uso di quest'ultimo termine per indicare l'oggetto degli interventi ablatori. La ragione della scelta legislativa è stata unanimamente individuata nella necessità di consentire l'ablazione non solo delle cose materiali, ma anche di ogni altra entità immateriale suscettibile di valutazione economica e, come tale, idonea a rafforzare il potenziale economico del proposto. Di conseguenza il concetto di bene menzionato dall'art. 24 codice antimafia va inteso in accezione ampia come ricomprensivo ogni entità materiale o immateriale economicamente valutabile.

Ciò precisato, in base al suddetto disposto sono confiscabili solamente i beni che abbiano alternativamente i seguenti requisiti: siano appartenenti al proposto ovvero, anche se appartenenti a terzi, risultino essere nella disponibilità diretta o indiretta (cioè realizzata mediante interposta persona fisica o giuridica) di quello. Tali requisiti definiscono l'ambito oggettivo di operatività della confisca di prevenzione.

Prima di analizzare le nozioni di appartenenza e di disponibilità, è opportuno effettuare una premessa di carattere generale.

Secondo l'opinione dominante il requisito dell'appartenenza e quello della disponibilità non possono essere accertati mediante standard probatori poco elevati o comunque fondati su logiche puramente probabilistiche. L'uso del verbo “risultare” esprimerebbe la volontà del legislatore di esigere elevati livelli probatori in relazione agli elementi costitutivi della fattispecie preventiva, compreso quello della disponibilità dei beni. Ciò non vuol dire che siano inutilizzabili prove a carattere indiziario che, anzi, in questo settore assumono una valenza decisiva; solamente l'uso degli indizi deve avvenire secondo la regola probatoria prevista dall'art. 192 c.p.p., ossia essi devono presentarsi gravi, precisi e concordanti. In definitiva per la dimostrazione della disponibilità «occorre, in ogni caso, una prova diretta o indiretta, caratterizzata dagli ordinari livelli di certezza»⁵⁸⁴.

Ciò posto, è necessario analizzare le nozioni di disponibilità e di appartenenza attorno a cui ruota la disposizione dell'art. 24 codice antimafia.

⁵⁸³ MAIELLO, *op. ult. cit.*, p. 368.

⁵⁸⁴ CONTRAFATTO, *L'oggetto della confisca di prevenzione e lo standard della prova*, in BALSAMO – CONTRAFATTO – NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., p. 90.

In relazione al concetto di disponibilità, la giurisprudenza costante evidenzia innanzi tutto come esso non possa in alcun modo ragguagliarsi a istituti civilistici precisi. Invero alla nozione di disponibilità sono riconducibili varie situazioni, anche diversificate tra di loro, che hanno il comune denominatore del dominio effettivo sulla cosa da parte del proposto. Di conseguenza la gamma delle ipotesi che integrano la disponibilità del bene possono andare dal diritto di proprietà vero e proprio, a intestazioni fiduciarie, fino a giungere a mere situazioni di fatto in cui si riscontra la mera soggezione del terzo titolare al dominio del proposto⁵⁸⁵. Si è fatta strada così nella giurisprudenza e nella dottrina dominanti una nozione estesa di disponibilità per la cui esistenza non deve esservi il collegamento con un istituto civilistico tipico, essendo invece sufficiente che l'indiziato possa utilizzare il bene *uti dominus*. Ciò implica la necessità di accertare che l'indiziato eserciti in modo effettivo e concreto i poteri di godimento, di disposizione e di destinazione sul bene, pur essendo questo nella titolarità del terzo⁵⁸⁶. La giurisprudenza ha efficacemente sostenuto che la disponibilità implica la necessità che il bene «ricada nella sfera degli interessi economici del prevenuto, ancorché il medesimo eserciti il proprio potere su di esso per il tramite di altri»⁵⁸⁷.

La disponibilità dei beni da parte dell'indiziato deve essere accertata giudizialmente. La giurisprudenza tuttavia ha distinto varie situazioni, avvalendosi delle massime di esperienza. Così per delineare l'onere probatorio a carico dell'accusa si è distinto il caso in cui i beni siano nella titolarità del coniuge, dei figli e di altri conviventi del proposto nell'ultimo quinquennio e il caso in cui siano nella titolarità di altri soggetti diversi. Laddove i beni siano formalmente appartenenti al coniuge, ai figli o a coloro che negli ultimi cinque anni hanno convissuto con l'indiziato secondo la giurisprudenza è possibile formulare una presunzione di intestazione fittizia, sicché la disponibilità in favore dell'indiziato può presumersi. Tale affermazione viene giustificata evidenziando che, ai sensi dell'art. 19, comma 3 codice antimafia (già art. 2-bis della l. 31 maggio 1965, n. 575), le indagini patrimoniali funzionali all'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale debbano essere effettuate in ogni caso «anche nei confronti del coniuge, dei figli e di coloro che nell'ultimo quinquennio hanno convissuto con i soggetti indicati al comma 1», ossia dei potenziali destinatari della misura di prevenzione. Tale disposizione si giustificerebbe proprio in ragione del carattere fiduciario che normalmente caratterizza le intestazioni di beni a familiari stretti. Quindi, laddove i beni siano appartenenti ai suddetti soggetti, la disponibilità è presunta e sarà onere di questi provare in giudizio la loro esclusiva disponibilità del bene per sottrarlo alla

⁵⁸⁵ Cass. pen., V, sent. 17 marzo 2000, n. 1520, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1327.

⁵⁸⁶ MANGIONE, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 474, il quale mette in rilievo che «la relazione di disponibilità costituisce quindi il grimaldello normativo col quale ovviare all'eventuale diaframma frapposto dagli schermi giuridici offerti dal diritto privato».

⁵⁸⁷ Cass. pen., I, sent. 17 gennaio 2008, n. 6613, citata da CONTRAFATTO, *op. ult. cit.*, p. 92, che evidenzia peraltro come la pronuncia rinvii al concetto di avente diritto economico già previsto dall'ordinamento svizzero in materia di prevenzione.

confisca⁵⁸⁸.

La suddetta impostazione è stata ritenuta pienamente conforme alle indicazioni offerte dall'art. 3, par. 3 della decisione quadro 2005/212/GAI, che nel regolare i poteri estesi di confisca stabilisce che gli Stati possono considerare l'opportunità di adottare le «misure necessarie per poter procedere, conformemente alle condizioni di cui ai paragrafi 1 e 2, alla confisca totale o parziale dei beni acquisiti da persone con le quali la persona in questione ha le relazioni più strette e dei beni trasferiti a una persona giuridica su cui la persona in questione, che agisce da sola o in collegamento con persone con le quali essa ha relazioni più strette, esercita un controllo. Questo si applica anche se la persona in questione riceve una parte rilevante del reddito della persona giuridica».

Al contrario, se i beni sono formalmente appartenenti a terzi diversi da quelli su indicati, la presunzione suddetta non opererà e sarà, pertanto, onere dell'accusa dimostrare in giudizio la disponibilità dei beni in favore dell'indiziato⁵⁸⁹. In tale ipotesi sarà necessario addurre una pluralità di indizi idonei a formulare un convincimento razionale in relazione alla disponibilità indiretta del bene da parte dell'indiziato. Un indice rilevante della fittizietà dell'intestazione può essere rappresentato altresì dalla sproporzione tra il valore del bene e la capacità economico-reddituale del terzo. Si tratta in ogni caso di un indice che deve essere corroborato anche da altri elementi indiziari per poter fondare una prova utile per giustificare la confisca nei confronti del terzo. Invero se l'ablazione è destinata a colpire i beni di un terzo, è doveroso esigere uno livello probatorio più elevato. Sarebbe irragionevole consentire la confisca nei confronti del terzo in base allo stesso criterio probatorio che può giustificarla, alle restanti condizioni, nei confronti dei beni appartenenti all'indiziato.

Onde scongiurare trasferimenti dei beni da parte del proposto in funzione elusiva delle misure di prevenzione, il “decreto sicurezza” aveva introdotto i commi 13 e 14 nell'art. 2-ter della l. 31 maggio 1965, n. 575, finalizzati a rendere inopponibili al procedimento di prevenzione tutti gli atti di disposizione effettuati dall'indiziato aventi la sola finalità di sottrarre i beni all'ablazione patrimoniale. Si è così introdotta una disciplina che ricorda molto da vicino quella della revocatoria fallimentare, in quanto si basa sulla presunzione di causa fraudolenta per gli atti di disposizione effettuati in un arco temporale considerato “sospetto” da parte del

⁵⁸⁸ MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione*, cit., p. 390.

⁵⁸⁹ Cass. pen., II, sent. 23 giugno 2004, n. 35628, citata da CONTRAFATTO, *op. ult. cit.*, p. 94: «Incombe sull'accusa l'onere di dimostrare rigorosamente l'esistenza di situazioni che avallino concretamente l'ipotesi del carattere puramente formale della intestazione del bene, funzionale a favorire il permanere del bene stesso nella effettiva e autonoma disponibilità di fatto del proposto. La disponibilità, caratterizzata da un comportamento *uti dominus* del proposto, in contrasto con l'apparente titolarità del terzo, deve essere accertata con indagine rigorosa, intensa e approfondita, avendo il giudice l'obbligo di spiegare le ragioni della ritenuta interposizione fittizia sulla base non di sole circostanze sintomatiche di spessore indiziario, ma di elementi fattuali connotati dai requisiti della gravità, precisione, concordanza ed idonei, pertanto, a costituire prova indiretta dell'assunto che si tende a dimostrare».

legislatore. Tali atti vengono considerati ininfluenti ai fini della confiscabilità del bene presso il terzo acquirente. La disciplina anzidetta è stata oggi trasfusa nell'art. 26 codice antimafia. Il primo comma di tale articolo ordina al giudice, qualora accerti che taluni beni siano stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi, di dichiarare con il decreto che dispone la confisca la nullità dei relativi atti di disposizione. La disposizione è completata dal secondo comma del medesimo articolo che pone una presunzione di fittizietà dell'intestazione in favore del terzo. Si prevede che, fino a prova contraria, si presumono fittizi:

a) i trasferimenti e le intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado;

b) i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione⁵⁹⁰.

In quest'ultima ipotesi non vi sono distinzioni tra i destinatari del trasferimento, sicché la presunzione opera nei confronti di qualsiasi terzo.

Le presunzioni di fittizietà stabilite dall'art. 26 codice antimafia operano esclusivamente entro i precisi limiti temporali ivi previsti. Al di fuori di essi, sarà onere dell'accusa dimostrare il carattere fraudolento dell'atto dispositivo, onde ottenerne la declaratoria di nullità da parte dell'organo giudicante.

Il tema della disponibilità indiretta dei beni importa problemi molto complicati nel caso in cui vengano in rilievo imprese individuali o societarie.

In caso di impresa individuale esercitata da un terzo non legato da vincoli familiari con il proposto, l'ablazione dell'azienda sarà possibile solo se si dimostri la disponibilità indiretta di essa da parte di quest'ultimo.

Nel caso invece di impresa societaria occorre formulare una distinzione. Nel

⁵⁹⁰ MANGIONE, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 474 e ss. ha rinvenuto una incongruenza sistematica nella suddetta disciplina; incongruenza che il legislatore con l'adozione del codice antimafia non ha avuto risolto. Si è osservato che l'art. 4 del codice antimafia inserisce tra i destinatari delle misure di prevenzione anche gli indiziati del delitto di trasferimento fraudolento di valori di cui all'art. 12-*quinquies* del d.l. 9 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 07 agosto 1992, n. 356. Poiché – secondo tale orientamento – il terzo intestatario del bene si configura quale concorrente nel reato suddetto, egli è sottoponibile, in base all'art. 4 citato, alle misure di prevenzione patrimoniale. Sennonché, in base all'art. 26 codice antimafia, egli viene altresì configurato come “terzo” nel procedimento di prevenzione, in quanto beneficiario degli atti di disposizione a rischio di nullità. Ciò implica che l'intestatario può potenzialmente assumere tanto la veste di “terzo” nel procedimento di prevenzione (art. 26 codice antimafia), quanto quella di proposto (art. 4, comma 1, lett. b) codice antimafia). In entrambi i casi si giungerà all'ablazione del bene trasferito. Tuttavia differente risulterà il regime probatorio in relazione alla prova della fittizietà del trasferimento. Nel caso in cui si agisca ai sensi dell'art. 26 l'accusa potrà beneficiare delle presunzioni legali di fittizietà. Ove si agisca per l'applicazione della misura di prevenzione nei confronti dell'intestatario, l'accusa dovrà provare il carattere fittizio del trasferimento, secondo le regole probatorie del procedimento di prevenzione. La questione pertanto si risolve in un problema di opportunità processuale che starà ai soggetti titolari del potere di proposta delle misure di prevenzione risolvere. Vale la pena evidenziare che l'intera questione non si pone allorché si accolga la tesi secondo cui l'intestatario dei beni non è concorrente nel reato di cui all'art. 12-*quinquies*. Ciò sarebbe configurabile nel caso in cui tale illecito venga concepito come fattispecie plurisoggettiva impropria.

caso in cui si dimostri che il proposto, pur non vantando partecipazioni nel capitale sociale ovvero possedendo solo una quota minoritaria di esso, eserciti sulla vita aziendale una tirannia totalitaria, tale da influenzare in modo decisivo le scelte economiche della società, allora si potrà disporre l'ablazione dell'intero patrimonio della società⁵⁹¹. Se il patrimonio in questi casi ricomprende anche beni immobili o mobili registrati, sarà necessario procedere altresì alla trascrizione del decreto di sequestro e del successivo decreto di confisca. In mancanza il terzo che abbia prontamente trascritto il proprio titolo di acquisto potrà far prevalere le proprie ragioni su quelle della confisca, previo accertamento della sua buona fede in sede giudiziaria⁵⁹².

Nel caso in cui si accerti la disponibilità indiretta solo di una quota del capitale sociale e non dell'intera realtà societaria, l'ablazione potrà coinvolgere solamente tale quota di capitale sociale, dovendosi escludere qualsiasi confisca totale.

In materia di criminalità organizzata di stampo mafioso le valutazioni inerenti alla disponibilità indiretta di un'impresa societaria assumono connotati più complicati, a causa delle particolari modalità con cui l'ente mafioso penetra nei gangli dell'economia reale. Tradizionalmente le imprese collegate alla criminalità organizzata sono state distinte in imprese mafiose "originarie" e quelle "di proprietà del mafioso". Le prime rappresentano la forma originaria di intervento mafioso nel ramo imprenditoriale e si caratterizzano per la figura dominante del fondatore che le gestisce direttamente, pur espletando anche altre attività di natura criminale. Le seconde invece si caratterizzano per il fatto che il loro esercizio viene formalmente attribuito a un prestanome, mentre l'esponente mafioso procede all'esercizio solo in via fattuale dei poteri di direzione e di controllo della vita societaria. In tali ipotesi, attraverso la nozione di disponibilità indiretta dell'azienda, è possibile ricollegare l'impresa al sodalizio mafioso e procedere alla confisca dell'azienda. Negli ultimi tempi tuttavia è venuta ad emergere una nuova forma di manifestazione dell'impresa mafiosa. Si fa riferimento alla c.d. impresa a partecipazione mafiosa, la quale si caratterizza per la commistione tra capitali e interessi ricollegabili al sodalizio criminale e capitali e interessi leciti, facenti capo a operatori economici del tutto ordinari. Il modello in esame si differenzia dall'impresa di proprietà mafiosa, in quanto in quest'ultima il titolare è un mero prestanome, nella seconda invece è un soggetto portatore di propri autonomi interessi economici. Le forme di commistione tra attività imprenditoriale e realtà mafiosa possono essere duplici: a) l'inquinamento del ciclo aziendale che viene esercitato con il metodo dell'intimidazione mafiosa; b) l'immissione di capitali illeciti senza alterazione del ciclo aziendale.

⁵⁹¹ La tirannia totalitaria sull'impresa deve desumersi da una pluralità di elementi indiziari idonei a far desumere il completo controllo da parte del proposto della vita aziendale. Si può valorizzare a questo fine il legame parentale tra l'amministratore della società e il prevenuto; la razionalità e la normalità della vita aziendale, alla luce delle relazioni dell'amministratore giudiziario o degli organi di controllo esterno.

⁵⁹² CONTRAFATTO, *L'oggetto della confisca di prevenzione*, cit., p. 97.

Nel primo caso l'impresa trova la propria capacità competitiva nella forza intimidatrice dell'ente mafioso, ottenendo in tal modo vantaggi illeciti sul mercato. In tal caso, come evidenziato dalla giurisprudenza, l'intera impresa è attratta nell'orbita mafiosa, sicché sarà confiscabile l'intero capitale sociale e l'intero complesso aziendale, quale frutto di attività illecita⁵⁹³. E ciò – si badi – anche se dovesse risultare lecita la fonte dei capitali investiti, in quanto comunque si tratterebbe di beni successivamente immessi in un ciclo aziendale inquinato.

Nel secondo caso invece l'impresa viene gestita con metodi leciti, ma è stata costituita o alimentata con capitali di fonte illecita. In tali casi, ai fini dell'ablazione dell'azienda, occorrerà accertare che il sodalizio criminale sia in grado di compiere liberamente almeno gli atti che incidono significativamente sulla vita economica dell'impresa, rendendo la stessa funzionale agli scopi dell'ente mafioso⁵⁹⁴.

Per concludere l'analisi dell'ambito oggettivo di operatività della confisca di prevenzione è necessario prendere posizione sul concetto di appartenenza del bene.

Il concetto di appartenenza viene in rilievo allorché il bene da confiscare sia nella titolarità di un terzo e non del proposto. La corretta delimitazione di tale nozione si era posta soprattutto sotto la vigenza dell'art. 2-ter della l. 31 maggio 1965, n. 575 che, al comma 5, prevedeva la chiamata nel procedimento di prevenzione di tutti i terzi cui appartenessero i beni sequestrati⁵⁹⁵. Nella ricostruzione del concetto di appartenenza la giurisprudenza e la dottrina dominanti hanno privilegiato un approccio funzionale, attento al rispetto della *ratio* della legislazione prevenzionistica. A tal fine si è ritenuto opportuno ricostruire il concetto contrapponendolo a quello di disponibilità. Si è così affermato che nella nozione di appartenenza rientrano tutte quelle situazioni in cui i diritti vantati dai terzi determinano l'indisponibilità giuridica del bene in capo al proposto⁵⁹⁶.

Si ritiene rientrante nella nozione di appartenenza il diritto di proprietà, i diritti reali di godimento, i diritti relativi e qualsiasi altra situazione giuridica idonea a conferire la disponibilità del bene al terzo, compresi i diritti reali di garanzia. Invero la nozione di appartenenza ai fini preventivi è diversa da quella che viene in rilievo ai sensi dell'art. 240 c.p.. Mentre in quest'ultima sede essa assume una connotazione sostanziale, finendo per coincidere con l'insieme dei diritti reali, proprietari e non, sulla cosa, ai fini della prevenzione essa assume una rilevanza processuale e si connota come titolarità formale contraddistinta da disponibilità

⁵⁹³ CONTRAFATTO, *op. ult. cit.*, p. 125.

⁵⁹⁴ MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione*, cit., p. 391.

⁵⁹⁵ Art. 2-ter, comma 5 della l. 31 maggio 1965, n. 575: «5. Se risulta che i beni sequestrati appartengono a terzi, questi sono chiamati dal tribunale, con decreto motivato, ad intervenire nel procedimento e possono, anche con l'assistenza di un difensore, nel termine stabilito dal tribunale, svolgere in camera di consiglio le loro deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca».

⁵⁹⁶ Per una puntuale analisi della problematica concernente l'esatta ricostruzione del concetto di appartenenza, con ampia rassegna di giurisprudenza, si rinvia a POMPEO, *La confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà*, Milano, 2013, p. 61 ss.

giuridica del bene⁵⁹⁷.

L'appartenenza del bene al terzo – come si è già illustrato – non preclude la confisca, se si accerti la disponibilità indiretta a favore del proposto. In tali casi tuttavia è necessario integrare il contraddittorio in sede processuale con il terzo titolare formale del bene, al fine di consentirgli l'esercizio del diritto di difesa. L'omessa citazione in giudizio del terzo non rende nullo il decreto confiscatorio; il provvedimento risulterà in tal caso semplicemente inopponibile nei confronti del terzo. A tal fine questi potrà tutelarsi sperando apposito incidente di esecuzione⁵⁹⁸, a

⁵⁹⁷ MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione*, cit., p. 391.

⁵⁹⁸ Per tutte si veda Cass. pen., S.U., sent. 17 novembre 2014, n. 47239, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 12 febbraio 2017) che affermano che «con riguardo al procedimento di prevenzione patrimoniale, quale disciplinato dalla legge n. 575 del 1965, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, anche sotto la vigenza del precedente codice di procedura penale, era nel senso che le disposizioni che prevedono l'estensione delle indagini patrimoniali, del sequestro e della confisca a soggetti diversi dall'indiziato di appartenenza ad associazioni mafiose non violano il diritto di difesa di tali soggetti, potendo essi intervenire nel procedimento di prevenzione per esporre le loro deduzioni e far valere i loro diritti: tale possibilità di intervento È sufficiente ad assicurare la tutela del diritto di difesa poiché è riservata alla legge la disciplina della difesa in relazione alle peculiarità del procedimento (Sez. 1, n. 2924 del 17/11/1989, Nuvoletta). Ciò in quanto, in tema di lotta alla delinquenza mafiosa, poiché il procedimento di prevenzione segue le forme, in quanto compatibili, del processo di sicurezza previsto dal codice di procedura penale, che si svolge con riferimento, quali soggetti, al giudice, al p.m. ed alla persona destinataria della misura di sicurezza, l'intervento di un terzo nel processo non si pone sullo stesso piano dell'intervento del proposto alla misura, sicché l'omessa citazione del terzo non può comportare la nullità del procedimento. Infatti, la Legge 31 maggio 1965, n. 575, articolo 2 ter, comma 5, che disciplina per l'appunto l'intervento del terzo, dispone che questi, al limite, potrà essere chiamato nel corso del procedimento già instaurato, senza la sua citazione, fermo restando il suo diritto di svolgere in camera di consiglio, anche con l'assistenza del difensore, le sue difese nel termine stabilito dal tribunale. (Sez. 1, n. 3540 del 29/10/1986, Nava, Rv. 174441).

Dopo l'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988 È stato ribadito dalla giurisprudenza di legittimità che il procedimento di prevenzione ha istituzionalmente i suoi necessari referenti nel pubblico ministero e nel proposto, sicché l'omessa citazione del terzo, al quale sono intestati i beni ritenuti nella disponibilità del proposto, sia che si tratti di una mancata partecipazione sin dall'inizio del procedimento o di una mancata partecipazione solo ad alcune fasi del medesimo, non ne comporta la nullità e non invalida l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale, ferma restando la facoltà dell'estraneo di esplicitare le sue difese mediante incidente di esecuzione (Sez. 2, n. 40880 del 17/10/2002, Ferdico, Rv. 223021; fattispecie nella quale il terzo era stato chiamato a partecipare al procedimento fino al momento in cui la Corte di appello aveva revocato il sequestro dell'immobile e non nelle fasi successive che avevano comportato, a seguito del ricorso del P.g., la confisca del bene). Atteso che la mancata citazione del terzo non comporta la nullità del procedimento ma un'irregolarità che non inficia il procedimento medesimo e non invalida l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale, ferma resta la facoltà dell'estraneo di esplicitare le sue difese – quale terzo assoggettato, di riflesso, all'esecuzione della misura disposta nei confronti del proposto – con incidente di esecuzione e, all'occorrenza, con ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del giudice che delibera sull'incidente medesimo (Sez. 5, n. 2357 del 14/04/2000, Spierto, Rv. 216542; Sez. 6, n. 803 del 02/03/1999, Morabito, Rv. 214780; Sez. 6, n. 950 del 22/03/1999, Morabito, Rv. 214506; Sez. 5, n. 3094 del 19/05/1998, Cassani, Rv. 211700; Sez. 1, n. 5525 del 02/10/1997, Nocera, Rv. 209130; Sez. 1, n. 2531 del 16/04/1996, Biron, Rv. 204908).

Pertanto nel procedimento di prevenzione per l'applicazione di misure reali, l'omessa citazione del terzo non determina la nullità del procedimento, ma una semplice irregolarità che non inficia il procedimento medesimo, e quindi l'applicazione della misura, ferma restando la facoltà dell'extraneus di esplicitare successivamente le sue difese, provocando un incidente di esecuzione (Sez. 1, n. 28032 del 22/06/2007, Scala, Rv. 236930; fattispecie in tema di sequestro di beni intestati a terzi, prossimi congiunti di persona assoggettata alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale della pubblica

condizione che egli non abbia partecipato in alcun modo al procedimento di prevenzione.

5. I presupposti per l'applicazione della confisca di prevenzione. – Secondo il più volte menzionato art. 24 codice antimafia al confisca di prevenzione può disporsi solo al verificarsi di talune condizioni. In particolare si prevede che l'ablazione debba colpire beni di cui il soggetto abbia la titolarità o la disponibilità «in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego», sempreché di questi beni egli «non possa giustificare la legittima provenienza».

La disposizione individua due presupposti per l'applicazione della confisca di prevenzione:

a) in positivo è necessario che i beni da espropriare risultino sproporzionati rispetto ai redditi dichiarati o alle attività economiche del proposto ovvero siano il frutto o il reimpiego di attività illecite:

sicurezza con obbligo di soggiorno nel comune di residenza).

In tema di misure di prevenzione patrimoniale, il terzo, che rivendichi la legittima titolarità del bene confiscato chiedendone la restituzione, può proporre incidente di esecuzione solo se non ha partecipato al procedimento di applicazione della misura patrimoniale, nel quale può svolgere (sia che venga chiamato dal Tribunale con decreto motivato ovvero decida di intervenire nel procedimento) le deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca; ne deriva che qualora il terzo, formalmente intestatario del bene, partecipi al giudizio di cognizione e non osservi l'onere di allegazione di cui alla Legge n. 575 del 1965, articolo 2 ter, comma 5, il ricorso all'incidente di esecuzione non È consentito, in quanto servirebbe a porre in discussione il titolo non contestato dal soggetto posto in condizione di rivendicare il suo diritto sul bene e a riproporre in sede di esecuzione questioni già scrutinate dal giudice della prevenzione e che il ricorrente ben avrebbe potuto allegare al suo atto di intervento (Sez. 6, n. 37025 del 18/09/2002, Diana, Rv. 222664).

In senso analogo si erano espresse: Sez. 1, n. 16806 del 21/04/2010, Monachino, Rv. 247072 (ove è detto che, in tema di misure di prevenzione patrimoniale, il terzo interessato, al quale siano intestati i beni ritenuti nella disponibilità del proposto e che non abbia potuto esplicitare le sue difese nel procedimento di prevenzione in conseguenza dell'omessa citazione, ha facoltà di promuovere incidente di esecuzione chiedendo la revoca della confisca); Sez. 1, n. 19465 del 05/05/2008, Nocera, Rv. 240292 (ove si specifica che la legittimazione a proporre istanza di revoca del provvedimento di confisca disposto ai sensi della Legge 31 maggio 1965, n. 575, articolo 1 ter, comma 3, spetta solo a chi abbia partecipato al procedimento di prevenzione, mentre colui che non vi ha preso parte può far valere l'inefficacia della confisca nei suoi confronti soltanto mediante incidente d'esecuzione, sicché ne consegue che l'istanza di dissequestro avanzata dal terzo estraneo al procedimento di prevenzione rientra nella competenza del giudice dell'esecuzione); Sez. 1, n. 14928 del 21/02/2008, Marchitelli, Rv. 240164 (ove È detto che il terzo che rivendichi la legittima proprietà del bene confiscato o altro diritto reale sullo stesso e ne chieda la restituzione, qualora non abbia partecipato al procedimento nel quale È stata applicata la misura, può proporre incidente di esecuzione, nell'ambito del quale può svolgere le deduzioni e chiedere l'acquisizione di elementi utili ai fini della decisione).

Ne consegue che i terzi non citati, possono intervenire in appello anche se non hanno partecipato al giudizio di primo grado, ma in tal caso non potranno proporre incidente di esecuzione.

Pertanto, il terzo non citato nel giudizio di primo grado e che non ha partecipato a questo, qualora venga a conoscenza del procedimento, deve decidere se esercitare i propri diritti nel giudizio d'appello, intervenendo, ovvero attendere che la decisione sia definitiva per poi proporre l'incidente di esecuzione, che può essere attivato, com'è nella natura dell'istituto, solo nei confronti di un titolo esecutivo definitivo».

b) in negativo occorre che dei suddetti beni il proposto non sia in grado di giustificare la legittima provenienza.

È opportuno porre immediatamente in debito rilievo che, nell'ambito dei presupposti positivi, il requisito della sproporzione e quello del reimpiego dei beni sono tra di loro alternativi e non cumulativi⁵⁹⁹.

La sproporzione si configura come giudizio di raffronto tra il valore del singolo cespite patrimoniale e il reddito fiscale o l'attività economica e va effettuato al momento dell'acquisizione del bene, al fine di verificarne la legittimità dell'apprensione.

Il frutto o il reimpiego implicano invece un giudizio sulla provenienza del bene, così risolvendosi in un'analisi di tutte le trasformazioni oggettive e soggettive a cui un bene può esser stato via via sottoposto per occultarne l'origine criminosa. L'arco temporale di rilevanza del giudizio appare quindi potenzialmente più dilatato in questo caso.

Da quanto detto si desume che i due presupposti potrebbero anche operare autonomamente in relazione a distinti periodi della vita del proposto⁶⁰⁰, ponendosi ciascuno come fondamento di confische di beni diversi e distinti. Ciascuno è idoneo a fondare quel "rapporto di connessione" con l'attività criminosa che giustifica l'ablazione patrimoniale a scapito del proposto.

Ciò posto, occorre analizzare partitamente i presupposti su menzionati.

5.1. La sproporzione tra il valore dei beni posseduti e il reddito dichiarato o l'attività economica svolta. – Il requisito della sproporzione costituisce il primo fondamentale presupposto positivo della confisca di prevenzione ed è da solo sufficiente a far presumere, in difetto di spiegazioni alternative, la provenienza

⁵⁹⁹ In passato, alla luce della originaria formulazione dell'art. 2-ter della l. 31 maggio 1965, n. 575 era invece controverso se i due requisiti fossero o meno alternativi. Invero il testo originario dell'art. 2-ter stabiliva la confisca dei beni del proposto quando il loro valore risultasse sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta *ovvero* quando, sulla base di sufficienti indizi, si avesse motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Secondo un orientamento la disposizione configurava il requisito della sproporzione solamente come mero indizio, benché qualificato, per desumere la provenienza illecita dei beni. Ciò si pensava fosse conforme alla decisione quadro 2005/212/GAI che all'art. 3 impone l'ablazione di un bene quando si accerti che il suo valore risulti sproporzionato al reddito legittimo della persona condannata e un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, sia pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata stessa. Con la riforma del 2008 l'art. 2-ter è stato modificato stabilendosi che la confisca deve riguardare i beni di valore sproporzionato *nonché* quelli di accertata provenienza illecita. In tal modo non risulta più dubitale che i requisiti positivi della confisca di prevenzione sono tra di loro alternativi e non cumulativi. Per una approfondita analisi del dibattito insorto prima della riforma del 2008 si veda MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali?*, in MAZZA-VIGANO' (a cura di), *Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza*, Torino, 2008, p. 30; GIALANELLA, *Un problematico punto di vista sui presupposti applicativi del sequestro e della confisca di prevenzione dopo le ultime riforme legislative e alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in FIANDACA-VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia*, Torino, 2010, p. 344 ss..

⁶⁰⁰ CONTRAFATTO, *L'oggetto della confisca di prevenzione*, cit., p. 109.

illecita di un bene.

La valutazione di proporzionalità secondo la giurisprudenza deve essere effettuata con riferimento a ciascun singolo bene entrato a far parte del patrimonio dell'interessato⁶⁰¹. Di conseguenza non deve effettuarsi una valutazione globale e onnicomprensiva del patrimonio dell'interessato, dal momento che la valutazione «deve tendere a dimostrare con riferimento ad un certo periodo temporale di riferimento che gli esborsi economici – sotto forma di investimenti mobiliari ed immobiliari – sono stati consentiti da una corrispondente liquidità»⁶⁰².

Centrale rilievo nella valutazione assume la componente reddituale. Il giudizio si effettua infatti comparando l'incremento patrimoniale determinato dall'acquisto del bene con il reddito ufficialmente disponibile al momento dell'acquisizione. Al riguardo i valori rilevanti vanno considerati al netto. Ne deriva che il reddito utile non è quello lordo indicato nelle dichiarazioni fiscali, bensì quello che residua dopo l'imposizione fiscale. Inoltre tale reddito deve essere ulteriormente diminuito dell'ammontare delle spese necessarie per il sostentamento familiare, secondo i dati di rilevamento ISTAT. In relazione invece al valore del bene occorre tenere in considerazione non il valore dichiarato dalle parti nell'atto negoziale, quanto invece il valore di mercato. Peraltro la giurisprudenza ha più volte ribadito la necessità di considerare nel giudizio di proporzionalità anche tutti gli eventuali esborsi o acquisti a titolo oneroso perfezionati dal proposto in un periodo contestuale a quello preso in esame. Si tratta invero di esborsi idonei a incidere negativamente sulle disponibilità finanziarie del soggetto.

Un punto particolarmente controverso è se per giustificare la relazione di sproporzione si possa tenere conto dei proventi dell'evasione fiscale. Sul punto la giurisprudenza assolutamente consolidata ha sempre negato la rilevanza dei profitti celati al Fisco per giustificare il dato della sproporzione tra i redditi ufficiali e il valore del bene⁶⁰³. Secondo tale indirizzo i proventi dell'evasione fiscale non possono essere considerati proventi leciti perché derivano pur sempre da un'attività costituente reato. Di conseguenza devono essere assoggettati alla confisca di cui all'art. 2-ter della legge n. 575/1965 (oggi art. 24, d.lgs. n. 159/2011) che espressamente prevede la confisca anche «dei beni che risultino frutto di attività illecite». Peraltro sarebbe inutile per il proposto eccepire l'esistenza di un condono fiscale in relazione ai proventi utilizzati, «dal momento che l'illiceità originaria del comportamento con cui quest'ultimo se le era procurate continua a dispiagare i suoi

⁶⁰¹ Cass. pen., VI, sent. 13 marzo 1997, n. 1105, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1774.

⁶⁰² MAIELLO, *op. ult. cit.*, p. 393.

⁶⁰³ Sul punto si vedano Cass., Sez. IV, 5 febbraio, 1990, n. 265, in *Mass. CED Cass.*; Cass., Sez. V., 10 novembre 1993, n. 3561, in *Mass. CED Cass.*; Cass., Sez. I, 15 gennaio 1996, n. 148, in *Mass. CED Cass.*; Cass., Sez. VI, 23 gennaio 1996, n. 258, in *Mass. CED Cass.*; Cass., Sez. II, 26 gennaio 1998, n. 705, in *Mass. CED Cass.*; Cass., Sez. I, 2 luglio 1998, n. 3964, in *Mass. CED Cass.*; Cass., Sez. I, 20 novembre 1998, n. 5760, in *Mass. CED Cass.*; Cass., Sez. VI, 22 marzo 1999, n. 950, in *Mass. CED Cass.*; Cass., Sez. VI, 27 maggio 2003, n. 36762, in *Mass. CED Cass.*; Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2012, n. 6570, in *Mass. CED Cass.*; Cass., Sez. II, 27 marzo 2012, n. 27037, in *Mass. CED Cass.*; Cass., Sez. I, 17 maggio 2013, n. 39204, in *Mass. CED Cass.*.

effetti ai fini della confisca»⁶⁰⁴. Infine si evidenzia come la soluzione negativa sia del tutto coerente con la *ratio* della confisca di prevenzione che è quella di sottrarre al circuito economico qualsiasi provento di fonte criminosa, in tal modo prevenendo la commissione di ulteriori reati che risulterebbero agevolati dalla disponibilità di quei proventi. Il giudizio di proporzionalità ha proprio lo scopo di svelare l'esistenza di proventi illeciti nel patrimonio del proposto, sicché risulterebbe incongruo dare rilievo agli stessi per giustificare l'eventuale sproporzione riscontrata.

Sulla questione sono intervenute le Sezioni unite della Corte di Cassazione che hanno ribadito l'orientamento consolidato e affermato il principio secondo cui «ai fini della confisca di cui all'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965 (attualmente articolo 24 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), per individuare il presupposto della sproporzione tra i beni posseduti e le attività economiche del soggetto, [non] deve tenersi conto anche dei proventi dell'evasione fiscale»⁶⁰⁵.

Ulteriore caso problematico che è venuto in rilievo nella prassi è quello riguardante la costruzione di un fabbricato su di un terreno di provenienza legittima. In tal caso il giudizio di proporzionalità relativo al fabbricato va effettuato comparando i redditi ufficiali e il costo sostenuto per l'attività edificatoria. Laddove il fabbricato risulti confiscabile, la giurisprudenza ritiene che l'ablazione debba riguardare non solo il bene costruito ma anche il suolo su cui è realizzato. La regola è stata confermata anche dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione⁶⁰⁶ che hanno enunciato il principio della c.d. accessione invertita in materia penale. Si è specificato che, in caso di edificio costruito con fondi di provenienza illecita su un terreno di provenienza legittima, la confisca colpisce il fabbricato, le relative pertinenze e anche il terreno su cui insiste il fabbricato stesso. Si sostiene che nella situazione in esame il fabbricato assume un valore certamente preminente rispetto a quello del suolo, che svolge una funzione meramente strumentale rispetto al primo. Dunque l'ordinario principio dell'accessione di matrice civilistica secondo cui *superficies solo cedit* (art. 934 ss c.c.) in sede penale si inverte e importa l'estensione del regime giuridico penalistico del fabbricato anche al fondo su cui insiste. Tale conclusione è conforme – si aggiunge – agli scopi della disciplina in tema di misure di prevenzione reali che è diretta a colpire gli investimenti, anche se scanditi da modalità lecite, di risorse finanziarie prodotte da attività illecite⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ Cass., Sez. II, 6 maggio 1999, n. 2181, in *Mass. CED Cass.*.

⁶⁰⁵ Cass. pen., S.U., sent. 29 maggio 2014, n. 33451, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 12 febbraio 2017). Per un commento all'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite si rinvia a MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 12 febbraio 2017). Per un commento alla pronuncia delle Sezioni unite si veda TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni unite sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini della confisca di prevenzione*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 12 febbraio 2017).

⁶⁰⁶ Cass. S.U., sent. 25 settembre 2008, n. 1152, Rv 241886.

⁶⁰⁷ Il principio sancito dalle Sezioni unite è stato seguito dalla giurisprudenza successiva. Si veda al riguardo a titolo esemplificativo Cass. pen., sez. VI, sentenza 30 ottobre 2012, n. 18807, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 13 febbraio 2017), che afferma come nel caso di specie «la disciplina dettata dall'art. 934 c.c. in tema di accessione non implica automaticamente, sotto

Il giudizio di proporzione si deve effettuare anche considerando l'eventuale attività economica svolta dal proposto. Si tratta di parametro più flessibile e incerto rispetto a quello dei redditi ufficiali, sicché si presta a maggiori oscillazioni ermeneutiche in sede processuale. Si tratta di un elemento aggiuntivo rispetto a quello dei redditi ufficiali, che consente di pervenire a un giudizio più concreto in relazione alla legittima provenienza del bene considerato. Esso si presenta particolarmente utile nel caso in cui emergano attività sottoposte, quanto a regime fiscale, a regimi diversi e agevolati⁶⁰⁸. L'accertamento dei proventi delle attività economiche può risultare particolarmente problematico nel caso in cui esse siano state svolte molti anni prima del procedimento di prevenzione. In tali casi il proposto, in mancanza delle dichiarazioni fiscali, potrà avvalersi dei documenti contabili e di qualsiasi altro elemento utile a comprovare l'esistenza di utili di impresa usati per l'acquisto del bene sospetto.

5.2. I beni che costituiscono il frutto o il reimpiego di attività illecite. – La confisca di prevenzione può essere disposta anche nei confronti di tutti quei beni che costituiscano il «frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego».

Con tale espressione il legislatore ha voluto costituire come oggetto della prevenzione patrimoniale tutti i beni aventi una provenienza illecita. È opportuno evidenziare che il bene non deve necessariamente essere il frutto del reato per il quale il proposto è indiziato. È sufficiente che i beni siano collegati a un qualsiasi illecito penale da un rapporto di derivazione diretta o indiretta. In breve: deve trattarsi di ricchezza accumulata senza alcuna giustificazione giuridica valida.

Emerge così la netta differenza tra il concetto di provento del reato che

il profilo penalistico, che gli edifici seguano il regime giuridico del terreno acquistato legittimamente da terzi, poiché l'essere stati i due manufatti costruiti grazie all'impiego di proventi illeciti impedisce, sul piano economico e funzionale, di scinderne l'unitaria valutazione, rendendoli insuscettibili di una separata utilizzazione. In sede penale e di prevenzione il principio civilistico della accessione riceve una applicazione di segno inverso, dovendosi dare rilievo al bene di maggior valore economico, che nel caso di specie è senza discussione rappresentato dal centro sportivo e dall'edificio abitativo. Il terreno, infatti, riceve un indubbio incremento di valore dall'edificazione sebbene abusiva dei due manufatti e non può non seguire il regime giuridico dell'ormai inscindibile bene "principale" (i due manufatti). Tale conclusione è conforme agli scopi della disciplina in tema di misure di prevenzione reali, quali riconosciuti dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. S.U., 25.9.2008 n. 1152/09, *Petito*, rv. 241886). Disciplina diretta a colpire gli investimenti, anche se scanditi da modalità lecite, di risorse finanziarie prodotte da attività illecite. Gli edifici abusivamente realizzati da M.D. rimangono illegittimi per l'evidente e significativa sproporzione fra le capacità reddituali dichiarate dal proposto e dai suoi prossimi congiunti ed il valore economico dei beni. L'inversione in sede di prevenzione penale del principio civilistico dell'accessione fa sì che il bene che possiede un valore economico preminente, nella specie i due manufatti (non foss'altro perché suscettibili di essere in vario modo utilizzati), non possa essere valutato a prescindere dal suolo. Questo, benché non possa ovviamente considerarsi una pertinenza degli edifici, svolge una funzione strumentale e servente rispetto agli stessi».

Il principio è stato ribadito di recente da Cass. pen., sez. II, sent. 8 giugno 2016, n.23805, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 13 febbraio 2017).

⁶⁰⁸ MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione*, cit., p. 392.

rileva ai fini della confisca ordinaria e quello rilevante in sede di prevenzione. Mentre nel primo caso il provento deve derivare dallo specifico reato per il quale il soggetto è sottoposto a condanna in sede processuale (art. 240 c.p.), nel secondo caso è sufficiente che, attraverso una pluralità di indizi gravi, precisi e concordanti, si accerti la semplice provenienza criminosa del bene. Emerge in questo modo una nozione di provento illecito molto più ampia di quella tradizionale e in linea con le indicazioni provenienti dalle fonti internazionali⁶⁰⁹.

Per le suddette ragioni si ritiene che l'accertamento del carattere illecito del provento – diversamente da quanto si verifica per il requisito della sproporzione – non possa ricevere limitazioni temporali; si tratterà di accertare semplicemente la fonte del provento e la natura criminosa della stessa.

Sul piano strettamente terminologico, i “frutti” dell'attività illecita sono sia i risultati empirici dell'azione criminosa – ossia le cose che vengono create, trasformate o acquisite con il reato – sia i vantaggi patrimoniali conseguiti in conseguenza della commissione del fatto di reato.

I beni che costituiscono il “reimpiego” di proventi illeciti sono invece tutte le entità che derivano dall'utilizzazione di questi ultimi in attività economiche o finanziarie, qualsiasi sia la forma in cui si sostanzia siffatta utilizzazione. Saranno sottoponibili a confisca di prevenzione pertanto tutte le utilità economiche che provengano dall'uso, dalla sostituzione o dalla semplice immissione nel circuito economico di ricchezze acquisite illegalmente⁶¹⁰.

Particolarmente problematico è individuare l'oggetto della confisca nell'ipotesi in cui il reimpiego dei proventi illeciti avvenga tramite addizioni, accrescimenti, trasformazioni o miglioramenti di beni già lecitamente nella disponibilità del soggetto medesimo. In tali casi si discute se l'ablazione possa riguardare l'intero bene o se debba essere limitata al valore ideale dell'incremento patrimoniale da esso ricevuto. Al riguardo la posizione della giurisprudenza è nel senso di evitare limitazioni eccessive e sproporzionate del diritto di proprietà, trattandosi peraltro di un diritto costituzionalmente garantito (art. 42 Cost.). Si afferma pertanto che, allo scopo di contemperare le esigenze della pubblica sicurezza e quella del rispetto del diritto di proprietà, l'ablazione non può riguardare l'intero bene, ma va limitata al valore di quello in proporzione dell'incremento patrimoniale che lo ha interessato. Pertanto il giudice dovrà in questi casi confiscare la quota ideale del bene rapportata al valore dell'incremento patrimoniale. Una tale valutazione deve essere effettuata al momento dell'applicazione della confisca⁶¹¹.

⁶⁰⁹ CONTRAFATTO, *op. ult. cit.*, p. 113 che mette in rilievo come la nozione di provento rilevante in sede di prevenzione sia del tutto coerente con la Convenzione O.N.U. contro la criminalità organizzata transnazionale, approvata a Palermo il 16 dicembre 2000. Ciò farebbe emergere una straordinaria modernità delle misure di prevenzione reali rispetto ai tradizionali strumenti di contrasto ai capitali illeciti.

⁶¹⁰ CONTRAFATTO, *ivi*, p. 114.

⁶¹¹ In termini Cass. pen., sez. I, sent. 17 maggio 2012, n. 25464, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 13 febbraio 2017) che afferma che «il sequestro e la successiva confisca previsti dall'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965 colpiscono sia i beni nella disponibilità del prevenuto (anche

Nel caso in cui il bene diventi invece vero e proprio strumento per il conseguimento di scopi illeciti scompare del tutto la possibilità di distinguere nella struttura del bene componenti lecite e componenti illecite. La cosa è, in questi casi, completamente funzionalizzata all'obiettivo criminoso del proposto e un tale profilo funzionale non può che ridondarsi sull'intera struttura del bene. In tal caso l'ablazione non potrà che riguardare l'intero bene in ogni sua componente strutturale⁶¹².

5.3. *La mancata giustificazione dell'origine dei beni.* – La confisca di prevenzione esige un ultimo fondamentale elemento, ossia che il proposto non sia in grado di dimostrare la legittima provenienza del bene sospetto. Secondo l'opinione dominante l'art. 24 codice antimafia finirebbe per configurare una vera e propria inversione dell'onere della prova in relazione alla provenienza legittima del bene, esonerando così l'organo proponente dalla necessità di dimostrare tale elemento.

In sostanza la dimostrazione da parte dell'accusa degli indizi di reità a carico del proposto e della sproporzione dei beni configurerebbe una vera e propria presunzione di provenienza illecita che, ove non contrastata adeguatamente da quello, consentirebbe senz'altro l'ablazione patrimoniale⁶¹³.

Già prima della novella del 2008⁶¹⁴ la giurisprudenza aveva sempre escluso che l'art. 2-ter ponesse una vera e propria inversione dell'onere della prova in relazione alla provenienza illecita del bene. Nella specie verrebbe piuttosto in rilievo

tramite soggetto interposto) che si abbia motivo di ritenere - per ingiustificata provenienza o in forza elementi positivamente dimostrativi - frutto di attività illecita, sia quelli che "ne costituiscano il reimpiego". Quest'ultimo termine, di ampio significato, vale a indicare qualsiasi forma di investimento dei capitali sospetti, non esclusa una partecipazione anche minoritaria in comunioni o società di persone o di capitali; in tal caso, è la quota spettante, con i diritti che ne discendono, a formare oggetto del provvedimento ablativo. Inoltre, può verificarsi l'ipotesi dell'immissione dei proventi di attività illecite in altre, già nella disponibilità del soggetto o di terzi in forza di anteriore e legittimo titolo giustificativo, che vengono in tal modo accresciute o migliorate. Nella detta situazione, poiché l'art. 2 ter della legge n. 575 del 1965 non colpisce indiscriminatamente tutti i beni comunque riferibili a chi è sottoposto a misura di prevenzione, ma soltanto gli investimenti di origine ingiustificata, il provvedimento ablativo non può coinvolgere il bene "inquinato" nel suo complesso, ma, nell'indispensabile contemperamento delle esigenze di prevenzione e difesa sociale con quelle private di garanzia della proprietà tutelabile (art. 42 Cost.), deve limitarsi alla quota ideale corrispondente all'incremento di valore dovuto all'immissione di capitale di non chiara provenienza».

⁶¹² Sul punto si veda in relazione alla confisca del complesso aziendale Cass. pen., sent. 6 marzo 2015, n. 9774, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 13 febbraio 2017) che in osservanza dei principi illustrati ha sostenuto che «la confisca di prevenzione di un complesso aziendale non può essere disposta solo con riferimento alla quota ideale riconducibile all'utilizzo di risorse illecite, non potendosi distinguere, in ragione del carattere unitario del bene, l'apporto di componenti lecite riferibili alla capacità e alla iniziativa imprenditoriale da quello imputabile ai mezzi illeciti, specie quando il consolidamento e l'espansione dell'attività economica siano stati sin dall'inizio agevolati dall'organizzazione criminale».

⁶¹³ FILIPPI – CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, cit., p. 156.

⁶¹⁴ Prima della riforma l'art. 2-ter stabiliva al terzo comma che la confisca colpisse «i beni sequestrati dei quali non sia stata dimostrata la legittima provenienza». Dopo la riforma del 2008 è previsto invece che l'ablazione patrimoniale colpisca «i beni sequestrati di cui la *persona*, nei cui confronti è stato instaurato il procedimento, non possa giustificare la legittima provenienza».

un onere di allegazione di circostanze in grado di elidere gli elementi addotti dall'accusa a fronte dell'obbligo, per il giudice, previsto dal terzo comma del suddetto disposto, di individuare ed evidenziare gli elementi da cui emerge la legittima provenienza dei beni o l'inesistenza del nesso di sproporzione. Invero secondo un insegnamento consolidato della Suprema Corte, pur essendo stata data dalla legge la facoltà al proposto di contrapporre agli indizi raccolti dall'accusa elementi che ne contrastino la portata e ne elidano l'efficacia probatoria, rimarrebbe intatto l'obbligo del giudice di individuare ed evidenziare gli elementi da cui risulta che determinati beni formalmente intestati a terze persone, siano in realtà nella disponibilità del proposto o che il loro valore sia sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, e raccogliere "sufficienti" indizi che i predetti beni siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Ne consegue che, ai fini della confisca, spetterebbe comunque al giudice far "risultare" (ovvero dimostrare) che il proposto abbia la piena disponibilità dei beni apparentemente appartenenti a persone diverse o che il loro valore sia sproporzionato rispetto al reddito dichiarato⁶¹⁵.

Dopo la riforma del 2008 il suddetto orientamento della giurisprudenza è rimasto fermo. Sul punto una parte della dottrina ha messo in rilievo come la riforma non abbia alterato i meccanismi dimostrativi del cespite da confiscare già fatti propri dalla disposizione anteriore. La volontà del legislatore sembra essere stata – secondo questo orientamento – solamente quella di adeguare la formula normativa del terzo comma a quella del secondo comma dell'art. 2-ter⁶¹⁶. Di conseguenza, anche dopo la riforma del 2008, spetterà sempre al giudice della prevenzione dimostrare che i beni siano nell'effettiva disponibilità della persona nei cui confronti è instaurato il procedimento e che gli stessi abbiano un valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta o che siano frutto o reimpiego di attività illecite.

Tale lettura è stata fortemente criticata da alcuni autori secondo cui la riforma del 2008 avrebbe determinato una «inaudita inversione dell'onere della prova»⁶¹⁷. Secondo questa impostazione la disposizione ha posto esplicitamente a carico del proposto l'onere di dimostrare la legittima provenienza del cespite. In tal modo il legislatore finirebbe per sottrarre l'accusa dal compito di dimostrare l'elemento primario che giustifica la misura confiscatoria, ossia la provenienza illecita del bene. Se ci fosse un mero onere di allegazione – si osserva – si dovrebbe ritenere che la mancata prova della illecita provenienza del bene importi

⁶¹⁵ Cass. pen., sez. V, sent. 23 aprile 2003, in *Mass. uff.* n. 225611; Cass. pen., sent. 28 marzo 2002, in *Cass. pen.*, 2003, p. 612; Cass. pen., sent. 4 giugno 2003, *ivi*, 2005, p. 2066; Cass. pen., sent. 18 settembre 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1108; Cass. pen., sent. 5 febbraio 2001, in *Foro it.*, 2002, II, c. 263; Cass. pen., sent. 26 novembre 1998, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1131; Cass. pen., sent. 10 novembre 1997, in *Giust. pen.*, 1998, II, p. 512; Cass. pen., sent. 16 aprile 1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 849; Cass. pen., sent. 18 maggio 1992, *ivi*, 1993, p. 2377.

⁶¹⁶ GIALANELLA, *op. ult. cit.*, p. 356-357.

⁶¹⁷ FILIPPI – CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, cit., p. 156.

l'impossibilità di applicare la confisca. Ciò non sembra accadere alla luce del nuovo quadro legislativo⁶¹⁸. Inoltre – si aggiunge – la disposizione si pone in evidente contrasto con il principio fondamentale di matrice civilistica secondo cui *possideo quia possideo*, in base al quale non è colui che esercita un potere di fatto sulla cosa a dover dimostrare il titolo su cui tale potere si fonda, bensì colui che tale titolo intende contestare⁶¹⁹. In tal modo si perverrebbe a un risultato contrario ad un valore fondamentale dell'intero sistema penale, quello dell'*in dubio pro reo*. Ciò importerebbe – secondo questo orientamento – un contrasto inevitabile tra la normativa inerente alla confisca di prevenzione e l'art. 27, comma 2 Cost.. E ciò in quanto un bene di provenienza dubbia resterebbe comunque sottoposto alla scure della confisca⁶²⁰. In definitiva dopo la riforma del 2008 si avrebbe in materia di confisca di prevenzione una vera e propria inversione dell'onere della prova, perché la mancata prova della provenienza illecita resterebbe a carico del proposto. Il P.M., per ottenere l'ablazione, deve solamente dimostrare gli indizi relativi ai fatti di cui all'art. 4 codice antimafia, la disponibilità dei beni e la loro sproporzione ovvero che siano derivati dal reimpiego di proventi illeciti. È il proposto a dover dimostrare la legittima provenienza del bene affinché sia evitata l'ablazione.

Le preoccupazioni evidenziate dalla suddetta dottrina sembrano francamente eccessive. L'inversione dell'onere della prova si avrebbe se l'accusa potesse ottenere la confisca provando esclusivamente la sussistenza dei profili soggettivi (il soggetto rientra tra i destinatari di cui all'art. 16 codice antimafia) e oggettivi (la disponibilità dei beni) di applicazione della misura. In realtà la legge ricollega la presunzione di illecita provenienza a precisi fatti sintomatici. Al più si potrebbe invocare l'irragionevolezza della disposizione in quanto contrastante con le massime di esperienza connesse ai fatti da essa individuati. Non sembra invece configurarsi un'autentica inversione dell'onere probatorio⁶²¹. Il giudice disporrà la confisca solo in quanto nel giudizio sia emersa la prova della provenienza illecita dei beni, in virtù dell'emersione dei fatti indicati dall'art. 24 codice antimafia. Il proposto avrà l'onere di allegare fatti idonei a provare la legittima provenienza in quanto la suddetta prova sia stata nel frattempo raggiunta nel corso dell'istruzione probatoria.

5.4. *L'autonomia tra le misure di prevenzione personale e quelle patrimoniali. Il problema della rilevanza della pericolosità soggettiva del proposto.*
– I rapporti tra le misure di prevenzione personali e quelle patrimoniali sono stati

⁶¹⁸ BARGI, "Processo al patrimonio" e principi del giusto processo: regole probatorie e regole decisorie nella confisca penale, in BARGI – CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, cit., I, p. 38; FURGIUELE, *La disciplina della prova nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione patrimoniali di prevenzione*, in BARGI – CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, cit., p. 424.

⁶¹⁹ FILIPPI, - CORTESI, *op. ult. cit.*, p. 157.

⁶²⁰ MANGIONE, *op. ult. cit.*, p. 473, il quale in modo caustico constata che la confisca di prevenzione è rimasta ancorata al valore «*in dubio pro republica*», piuttosto che a quello dell'*in dubio pro reo*.

⁶²¹ MAIELLO, *op. ult. cit.*, p. 394.

oggetto di una profonda innovazione legislativa che ha modificato lo stesso fondamento della confisca di prevenzione. In particolare il “decreto sicurezza” del 2008 ha proceduto al superamento del principio tradizionale dell’accessorietà tra le misure di prevenzione personali e quelle patrimoniali e all’affermazione dell’opposto principio di autonomia tra le suddette misure. Allo stato attuale della legislazione è pertanto possibile disporre l’applicazione della confisca di prevenzione a prescindere dall’applicazione o dalla persistenza delle misure di prevenzione personali. Sul punto è necessario spendere alcune considerazioni al fine di cogliere pienamente la portata dell’innovazione legislativa.

Prima della riforma del 2008 la confisca poteva essere applicata solo unitamente a una misura di prevenzione personale. Invero si prevedeva la sua applicazione solo nel corso di un procedimento finalizzato all’applicazione di una misura di prevenzione personale. Inoltre ai sensi dell’art. 2-ter la confisca doveva essere disposta dal giudice con il decreto che disponeva l’applicazione della misura di prevenzione personale. Ne derivava che – in linea di principio – la confisca poteva ordinarsi contestualmente all’applicazione della misura personale o anche dopo purché prima della eventuale cessazione di quest’ultima⁶²². Il rigetto della domanda di applicazione della misura di prevenzione personale precludeva anche l’irrogazione della confisca di prevenzione. Tale regola veniva derogata solo in taluni casi eccezionali costituiti dall’assenza o dalla residenza estera del proposto, dalla sottoposizione di esso a misura di sicurezza detentiva o a libertà vigilata, dall’instaurazione della procedura basata sulla sospensione temporanea dall’amministrazione dei beni nei confronti della persona che svolga un’attività economica volta ad agevolare il sodalizio mafioso (artt. 2-ter, commi 7 e 8, 3-quater, 3-quinquies della l. 31 maggio 1965, n. 575). In tal modo le questioni concernenti la pericolosità del proposto e l’attualità di tale pericolosità divenivano pregiudiziali rispetto all’applicazione della confisca, anche se in giudizio si era accertata la provenienza illecita di quello.

Tale assetto normativo era stato oggetto di osservazioni critiche da parte della dottrina. Si era censurata l’incongruità di una disciplina che subordinava l’applicazione della confisca alle misure personali, laddove la prima aveva lo scopo non già di eliminare la pericolosità soggettiva quanto di sottrarre dal circuito economico beni di provenienza criminosa. In sostanza la confisca veniva concepita come strumento di rimozione della proprietà antisociale, piuttosto che come strumento di correzione della pericolosità sociale. Inoltre il principio di accessorietà non poteva giustificarsi – si aggiungeva – in ragione dell’esigenza di superare i tradizionali dubbi di costituzionalità connessi agli strumenti di prevenzione. Invero siffatti dubbi si giustificano rispetto alle misure personali non anche rispetto alle misure patrimoniali che invece godono di un saldo fondamento costituzionale (art. 42

⁶²² MOLINARI – PAPADIA, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge anti violenza nelle manifestazioni sportive*, Milano, 2002, p. 581 ss..

Cost.)⁶²³. Senza considerare che il principio di accessorietà si prestava inevitabilmente a pratiche elusive. Spesso si registrava la tendenza dei membri di sodalizi criminali a intestare beni di provenienza illecita a soggetti vivi, pur essendo essi riconducibili a soggetti ormai defunti.

Sulla scorta di tali rilievi la giurisprudenza di legittimità, a partire dalla seconda metà degli anni '90, ha progressivamente mitigato il principio di accessorietà, ammettendo l'applicazione della confisca di prevenzione anche in caso di morte del proposto. In particolare la giurisprudenza nel corso degli anni ha giustificato l'applicazione della confisca anche in caso di morte del proposto nel corso del procedimento, a condizione che fosse stata accertata la pericolosità sociale di questo e vi fosse l'indimostrata provenienza legittima dei beni. Inoltre la misura confiscatoria andava ritenuta ferma, anche se, a seguito di essa, fosse sopraggiunta la morte del proposto. Tali risultati sono stati motivati dalla Suprema Corte sia facendo leva sulla peculiare natura giuridica della confisca di prevenzione, quale sanzione amministrativa *tertium genus* tra le tradizionali misure di prevenzione e le sanzioni penali⁶²⁴, sia valorizzando la peculiare funzione della confisca di prevenzione come strumento di eliminazione dal circuito economico dei beni derivanti da attività criminose⁶²⁵.

Il principio di accessorietà è stato definitivamente superato con l'art. 10 comma 1, lett. C), n. 2 del d.l. 23 maggio 2008 n. 92, convertito con modificazioni dalla l. 24 luglio 2008 n. 125, ulteriormente modificato con L. 15 luglio 2009 n. 94, che ha aggiunto all'art. 2-*bis* della L. 575 del 1965 il comma 6-*bis* prevedendo che «Le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste ed applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per

⁶²³ FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., p. 114.

⁶²⁴ Cass. pen., S.U., 17 luglio 1996, n. 18, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3609 in cui la Suprema Corte ha affermato che «La confisca prevista nell'ambito del procedimento di prevenzione nei confronti di persona indiziata di appartenere ad associazione di tipo mafioso non ha né il carattere sanzionatorio di natura penale, né quello di un provvedimento di prevenzione, ma va ricondotta nell'ambito di quel "tertium genus" costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prescritta dall'art. 240, comma secondo c.p.. Ne consegue che la confisca dei beni rientranti nella disponibilità di soggetto proposto per l'applicazione di una misura di prevenzione personale – una volta che siano rimasti accertati i presupposti di pericolosità qualificata del soggetto stesso, nel senso della sua appartenenza a un'associazione di tipo mafioso, e di indimostrata legittima provenienza dei beni confiscati – non viene meno a seguito della morte del proposto, intervenuta prima della definitività del provvedimento di prevenzione».

⁶²⁵ Cass. pen. sez. I, sent. 13 novembre 1997, n. 6379, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3404, secondo cui il decesso del proposto – una volta accertati i presupposti di pericolosità qualificata e di indimostrata provenienza legittima dei beni – non fa venire meno la confisca, «posto che le finalità perseguite dal legislatore non prescindono dalla preesistenza del soggetto e neppure possono ritenersi necessariamente legate alla sua persistenza in vita. Infatti il fine perseguito a mezzo della normativa antimafia in tema di misure di prevenzione patrimoniali è quello di eliminare dal circuito economico beni in disponibilità di soggetto collegato con organizzazione criminale di stampo mafioso di presunta illecita acquisizione, in modo tale da impedire la riproducibilità, mediante uso diretto ovvero reinvestimento dei medesimi, di ricchezza inquinata all'origine, di guisa che i beni assoggettati a confisca finiscono con l'essere oggettivamente pericolosi di per sé, a prescindere dall'eventuale decesso del soggetto sottoposto a misura».

la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione. Le misure patrimoniali possono essere disposte anche nel caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione. Nel caso la morte sopraggiunga nel corso del procedimento esso prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa».

Inoltre, l'art. 10 della l. 24 luglio 2008 n. 125 ha aggiunto all'art. 2-ter della l. n. 575 altri commi, introducendo la possibilità di iniziare il procedimento di prevenzione anche dopo la morte della persona pericolosa, ferma restando la garanzia del contraddittorio in favore dei successori di quest'ultima.

Attualmente l'intera disciplina concernente l'applicazione della confisca di prevenzione è contenuta nell'art. 18 codice antimafia, che ha recepito il quadro delineato dalla l. 31 maggio 1965, n. 575, come modificata nel 2008 e 2009 senza apportare alcun tipo di innovazione⁶²⁶.

In base al nuovo quadro legislativo la regola generale è quella dell'autonomia fra le misure di prevenzione personali e patrimoniali. Si tratta di una scelta legislativa che rafforza la separazione funzionale tra le misure di prevenzione personali e patrimoniali. Invero si assiste al passaggio da una concezione della prevenzione patrimoniale imperniata sulla pericolosità del soggetto a una basata sul contrasto all'accumulazione illecita di ricchezza, che, una volta reimmessa nel circuito economico, pone a repentaglio il corretto funzionamento del sistema economico e della concorrenza nel mercato. Peraltro la sottrazione dei beni di provenienza illecita consente di prevenire eventuali utilizzi degli stessi per il compimento di ulteriori attività economiche.

In definitiva in base alla nuova normativa è possibile affermare le seguenti regole:

a) La richiesta di applicazione della confisca di prevenzione non è subordinata alla domanda relativa all'applicazione di una misura di prevenzione personale. Non è neppure necessario che venga applicata la misura di carattere

⁶²⁶ Art. 18 codice antimafia: «1. Le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione.

2. Le misure di prevenzione patrimoniali possono essere disposte anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione. In tal caso il procedimento prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa.

3. Il procedimento di prevenzione patrimoniale può essere iniziato anche in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta la confisca; in tal caso la richiesta di applicazione della misura di prevenzione può essere proposta nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare entro il termine di cinque anni dal decesso.

4. Il procedimento di prevenzione patrimoniale può essere iniziato o proseguito anche in caso di assenza, residenza o dimora all'estero della persona alla quale potrebbe applicarsi la misura di prevenzione, su proposta dei soggetti di cui all'articolo 17 competenti per il luogo di ultima dimora dell'interessato, relativamente ai beni che si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.

5. Agli stessi fini il procedimento può essere iniziato o proseguito allorché la persona è sottoposta ad una misura di sicurezza detentiva o alla libertà vigilata»

personale⁶²⁷.

b) In caso di applicazione “disgiunta” della confisca resta ferma la necessità per l’organo giudicante di accertare la riconducibilità del proposto a una delle categorie dei destinatari delle misure di prevenzione di cui all’art. 16 codice antimafia. Su tale punto occorre spendere alcune considerazioni.

L’introduzione del principio di autonomia non ha reciso ogni legame tra la confisca di prevenzione e la pericolosità sociale del proposto, la quale continua anzi a costituire il fondamento della misura ablatoria. Se così non fosse la confisca opererebbe sulla base del mero presupposto della sproporzione e finirebbe per perdere la sua autentica vocazione di prevenzione. Pertanto – in coerenza con la tesi dominante in dottrina e in giurisprudenza – il giudice deve subordinare la confisca anche all’accertamento della pericolosità sociale del proposto, desumibile dalla sua riconducibilità a una delle categorie indicate dall’art. 16 codice antimafia⁶²⁸. L’ancoraggio della confisca alla pericolosità vale a garantire la sua perdurante collocazione nell’ambito delle misure di prevenzione⁶²⁹.

L’innovazione apportata dalla novella del 2008-2009 risiede invece nella circostanza che, ai fini dell’applicazione della misura confiscatoria, non è più necessaria l’*attualità* della pericolosità al momento del provvedimento giurisdizionale. In altri termini, accertato che il soggetto era pericoloso nel momento in cui ha acquisito il bene di illecita provenienza, non rileverebbe in alcun modo che

⁶²⁷ Sul punto è necessario evidenziare un’antinomia normativa tra l’art. 19 e l’art. 20, comma 2 codice antimafia. Quest’ultimo disposto, riproducendo il previgente art. 2-ter, comma 4 della l. 31 maggio 1965, n. 575, prevede tuttora la revoca del sequestro nel caso in cui sia «*respinta la proposta di applicazione della misura di prevenzione*». Tale regola è contraria a quella dettata dall’art. 19 secondo cui l’applicazione della confisca può essere disgiunta dalle misure personali. Nulla esclude che sia rigettata la proposta personale, ad esempio per mancanza di attualità della pericolosità sociale, e contestualmente disposta la confisca. L’antinomia può essere superata attraverso l’interpretazione abrogante del disposto dell’art. 20, comma 2 prima parte codice antimafia, in coerenza con il principio di autonomia introdotto dalle recenti riforme legislative.

⁶²⁸ MANGIONE, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 466, secondo cui la perdurante rilevanza della pericolosità sociale quale presupposto della confisca trova conferma nel dato normativo. Invero l’art. 28 codice antimafia prevede che la confisca possa revocarsi «quando i fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione, escludano in modo assoluto l’esistenza dei presupposti di applicazione della confisca», tra cui si comprende quello soggettivo di cui all’art. 16 codice antimafia. Dunque la pericolosità sociale del proposto deve essere esistente sin dal momento dell’acquisto del bene ai fini dell’applicazione della confisca, altrimenti la misura sarebbe illegittima.

⁶²⁹ Non accoglie la suddetta prospettiva CONTRAFATTO, *op. ult. cit.*, p. 102 ss., la quale invece afferma che, a seguito della riforma del 2008-2009, la confisca di prevenzione è stata totalmente autonomizzata rispetto alle misure di prevenzione personali, anche in relazione al presupposto soggettivo della pericolosità sociale, quale presupposto di applicazione della misura. La riconducibilità del soggetto alle categorie soggettive di cui all’art. 16 codice antimafia vale solo per stabilire l’ambito dei destinatari del provvedimento, ma non implicherebbe l’accertamento della pericolosità sociale del proposto. La riforma ha voluto completare la trasformazione della confisca di prevenzione da strumento originariamente concepito come mezzo di controllo della pericolosità soggettiva a mezzo di rimozione dal circuito economico della ricchezza illecitamente accumulata. Tale nuova prospettiva è inconciliabile con il mantenimento della pericolosità sociale tra i presupposti della misura.

successivamente, al tempo della decisione giudiziaria, tale pericolosità sia venuta meno. È bene evidenziare che se ciò vale in caso di applicazione disgiunta, deve valere per ragioni di coerenza anche in caso di applicazione congiunta⁶³⁰. L'attualità della pericolosità resta rilevante solo ai fini della irrogazione delle misure di carattere personale.

c) La domanda di applicazione della confisca può essere effettuata anche se il proposto sia già morto al tempo della stessa. In tal caso la domanda è rivolta contro gli eredi o gli aventi causa di quello (art. 18, comma 2 codice antimafia).

d) Nel caso in cui il proposto muoia nel corso del procedimento, questo prosegue nei confronti degli eredi o degli aventi causa e la confisca potrà comunque essere applicata, fermo restando la necessità di accertare l'appartenenza del proposto a una delle categorie di cui all'art. 16 codice antimafia (art. 18, comma 3 codice antimafia).

All'indomani dell'emanazione della nuova normativa, sono sorti dei dubbi nei primi commentatori in relazione alla conformità della stessa ai principi del giusto processo e del diritto di difesa (artt. 24 e 111 Cost.). In particolare si è ritenuto che la disciplina relativa all'applicazione disgiunta della confisca non garantirebbe il diritto di difesa del proposto, né quello dei suoi successori.

In relazione al proposto si è osservato che, essendo comunque necessario accertare la sua pericolosità ai fini dell'applicazione della confisca, occorre integrare nei suoi confronti il contraddittorio nel procedimento di prevenzione, affinché possa difendersi adeguatamente. La possibilità di assicurare la partecipazione personale dell'interessato al giudizio assume un'indiscutibile importanza, sia dal punto di vista della salvaguardia del diritto di difesa della persona da giudicare, sia da quello della legalità della procedura rispetto alle posizioni delle parti. Di conseguenza – si evidenzia – in ogni processo la presenza fisica dell'interessato (o almeno la possibilità astratta di partecipare) costituisce momento fondamentale del rapporto processuale, che condiziona la correttezza del giudizio. Il codice antimafia, prevedendo l'integrazione del contraddittorio solamente nei confronti dei successori del proposto defunto, non garantirebbe adeguatamente il diritto di difesa di quest'ultimo.

Quanto ai successori si è sottolineato come gli stessi nel procedimento di prevenzione debbano difendersi contro fatti che sono addebitati al proposto defunto. Dunque si è ritenuto che difficilmente gli stessi siano in grado di addurre difese adeguate per contrastare l'accusa, posto che delle vicende del *de cuius* potrebbero non sapere nulla. Di conseguenza i successori ricoprirebbero soltanto un ruolo formale di parte processuale.

Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale che con la sentenza del 9

⁶³⁰ MANGIONE, *ivi*, p. 461.

febbraio 2012, n. 21 ha respinto qualsiasi censura di incostituzionalità⁶³¹.

In relazione alla posizione del proposto, la Corte ha rilevato l'erroneità della prospettiva in cui si è posto il giudice *a quo*. Invero osserva il Giudice delle leggi che «nel procedimento delineato dalla disposizione censurata, parti sono i “successori a titolo universale o particolare” del “soggetto nei confronti del quale [la confisca] potrebbe essere disposta” e non quest'ultimo: sono dunque del tutto prive di fondamento le argomentazioni volte a riferire le ipotizzate violazioni del diritto di difesa e del principio del contraddittorio al soggetto deceduto e non ai suoi successori, senza dire dell'erroneità dell'attribuzione ad una persona defunta della titolarità di una posizione processuale propria»⁶³². Peraltro aggiunge la Corte che «l'individuazione, operata dal rimettente, della “presenza fisica dell'interessato” (o almeno della sua “possibilità astratta di partecipare”) quale “momento fondamentale del rapporto processuale, che condiziona la correttezza globale del giudizio”, in cui si sostanzia il nucleo essenziale della questione, non è giustificata con riferimento a un procedimento finalizzato all'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale della confisca. Da questo punto di vista, l'argomentare del rimettente è viziato dall'impropria sovrapposizione dei connotati del procedimento penale a quelli del procedimento per l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale»⁶³³.

In relazione invece al diritto di difesa dei successori la Corte esclude ogni dubbio di incostituzionalità, evidenziando che «al successore sono assicurati, nel procedimento in questione, i mezzi probatori e i rimedi impugnatori previsti per il *de cuius*, sicché ciò che può mutare è solo il rapporto di conoscenza che lega il successore stesso ai fatti oggetto del giudizio e in particolare, nella specie, a quelli integranti i presupposti della confisca. Tale circostanza, tuttavia, potrebbe, in linea astratta, incidere sugli specifici profili del procedimento relativi – per riprendere le espressioni del rimettente – alle varie “valutazioni demandate al giudice (sussistenza

⁶³¹ Corte cost. sent. 9 febbraio 2012, n. 21, in www.Cortecostituzionale.it (ultimo accesso in data 14 febbraio 2017).

⁶³² par. 5 del “Considerato in diritto”.

⁶³³ par. 6 del “Considerato in diritto”. La Corte peraltro osserva come la suddetta conclusione sia confermata dalla diversa *ratio* delle misure di prevenzione rispetto alle sanzioni penali: «Le peculiarità del procedimento di prevenzione devono, infine, essere valutate alla luce della specifica *ratio* della confisca in esame, una *ratio* che, come ha affermato questa Corte, da un lato, “comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al “circuito economico” di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo” e, dall'altro, “a differenza di quella delle misure di prevenzione in senso proprio, va al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di soggetti pericolosi determinati e sorregge dunque la misura anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso” (sentenza n. 335 del 1996). Le “profonde differenze, di procedimento e di sostanza, tra le due sedi, penale e di prevenzione” (ordinanza n. 275 del 1996) e le peculiarità di quest'ultima, particolarmente significative quando, come nel caso della confisca, la sede sia funzionale all'applicazione di misure destinate ad incidere non già sulla libertà personale della parte, ma sul suo patrimonio, in uno con la considerazione della *ratio* dell'istituto, confermano l'infondatezza della questione, incentrata sull'assunto – valido per il processo penale – che la «presenza fisica» del «soggetto nei confronti del quale [la confisca] potrebbe essere disposta» (o almeno la sua «possibilità astratta di partecipare») sia condizione ineludibile di conformità del procedimento per l'applicazione della misura patrimoniale ai parametri costituzionali evocati dal rimettente».

degli indizi di appartenenza del proposto deceduto ad associazioni mafiose; verifica della disponibilità da parte di quest'ultimo di beni; verifica dei presupposti di sproporzione ed illecita provenienza)”, ma non sulla possibilità di procedere nei confronti dei successori, prevista dalla disposizione censurata; il che mette in luce, da un primo punto di vista, la non fondatezza della questione».

Tale ultima affermazione della Corte non è andata esente da critiche da parte della dottrina, la quale ha evidenziato come sia errato liquidare la questione del diritto di difesa dei successori, ritenendo questo un problema più astratto che concreto. Il punto – si sostiene – non è riconoscere la facoltà ai successori di avvalersi degli ordinari strumenti di interazione processuale, come ad es. i mezzi di impugnazione, quanto invece quello di garantire un'effettiva possibilità di contraddittorio per il successore rispetto a temi e accadimenti di cui potrebbe non avere alcuna conoscenza reale⁶³⁴. Si è così ritenuto che la Corte abbia voluto giustificare un minore livello di tutela dei successori, ragionando sulla circostanza che la misura confiscatoria non inciderebbe sul prezioso bene della libertà personale quanto invece sul minor rilevante diritto di proprietà⁶³⁵.

6. *La controversa natura giuridica della confisca di prevenzione.* – Esaminati i presupposti per l'applicazione della confisca di prevenzione, è possibile ora analizzare l'annosa questione della sua natura giuridica. Si tratta di questione che agita la dottrina da lungo tempo, a differenza della giurisprudenza che invece sembra sul punto pervenuta a un approdo certo e consolidato.

La questione della natura giuridica della confisca era giunta a un punto fermo negli anni precedenti, quando è intervenuta la riforma del “decreto sicurezza” del 2008 che ha ridestato vecchi dubbi e perplessità in relazione alla correttezza dei risultati dogmatici che erano stati fino ad allora raggiunti. Dunque è opportuno distinguere due fasi del dibattito: quella che inizia con l'introduzione della confisca con la Legge Rognoni – La Torre del 1982 e finisce con la riforma del 2008-2009; la fase che prende avvio con tali novelle legislative e che culmina con l'arresto delle Sezioni unite della Corte di Cassazione del 2015 che hanno posto alcuni punti fermi sulla questione e di cui si parlerà a breve.

Prima della riforma del 2008, la natura giuridica della confisca di prevenzione è stata sempre fortemente dibattuta. Invero l'introduzione della confisca come misura *ante delictum* costituiva per l'ordinamento italiano un'assoluta novità.

Seguendo la *ratio* dell'istituto delineata dal legislatore, l'opinione prevalente riconosceva alla misura una mera finalità di prevenzione⁶³⁶. Secondo tale

⁶³⁴ MANGIONE, *op. ult. cit.*, p. 463.

⁶³⁵ MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione*, cit., p. 388.

⁶³⁶ LA BRUNA - TROVATO, *Sequestro e confisca dei beni*, in *Manuale pratico dell'inchiesta penale*, Milano, 1986, 371; MACRI', *Reato associativo, misure di prevenzione e professionalità del giudice*, in BORRÈ - PEPINO (a cura di), *Mafia, 'ndrangheta e camorra. Analisi politica e intervento giudiziario*, Milano, 1983, 136; FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit..

impostazione lo scopo della confisca sarebbe quello di contrastare la pericolosità derivante dalla disponibilità di beni di provenienza illecita. Ciò la configurerebbe come autentica misura a carattere preventivo.

Tuttavia sul punto erano emerse due differenti teorie sul modo di intendere tale pericolosità. Secondo una prima lettura la confisca mirava a contrastare la pericolosità sociale del proposto, la quale si riteneva alimentata dal permanere di beni di fonte illecita nelle mani di chi può continuare a utilizzarli per produrre altra ricchezza attraverso la perpetuazione dell'attività delinquenziale⁶³⁷. Dunque il possesso del patrimonio di fonte criminosa diverrebbe in tale ottica sintomatico di una accentuata pericolosità sociale del soggetto che ne dispone. L'accessorietà che contraddistingueva la confisca rispetto alle misure di prevenzione personale pareva elemento decisivo per suffragare una tale opinione. Invero l'accessorietà importava logicamente che presupposto dell'ablazione non solo era la pericolosità sociale del proposto, ma anche l'attualità di questa.

Secondo una diversa teoria la confisca non era finalizzata al contrasto della pericolosità sociale del proposto, quanto piuttosto al controllo della ricchezza "sospetta". Il suo scopo consisterebbe nell'eliminazione dal circuito economico di beni di provenienza illecita, i quali altererebbero i normali equilibri di mercato, conducendo a una complessiva alterazione del sistema concorrenziale su cui si basa la moderna economia capitalistica⁶³⁸. In questo senso la confisca avrebbe una funzione preventiva in quanto neutralizzerebbe la pericolosità obiettiva insita nelle cose di provenienza illecita e che trae linfa dalla connessione tra quelle e l'ambiente criminale che le ha prodotte. Valorizzando tale aspetto, l'orientamento in esame spiegava la tendenza della giurisprudenza negli anni novanta del secolo scorso a rendere autonoma l'applicazione della confisca rispetto alle misure di prevenzione personale.

La Corte di Cassazione, seppur con qualche incertezza, aveva accolto la suddetta impostazione, riconoscendo alla confisca di cui alla l. 31 maggio 1965, n. 575 una essenziale finalità preventiva. La presa di posizione definitiva sulla questione era arrivata con la nota sentenza Simonelli del 1996⁶³⁹ con cui la Suprema Corte aveva fornito le indicazioni esegetiche su cui si sarebbe consolidata la successiva giurisprudenza.

In primo luogo la Corte nella predetta sentenza escludeva che alla confisca di prevenzione potesse essere riconosciuto un «carattere sanzionatorio di natura penale». Invero la finalità meramente preventiva impedirebbe di ravvisare il suddetto carattere nella misura in esame. Al contempo però le Sezioni unite escludevano che la confisca potesse ricondursi al *genus* delle misure di prevenzione, essendo la sua definitività incompatibile con il carattere preventivo. Secondo le Sezioni unite «La devoluzione allo Stato dei beni confiscati, prevista dalla legge 4 agosto 1989 n. 282

⁶³⁷ FIANDACA, *ivi*, p. 123.

⁶³⁸ FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit., p. 69 ss..

⁶³⁹ Cass., S.U., sent. 3 luglio 1996, n. 18, in *Cass. pen.*, 1996, 3609.

(art. 4), e le finalità indiscutibilmente “ablative” dei corrispondenti provvedimenti, non consentono, invece, di qualificare gli stessi, in senso tecnico/giuridico, quali misure di prevenzione, aggiunte a quelle, specificamente previste, quali “personali”: e ciò al di là delle formali espressioni adoperate dal legislatore. Trattasi, invero, ad avviso del collegio, di improprietà lessicali, rispetto all’effettivo contenuto normativo, non idonee come tali a modificare la natura del provvedimento di confisca – di carattere sicuramente “ablatorio” – in una “misura di prevenzione” in senso tecnico ed a condizionare pertanto l’interprete». Ciò in quanto la finalità di prevenzione avrebbe imposto logicamente la revocabilità della misura al cessare della pericolosità sociale, sicché la definitività del provvedimento ablatorio nell’ottica della Corte conduceva inevitabilmente a escludere la confisca dal novero delle misure di prevenzione.

La Corte di Cassazione giungeva così a qualificare la confisca antimafia come un “*tertium genus*”: una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prescritta dall’art. 240, comma 2 c.p..

Tale conclusione veniva motivata facendo leva sul concetto di pericolosità reale che costituirebbe il fondamento stesso dell’ablazione patrimoniale. Si evidenziava nella pronuncia che la *ratio* della confisca risiedeva nell’esigenza di colpire beni e proventi di origine presuntivamente illecita, così da giungere alla esclusione degli stessi dal circuito economico. Orbene secondo le Sezioni unite la suddetta *ratio* «si ricollega, seppur con un ambito di estensione non identico, alle ipotesi previste dal citato art. 240 cod. pen., cpv. nn. 1 e 2 che, come è noto, prescindono dalla condanna – da un’affermazione di responsabilità accertata in sede penale – con la conseguente applicabilità anche nel caso di proscioglimento, quale che sia la formula (art. 205 cod. pen.)». Ciò fonderebbe – nell’ottica della Suprema Corte – l’assimilazione *quoad effectum* della confisca di prevenzione alla confisca obbligatoria ordinaria.

L’approdo raggiunto con la sentenza Simonelli nondimeno non aveva sopito il dibattito e la stessa giurisprudenza di legittimità aveva mostrato più volte qualche ripensamento, affermando che la confisca di prevenzione costituirebbe una sanzione patrimoniale in risposta a una acquisizione illecita di beni⁶⁴⁰ ovvero una misura avente natura formalmente e sostanzialmente afflittiva⁶⁴¹, che possiede una funzione, oltre che eliminativa di patrimoni illeciti, anche “dissuasiva”⁶⁴².

Sembrava pertanto che la giurisprudenza riconoscesse alla confisca di prevenzione una funzione poliedrica, che oscillava tra quella di prevenzione e quella punitiva. La prevalenza della funzione preventiva giustificava però – secondo tale approccio – l’assimilazione sul piano della disciplina alla confisca ordinaria del

⁶⁴⁰ Cass. pen., S.U., sent. 8 gennaio 2007, n. 57, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 1297.

⁶⁴¹ Cass. pen., sent. 21 gennaio 1991, n. 212, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 299.

⁶⁴² Cass. pen., sent. 8 aprile 2008, n. 21717, Rv. 240501, ove si afferma che «Si tratta, invero, di una misura di sicurezza atipica con funzione anche dissuasiva, con la preminente funzione di togliere dalla circolazione perversa il bene che, al di là del dato temporale, è pervenuto nel patrimonio in modo perverso».

codice penale.

Una parte della dottrina dubitava invece della correttezza della qualificazione come misura di prevenzione della confisca prevista dalla l. 31 maggio 1965, n. 575. Invero si osservava come il presupposto fondamentale della misura fosse costituito dalla consumazione di precedenti attività criminose, produttive della ricchezza da espropriare. La confisca consentirebbe di espropriare tale ricchezza senza dover provare il nesso causale con un determinato reato in un processo penale. Allora lo scopo della misura non era quello di prevenire quanto quello di sanzionare dei reati la cui prova in giudizio era impossibile. In questo senso l'ablazione costituiva secondo questa lettura una vera e propria misura repressiva di reati meramente sospettati⁶⁴³.

Ad ogni modo l'accessorietà della confisca alle misure di prevenzione personale consentiva di mitigare la rigidità di tale posizione, consentendo in ultima analisi di fondare l'applicazione della misura ablatoria comunque sul presupposto della pericolosità del soggetto indiziato.

Gli approdi anzidetti sono stati messi gravemente in discussione con l'introduzione del principio di autonomia tra le misure di prevenzione personale e quelle patrimoniali, che ha reso non più necessaria l'attualità della pericolosità per disporre l'ablazione patrimoniale. Il nuovo principio ha importato il definitivo superamento dell'idea secondo cui la confisca mirerebbe a neutralizzare la pericolosità del proposto derivante dalla disponibilità di cose di provenienza delittuosa. Ciò ha condotto la giurisprudenza e la dottrina a rivedere la precedente teoria che rinveniva nella confisca una misura a carattere prevalentemente preventivo.

Sul punto sono emersi due orientamenti nella giurisprudenza di legittimità. Secondo una prima lettura la riforma del 2008-2009 avrebbe completamente eliminato qualsiasi legame tra la confisca di cui all'art. 2-ter della l. 31 maggio 1965, n. 575 (oggi art. 24 codice antimafia) e le misure di prevenzione. Tale punto di vista è stato sostenuto dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza Occhipinti⁶⁴⁴. Osserva la Corte che la ragione per la quale la giurisprudenza anteriore alla novella aveva

⁶⁴³ BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, cit., 29 ss.; GALLO, voce *Misure di prevenzione*, cit.; RUSSO, *La gestione dei patrimoni sequestrati e la tutela dei terzi nel sistema della l. n. 646 del 1982*, in *Fall.*, 1985, 1009; AGUGLIA, *La legge La Torre alla verifica della Corte Costituzionale*, in *Dir. fall.*, 1986, II, 447 ss.; MANGANO, *La confisca nella legislazione antimafia e i diritti dei terzi*, in *Ind. pen.*, 1987, 653; BARGI, *L'accertamento della pericolosità nelle misure di prevenzione*, Napoli, 1988, 21 ss.; LAUDATI, *La criminalità economica e le prime applicazioni giurisprudenziali degli art. 12 quinquies e sexies della legge 356/92, relazione al 4° Congresso nazionale Associazione Internazionale De Droit Penal*, in *Riv. pen. dell'ec.*, 1994, 327; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, Bologna, 1979, 202; MARUCCI, *Le misure giurisdizionali di prevenzione penale e l'appartenenza ad associazioni mafiose*, in *Giur. it.*, 1971, II, c. 105.

⁶⁴⁴ Cass. pen., sez. V, sent. 13 novembre 2012, n. 14044, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 17 febbraio 2017). Per un'analisi della pronuncia in relazione al quadro giurisprudenziale vigente prima della novella del 2008-2009 si veda MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"?*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 17 febbraio 2017).

equiparato la confisca di prevenzione a quella ordinaria di cui all'art. 240 c.p. risiedeva nella circostanza che l'ablazione era conseguenza non della commissione di un fatto di reato, bensì dell'attualità della pericolosità sociale del proposto. Lo scopo della confisca era quello di evitare che il soggetto pericoloso disponesse di uno strumento utile al proseguimento dell'attività criminosa. Costituendo la pericolosità sociale il fondamento delle misure di sicurezza patrimoniali previste dal codice penale, la giurisprudenza era pervenuta all'equiparazione tra queste e la confisca di prevenzione, con conseguente applicazione anche alla confisca di prevenzione dell'art. 200 c.p., che impone di osservare la disciplina vigente al momento dell'applicazione della misura in coerenza con la permanenza della pericolosità⁶⁴⁵. Una siffatta equiparazione resta però sostenibile – osserva la sentenza Occhipinti – a condizione che l'ablazione resti ancorata all'accertamento dell'attuale pericolosità sociale del proposto. Poiché la novella del 2008-2009 non subordina più l'applicazione della confisca di prevenzione all'accertamento della pericolosità sociale, non può più sostenersi la natura preventiva della misura in esame. Eliminata la rilevanza della pericolosità sociale, la confisca di prevenzione assumerebbe i chiari connotati di una sanzione punitiva, con conseguente applicazione alla stessa dello statuto di questa figura sanzionatoria. A essa risulterà applicabile il principio di irretroattività della legge sfavorevole ai sensi dell'art. 2 c.p. e non quello di retroattività di cui all'art. 200 c.p.. La Suprema Corte corrobora il suo ragionamento richiamando altresì i principi posti dalla Corte Edu in relazione alla nozione autonomista di sanzione penale. Sul punto si osserva che «in tutte le pronunce emesse dalla giurisprudenza sovranazionale in tema di confisca di prevenzione si afferma, oltre alla non necessità di una precedente condotta costituente reato, la doverosità di accertare la pericolosità del soggetto che ne sia destinatario, quale presupposto giustificativo di un intervento ablatorio – sia pure non di carattere penale – strumentale alla tutela di pubblici interessi»⁶⁴⁶. Secondo la giurisprudenza europea

⁶⁴⁵ Osserva la Corte di Cassazione nella sentenza Occhipinti (par. 2.2. e 2.3.): «La *ratio* della più volte affermata equiparabilità tra misure di sicurezza e misure di prevenzione, ai fini qui in esame, deriva dalla presa d'atto della natura e della funzione delle seconde, da applicarsi non già quale diretta conseguenza di un determinato fatto (come accade invece per le pene, da ricollegare a fatti che costituiscano reato), bensì avuto riguardo alla condotta di vita del proposto, tale da farne desumere quella attuale pericolosità sociale che è pacificamente il fondamento per dare corso a misure di sicurezza, ex art. 202 cod. pen.. È dunque innegabile che, in tanto esiste una possibilità di equiparazione fra le due tipologie di misura, in quanto se ne individui un comune presupposto nella verifica della perdurante pericolosità del soggetto che ne sia destinatario: una pericolosità che dovrà comunque sussistere (sia pure se affermata in base a presunzioni) nel momento in cui il giudice della prevenzione sia chiamato a provvedere, proprio perché è ad una pericolosità in atto che la legge – eventualmente, anche sopravveniente – mira a porre rimedio.» E allora «Già a questo punto, però, non è chi non veda come il percorso argomentativo appena illustrato incontri un limite non valicabile, laddove di quel giudizio di attuale pericolosità sociale si possa fare a meno, ed una misura di prevenzione (patrimoniale) possa essere disposta anche prescindendo da una tale verifica. Se infatti non è più richiesto – come oggi non si chiede, [...] – che il proposto in sede di procedimento di prevenzione sia persona socialmente (ed attualmente) pericolosa, non sembra possibile ricavare regole formali per la disciplina di quel procedimento da una norma – l'art. 200 cod. pen. – che fonda la sua ragion d'essere proprio su quell'ineffettibile presupposto».

⁶⁴⁶ Par. 2.4 della sentenza Occhipinti.

ciò che impedisce di ravvisare nella confisca di prevenzione una sanzione punitiva è dato dall'ancoraggio della misura al presupposto della pericolosità sociale. Senonché, poiché la misura non presuppone più la pericolosità sociale del proposto, essa – secondo la sentenza Occhipinti – costituisce una vera e propria pena, alla luce dei criteri *Engel* forniti dalla Corte di Strasburgo. In conclusione la Corte di Cassazione nella pronuncia esaminata conclude nel senso che la riforma del 2008-2009 ha trasformato il volto della confisca di prevenzione, la quale avrebbe definitivamente abbandonato l'area delle misure di prevenzione per collocarsi in modo definitivo in quella delle sanzioni punitive⁶⁴⁷.

Le indicazioni fornite dalla sentenza Occhipinti sono state respinte con fermezza da una successiva pronuncia della Suprema Corte – la c.d. sentenza Ferrara – che invece ha ribadito la natura preventiva della confisca di prevenzione, anche nel nuovo quadro delineato dalla riforma del 2008-2009⁶⁴⁸. In questa pronuncia la Corte evidenzia come la novella non abbia fatto altro che portare a compimento un processo di autonomizzazione delle misure di prevenzione patrimoniali rispetto a quelle personali che già era stato prospettato da un consolidato orientamento giurisprudenziale. Ciò conduce a escludere che la riforma abbia importato innovazioni tali da giungere a un completo ripudio degli approdi ermeneutici in passato raggiunti. Secondo la pronuncia in esame il diverso orientamento accolto dalla sentenza Occhipinti presenterebbe un vizio di fondo, legato all'errata concezione della pericolosità che si pone a fondamento della confisca di prevenzione. Lo scopo della confisca non sarebbe quello di neutralizzare la pericolosità del proposto, quanto quello di eliminare dal circuito economico beni che, per la loro provenienza illecita, sarebbero in grado di alterare i normali equilibri del mercato concorrenziale. Ciò che l'ablazione contrasta è allora l'oggettiva pericolosità della ricchezza illecitamente accumulata e non quella soggettiva di una specifica persona. Di conseguenza il giudizio di pericolosità che si pone a fondamento della confisca non può essere identico a quello che accompagna l'applicazione della misura di prevenzione personale. In particolare per le cose la pericolosità deriva dalla loro genetica connessione con l'ambiente criminale. E rispetto a una cosa – osserva la sentenza Ferrara – non si può predicare l'attualità o il venir meno della pericolosità: una tale valutazione può ben compiersi per l'essere umano che può modificare il proprio carattere e le proprie abitudini nel tempo; rispetto a una cosa non si può predicare un mutamento di pericolosità, perché questa trae origine dal

⁶⁴⁷ Non sono mancate posizioni in dottrina che hanno sostenuto la natura di misura preventiva alla confisca di prevenzione, pur accettando l'assunto secondo cui, a seguito della riforma del 2008-2009, è venuta meno la necessità della pericolosità sociale del proposto ai fini dell'applicazione della confisca di prevenzione. Su tale punto si veda CONTRAFATTO, *L'oggetto della confisca di prevenzione*, cit., p. 102, la quale afferma che «La recente riforma ha chiarito che l'applicazione della misura patrimoniale prescinde da ogni accertamento della pericolosità sociale del suo destinatario al momento della richiesta».

⁶⁴⁸ Cass., Sez. I, sent. 17 maggio 2013, n. 39204, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 17 febbraio 2017).

collegamento con le modalità criminali di acquisizione⁶⁴⁹. Ne deriva allora che, accertato il legame genetico tra cosa e crimine, la pericolosità può essere neutralizzata solo sottraendo definitivamente quella dall'ambiente criminale da cui è scaturita. Ciò rende inutile il concetto di attualità della pericolosità per le cose. La Corte di Cassazione evidenzia allora come la riforma del 2008-2009, lungi dall'aver alterato la natura preventiva della confisca, l'ha invece rafforzata, fondando definitivamente l'ablazione sulla pericolosità della *res* e restituendo coerenza al sistema delle misure di prevenzione reali. Invero «se nell'originario sistema di prevenzione patrimoniale lo stato di pericolosità sociale del proposto avesse avuto un ruolo preponderante, tale che ora il ridimensionamento dovrebbe comportare un ripensamento complessivo di sistemazione dommatica e di definizione della disciplina, la confisca non avrebbe potuto strutturarsi con i caratteri dell'intervento ablatorio ordinariamente irreversibile - che ne hanno determinato l'inquadramento in un'autonoma categoria - ma avrebbe dovuto seguire, con il necessario connotato della provvisorietà, le evoluzioni del giudizio sulla posizione personale del proposto, venendo meno con la cessazione della di lui pericolosità sociale. Già questa osservazione elementare può essere sufficiente ad affermare che le novelle normative del 2008 e del 2009 non hanno determinato una radicale inversione di rotta nel disegno legislativo, ma hanno approfondito una tendenza che percorreva da tempo la materia, senza quindi comportare alcuna frattura col precedente sistema»⁶⁵⁰. In definitiva secondo tale orientamento la confisca di prevenzione conserva, anche dopo la novella del 2008-2009, la natura giuridica di sanzione amministrativa assimilabile, ai fini della disciplina, alla confisca ordinaria di cui all'art. 240 c.p..

Il contrasto insorto tra le sezioni semplici della Corte di Cassazione ha sollecitato un intervento delle Sezioni unite⁶⁵¹ che è giunto con la sentenza n. 4880 del 26 giugno 2014⁶⁵². Con tale pronuncia gli Ermellini, ponendosi in linea di continuità con l'orientamento consolidato degli anni passati, hanno confermato la tesi per cui le modifiche arrecate con la novella del 2008-2009 non hanno alterato la natura preventiva della confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione, sicché risulta sempre valida l'assimilazione alle misure di sicurezza. I principi espressi dalle Sezioni unite possono così riassumersi:

a) Anche a seguito della novella del 2008-2009, il presupposto

⁶⁴⁹ Secondo la Corte «Non ha significato rispetto ad una *res*, in special modo per quelle la cui pericolosità sia collegata alle modalità di acquisizione alla titolarità di un soggetto e quindi alla loro origine patrimoniale, l'assunto che la pericolosità debba essere per necessità attuale, perché la strutturale staticità dei beni non consente evoluzioni apprezzabili sul piano del giudizio di pericolosità che non siano talmente radicali da identificarsi con l'evento ablatorio, costituito appunto dalla confisca, e quindi con la rottura del nesso originario di illecita acquisizione al patrimonio».

⁶⁵⁰ Così la sentenza Ferrara.

⁶⁵¹ L'intervento è stato sollevato con ordinanza n. 11752 della sesta sezione in data 30 gennaio 2014. Per un commento dell'ordinanza si veda MAUGERI, *Le Sezioni unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività; la necessità della "correlazione temporale"*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 17 febbraio 2017)

⁶⁵² Cass. pen., S.U., sent. 26 giugno 2014, n. 4880, in www.Cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 17 febbraio 2017).

fondamentale della confisca di prevenzione resta la pericolosità sociale del soggetto proposto. E invero – osserva la Suprema Corte – sarebbe avulso da ogni logica di civiltà giuridica applicare una misura ablativa nei confronti di chi non sia mai stato pericoloso. Dunque, sul piano dogmatico, «la pericolosità rimane pur sempre presupposto indefettibile e ragione giustificatrice della misura espropriativa, indipendentemente dall'epoca della sua manifestazione». Ne consegue che anche nei casi di applicazione disgiunta, il giudice della prevenzione debba valutare, sia pure incidentalmente, la condizione di pericolosità del soggetto nei cui confronti sia richiesta la misura patrimoniale. Accogliendo una tale prospettiva, resta ferma la possibilità di assimilare la confisca in esame alle ordinarie misure di sicurezza.

b) La reale innovazione apportata dalla novella 2008-2009 risiede nell'aver reso possibile l'applicazione della confisca a prescindere da qualsiasi accertamento in relazione all'attualità della pericolosità. In altri termini il giudice, accertato che il soggetto proposto rientri in una delle categorie sintomatiche di pericolosità di cui all'art. 16 codice antimafia, non deve accertare altresì che tale pericolosità perduri al momento dell'applicazione della misura ablatoria. Si tratta di innovazione che, lungi dall'alterare la funzione preventiva dell'istituto, al contrario rimuove un elemento di incoerenza nel sistema della prevenzione patrimoniale. Evidenziano le Sezioni unite che «se rispetto alla misura di prevenzione personale il requisito della persistente pericolosità continua ad avere una ragion d'essere, in quanto, ben potendo quella risolversi nel tempo o grandemente scemare, sarebbe aberrante - siccome oggettivamente inutile, se non per finalità surrettizie o pretestuose - una misura di prevenzione applicata a soggetto non più socialmente pericoloso; invece, quanto alla misura patrimoniale, la connotazione di pericolosità è immanente alla *res*, per via della sua illegittima acquisizione, e ad essa inerisce "geneticamente", in via permanente e, tendenzialmente, indissolubile». In altri termini la irrilevanza del requisito dell'attualità della pericolosità al momento dell'applicazione della confisca rifletterebbe solamente «un dato della realtà fenomenica, avuto riguardo alla contrapposizione ontologica-naturalistica tra persona e realtà materiale. Mentre, infatti, la stessa essenza di persona postula un intrinseco dinamismo, che altro non è se non espressione dell'evoluzione propria dell'essere umano, nel suo percorso esistenziale; l'idea della *res* esprime, invece, la sua strutturale staticità, che, al di là di possibili erosioni legate a vetustà o ad agenti atmosferici, mantiene nel tempo la sua oggettiva consistenza».

c) Non altera le suddette conclusioni l'affermazione ricorrente secondo cui le misure di prevenzione patrimoniali mirerebbero a contrastare la pericolosità delle cose, piuttosto che quella del soggetto. Secondo le Sezioni unite una tale affermazione va correttamente intesa. Invero la pericolosità della cosa non deriva di per sé dai caratteri strutturali della *res* quanto invece dalla circostanza che essa sia nella disponibilità di un soggetto che era pericoloso al momento in cui l'ha

acquistata. In sostanza la cosa è pericolosa perché è nelle mani di un soggetto pericoloso. Tale relazione viene semplicemente rappresentata con il concetto di “pericolosità obiettiva delle cose” illecitamente acquisite. Solamente spezzando tale legame, la pericolosità della cosa viene a cessare. Vale la pena evidenziare in merito il ragionamento della Suprema Corte secondo cui «in natura - al di là delle cose dotate di intrinseca nocività, tali da costituire, di per sé, un pericolo, ove non adeguatamente trattate (basti pensare al materiale radioattivo) - i beni sono per lo più "neutri", potendo acquisire connotazione di pericolosità solo in virtù di forza esterna dovuta all'azione dell'uomo. Così, nel caso di beni illecitamente acquistati, il carattere della pericolosità si riconnette non tanto alle modalità della loro acquisizione ovvero a particolari caratteristiche strutturali degli stessi, quanto piuttosto alla qualità soggettiva di chi ha proceduto al loro acquisto. Si intende dire che la pericolosità sociale del soggetto acquirente si riverbera *eo ipso* sul bene acquistato, ma ancora una volta non già in dimensione statica, ovverosia per il fatto stesso della qualità soggettiva, quanto piuttosto in proiezione dinamica, fondata sull'assioma dell'oggettiva pericolosità del mantenimento di cose, illecitamente acquistate, in mani di chi sia ritenuto appartenere - o sia appartenuto - ad una delle categorie soggettive previste dal legislatore».

d) Sebbene la confisca contrasti la pericolosità del soggetto proposto, a essa non resta estranea un'ulteriore finalità, quella di eliminare dal circuito economico la ricchezza di illecita provenienza. In questo senso la confisca assume anche la connotazione di strumento di riequilibrio concorrenziale del mercato. È per tale motivo che la misura può essere adottata anche in caso di decesso del proposto, colpendo i suoi successori, siano essi *inter vivos* o *mortis causa*. Evidenzia la Corte che «Tale estensione di efficacia ablatoria non può ritenersi né arbitraria né illegittima, proprio perché il bene, siccome frutto di illecita acquisizione, reca in sé una connotazione negativa, che ne impone la coattiva apprensione, anche oltre la vita del soggetto pericoloso, a parte i già rilevati effetti distorsivi - in prospettiva macroeconomica - di illeciti accumuli di ricchezza e di anomale rendite di posizione».

In conclusione secondo la giurisprudenza attualmente dominante, anche a seguito delle riforme del 2008 e del 2009, la confisca di cui all'art. 24 codice antimafia resta una sanzione amministrativa, *tertium genus* tra le misure di prevenzione e le sanzioni penali, assimilabile alla confisca ordinaria di cui all'art. 240 c.p.. Il fondamento della misura resta pur sempre la pericolosità del proposto, desumibile dall'appartenenza a una delle categorie criminologiche di cui all'art. 16 codice antimafia. Tuttavia la pericolosità del soggetto si trasmette alla cosa, rendendo questa obiettivamente pericolosa a cagione del suo legame genetico con l'ambiente criminale. Ciò rende la *res* un illecito fattore di distorsione delle ordinarie dinamiche di mercato. Di conseguenza la sua ablazione si giustifica a prescindere da qualsiasi vicenda successiva che ne alteri la titolarità soggettiva.

6.1. *Osservazioni critiche sulla natura giuridica della confisca di prevenzione. Esclusione della natura sanzionatoria.* – La tesi avallata dalle Sezioni unite merita alcune riflessioni. L'idea che la confisca di prevenzione costituisca una sanzione amministrativa desta infatti qualche perplessità.

Innanzitutto affermare la natura amministrativa della confisca non è risolutivo ai fini del corretto inquadramento sistematico dell'istituto. Come è stato più volte evidenziato⁶⁵³, la natura amministrativa o criminale di una misura costituisce una qualificazione in funzione di disciplina e nulla dice circa la natura sanzionatoria dell'istituto ovvero la natura punitiva o esecutiva di esso. Dunque il vero punto da analizzare è se la confisca antimafia costituisca davvero una sanzione giuridica. Si potrebbe configurare come tale laddove essa si ponga come reazione a un fatto antidoveroso che il soggetto del dovere giuridico sia in grado di evitare. Invero la sanzione giuridica si caratterizza per il fatto di costituire reazione a un fatto antidoveroso e non a una qualità di un soggetto. Ebbene si potrebbe postulare la natura sanzionatoria della confisca mediante due ragionamenti: in primo luogo si può ritenere che essa costituisca reazione ai reati da cui il proposto ha conseguito i proventi illeciti da espropriare, di guisa che l'elenco dei reati individuati dagli artt. 4 e 16 codice antimafia avrebbero il solo scopo di individuare i destinatari della misura; oppure si potrebbe ritenere che la misura costituisca la sanzione dei reati previsti dall'art. 4 e 16 codice antimafia e la cui commissione da parte del proposto costituisce il c.d. presupposto soggettivo dell'ablazione (ad esempio la partecipazione a un'associazione mafiosa)⁶⁵⁴. Accedendo a questo ragionamento, il tratto peculiare della misura finirebbe per essere la mitigazione dello standard probatorio per la dimostrazione dell'esistenza del reato: la responsabilità penale del proposto non andrebbe accertata in base al parametro probatorio delineato dall'art. 533 c.p.p., ma sarebbero sufficienti meri indizi. I dubbi sulla costituzionalità della misura si farebbero a questo punto gravi. Tuttavia va considerato anche un ulteriore aspetto. Anche a voler ammettere la natura sanzionatoria della confisca in tali casi, essa comunque non si configurerebbe come una sanzione di natura punitiva. La misura infatti ha lo scopo di colpire i profitti illecitamente conseguiti dal proposto, onde "ripulire" il circuito economico da capitali che potrebbero inquinare il corretto funzionamento. Rispetto al proposto la misura ha lo scopo di porre questo nella medesima situazione di fatto e di diritto in cui si sarebbe trovato se non avesse commesso i reati che gli vengono imputati. Dunque la confisca assumerebbe i connotati di una sanzione esecutiva e non punitiva. La peculiarità ulteriore della misura (rispetto all'abbassamento dello standard probatorio del reato) sarebbe l'accertamento meramente presuntivo dei profitti conseguiti con la commissione dei reati, a differenza di quanto accadrebbe – ad esempio – con la confisca per

⁶⁵³ *Supra* Cap. III del presente lavoro.

⁶⁵⁴ Laddove invece la misura venga disposta prescindendo dalla presunta commissione di un reato appare difficile postulare la natura sanzionatoria (si pensi al caso in cui il presupposto soggettivo sia rappresentato dalla dedizione a traffici criminali o alla circostanza di essere persona segnalata al Comitato per le sanzioni dell'O.N.U.), non essendovi un fatto antidoveroso contro cui reagire.

equivalente sussidiaria alla confisca ordinaria. E in fondo è indubbio che tra le ragioni politico-criminali che hanno indotto il legislatore a introdurre la confisca di prevenzione vi sia anche quella di mitigare la prova a carico dell'accusa in relazione all'individuazione dell'esatto ammontare dei profitti, dei prezzi conseguenti al reato.

Nondimeno la tesi che ravvisa nella confisca di prevenzione una misura di natura sanzionatoria non pare convincente. Lo scopo della misura – come sottolineato anche dalle Sezioni unite nel 2014 – è la neutralizzazione della pericolosità sociale del proposto. Essa allora mira a controllare uno stato soggettivo della persona, non a reagire alla commissione del fatto di reato. La necessità che sia provata, seppur in via meramente indiziaria, la commissione dei fatti di reato di cui all'art. 4 e 16 codice antimafia, non altera le suddette conclusioni. Il reato in tali casi si configura come mero indice sintomatico della pericolosità del proposto, analogamente a quanto accade con le misure di sicurezza previste dal codice penale. In altri termini la circostanza che il soggetto, in base a meri indizi, sia ritenuto autore di uno dei reati individuati dal codice antimafia è indice idoneo, secondo la valutazione del legislatore, per considerarlo socialmente pericoloso. Il tratto peculiare della confisca di prevenzione rispetto a quella codicistica è dato dalla possibilità di applicare la misura senza necessità di un accertamento pieno della responsabilità penale, nell'ambito di un processo penale, secondo lo standard probatorio dell'art. 533 c.p.p.. In ciò risiede il carattere *ante delictum* della confisca antimafia rispetto a quella codicistica. Al contrario non pare ravvisarsi una vera differenza tra tali istituti in relazione alla funzione sistematica, che resta il contrasto alla pericolosità sociale di un soggetto.

Anche rispetto all'oggetto non paiono ravvisarsi grandi differenze tra la confisca antimafia e quella ordinaria. La prima colpisce indistintamente qualsiasi provento criminoso di cui dispone il proposto; la seconda invece si indirizza verso oggetti qualificati, ossia il prezzo, il prodotto, il profitto, ecc.. L'effetto resta identico sul piano sostanziale: il soggetto viene privato di ogni forma di ricchezza connessa alla commissione di un reato. La differenza tra le due misure può ravvisarsi ancora una volta sul piano probatorio. La confisca ordinaria esige la dimostrazione rigorosa che una massa di beni costituisca lo specifico prezzo, profitto, ecc. del reato e che da questo è scaturita in modo diretto e immediato. Diversamente la confisca di prevenzione non solo non richiede che la massa di beni da espropriare costituisca il prezzo, il profitto, ecc., ma non richiede nemmeno la dimostrazione del nesso di derivazione diretta da un fatto costituente reato. La confisca di prevenzione mira proprio a mitigare l'onere probatorio dell'accusa in relazione ai suddetti profili.

In definitiva la confisca di prevenzione presenta un'accentuata omogeneità sul piano funzionale con la confisca ordinaria, essendo, come questa, strumento di controllo della pericolosità sociale. Ciò la configura come una misura di carattere non sanzionatorio a finalità preventiva. Sul piano sistematico essa si configura come misura *ante delictum* non solo perché può prescindere dalla commissione di un reato, ma soprattutto perché può applicarsi senza la necessità di pervenire a un

accertamento pieno di un fatto di reato.

6.2. *Il problema della correlazione temporale tra l'acquisto dei beni e la pericolosità soggettiva.* – Connesso al problema relativo alla natura giuridica della confisca di prevenzione è quello concernente la correlazione temporale tra l'acquisizione dei beni di provenienza illecita e la pericolosità del soggetto proposto. Ci si chiede in particolare se, ai fini dell'ablazione patrimoniale, sia necessario che i beni da confiscare siano stati acquisiti dal proposto quando già era qualificabile come socialmente pericoloso oppure se siano confiscabili anche i beni acquisiti prima di tale momento purché sia comunque provata la loro provenienza illecita. Si faccia il seguente esempio: Tizio, indiziato di appartenere a un'associazione di stampo mafioso, dispone di beni per un valore sproporzionato a quello dei propri redditi dichiarati e non fornisce alcuna giustificazione in relazione alla loro provenienza legittima; si discute se, ai fini della confisca dei suddetti beni, sia necessario che Tizio li abbia acquisiti quando era già partecipe dell'associazione mafiosa o se tali beni siano confiscabili anche se acquisiti quando ancora non era parte di tale ente.

Sulla questione si è acceso da tempo un forte dibattito in dottrina e in giurisprudenza che ha visto emergere due orientamenti contrapposti.

Secondo una prima corrente di pensiero la confisca può disporsi esclusivamente per i beni di illecita provenienza che siano stati acquisiti dal proposto quando era già qualificabile come socialmente pericoloso in virtù della sua riconducibilità a una delle categorie destinatarie delle misure di prevenzione patrimoniale. Tale conclusione è motivata sulla base della considerazione che il presupposto fondamentale dell'ablazione è rappresentato dalla pericolosità sociale del proposto. La *ratio* della confisca risiederebbe nell'esigenza di sottrarre al soggetto pericoloso i beni di provenienza illecita in quanto idonei a essere impiegati da quello in attività criminose. Se questo è lo scopo della confisca, appare chiaro che i beni presentano attitudine all'uso criminoso nei limiti in cui siano acquisiti da un soggetto che è qualificabile come pericoloso. Diversamente opinando, la misura preventiva perderebbe qualsiasi logicità e finirebbe per configurarsi come irragionevole⁶⁵⁵.

Un diverso orientamento afferma invece la possibilità di confiscare anche i beni di sospetta provenienza illecita che siano entrati nel patrimonio del proposto in epoca precedente a quella cui l'accertamento della pericolosità del soggetto di riferisce⁶⁵⁶. Gli argomenti a sostegno di tale assunto sono i seguenti:

a) la legge non richiede espressamente il requisito della correlazione temporale tra l'acquisto e la pericolosità sociale. Ciò che viene richiesto è solamente

⁶⁵⁵ Cass. pen., sez. V, sent., 25 novembre 1997, n. 5365 Rv 210230; Cass. pen., sez. I, sent. 13 giugno 2006, n. 24778, Rv. 234733. In dottrina si veda MANGIONE, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 466, il quale evidenzia che solo l'ancoraggio della misura a tale requisito temporale è idoneo a evitare «un letale corto circuito logico-costituzionale».

⁶⁵⁶ Per tutti si veda Cass. pen., sez. II, sent., 8 aprile 2008, n. 21717, Rv. 240501.

il vincolo pertinenziale tra la provenienza illecita dei beni e la pericolosità sociale di chi li detiene. Per il resto la confisca può disporsi senza ulteriori condizioni, previo esperimento di apposito procedimento di prevenzione.

b) La conclusione negativa è coerente con la *ratio* della confisca che è quella di eliminare dal circuito economico beni di provenienza illecita che potrebbero inquinare il mercato e forze economiche sane che lo alimentano. Se questa è la finalità della misura, allora non è rilevante *quando* il soggetto ha acquisito i beni, bensì *se* egli abbia la disponibilità di essi.

c) Dare rilievo al momento dell'acquisizione dei beni renderebbe particolarmente incerta l'applicazione della confisca, date le evidenti difficoltà connesse all'accertamento del momento in cui la fattispecie di pericolosità possa dirsi integrata. Si tratta infatti di un accertamento prevalentemente indiziario.

d) La soluzione dell'irrelevanza della correlazione temporale è affermata in relazione alla confisca allargata di cui all'art. 12-*sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356. Essendo questa una figura funzionalmente affine alla confisca di prevenzione, ragioni di coerenza sistematica impongono di estendere anche a quest'ultima la regola dell'irrelevanza della correlazione temporale.

Alla luce degli orientamenti appena illustrati, appare chiaro che il problema della correlazione temporale dipende essenzialmente dal ruolo che viene riconosciuto alla pericolosità sociale nella fattispecie di prevenzione patrimoniale.

Se la misura viene ritenuta preposta al contrasto della pericolosità sociale dell'indiziato, allora non può che assumere rilevanza la correlazione temporale tra il momento dell'acquisto e quello dell'acquisto della predetta qualifica da parte dell'indiziato. E ciò sulla base del seguente ragionamento: la cosa non è di per sé pericolosa, però può avere attitudine a stimolare taluno a commettere reati; ciò accade se la cosa è detenuta da un soggetto che risulti socialmente pericoloso; dunque la cosa va rimossa dalla sfera di disponibilità dell'indiziato, solo se acquisita quando costui risultava già pericoloso e dunque potenzialmente in grado di servirsi di essa per scopi criminali.

Al contrario se si concepisce la confisca come strumento di rimozione di capitali illecitamente acquisiti, allora si tende a escludere la rilevanza della pericolosità sociale per affermare invece la centralità dell'origine illecita come presupposto essenziale dell'ablazione patrimoniale.

E proprio valorizzando la *ratio* della confisca di prevenzione, le Sezioni unite della Corte di Cassazione⁶⁵⁷, volendo porre un punto fermo sulla questione, hanno individuato nella correlazione temporale tra la pericolosità sociale e l'acquisto

⁶⁵⁷ Cass. pen., S.U., sent. 26 giugno 2014, n. 4880, cit..

del bene di provenienza illecita il presupposto indefettibile dell'ablazione patrimoniale. Invero secondo la Suprema Corte un bene assume una connotazione di oggettiva pericolosità non per i suoi caratteri intrinseci, di per sé neutri, ma in quanto sia acquisito da chi è socialmente pericoloso. Allora l'ambito dei beni confiscabili è perimetrato inevitabilmente dal principio di correlazione temporale tra l'acquisizione e la pericolosità sociale. Peraltro le Sezioni unite riconoscono al principio in esame anche una valenza garantista, in quanto «l'individuazione di un preciso contesto cronologico, entro il quale può essere esercitato il potere di ablazione rende assai più agevole l'esercizio del diritto di difesa, oltre ad assolvere ad ineludibili esigenze di garanzia generica». La correlazione temporale in altri termini consente al proposto di individuare i cespiti suscettibili di ablazione patrimoniale, così preparandosi meglio all'esercizio del diritto di difesa nel procedimento di prevenzione.

Le conclusioni cui sono pervenute le Sezioni unite appaiono del tutto condivisibili: la connessione tra pericolosità sociale del proposto e provenienza delittuosa del bene impone di conferire rilevanza, ai fini della confisca, alla correlazione temporale tra la pericolosità e l'acquisto del bene⁶⁵⁸.

7. *Lo statuto giuridico della confisca di prevenzione.* – In base alle riflessioni svolte nei precedenti paragrafi, si è giunti alla conclusione che la confisca di cui all'art. 24 codice antimafia si configura come una misura a finalità meramente preventiva, priva di qualsiasi connotazione sanzionatoria.

Dal suddetto inquadramento dogmatico derivano una serie di corollari in punto di disciplina. Innanzi tutto è necessario escludere l'applicabilità dei principi generali, di matrice costituzionale o europea, inerenti alla sanzione punitiva (irretroattività della legge sfavorevole, ecc.). Inoltre deve parimenti escludersi l'applicabilità dei principi generali concernenti la sanzione esecutiva.

Ciò posto, in relazione alla confisca di prevenzione è possibile evidenziare i seguenti profili disciplinatori:

a) innanzi tutto la confisca soggiace al principio di legalità, come ogni misura con funzione di sicurezza e come previsto in generale per ogni misura limitativa della proprietà (art. 25, comma 3 e 42, comma 2 Cost.).

Pertanto la normativa che la concerne deve avere innanzi tutto fonte in un atto di rango legislativo (c.d. riserva di legge). Inoltre, in coerenza con i principi derivanti dal diritto europeo, la normativa che regola la misura confiscatoria deve essere accessibile e prevedibile. Ciò importa la necessità che, da un lato, il legislatore ponga disposizioni dal tenore letterale chiaro e determinato in modo tale da rendere comprensibile per i destinatari i presupposti e il procedimento applicativo della

⁶⁵⁸ In dottrina vi è anche chi ha messo da parte il profilo del nesso di correlazione temporale tra acquisto e pericolosità e ha invece posto l'accento sull'onere di prova inerente alla legittima provenienza del bene. Secondo questa impostazione non è confiscabile un bene acquistato prima del momento in cui il soggetto è divenuto socialmente pericoloso laddove venga documentata la sua origine legittima. Sul punto si veda MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione*, cit., p. 397.

misura e, dall'altro lato, che le disposizioni ricevano un'interpretazione ragionevole in sede applicativa, in modo da rendere evidente il relativo ambito operativo e i limiti di applicazione.

È bene sottolineare che, rispetto a una misura non sanzionatoria quale è la confisca di prevenzione, la prevedibilità della norma si traduce nell'esigenza fondamentale che l'ablazione sia disposta in buona e debita forma, nel rispetto dei limiti e delle modalità posti dalla legge. Non si pone invece la necessità di garantire la prevedibilità delle conseguenze del fatto condizionante, posto che rispetto a una misura non sanzionatoria non ricorre l'esigenza di assicurare la rimproverabilità del soggetto che subirà gli effetti della stessa.

b) Quanto rilevato consente di evidenziare un secondo profilo della disciplina della confisca di prevenzione. Come ogni misura a carattere meramente preventivo, essa soggiace al principio di retroattività della legge che la regola. Invero, non trattandosi di una sanzione giuridica, non vale per essa il principio di irretroattività della legge sfavorevole, non venendo in rilievo l'esigenza di garantire al destinatario della norma la prevedibilità delle conseguenze della propria azione e, dunque, la possibilità di evitare l'applicazione della sanzione. Nelle misure di prevenzione l'esigenza fondamentale resta invece la neutralizzazione della pericolosità sociale, sicché è possibile e preferibile consentire l'applicazione retroattiva della normativa prevenzionistica, sia essa produttiva di effetti favorevoli o sfavorevoli per il proposto. La stessa giurisprudenza – come accennato in precedenza – ammette l'equiparazione tra le misure di prevenzione e di sicurezza, in quanto accomunate dall'identico scopo di contrasto della pericolosità, e giunge all'estensione dell'art. 200, comma 1 c.p. anche alla confisca di cui all'art. 24 codice antimafia.

c) Sul piano personale, la confisca di prevenzione si applica a cittadini e stranieri indistintamente, essendo solo sufficiente che il proposto rientri in una delle categorie di cui agli artt. 4 e 16 codice antimafia. In ogni caso per l'avvio del procedimento di prevenzione occorre che quello dimori nel territorio dello Stato (artt. 5 e 17 codice antimafia). In caso contrario la competenza per l'applicazione della misura appartiene alle autorità straniere e si pone al più un problema di cooperazione giudiziaria e di riconoscimento dei provvedimenti di confisca emessi dalle autorità di altri Stati.

d) In quanto non costituisce una misura sanzionatoria, la confisca di prevenzione incontra solamente i tradizionali limiti posti alle misure limitative della proprietà. In particolare, alla luce soprattutto dei vincoli derivanti dal diritto europeo, la confisca deve risultare non solo sorretta da un interesse pubblico – e nel caso di specie non vi sono dubbi che questo sussista – ma deve essere proporzionata rispetto a questo scopo di tutela. Ciò implica che l'ablazione deve incidere sui beni di stretta

provenienza illecita, non potendo invece riguardare altri beni diversi. Solo in tal caso la misura risulta idonea al suo scopo di prevenzione; diversamente si risolverebbe in una sanzione punitiva. Non osta a tale conclusione che, nella confisca di prevenzione, i proventi siano valutati in modo presuntivo, non vigendo particolari limiti all'uso delle presunzioni nell'ambito delle misure non sanzionatorie.

e) La confisca di prevenzione, essendo una misura non sanzionatoria, in linea teorica può colpire anche beni appartenenti a soggetti diversi dal proposto, come risulta confermato dalla previsione della confiscabilità dei beni appartenenti a terzi e di cui il proposto abbia la disponibilità effettiva o della confisca dei beni oggettivamente pericolosi di cui all'art. 34, comma 7 codice antimafia e di cui si parlerà in seguito. Al di fuori della sanzione punitiva, non vige il principio di personalità della responsabilità.

Ovviamente ciò non vuol dire che il legislatore possa prevedere la confisca del patrimonio di qualsivoglia soggetto in funzione di prevenzione. Restano fermi i limiti rappresentati dal canone della ragionevolezza (art. 3 Cost.) e dalla proporzionalità dell'ablazione patrimoniale secondo le direttive provenienti dal diritto europeo. Dunque una norma che consentisse la confisca indiscriminata a carico di terzi soggetti privi di qualsiasi profilo di pericolosità sarebbe inidonea allo scopo di prevenzione e, pertanto, illegittima. Dunque la confisca di prevenzione riguarda tendenzialmente specifici soggetti non in quanto vige il principio di personalità della responsabilità, quanto invece perché ciò è imposto dal principio di ragionevolezza e di proporzionalità del sacrificio imposto.

Ulteriori limiti all'aggressione dei beni appartenenti ai terzi derivano dal principio europeo che impone di considerare il legittimo affidamento nell'esercizio della discrezionalità connessa ai poteri pubblicistici. Di tale profilo si parlerà meglio successivamente quando si affronterà la questione della tutela dei terzi.

f) La confisca di prevenzione viene disposta a seguito di un procedimento giurisdizionale disciplinato dagli artt. 7 e ss. codice antimafia, in virtù del rinvio effettuato a tali disposizioni dall'art. 23 del medesimo codice. È opportuno ricordare che la circostanza che la *modalità* di applicazione della misura confiscatoria sia un procedimento giurisdizionale non importa alcuna riconsiderazione della natura giuridica di essa. Il procedimento indica solamente i modi con cui sono accertati i presupposti e ordinata l'esecuzione della confisca. Affermare che questa è una misura giurisdizionale non indica altro se non che essa viene disposta dall'autorità giudiziaria all'esito di un procedimento avente i connotati della giurisdizionalità.

Vale la pena evidenziare che anche la confisca di prevenzione – come la pena criminale – può essere applicata solamente nell'ambito del procedimento di prevenzione previsto dal codice antimafia, non essendo invece possibile un'applicazione extragiurisdizionale della misura. Di conseguenza anche la norma giuridica che regola la confisca di prevenzione vive solo all'interno di una dinamica

processuale, assumendo così un'inevitabile struttura complessa, fatta di segmenti sostanziali e di segmenti processuali, che vanno complessivamente considerati. Dunque – come si è già detto per la norma penale – anche della norma giuridica concernente la confisca di prevenzione può predicarsi una forma “reale”⁶⁵⁹.

Ciò posto, il potere di promuovere il procedimento di prevenzione spetta al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo di distretto ove dimora la persona, al questore o al direttore della Direzione investigativa antimafia. Nel caso dei soggetti a pericolosità generica (art. 4, comma 1, lett. c) codice antimafia), il potere di proposta appartiene al procuratore della Repubblica presso il tribunale del circondario in cui la persona dimora. La domanda si propone con ricorso.

Preliminarmente all'avvio del procedimento i soggetti titolari del potere di proposta procedono alle indagini patrimoniali per raccogliere gli elementi indiziari necessari a sorreggere la richiesta di confisca. Ai sensi dell'art. 19 codice antimafia, le indagini vertono sul tenore di vita, sulle disponibilità finanziarie e sul patrimonio del proposto, nonché sull'attività economica facente capo agli stessi soggetti allo scopo anche di individuare le fonti di reddito. A tal fine le autorità competenti possono valutare se il proposto sia titolare di licenze, di autorizzazioni, di concessioni o di abilitazioni all'esercizio di attività imprenditoriali e commerciali, comprese le iscrizioni ad albi professionali e pubblici registri, se beneficiano di contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concesse o erogate da parte dello Stato, degli enti pubblici o dell'Unione europea. Le indagini patrimoniali possono riguardare anche gli stretti congiunti verso cui opera una presunzione di fittizietà dell'intestazione dei beni sospetti (art. 19, comma 3) e ogni ente o società di cui il proposto abbia, di fatto, la disponibilità. In questo modo le autorità potranno accertare compiutamente i redditi del proposto, il patrimonio di cui è titolare e quello di cui dispone mediante interposta persona, in modo da analizzare quella sproporzione tra redditi ufficiali e patrimonio disponibile che è alla base della proposta di confisca.

Le indagini patrimoniali sono normalmente effettuate prima della proposta al fine di raccogliere elementi utili a giustificare quest'ultima. Non sono escluse integrazioni di indagini nel corso del procedimento di prevenzione. Invero l'art. 19, comma 5 codice antimafia prevede che il tribunale, anche d'ufficio, può procedere ad ulteriori indagini «ove necessario». Si tratta di un elemento di matrice inquisitoria che il legislatore ha ritenuto opportuno mantenere nel procedimento di prevenzione onde garantire la completezza del quadro istruttorio⁶⁶⁰.

Quando vi sia concreto pericolo che i beni di cui si prevede debba essere disposta la confisca vengano dispersi, sottratti od alienati, i titolari del potere di proposta possono, unitamente a questa, richiedere al presidente del tribunale competente per l'applicazione della misura di prevenzione di disporre anticipatamente il sequestro dei beni prima della fissazione dell'udienza. Il presidente

⁶⁵⁹ Per il concetto di norma penale reale v. *supra* Cap. III, par. 2.2.2..

⁶⁶⁰ FILIPPI – CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, cit., p. 122.

del tribunale provvede con decreto motivato entro cinque giorni dalla richiesta. Il sequestro eventualmente disposto perde efficacia se non convalidato dal tribunale entro trenta giorni dalla proposta (art. 22, comma 1 codice antimafia). Il sequestro d'urgenza può essere adottato anche in corso di procedimento, sempre su impulso dei soggetti inquirenti, nei casi di particolare urgenza, e viene disposto dal Presidente del tribunale con decreto motivato e perde efficacia se non è convalidato dal tribunale nei dieci giorni successivi (art. 22, comma 2). Si tratta di una misura provvisoria avente scopo conservativo, a differenza del sequestro di cui all'art. 20 codice antimafia che invece ha natura strumentale al successivo ed eventuale provvedimento di confisca.

Formulata la proposta, il Presidente del tribunale fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso alle parti, alle altre persone interessate e ai difensori. L'avviso è comunicato o notificato almeno dieci giorni prima della data predetta. Se l'interessato è privo di difensore, l'avviso è dato a quello d'ufficio (art. 7, comma 2 codice antimafia). Il mancato rispetto del termine o l'omessa citazione determinano la nullità della decisione finale. L'atto di citazione del proposto deve contenere, a pena di nullità, l'invito a comparire nell'udienza fissata, l'enunciazione della fattispecie di pericolosità addebitata, gli elementi di fatto che fondano la proposta e le misure richieste. Fino a cinque giorni prima dell'udienza possono essere presentate memorie in cancelleria.

L'udienza si svolge senza la presenza del pubblico (art. 7 comma, 1). Aderendo alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza europea⁶⁶¹ e dalla Corte Costituzionale⁶⁶², è previsto comunque che il presidente disponga lo svolgimento in

⁶⁶¹ Corte EDU, sent. 5 gennaio 2010, *Bongiorno c. Italia*, in www.giustizia.it (ultimo accesso in data 19 febbraio 2017), che, osservando preliminarmente che lo svolgimento in camera di consiglio delle procedure che riguardano l'applicazione delle misure di prevenzione, sia in primo grado che in appello, era espressamente previsto dall'articolo 4, comma 6, della legge n. 1423 del 1956 senza possibilità per le parti di chiedere e di ottenere una pubblica udienza, ha rilevato un contrasto con l'art. 6 della C.E.D.U.. In particolare ha rilevato la Corte che, essendo il procedimento di prevenzione preposto all'applicazione di provvedimenti di confisca di beni e di capitali, che mettono direttamente in questione la situazione patrimoniale della persona interessata., non si possa sostenere che il controllo del pubblico non sia una condizione necessaria per garantire il rispetto dei diritti dell'interessato. Pur riconoscendo che in siffatti procedimenti possano venire in rilievo interessi generali particolarmente importanti e tali da giustificare delle peculiarità procedurali, la Corte ha ritenuto essenziale - tenuto conto in particolare della posta in gioco e degli effetti che la confisca può produrre sulla situazione personale delle persone coinvolte - che queste si vedano almeno offrire la possibilità di chiedere una pubblica udienza dinanzi alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello. Per ulteriori approfondimenti del tema si rinvia a MONTAGNA, *Procedimento applicativo delle misure ablative di prevenzione e garanzie del giusto processo*, in BARGI – CISTERNA, *La giustizia penale patrimoniale*, I, cit., p. 474 ss..

⁶⁶² Corte cost., sent. 8 marzo 2010, n. 93, in www.Cortecostituzionale.it (ultimo accesso in data 19 febbraio 2017), che, valorizzando proprio i precedenti della Corte di Strasburgo ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla Corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica. Osserva il giudice delle leggi che «Le osservazioni della Corte di Strasburgo colgono, d'altro canto, le specifiche peculiarità del procedimento di prevenzione, che valgono a differenziarlo da un complesso di altre procedure camerali. Si tratta, cioè,

pubblica udienza quando l'interessato ne faccia richiesta. Tale regola non opera nel giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione, venendo in rilievo in tale sede solamente questioni di diritto⁶⁶³.

Il procedimento è improntato al massimo rispetto del contraddittorio tra le parti. Pertanto l'udienza si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero. Gli altri destinatari dell'avviso sono sentiti se compaiono. Particolare attenzione ha avuto il legislatore nel garantire il diritto del proposto ad essere ascoltato nel corso dell'udienza. È stabilito infatti che l'interessato, se è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice e ne fa tempestiva richiesta, deve essere sentito prima del giorno dell'udienza, dal magistrato di sorveglianza del luogo. È salva la possibilità di ascoltarlo mediante l'uso di appositi apparecchi per il collegamento audiovisivo. E ancora: se sussiste un legittimo impedimento dell'interessato che ha chiesto di essere sentito personalmente e che non sia detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice, questi dispone il rinvio dell'udienza per consentire l'audizione.

Per ogni aspetto non specificamente disciplinato, l'art. 7 codice antimafia rinvia all'art. 666 c.p.p., relativo all'incidente di esecuzione. In tal modo si afferma l'informalità del procedimento di prevenzione e la sua estrema dinamicità, in cui assume un ruolo centrale l'organo giudicante cui è affidato il compito di garantire un effettivo contraddittorio tra le parti, nonché il corretto esercizio del diritto alla prova in capo alle parti private⁶⁶⁴.

La decisione in merito alla confisca avviene con decreto motivato del tribunale entro il termine di trenta giorni dalla proposta. Si tratta di termine meramente dilatorio. Tuttavia occorre rammentare che il provvedimento di sequestro perde efficacia laddove la decisione non venga emessa entro il termine di un anno e

di un procedimento all'esito del quale il giudice è chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.) e il patrimonio (quest'ultimo, tra l'altro, aggredito in modo normalmente "massiccio" e in componenti di particolare rilievo, come del resto nel procedimento a quo), nonché la stessa libertà di iniziativa economica, incisa dalle misure anche gravemente "inabilitanti" previste a carico del soggetto cui è applicata la misura di prevenzione (in particolare, dall'art. 10 della legge n. 575 del 1965). Il che conferisce specifico risalto alle esigenze alla cui soddisfazione il principio di pubblicità delle udienze è preordinato».

⁶⁶³ Corte cost. sent. 7 marzo 2011, n. 80, in www.Cortecostituzionale.it (ultimo accesso in data 19 febbraio 2017), secondo cui «La valenza del controllo immediato del *quisque de populo* sullo svolgimento delle attività processuali, reso possibile dal libero accesso all'aula di udienza – uno degli strumenti di garanzia della correttezza dell'amministrazione della giustizia – si apprezza, difatti, secondo un classico, risalente ed acquisito principio, in modo specifico quando il giudice sia chiamato ad assumere prove, specialmente orali-rappresentative, e comunque ad accertare o ricostruire fatti; mentre si attenna grandemente allorché al giudice compete soltanto risolvere questioni interpretative di disposizioni normative. Si deve, di conseguenza, ritenere che l'avvenuta introduzione nel procedimento di prevenzione, per effetto della sentenza n. 93 del 2010 di questa Corte, del diritto degli interessati di chiedere la pubblica udienza davanti ai tribunali (giudici di prima istanza) e alle corti di appello (giudici di seconda istanza, ma competenti al riesame anche delle questioni di fatto, se non addirittura essi stessi all'assunzione o riassunzione di prove) è sufficiente a garantire la conformità del nostro ordinamento alla CEDU, senza che occorra estendere il suddetto diritto al giudizio davanti alla Corte di cassazione».

⁶⁶⁴ MANGIONE, *op. ult. cit.*, p. 453-454.

sei mesi dalla data di immissione in possesso dei beni da parte dell'amministratore giudiziario (art. 24, comma 2 codice antimafia).

Il decreto di confisca viene comunicato senza indugio al procuratore generale presso la Corte di appello, al procuratore della Repubblica e agli interessati, affinché valutino l'opportunità di una eventuale impugnazione dinanzi alla Corte d'appello competente ai sensi dell'art. 10 codice antimafia. Il provvedimento assume il carattere esecutivo nel momento in cui diviene definitivo.

g) La confisca può essere revocata al ricorrere di situazioni tassativamente elencate dall'art. 28 codice antimafia. La revocazione costituisce un rimedio straordinario con cui far valere l'ingiustizia dell'ablazione patrimoniale, in quanto adottata in assenza dei presupposti legali di cui all'art. 24 codice antimafia.

La revocazione può essere richiesta nei seguenti casi (art. 28, comma 1): a) in caso di scoperta di prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento; b) quando i fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione, escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca; c) quando la decisione sulla confisca sia stata motivata, unicamente o in modo determinante, sulla base di atti riconosciuti falsi, di falsità nel giudizio ovvero di un fatto previsto dalla legge come reato.

È agevole notare come l'impugnazione possa essere proposta solo in caso di fatti *nuovi e successivi* al momento in cui la confisca è divenuta definitiva. Dunque la revocazione non è utile per invocare un nuovo giudizio sui medesimi elementi che hanno giustificato l'adozione della confisca in precedenza. Né lo strumento è utile per invocare un difetto sopravvenuto dei presupposti dell'ablazione patrimoniale (art. 28, comma 2). L'eliminazione del provvedimento confiscatorio può avvenire solo per il difetto originario dei presupposti di legge per la sua adozione, reso evidente dai fatti sopravvenuti indicati dall'art. 28, comma 1. Ciò conferma il carattere istantaneo della confisca.

Gli effetti della revocazione sono dati dall'inefficacia del titolo ablatorio e dal conseguente obbligo per le autorità preposte di procedere alla restituzione dei beni confiscati, anche in forma equivalente, laddove i beni siano stati assegnati per finalità istituzionali e la restituzione in natura potrebbe ledere l'interesse pubblico (artt. 28, ult. comma e 46 codice antimafia).

h) Particolarmente problematici si presentano i rapporti tra il procedimento di prevenzione e il processo penale. Invero può accadere che uno stesso fatto si ponga come oggetto di accertamento in entrambi i suddetti procedimenti, sicché si apre la strada al rischio di decisioni contraddittorie e, dunque, ingiuste.

Di regola i due procedimenti sono autonomi, sicché l'azione di prevenzione e quella penale possono proporsi senza reciproche interferenze. Tuttavia l'autonomia non deve tradursi in incoerenza del sistema giuridico. Di conseguenza occorre

stabilire cosa accada nel caso in cui gli accertamenti raggiunti nei due procedimenti sugli stessi fatti non coincidano. Dall'esame del quadro normativo, emerge con chiarezza la prevalenza dell'accertamento penale su quello di prevenzione. Ciò può desumersi dai seguenti indici normativi: in primo luogo l'art. 28, comma 1, lett. a) codice antimafia consente di revocare la confisca nel caso in cui dai fatti accertati in una sentenza penale definitiva emerga l'insussistenza dei presupposti applicativi della prima, con ciò evincendosi la volontà del legislatore di dare prevalenza all'accertamento penale; infine, il maggiore rigore con cui vengono accertati i fatti in sede penale non può che implicare dal punto di vista logico che un elemento indiziario, posto a fondamento di una proposta di confisca, non possa essere usato per la relativa decisione, ove esso siano stato dichiarato in sede penale privo di qualsiasi valenza probatoria⁶⁶⁵. In definitiva, ove il materiale probatorio raccolto in sede penale sia idoneo a smentire l'esistenza dei presupposti applicativi della confisca, sarà necessario rigettare la proposta formulata ai sensi dell'art. 17 codice antimafia o, in caso di decisione già divenuta definitiva, sarà proponibile il rimedio della revocazione *ex art. 28* codice antimafia.

In ordine ai rapporti tra la confisca di prevenzione e i sequestri disposti in sede penale, l'art. 31 codice antimafia stabilisce che la prima può disporsi anche in relazione a beni già sottoposti a sequestro in un procedimento penale. In tal caso la custodia giudiziale dei beni sequestrati nel processo penale viene affidata all'amministratore giudiziario, il quale provvede alla gestione dei beni stessi ai sensi degli artt. 35 ss. codice antimafia. La gestione del bene avviene nelle modalità anzidette anche in caso di confisca penale disposta con sentenza definitiva successiva al decreto che dispone la confisca di prevenzione. In tal caso il giudice penale di limita a dichiarare la confisca già avvenuta in sede preventiva. Al contrario se la sentenza irrevocabile di condanna che dispone la confisca interviene prima della confisca definitiva di prevenzione, il tribunale, ove successivamente disponga la confisca di prevenzione, dichiara la stessa già eseguita in sede penale.

7.1. La tutela dei diritti dei terzi. – Un tema assai discusso in giurisprudenza e in dottrina è quello relativo ai limiti e alle modalità di tutela dei terzi che vantano diritti sui beni confiscabili. Si tratta di questione complessa che risente delle difficoltà concernenti il bilanciamento tra l'interesse pubblico alla sottrazione dei beni di provenienza illecita dai circuiti criminali che li hanno prodotti e l'interesse dei privati alla tutela dell'affidamento incolpevole che essi hanno riposto nella stabilità dei titoli costitutivi dei diritti in loro favore sui beni stessi.

È opportuno precisare che con il termine terzo si indicano tutti coloro che sono estranei al procedimento di prevenzione e che vantano diritti sulla cosa connessi con quelli del proposto o in quanto trasferiti o costituiti da questo o in quanto

⁶⁶⁵ MANGIONE, *op. ult. cit.*, p. 491.

scaturiscono da un rapporto obbligatorio che coinvolge il proposto⁶⁶⁶.

Una prima forma di tutela dei terzi era stata disposta dall'art. 2-ter, comma 5 della l. 31 maggio 1965, n. 575⁶⁶⁷. Tale disposizione si limitava a stabilire la possibilità per i terzi a cui risultavano «appartenere» i beni sequestrati di intervenire nel procedimento e di esercitare, nel termine fissato dal tribunale, ogni attività difensiva relativa al procedimento di prevenzione in corso. Negli anni era emerso un contrasto in dottrina e in giurisprudenza in relazione ai limiti di tutela dei diritti dei terzi. Secondo una prima impostazione le ragioni della prevenzione erano destinate a prevalere inevitabilmente su quelle dei terzi, sicché si riteneva inammissibile qualsiasi sopravvivenza dei diritti dei terzi sul bene medesimo. Tale teoria faceva leva sulla natura originaria dell'acquisto determinato dalla confisca, la quale conduceva all'estinzione di tutti i diritti dei terzi sul bene. Tale soluzione si riteneva peraltro coerente con la funzione della confisca di prevenzione di eliminare i beni di provenienza illecita dal circuito economico.

Un diverso orientamento invece sosteneva la possibilità e la necessità di proteggere i diritti dei terzi incisi dall'intervento ablatorio. Si sottolineava infatti come l'acquisto determinato dalla confisca fosse di natura derivativa e non originaria, come poteva desumersi – in base a tale lettura – da plurimi indici normativi. Ciò implicava che lo Stato acquisiva esclusivamente il diritto di cui risultava titolare il proposto, senza con ciò andare a incidere sugli altri diritti gravanti sulla cosa. Peraltro la tutela dei diritti dei terzi risultava pienamente compatibile con la funzione della confisca, posto che questa aveva lo scopo di sottrarre i capitali illeciti alla disponibilità del proposto e non anche di altri soggetti diversi⁶⁶⁸.

Il terzo poteva intervenire solo in quanto il bene gli appartenesse. Nel concetto di appartenenza era pacifico che rientrasse il caso in cui il terzo fosse titolare di un diritto di proprietà o reale di godimento. Maggiormente dibattuto era il caso in cui il terzo fosse titolare di un diritto di garanzia reale sul bene. Sul punto la giurisprudenza prevalente, riprendendo le considerazioni svolte in relazione all'art. 240 c.p., aveva dato risposta positiva, ritenendo che anche il terzo creditore ipotecario o pignoratizio dovesse avere tutela ai sensi dell'art. 2-ter, comma 5, posto che la confisca – come già precisato – non poteva coinvolgere diritti diversi da quelli formalmente appartenenti al proposto. In sostanza i diritti dei terzi delimitavano in negativo il diritto del proposto e, di conseguenza, l'oggetto della confisca⁶⁶⁹. In

⁶⁶⁶ PETRINI, *La prevenzione patrimoniale: la tutela dei terzi*, in BARGI – CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, cit., p. 521 ss..

⁶⁶⁷ L'art. 2-ter stabiliva al quinto comma: «Se risulta che i beni sequestrati appartengono a terzi, questi sono chiamati dal tribunale, con decreto motivato, ad intervenire nel procedimento e possono, anche con l'assistenza di un difensore, nel termine stabilito dal tribunale, svolgere in camera di consiglio le loro deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca».

⁶⁶⁸ Ha aderito a tale punto di vista anche al giurisprudenza dominante: si veda sul punto Cass. pen., S.U., sent. 28 aprile 1999, n. 9, in *RP*, 1999, n. 633.

⁶⁶⁹ Cass. pen., sent. 11 febbraio 2005, n. 12317, citata da BALSAMO – NICASTRO, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, in BALSAMO – CONTRAFATTO – NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., p. 186.

relazione ai diritti di godimento, la tesi prevalente riteneva applicabile il principio generale previsto in materia locatizia secondo cui *emptio non tollit locatum*, sulla base della considerazione che anche il mantenimento di siffatti diritti non avrebbe conculcato la finalità politico-criminale della confisca.

Poiché il fondamento della tutela del terzo era rinvenuto nel principio di protezione dell'affidamento incolpevole e, dunque, nella certezza dei traffici giuridici, la giurisprudenza più volte aveva precisato che la salvezza dei diritti del terzo era subordinata alla sua buona fede, ossia alla sua estraneità al pregresso episodio criminoso accompagnata dall'ignoranza incolpevole della provenienza delittuosa del bene su cui insisteva il suo diritto⁶⁷⁰. In ogni caso la mancata citazione del terzo nel procedimento di prevenzione non determinava la nullità del decreto confiscatorio. In tal caso il terzo poteva far valere le sue ragioni, provando il suo diritto sul bene confiscato, proponendo apposito incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 666 c.p.p.⁶⁷¹.

Pertanto la giurisprudenza passata aveva affermato l'inopponibilità della confisca a tutti i terzi che avessero acquisito precedentemente un diritto reale, di godimento o di garanzia, sul bene confiscato.

Le indicazioni della giurisprudenza erano state recepite dal legislatore che era intervenuto sulla l. 31 maggio 1965, n. 575 al fine di stabilire un quadro legislativo più chiaro in relazione alla tutela dei diritti dei terzi sui beni confiscabili. Fondamentale era stata sul punto la novella apportata dal d.l. 4 febbraio 2010, n. 4 convertito in l. 31 marzo 2010, n. 50, che aveva aggiunto una serie di periodi all'art. 2-ter, comma 5 della l. 31 maggio 1965, n. 575. In particolare si era stabilito che «Per i beni immobili sequestrati in quota indivisa, o gravati da diritti reali di godimento o di garanzia, i titolari dei diritti stessi possono intervenire nel procedimento con le medesime modalità al fine dell'accertamento di tali diritti, nonché della loro buona fede e dell'inconsapevole affidamento nella loro acquisizione. Con la decisione di confisca, il tribunale può, con il consenso dell'amministrazione interessata, determinare la somma spettante per la liberazione degli immobili dai gravami ai soggetti per i quali siano state accertate le predette condizioni. Si applicano le disposizioni per gli indennizzi relativi alle espropriazioni per pubblica utilità».

La nuova disposizione, raccogliendo le indicazioni della giurisprudenza pregressa, aveva individuato con precisione le categorie di terzi legittimati a far valere i loro diritti nel procedimento di prevenzione. In particolare si doveva trattare di terzi titolari di diritti reali di godimento o di garanzia e di terzi comproprietari del bene confiscabile. Inoltre si chiariva definitivamente la necessità che il terzo fosse in buona fede ai fini della tutela del suo diritto nel procedimento di prevenzione.

All'indomani dell'innovazione legislativa, la dottrina aveva subito rilevato come nulla dicesse la legge in relazione alla tutela dei terzi chirografari e/o

⁶⁷⁰ PETRINI, *op. ult. cit.*, p. 528.

⁶⁷¹ Cass. pen., sez. I, sent. 21 novembre 2007, n. 45572, *CED Mass.*, 238144.

privilegiati e che lasciasse forti dubbi in relazione alla nozione di buona fede che costituiva il perno centrale attorno a cui ruotava la tutela del terzo. Quest'ultimo aspetto era stato risolto dalla giurisprudenza e dalla dottrina dominanti accogliendo l'accezione soggettiva di buona fede, intesa come convinzione incolpevolmente erronea di agire *secundum legem*. In sostanza si era ritenuto tutelabile il terzo solo a condizione che, in base a elementi obiettivamente apprezzabili, egli avesse fatto legittimo affidamento senza colpa sulla provenienza legittima dei beni oggetto dei diritti da lui acquisiti. Ciò risultava senz'altro coerente con i principi fissati dalla giurisprudenza costituzionale⁶⁷² che aveva ravvisato nella «incolpevolezza» il limite di qualsiasi intervento ablatorio⁶⁷³.

In relazione alla tutela dei creditori chirografari invece la questione era più complessa. La normativa prevenzionistica non fissava alcuna forma di tutela per questa categoria di creditori. La giurisprudenza aveva desunto dal silenzio legislativo la conclusione che i suddetti creditori non potessero ricevere alcuna tutela nel procedimento di prevenzione, sicché la confisca risultava opponibile a essi in sede di esecuzione forzata. Tale risultato era ritenuto opportuno al fine di non gravare il procedimento di prevenzione di eccessivi accertamenti sui diritti dei terzi. Inoltre si riteneva che la suddetta conclusione consentisse di prevenire elusioni dell'azione di prevenzione attraverso la costituzione di crediti in favore di terzi in modo del tutto pretestuoso. L'unica tutela che restava a tali creditori era quella di agire in via civile contro il proposto, facendo valere l'inadempimento dell'obbligazione.

Nel suddetto quadro legislativo e giurisprudenziale si è inserito il codice antimafia del 2011 che ha apportato sul tema della tutela dei terzi importanti innovazioni, pur restando fedele alle vecchie coordinate normative. Attualmente la tutela dei terzi, titolari di diritti reali o personali sul bene confiscabile, può riassumersi nelle seguenti regole:

a) Per quanto attiene ai terzi titolari di diritti reali sulla cosa sequestrata, l'art. 23 codice antimafia recepisce il contenuto del vecchio art. 2-ter. In particolare devono essere chiamati nel procedimento di prevenzione, nei trenta giorni successivi all'esecuzione del sequestro, i terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati ovvero che su tali beni vantano diritti reali o personali di godimento.

Costoro all'udienza possono svolgere le loro deduzioni con l'assistenza di un difensore, nonché chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca.

Secondo la giurisprudenza resta fermo, anche dopo l'emanazione del codice antimafia, il principio secondo cui l'omessa citazione del terzo non costituisce causa di nullità della confisca, salva la possibilità per quelli di far valere le loro ragioni

⁶⁷² Corte cost. sent. 8 novembre 1995, n. 487, in *www.giurcost.org* (ultimo accesso in data 19 febbraio 2017).

⁶⁷³ Per un approfondimento della nozione di buona fede nella confisca di prevenzione si rinvia a PETRINI, *op. ult. cit.*, p. 543.

nelle forme dell'incidente di esecuzione⁶⁷⁴.

Quando accerta che taluni beni sono stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi, con il decreto che dispone la confisca il giudice dichiara la nullità dei relativi atti di disposizione (art. 26, comma 1 codice antimafia). In caso contrario esso dispone la restituzione dei beni ai legittimi titolari (art. 23, comma 3 codice antimafia); per i titolari dei diritti reali o personali di godimento si procederà invece alla liquidazione del loro diritto ai sensi degli artt. 52 e ss. codice antimafia (art. 23, comma 4 codice antimafia).

b) In caso di adozione del provvedimento di confisca, i terzi non restano privi di tutela. La normativa di riferimento è prevista dagli artt. 52 e ss. del codice antimafia. Quanto ai crediti si stabilisce come regola generale che la confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro. Onde evitare elusioni dell'azione di prevenzione si prevedono però dei limiti alla tutela di tali situazioni giuridiche. Occorre in particolare: a) che l'escussione del restante patrimonio del proposto sia risultata insufficiente al soddisfacimento del credito, salvo per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati; b) che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità; c) nel caso di promessa di pagamento o di ricognizione di debito, che sia provato il rapporto fondamentale; d) nel caso di titoli di credito, che il portatore provi il rapporto fondamentale e quello che ne legittima il possesso. I crediti vengono in ogni caso soddisfatti nei limiti del sessanta per cento.

La confisca definitiva di un bene determina invece lo scioglimento dei contratti aventi ad oggetto un diritto personale di godimento, nonché l'estinzione dei diritti reali di godimento sui beni stessi. A costoro spetta in prededuzione un equo indennizzo commisurato alla durata residua del contratto o alla durata del diritto reale e calcolato in base a dei criteri fissati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro della giustizia.

In caso di confisca di beni in comunione, occorre distinguere due ipotesi.

Se il bene è indivisibile, i comproprietari in buona fede hanno il diritto di prelazione per l'acquisto della quota confiscata commisurata al valore di mercato, salvo che sussista la possibilità che il bene, in ragione del livello di infiltrazione criminale, possa tornare anche per interposta persona nella disponibilità del proposto, di taluna delle associazioni di cui all'articolo 416-bis c.p., o dei suoi appartenenti.

Se i comproprietari in buona fede non esercitano il diritto di prelazione o non si possa procedere alla vendita, il bene viene acquisito per intero al patrimonio dello Stato al fine di soddisfare un concreto interesse pubblico. In tal caso i predetti soggetti hanno diritto alla corresponsione di una somma equivalente al valore attuale della propria quota di proprietà.

⁶⁷⁴ FILIPPI – CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, cit., p. 150.

Infine l'art. 52 stabilisce anche una disciplina per dirimere i conflitti tra i creditori del proposto e quelli dell'intestatario fittizio del bene confiscato. Si prevede che nel caso in cui venga dichiarata l'intestazione o il trasferimento fittizio del bene, i creditori del proposto sono preferiti ai creditori chirografari in buona fede dell'intestatario fittizio, se il loro credito sia anteriore all'atto di intestazione fittizia.

La procedura per la soddisfazione dei suddetti crediti ha natura concorsuale e ricalca quella prevista per il fallimento degli imprenditori commerciali (artt. 54 ss..).

8. *Le ulteriori confische previste nella legislazione di prevenzione* – Il codice antimafia prevede ulteriori ipotesi di confisca rispetto a quella di cui all'art. 24. Si tratta di casi peculiari di confisca, la cui natura giuridica va apprezzata separatamente.

a) L'art. 25 codice antimafia prevede un'ipotesi di confisca per equivalente. Questa può essere disposta in due distinte situazioni. In primo luogo è statuito che «Se la persona nei cui confronti è proposta la misura di prevenzione disperde, distrae, occulta o svaluta i beni al fine di eludere l'esecuzione dei provvedimenti di sequestro o di confisca su di essi, il sequestro e la confisca hanno ad oggetto denaro o altri beni di valore equivalente». La disposizione ha la finalità di rendere effettiva l'applicazione della confisca, consentendone la forma per equivalente a fronte di condotte del proposto volte a evitare l'ablazione. La confisca in esame, in quanto colpisce beni ulteriori rispetto a quelli di accertata provenienza illegittima, ha ad oggetto cespiti di provenienza lecita. Ciò fa dubitare che essa assuma i connotati di una misura di prevenzione⁶⁷⁵. In merito si possono configurare diverse soluzioni.

Innanzitutto si potrebbe ritenere che il legislatore abbia voluto configurare una vera e propria surrogazione reale dell'oggetto della confisca, senza con ciò alterare la natura del provvedimento confiscatorio. In sostanza si tratterebbe di una situazione assimilabile a quella prevista dall'art. 948 c.c., ove si prevede che il proprietario che esperisce con successo l'azione di rivendica, laddove il terzo disperda il bene rendendo impossibile la consegna della cosa oggetto del diritto di proprietà, abbia diritto a ottenere l'equivalente monetario del bene. Anche nel caso dell'art. 25 codice antimafia sembrerebbe configurarsi una situazione di surrogazione reale analoga a quella appena descritta.

Altrimenti, ove si voglia escludere la natura preventiva, si deve ritenere che la confisca in esame si configuri come vera e propria sanzione giuridica, conseguenza dell'illecito posto in essere dal proposto e consistente nel fatto di disperdere, distrarre, occultare o svalutare il bene sequestrato o confiscato al fine di impedire l'esecuzione della misura di prevenzione. La condotta in esame può ben configurarsi come un fatto antidoveroso, sicché la confisca per equivalente si atterrebbe a vera e propria sanzione giuridica. In particolare si tratterebbe di una

⁶⁷⁵ MAIELLO, *op. ult. cit.*, p. 398.

vera e propria sanzione punitiva, volta a reprimere l'illecito del proposto. A seguito dell'ablazione questo non si troverà nella situazione equipollente a quella che ci sarebbe stata se non avesse disperso i beni sequestrati o confiscati, sicché va esclusa qualsiasi natura esecutiva della misura. La tesi che riconosce natura sanzionatoria alla confisca in esame pare preferibile.

La confisca per equivalente viene disposta anche nel caso in cui i beni non possano essere confiscati in quanto trasferiti legittimamente, prima dell'esecuzione del sequestro, a terzi in buona fede. In tal caso non si esige alcuna finalità specifica in capo all'agente sul piano dell'elemento soggettivo. La natura giuridica di tale confisca appare particolarmente problematica. Nel caso in cui il trasferimento in favore del terzo sia avvenuto dietro corrispettivo congruo, il prezzo o i beni ottenuti costituiscono il frutto del reimpiego di beni di provenienza illecita. In tal caso si può ancora riconoscere alla confisca una natura preventiva, in quanto ha l'effetto di sottrarre al proposto beni frutto dell'impiego di quelli di provenienza illecita, ossia beni in ultima analisi di provenienza illegittima⁶⁷⁶. Nel caso in cui il trasferimento sia avvenuto a titolo gratuito, appare difficile riconoscere natura preventiva alla confisca, posto che viene reciso ogni legame tra il provvedimento e i beni di provenienza illecita. Pertanto in tale ipotesi sembra configurarsi ancora una volta una sanzione punitiva⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ In tal modo sembra aver ragionato la Suprema Corte in una recente pronuncia: Cass. pen., sez. I, sent. 15 luglio 2016, n.30219, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 19 febbraio 2017), secondo cui la confisca di prevenzione può colpire altresì l'utilità patrimoniale che deriva dalla vendita di un immobile se questo era frutto di attività criminosa: «Circa un profilo cui può attribuirsi rilievo in diritto, rappresentato dalla ritenuta assenza di incidenza, a fini giustificativi degli acquisti, delle plusvalenze derivanti dalle operazioni di vendita immobiliare, l'interpretazione delle norme regolatrici fornita dalla Corte di merito è da ritenersi del tutto corretta.

L'opzione difensiva porterebbe a ritenere, almeno in parte, "giustificato" l'acquisto di beni realizzato dal soggetto portatore di pericolosità attraverso l'impiego del differenziale (positivo) tra il costo iniziale dell'acquisto di un immobile e la plusvalenza derivante dalla successiva rivendita a terzi.

Tuttavia, pur essendo di per sé l'operazione di alienazione un atto lecito, è esatto ritenere - come affermato nel provvedimento impugnato - che lì dove il primo acquisto (del bene poi rivenduto) non risulti giustificato, la connotazione di probabile derivazione del bene primario dalla sottostante attività *contra legem* del proposto rende del tutto irrilevante, a fini di riduzione dello squilibrio, il beneficio economico derivante dall'impiego speculativo del bene.

In altre parole, la giustificazione di provenienza che - in sede di prevenzione patrimoniale - deve essere fornita dal soggetto interessato, una volta che venga dimostrato dall'accusa il complessivo squilibrio di valori tra reddito e investimenti non può alimentarsi dalla allegazione di un reddito derivante dall'impiego (o dalla vendita a terzi) di uno dei beni il cui acquisto primario non sia, a sua volta, giustificato. Ciò perché l'impiego del bene in questione realizza, in realtà, una forma di utilizzo a fini ulteriormente speculativi di una porzione di patrimonio di illecita provenienza, passibile, di per sé, di confisca. Il successivo recupero di una plusvalenza equivale, pertanto, a reimpiego e non può assumere alcuna connotazione giustificativa.

Ciò che rileva, pertanto, è la mancata giustificazione dell'acquisto iniziale e, sul tema, nessun rilievo può essere attribuito alla erogazione di un mutuo bancario, posto che il D. P. non soltanto non ha fornito dimostrazione - nel corso del giudizio di merito - delle modalità di ottenimento del finanziamento (a fronte di una redditività ufficiale prossima allo zero, il che porta a ritenere di dubbia liceità l'accoglimento della sua domanda da parte dell'ente creditizio) ma ha comunque sostenuto, con utilizzo di denaro di illecita provenienza, i relativi costi almeno sino al momento della successiva alienazione».

⁶⁷⁷ MAIELLO, *ivi*, p. 399 che riconosce in ogni caso alla confisca in esame la natura di sanzione

Quando risulti che i beni confiscati dopo l'assegnazione o la destinazione sono rientrati, anche per interposta persona, nella disponibilità o sotto il controllo del soggetto sottoposto al provvedimento di confisca, si può disporre la revoca dell'assegnazione o della destinazione da parte dello stesso organo che ha disposto il relativo provvedimento (art. 48, comma 15 codice antimafia).

b) Un ulteriore caso di confisca è previsto dall'art. 32, comma 1 codice antimafia. È stabilito che in caso di violazione degli obblighi o dei divieti derivanti dall'applicazione della misura di prevenzione, il tribunale dispone la confisca della cauzione oppure che si proceda ad esecuzione sui beni costituiti in garanzia, sino a concorrenza dell'ammontare della cauzione.

Si tratta di una misura di natura sanzionatoria, volta a reprimere la condotta violativa degli obblighi derivanti dalla misura di prevenzione. In particolare si tratta di una vera e propria sanzione punitiva.

Nel caso in cui, emessa la confisca, permangano le condizioni che giustificarono la cauzione, il tribunale, su richiesta del procuratore della Repubblica o del questore e con le forme previste per il procedimento di prevenzione, dispone che la cauzione sia rinnovata, anche per somma superiore a quella originaria (art. 32, comma 2 codice antimafia).

c) Infine un'ipotesi di confisca è prevista dall'art. 34, comma 7 codice antimafia. Si prevede che «Entro i quindici giorni antecedenti la data di scadenza dell'amministrazione giudiziaria dei beni o del sequestro, il tribunale, qualora non disponga il rinnovo del provvedimento, delibera in camera di consiglio, alla quale può essere chiamato a partecipare il giudice delegato, la revoca della misura disposta, ovvero la confisca dei beni che si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego».

In passato quando vigeva il principio di accessorieta' tra la confisca e le misure di prevenzione personali, tale confisca, prevista dall'art. 3-*quinquies* della l. 31 maggio 1965, n. 575, era detta "atipica" in quanto poteva colpire anche persone contro cui era impossibile l'applicazione delle misure di natura personale.

Si ricordi che l'amministrazione giudiziaria prevista dall'art. 34 del Codice antimafia è disposta quando ricorrono sufficienti elementi di fatto per ritenere che il libero esercizio di attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, agevoli l'attività delle persone nei cui confronti sia stata proposta o applicata una misura di prevenzione ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per uno dei delitti di cui agli artt. 416-*bis*, 629,630, 644, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale. Non si tratta di un provvedimento avente lo scopo principale di consentire la futura confisca. Esso ha la «finalità di interrompere le attività agevolatrici e di prevenirne altre mediante un intervento diretto sull'amministrazione che non si deve limitare alla mera gestione, ma deve tendere anche alla rimozione delle condizioni che hanno

punitiva.

determinato il provvedimento»⁶⁷⁸.

Va rilevato che la confisca in tal caso colpisce persone per le quali non sussistono gli indici di pericolosità fissati dall'art. 4 codice antimafia. Dunque la misura mira a rimuovere beni oggettivamente inquinati da traffici illeciti, assumendo una funzione essenzialmente ripristinatoria del corretto funzionamento del circuito economico. In quanto non viene in rilievo la pericolosità sociale del soggetto che dispone dei beni, la confisca in esame non sembra configurare una misura di natura preventiva, salvo voler postulare una sorta di pericolosità immanente delle cose che rilevarebbe a prescindere da chi ne sia il titolare, il che pare tesi eccessivamente artificiosa. Dunque è preferibile ritenere che la misura in esame si atteggi a vera e propria sanzione esecutiva conseguenza dei fatti illeciti da cui sono scaturiti i beni espropriati.

9. *Conclusioni.* – All'esito dell'analisi della confisca di prevenzione emergono alcuni punti fermi ma anche molti aspetti problematici non destinati a una rapida soluzione definitiva.

Un punto fermo è di certo rappresentato dall'inquadramento dogmatico dell'istituto, alla luce delle scelte operate dal legislatore. La confisca antimafia senza dubbio va considerata come vera e propria misura di prevenzione priva di qualsiasi connotazione sanzionatoria. Invero, al di là di qualsiasi preoccupazione per un uso incontrollato dello strumento, resta il fatto che, sia a livello nazionale, quanto a livello sovranazionale si è imposta l'idea che la pericolosità sociale possa scaturire non solo da caratteristiche o qualità personali dell'agente o dal suo stile di vita (aspetti neutralizzati dalle misure preventive personali), ma anche dalla disponibilità di capitali di illecita provenienza. In tale ottica negare la natura di strumento di prevenzione alla confisca antimafia appare una vera e propria forzatura sistematica, fonte di gravi incongruenze applicative.

Nondimeno non possono dirsi pretestuose le critiche che la dottrina muove al fenomeno giuridico della prevenzione patrimoniale. Il punto critico della confisca di prevenzione è stato dai più ravvisato nella circostanza che essa consente una coercizione del diritto di proprietà che prescinde dalla realizzazione di un fatto illecito e dal parametro della colpevolezza. Se è vero che nella moderna scienza giuridica che si è occupata di misure coercitive, il "fatto" costituisce il principale mezzo di garanzia contro indebite intromissioni del potere costituito nella sfera di libertà dei cittadini, ben si comprende la ragione per cui la dottrina ha ravvisato nel sistema della prevenzione patrimoniale un luogo «ove il diritto come garanzia cede il passo alla lotta mediante il diritto»⁶⁷⁹.

Ciò detto, la questione in ordine alle misure di prevenzione patrimoniale a

⁶⁷⁸ PIGNATONE, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 19 febbraio 2017).

⁶⁷⁹ MANGIONE, *op. ult. cit.*, p. 496.

parere di chi scrive è una sola: si tratta di stabilire se, in virtù dei dubbi avanzati dalla dottrina, tali misure siano o meno conformi alla Carta costituzionale. Con ciò si vuole dire che in relazione al variegato mondo delle misure di prevenzione patrimoniali due sono le alternative che l'interprete può seguire: o ritenere che si tratti di misure incostituzionali, in quanto nell'ordinamento giuridico italiano nessuna coercizione è possibile se non a seguito di un fatto antidoveroso; o si deve ritenere che si tratti di misure assolutamente ammissibili e allora si tratta solamente di verificare fattispecie per fattispecie se la scelta legislativa si mantenga entro i canoni della ragionevolezza e della proporzionalità.

Sostenere la conformità costituzionale della prevenzione patrimoniale e dolersi successivamente delle sue modalità operative non pare del tutto coerente. Una misura che opera prima ancora della commissione di un fatto illecito e mira a contrastare la pericolosità di un soggetto non può che fondarsi sull'uso di presunzioni. La pericolosità è una qualità della persona e, come tale, non si può osservare in modo diretto, ma solo desumere da elementi indiziari. Di conseguenza o il contrasto della pericolosità sociale è da ritenere ormai un relitto storico del passato, del tutto incompatibile con i principi posti dalla Costituzione, o, se si ritiene che esso sia in qualche modo giustificabile sul piano costituzionale, allora l'uso di tecniche presuntive che prescindono dall'accertamento pieno di un reato non deve condurre a eccessivo sgomento. Per tale ragione non sembra realmente utile, e anzi sembra del tutto incoerente, affermare che il sistema della prevenzione patrimoniale sia costituzionale e anzi ultimo baluardo della lotta alla criminalità organizzata e poi criticare la circostanza che esso si fondi su un insieme di presunzioni che prescindono dalla commissione di un illecito o che non rispettano gli standard probatori propri del processo penale. Maggiore coerenza presentano gli autori che respingono totalmente e incondizionatamente lo stesso strumento della prevenzione *ante delictum*⁶⁸⁰. Una volta ammessa la costituzionalità degli strumenti di prevenzione, compito dell'interprete è valutare la ragionevolezza delle scelte legislative in punto di accertamento della pericolosità sociale e di idoneità e proporzionalità dei mezzi predisposti dal legislatore per contrastarla. In tale ottica, ad esempio, la circostanza che la confisca possa riguardare un soggetto sospettato di appartenere ad un'associazione mafiosa, che abbia capitali sproporzionati rispetto ai redditi dichiarati e che non sappia giustificarne la legittima provenienza pone solamente il problema se una tale presunzione di provenienza delittuosa dei capitali operata dal legislatore sia o meno ragionevole in base a massime di esperienza⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ Per tutti si veda FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., *passim*.

⁶⁸¹ In sostanza nel ramo del diritto prevenzionistico non si tratta di assicurare garanzie minime in relazione alla struttura della fattispecie (come ad esempio il divieto di forme di responsabilità incolpevole), bensì di garantire la ragionevolezza del potere pubblico, in modo analogo a quanto avviene ove si tratti di accertare il corretto uso di un potere da parte di una amministrazione pubblica. Il potere di prevenzione, non avendo carattere punitivo, deve semplicemente operare nel rispetto dei principi generali del potere pubblicistico, quali il principio di stretta legalità, di proporzionalità, di tutela dell'affidamento, di ragionevolezza, di imparzialità. Dunque si tratta di valutare se il potere in esame sia stato esercitato in modo ragionevole e nel rispetto della legalità ad opera dell'autorità

A ben vedere il vero punto dolente della prevenzione patrimoniale risiede nella circostanza che essa prescinde da qualsiasi accertamento puntuale dei cespiti di provenienza illecita. Il patrimonio illecitamente accumulato viene valutato mediante presunzioni, come l'eccedenza di valore rispetto ai redditi ufficiali. Ciò genera il rischio concreto di pervenire all'ablazione anche di ricchezze non illecite. Sennonché come hanno sottolineato anche le Sezioni unite nella succitata pronuncia del 2014 le ablazioni fondate su meccanismi presuntivi non sono estranee al nostro ordinamento, ma soprattutto sono previste ormai dalla stessa normativa eurounitaria (v. la direttiva 2014/42) e ammesse dalla stessa Corte di Strasburgo⁶⁸².

Quanto invece alle garanzie processuali, le misure di prevenzione patrimoniali sono disposte nell'ambito di un procedimento giurisdizionale, assistito dalle garanzie del contraddittorio e della imparzialità e terzietà dell'organo giudicante. Ovviamente non è previsto il rispetto dei principi fondamentali che informano il processo penale, proprio in ragione della natura non sanzionatoria della confisca di prevenzione.

In definitiva le misure di prevenzione patrimoniali testimoniano un radicale mutamento nel contrasto alle nuove forme di criminalità organizzata, le quali si caratterizzano per l'estrema agilità nello spostamento dei capitali illecitamente accumulati. Alla maggiore dinamicità della criminalità organizzata nella riallocazione dei capitali "sporchi", il legislatore nazionale e quello europeo hanno risposto mediante l'introduzione di forme di ablazione patrimoniale più rapide ed efficaci delle tradizionali sanzioni patrimoniali. Un tassello molto importante è stato in questo senso anche l'approdo a forme di riconoscimento reciproco delle decisioni in materia di confisca adottate nello spazio giudiziario europeo.

Di certo molti aspetti sono migliorabili e saranno migliorati dalla costante interazione tra legislatore, autorità giudiziaria e mondo accademico. Ad ogni buon conto la confisca di prevenzione, insieme a quella codicistica e a quella per equivalente a questa sussidiaria, costituisce allo stato attuale uno dei modelli generali che l'istituto confiscatorio assume nell'ordinamento italiano e come tale si pone come punto di riferimento per la disciplina applicabile a forme speciali di confisca disseminate nella legislazione speciale.

competente, non se le garanzie proprie della sanzione penale siano state rispettate. Tale profilo è ben chiaro in passato quando i provvedimenti di prevenzione venivano emessi da un'autorità amministrativa e poi sottoposti al sindacato di legittimità dell'autorità giudiziaria. Con il passaggio del potere di prevenzione a quest'ultima si è creduto che esso dovesse ricevere le connotazioni tipiche del potere giurisdizionale, ossia essere un potere a esercizio vincolato, basato sul mero accertamento della conformità del fatto storico alla fattispecie astratta legale. Ciò ha condotto alla perdita di vista delle differenze essenziali tra il potere punitivo e quello prevenzionistico, giungendo così ad una indebita unificazione concettuale degli stessi.

⁶⁸² Si veda a titolo esemplificativo Corte EDU, sent. 17 giugno 2014 - Ricorso n.29797/09 – *Cacucci-Sabatelli c. Italia*, in www.giustizia.it (ultimo accesso in data 20 febbraio 2017).

CAPITOLO VIII

LE IPOTESI SPECIALI DI CONFISCA PREVISTE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La confisca «per sproporzione» o «allargata» di cui all'art. 12-*sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356. – 2.1. L'ambito oggettivo di operatività della confisca allargata. – 2.2. I destinatari della confisca per sproporzione. La condanna per uno dei reati previsti dall'art. 12-*sexies*. – 2.3. I presupposti applicativi della confisca allargata. – 2.4. La controversa natura giuridica della confisca allargata. – 2.4.1. Il problema del limite temporale all'ambito operativo della confisca allargata. – 2.5. La disciplina della confisca allargata. – 2.6. la confisca per equivalente ai sensi dell'art. 12-*sexies*, comma 2-*ter*. – 2.7. Osservazioni conclusive. – 3. La confisca nella normativa concernente la responsabilità da reato degli enti. – 3.1. La confisca nel sistema sanzionatorio previsto dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. – 3.2. La confisca prevista dall'art. 19 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. – 3.2.1. La confisca per equivalente prevista dall'art. 19 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. – 3.2.2. L'operatività della confisca di cui all'art. 19 in caso di applicazione della sanzione su richiesta. – 3.2.3. La confisca sui beni di terzi. – 3.2.3.1. Il problema dell'ammissibilità della confisca sui beni dell'ente sottoposti a vincolo fallimentare. – 3.2.4. Il problema della delimitazione del profitto confiscabile. – 3.2.4.1. Considerazioni critiche sulla nozione di profitto del reato. Il problema dell'individuazione dei costi scomputabili. – 3.2.4.2. Il problema della confiscabilità dei vantaggi immateriali. – 3.3. La confisca prevista dall'art. 6, comma 5 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. – 3.4. Le ulteriori ipotesi di confisca previste dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. – 3.5. Osservazioni conclusive. – 4. La confisca «urbanistica» di cui all'art. 44, comma 2 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. – 4.1. La natura giuridica della confisca urbanistica secondo la giurisprudenza tradizionale. – 4.2. Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Sud Fondi. La risposta della giurisprudenza italiana. – 4.3. La sentenza Varvara della Corte Edu e il recente intervento della Corte Costituzionale. – 4.4. Considerazioni conclusive sulla confisca urbanistica. – 5. La confisca del veicolo nel diritto penale della circolazione stradale. – 5.1. La natura giuridica della confisca: il dibattito antecedente alla l. 29 luglio 2010, n. 120. – 5.2. Il dibattito a seguito della l. 29 luglio 2010, n. 120. I punti ancora controversi della disciplina della confisca in materia stradale. – 5.3. Il limite alla confisca del veicolo: l'appartenenza del bene al terzo estraneo al reato. Il problema della confiscabilità del veicolo detenuto a titolo di *leasing*. – 6. La confisca nei reati ambientali. – 6.1. Le confische previste dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. – 6.2. La confisca prevista dall'art. 452-*undecies* c.p.. Il problema della natura giuridica. – 6.2.1. Alcuni profili problematici del regime giuridico delineato dall'art. 452-*undecies* c.p.. – 7. La confisca prevista dalla legislazione penale concernente i beni culturali. – 7.1. La confisca prevista in caso di trasferimento o esportazione illecita di beni culturali (art. 174 c.b.c.). – 7.2. La confisca prevista in caso di contraffazione di opere

d'arte (art. 178, comma 4 c.b.c.). – 7.3. La confisca in materia di danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale (art. 733, comma 2 c.p.). – 8. La c.d. confisca “amministrativa”.

1. Premessa. – Nei capitoli precedenti sono state analizzate le principali ipotesi di confisca previste dall’ordinamento giuridico italiano, che possono considerarsi veri e propri modelli generali dell’istituto confiscatorio. Ciò in quanto ciascuna di esse individua una disciplina di riferimento cui ricondurre ogni ipotesi “innominata” di confisca prevista dalle leggi speciali.

Seguendo questo ragionamento si può dunque sostenere che, nell’ordinamento italiano, esistono tre modelli fondamentali di confisca. Il primo e più risalente è quello della confisca che si configura come misura di sicurezza *post delictum* e che trova negli artt. 236 e 240 c.p. la sua disciplina di riferimento. Il secondo modello è quello della confisca come sanzione giuridica – esecutiva o punitiva a seconda dei casi – che si ricollega alla confisca per equivalente “sussidiaria” alla confisca ordinaria. Il terzo modello è rappresentato dalla confisca come misura di sicurezza *ante delictum* (o misura di prevenzione) che è la confisca individuata dall’art. 24 codice antimafia. Tali confische sono i punti di riferimento fondamentali per l’interprete per la ricostruzione della disciplina applicabile ai casi di confisca previsti dalle leggi speciali. Dinanzi a un caso speciale di confisca l’interprete deve analizzare i caratteri essenziali della misura per valutare la sua riferibilità a uno dei suddetti modelli generali, così da applicare il relativo statuto giuridico in assenza di diverse indicazioni legislative.

Nel presente capitolo si analizzeranno le principali ipotesi di confisca previste dalla legislazione speciale, che hanno posto maggiori dubbi in ordine alla natura giuridica e allo statuto giuridico applicabile. L’analisi di tali misure confiscatorie sarà importante anche per una conferma sistematica degli approdi raggiunti nei precedenti capitoli.

Si inizierà dallo studio della confisca per sproporzione o anche detta “allargata” (par. 2), figura che oscilla tra le misure di sicurezza *post delictum* e le sanzioni esecutive e che strutturalmente riprende alcuni connotati tipici della confisca di prevenzione. Successivamente si analizzerà la peculiare ipotesi di confisca prevista nel caso di responsabilità degli enti da reato (par. 3) che presenta talune peculiarità interessanti rispetto al panorama normativo generale.

Si proseguirà con lo studio dei principali esempi di confisca aventi funzione sanzionatoria: si fa riferimento in particolare alla confisca urbanistica (par. 4), a quella stradale (par. 5), a quella in materia ambientale (par. 6) e a quella in materia di patrimonio culturale (par. 7).

Infine si faranno dei cenni anche alla confisca amministrativa prevista dalla l. 24 novembre 1981, n. 689 (par. 8).

2. *La confisca per sproporzione o «allargata» di cui all'art. 12-sexies del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356.* – La confisca per sproporzione (o detta anche “allargata”) rappresenta un ulteriore strumento predisposto dall’ordinamento giuridico contro l’accumulazione illecita di patrimoni.

Essa costituisce l’ennesimo rimedio fornito dal legislatore per superare le criticità che nel tempo ha manifestato la confisca ordinaria di cui all’art. 240 c.p.. In particolare si fa riferimento al limite rappresentato dal nesso di pertinenzialità tra i beni confiscabili e il reato che deve sussistere ai fini dell’ablazione patrimoniale. Le difficoltà connesse al calcolo dell’esatto ammontare del prezzo, del profitto del reato, all’accertamento del nesso di diretta derivazione tra i suddetti proventi e il reato hanno condotto nel tempo alla ricerca di una rimodulazione della morfologia della confisca di sicurezza. Peraltro l’emersione nel contesto nazionale e internazionale di una nuova forma di criminalità organizzata più incline alla penetrazione nei tessuti economici del circuito economico e dotata di una maggiore capacità rispetto al passato nello spostamento e nel riciclaggio dei capitali illeciti ha posto al centro del dibattito politico e scientifico il tema dell’aggressione ai patrimoni derivati dal reimpiego di capitali illecitamente acquisiti. La confisca ordinaria, ancorata al suddetto nesso di derivazione tra proventi e reato, non si mostrava strumento idoneo a fronteggiare le nuove forme di manifestazione della criminalità organizzata.

La confisca per sproporzione è scaturita quindi dall’esigenza di elidere il nesso di pertinenzialità dai presupposti per la confisca di sicurezza. Un primo tentativo in questa ottica è stato attuato con l’introduzione dell’art. 12-*quinquies*, comma 2 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356, successivamente dichiarato incostituzionale dal giudice delle leggi dopo pochi anni dalla sua entrata in vigore. In base a tale disposizione erano puniti coloro che, *indagati* nell’ambito di un procedimento penale per i delitti ivi previsti ovvero sottoposti a procedimento giudiziario per l’applicazione di una misura di prevenzione personale, risultavano essere titolari o avere la disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, e dei quali non potevano giustificare la legittima provenienza. In tali casi i predetti beni e utilità erano sottoposti a confisca.

La confisca prevista dall’art. 12-*quinquies* è stata eliminata per effetto di un intervento della Corte Costituzionale che con la sentenza n. 48 del 9 febbraio 1994 ne ha dichiarato l’illegittimità per contrasto con il principio di eguaglianza e della presunzione di non colpevolezza. La Corte ha osservato come, nel caso in esame, la punibilità e la connessa confisca dei beni fosse basata sul mero possesso di valori sproporzionati da parte di un soggetto avente una mera qualifica procedimentale, ossia quella di indagato. In tal modo si giungeva a una grave discriminazione tra soggetti indagati e non in relazione alla sottoponibilità alla sanzione punitiva: i primi erano punibili e i secondi erano esenti da sanzione. Ciò risultava irragionevole, dato che la qualifica di indagato non solo è temporanea ma è altresì reversibile. Di

conseguenza si faceva dipendere l'applicazione della pena da un dato puramente estrinseco rispetto all'offesa e del tutto contingente. Peraltro la qualifica di indagato veniva fatta assurgere a elemento sintomatico decisivo da cui desumere l'addebitabilità al soggetto di precedenti reati di cui non veniva tuttavia fornita la prova, in tal modo introducendo una fattispecie di reato di sospetto incompatibile con la presunzione di innocenza di cui all'art. 27, comma 2 Cost.. L'illegittimità della norma incriminatrice si saldava inoltre con quella della norma che disponeva l'applicazione della confisca in relazione ai beni di valore sproporzionato. La Corte ha evidenziato come l'art. 12-*quinquies* avesse generato un'inammissibile commistione tra il piano della prevenzione patrimoniale e quello della repressione penale, come si desumeva dal raffronto tra i presupposti previsti per l'applicazione della pena e quelli relativi alla confisca. Invero la stessa fattispecie poteva dar luogo all'applicazione sia di una pena quanto di una misura a carattere preventivo, così generando una indebita commistione tra settori dell'ordinamento del tutto eterogenei: quello del diritto penale sostanziale e quello delle misure di prevenzione. E in tale sovrapposizione di piani – sostiene la Corte – risiede il vizio di fondo della disposizione censurata: «Se, infatti, può ritenersi non in contrasto con i principi costituzionali una norma che, al limitato fine di attivare misure di tipo preventivo, desume dalla qualità di indiziato per taluni reati il sospetto che la sproporzione tra beni posseduti e reddito dichiarato possa esser frutto di illecita attività, altrettanto non può dirsi ove l'analoga situazione venga ricondotta all'interno di una previsione incriminatrice, giacché la legittimità di una simile fattispecie rinverrebbe un insormontabile ostacolo proprio nel principio di presunzione di non colpevolezza». In sostanza l'uso della tecnica del sospetto può giustificare misure di tipo preventivo ma non sanzioni di carattere punitivo.

Le indicazioni del giudice delle leggi hanno condotto il legislatore all'introduzione dell'art. 12-*sexies* nella l. 7 agosto 1992, n. 356⁶⁸³, il quale, riprendendo la struttura della disposizione censurata in sede di legittimità, non prevede una fattispecie incriminatrice, bensì una autonoma misura confiscatoria che si aggancia non più alla qualità di indagato, bensì a quella di condannato⁶⁸⁴.

⁶⁸³ La disposizione è stata introdotta con il d.l. 22 febbraio 1994, n. 123 che, non convertito in legge, fu reiterato in modo identico prima con il d.l. 22 aprile 1994, n. 246 e poi, in modo definitivo, con il d.l. 20 giugno 1994, n. 399, convertito in l. 8 agosto 1994, n. 501.

⁶⁸⁴ Sulla confisca allargata prevista dall'art. 12-*sexies* si rinvia per ulteriori approfondimenti a ABBAGNANO – TRIONE, *L'art. 12-sexies della L. n. 356/92: ancora una frode delle etichette*, in *Riv. pen. econ.*, 1995, 437; ARDITURO, *Confisca obbligatoria in caso di condanna*, in *Guida dir.*, II, 2008, p. 92; ARDITURO – CIOFFI, *La confisca ordinaria*, cit., p. 746; ARPINO, *I presupposti applicativi della confisca dei beni di provenienza ingiustificata (art. 12-sexies L. n. 356/92)*, in *Ind. pen.*, 2005, 189; AULETTA – SERPICO, *La natura giuridica della confisca e l'incidenza della Cedu*, in *Imm. dir.*, 2010, 6, p. 207; BERNASCONI, *La "speciale" confisca introdotta dal d.l. 20 giugno 1994, n. 399 conv. nella l. 8 agosto 1994, n. 501*, in *Dir. pen. proc.*, 1994, 1417; BONO, *La distinzione tra sequestro preventivo ex art. 322-ter c.p. e art. 12-sexies D.L.306/1992*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 224; CELENTANO, *La nuova particolare ipotesi di confisca obbligatoria dei proventi delle attività criminose*, in *Riv. pen. econ.*, 1994, p. 306; CANTONE, *La confisca per sproporzione*, in MAIELLO, *La legislazione*, cit., p. 119; CERASE, *La confisca dei beni sproporzionati innanzi alle Sezioni unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 111; CHIARIELLO G., *Sequestro preventivo ex art. 321*

In base alla nuova disposizione nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti ivi previsti, «è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per

c.p.p. e 12 sexies l. n. 356 del 1992: misura di prevenzione o provvedimento cautelare?, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1629; BARGI, *“Processo al patrimonio”*, cit., p. 15; CONTRAFATTO, *La confisca “estesa” ex art. 12 sexies d.l. n. 306/92: presupposti, effetti, profili processuali*, in BALSAMO – CONTRAFATTO – NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., p. 301; CISTERNA, *Strumenti e tecniche di accertamento della confisca per sproporzione e della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, 2084; DI CHIARA, *Modelli e standard probatori in tema di confisca dei proventi di reato nello “spazio giudiziario europeo”: problemi e prospettive*, in *Foro it.*, 2002, p. 263; DI LENA, *Giudice dell’esecuzione e confisca di valori ingiustificati: un principio di diritto non “innocuo” dal punto di vista costituzionale*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 1215; FIDELBO, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies legge n. 356/1992: dall’esclusione dal nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1182; FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit.; FORNASARI, *L’ultima forma di manifestazione della cultura del sospetto: il nuovo art. 12-sexies della L. n. 356 del 1992*, in *Crit. dir.*, 1996, p. 18; FOSCHINI, *La natura e il procedimento per l’applicazione della “misura” di cui all’art. 12-sexies della Legge n. 356/1992*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale: diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996, p. 191; GIALANELLA, *Patrimoni di mafia. La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli, 1998; IELO, *Confisca e prescrizione: nuovo vaglio delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1397; INZERILLO, *In tema di confisca di valori ingiustificati*, in *Giur. it.*, 1998, p. 1465; LAUDATI, *Dalle pene tradizionali alle misure di prevenzione e di sicurezza: i nuovi strumenti di contrasto alla criminalità economica e la crisi del modello punitivo classico*, in *Riv. pen. econ.*, 1994, p. 325; ID., *La criminalità economica*, cit.; LOSAPPIO, *La confisca “speciale”*, in *Riv. dir. pen. econ.*, 2008, p. 420; MAIELLO, *La prevenzione patrimoniale in trasformazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 805; ID., *Confisca, CEDU e Diritto dell’Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 25 febbraio 2017); MANGIARACINA, *Cooperazione giudiziaria e forme di confisca*, in *dir. pen. e proc.*, 2013, p. 369; MARIELLA, *L’aggressione ai patrimoni illeciti e ed alle attività economiche della criminalità organizzata: quadro normativo e tecniche di indagine*, in *Quaderni CSM*, 1998, 104, 590; MAZZA, *Art. 12 sexies d.l. n. 306 del 1992; una particolare ipotesi di confisca a contraddittorio anticipato necessario*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3287; MENDITTO, *La confisca allargata o per sproporzione di cui all’art. 12 sexies d.l. n. 356/92, conv. dalla l. n. 356/92*, in www.questionegiustizia.it (ultimo accesso in data 23 febbraio 2017); MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 728; NANULA, *Le nuove norme sul possesso ingiustificato di valori*, in *Il Fisco*, 1995, p. 10134; ID., *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici. Strutture di coordinamento. Legislazione vigente*, Milano, 2009; NAPOLITANO, *Problemi in tema di confisca: la “disponibilità” del bene in leasing e l’accertamento della “buona fede” del “terzo estraneo”*, in *Giur. it.*, 2011, p. 917; PICCIOTTO, *La confisca di cui all’art. 12 sexies D.L. n. 306 del 1992*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 204; PICCIRILLO, *La confisca per sproporzione*, in TARTAGLIA (a cura di), *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi*, Roma, 2012; SANTORIELLO, *Redditi sottratti all’imposizione fiscale e possibilità di confisca dei beni ai sensi dell’art. 12 sexies del d.l. n. 306/1992*, in *Il fisco*, 2012, p. 199; SCUDIERO, *La confisca allargata. Caratteristiche e limiti di configurabilità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 1272; SGUBBI, *L’art. 12-quinquies della legge n. 356 del 1992, come ipotesi tipica di anticipazione: dalla Corte costituzionale all’art. 12-sexies*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale: diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996, p. 26 ss.; SFORZA, *Sulla natura della confisca ex all’art. 12 sexies d.l. 306/1992*, in *Nuovo dir.*, 1997, p. 1001; SQUILLACI, *La confisca allargata quale fronte avanzato di neutralizzazione dell’allarme criminalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 1525; TURONE, *Strategie di contrasto dell’economia criminale*, in *Quest. giust.*, 1994, p. 42; VERGINE, *La componente temporale della sproporzione quale fattore riequilibratore del sequestro finalizzato alla confisca ex art. 12 sexies d.l. n. 306 del 1992*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 619; ID., *Il “contrasto” all’illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012.

interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica».

La disposizione introduce un'ipotesi di confisca sicuramente molto peculiare. Invero essa presenta dei tratti comuni tanto con la confisca ordinaria quanto con quella di prevenzione. Con la prima ha in comune la necessità di una pronuncia di condanna per un illecito penale. Con la seconda ha invece in comune il presupposto della disponibilità di beni per un valore sproporzionato rispetto ai redditi ufficiali e di cui il soggetto interessato non sappia fornire giustificazioni in relazione alla legittima provenienza. Ciò ha posto in serio dubbio la natura giuridica della confisca allargata, generando un contrasto sul punto tra la dottrina prevalente e la giurisprudenza. Su tale aspetto si tornerà in seguito.

Nonostante il difficile *iter* legislativo che ha caratterizzato la genesi dell'istituto, la confisca allargata è divenuta immediatamente l'istituto che, insieme alla confisca di prevenzione, costituisce il principale strumento di aggressione ai patrimoni illecitamente acquisiti, fungendo da decisivo mezzo di prevenzione dei delitti della criminalità economica. Come ogni altra misura di sicurezza di natura patrimoniale prevista dall'ordinamento giuridico anche la confisca allargata ha lo scopo principale di neutralizzare la pericolosità sociale di un soggetto sottraendo alla sua disponibilità i proventi illecitamente ottenuti. Parallelamente non è estranea alla misura anche la finalità di eliminare dal circuito economico beni illecitamente accumulati che, ove reinvestiti, condurrebbero a una complessiva alterazione delle ordinarie dinamiche di mercato.

La confisca allargata nella prassi si è rivelata abbastanza efficace nel conseguimento dei suddetti obiettivi. Basti pensare che il novero dei reati presupposto della stessa è stato progressivamente ampliato nel corso degli anni. Da ultimo è opportuno ricordare l'ennesima modifica apportata dall'art. 5 del d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, di attuazione della direttiva europea 2014/42 relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea. Con tale intervento normativo la confisca allargata è stata estesa anche ai casi di condanna per gravi delitti connessi all'autoriciclaggio, alla corruzione tra privati, a taluni delitti informatici e al terrorismo internazionale⁶⁸⁵.

⁶⁸⁵ In particolare i nuovi delitti per i quali è comminabile la misura in esame sono:

- il delitto di associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p. quando l'associazione è diretta a commettere i reati di Falsificazione di monete, spedita e introduzione nello Stato, previo concerto, di monete falsificate (art. 453 c.p.), Alterazione di monete (art. 454 c.p.), Spedita e introduzione nello Stato, senza concerto, di monete falsificate (art. 455 c.p.), Contraffazione di carta filigranata in uso per la fabbricazione di carte di pubblico credito o di valori di bollo (art. 460 c.p.) e Fabbricazione o detenzione di filigrane o di strumenti destinati alla fabbricazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata (art. 461 c.p.);
- il delitto di autoriciclaggio previsto dall'art. 648-ter.1 c.p.
- il delitto di corruzione tra privati previsto dall'art. 2635 c.c.;
- il reato di utilizzo indebito di carte di credito o di pagamento previsto dall'art. 55, comma 9, d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231.
- i reati informatici di cui agli artt. 617-*quinquies* (Installazione di apparecchiature atte ad intercettare,

La confisca allargata inoltre appare del tutto coerente con le direttive di azione provenienti dall'ordinamento eurounitario. Sul punto è sufficiente ricordare l'art. 3 della direttiva 2005/212 che attribuisce agli Stati il potere di introdurre disposizioni con cui prevedere, in caso di condanna per un reato, la possibilità di confiscare un bene «quando si stabilisce che il valore del bene è sproporzionato al reddito legittimo della persona condannata e un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata stessa». E ancora: ai sensi dell'art. 5 della direttiva 42/2014 è stabilito il dovere degli Stati di procedere all'adozione delle misure necessarie per poter procedere alla «confisca, totale o parziale, dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico, laddove l'autorità giudiziaria, in base alle circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, come il fatto che il valore dei beni è sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata, sia convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose».

Ciò posto, è necessario procedere all'analisi dell'ambito operativo della misura e dei relativi presupposti applicativi. Successivamente si procederà all'illustrazione del dibattito sorto in relazione alla sua natura giuridica e quindi all'individuazione del relativo statuto giuridico.

2.1. L'ambito oggettivo di operatività della confisca allargata. – La confisca allargata, ai sensi dell'art. 12-*sexies* può concernere «denaro, beni o altre utilità», di cui il reo risulti «essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo», anche «per interposta persona fisica o giuridica».

In primo luogo dunque la confisca deve riguardare denaro o beni giuridici. Si tratta di previsione analoga a quella operante in materia di confisca di prevenzione. Come si è sottolineato in quella sede, il legislatore non fa riferimento alle “cose”, come solitamente avviene nella legislazione penale, bensì ai “beni”. La ragione sta nella necessità di ricomprendere nell'ambito operativo della confisca allargata non solo le entità materiali, ma anche quelle immateriali che risultino suscettibili di valutazione economica. E ciò in quanto si tratta di beni in grado di accrescere la potenzialità economica e quindi criminale del reo, sicché si giustifica la legittimità dell'ablazione patrimoniale. Pertanto, come nella confisca di prevenzione,

impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche), 617-*sexies* (Falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche), 635 bis (Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici), 635-*ter* (Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità), 635-*quater* (Danneggiamento di sistemi informatici o telematici), 635-*quinquies* (Danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità), quando le condotte ivi descritte riguardano tre o più sistemi.

Inoltre la misura può discendere altresì da una condanna per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo anche internazionale.

può ricadere sotto l'ambito operativo dell'art. 12-*sexies* ogni entità materiale o immateriale, purché avente valore economico⁶⁸⁶.

Per lo più ridondante appare il riferimento alle «altre utilità», locuzione con cui si fa riferimento a qualsiasi elemento costitutivo del patrimonio del reo, come i beni mobili, immobili⁶⁸⁷, mobili registrati, titoli di credito, diritti reali di godimento o di garanzia. Si ritiene invece che non siano sottoponibili a confisca le *res extra commercium* e le *res communes omnium*, nonché i beni assolutamente impignorabili di cui all'art. 514 c.p.c.⁶⁸⁸.

I beni affinché siano confiscabili, devono risultare, anche per interposta persona, nella titolarità ovvero nella disponibilità del condannato.

Per ciò che attiene al concetto di titolarità, si ritiene che questo ricomprenda ogni situazione giuridica soggettiva che conferisce al reo il potere di decisione sul godimento o sulla destinazione del bene. Di conseguenza esso ricomprende non solo la situazione derivante dal diritto di proprietà, ma anche quelle scaturenti da diritti di natura reale.

Il concetto di disponibilità è stato invece ricostruito riprendendo le elaborazioni raggiunte in relazione alla confisca di prevenzione. La disponibilità coincide dunque con quella situazione che consente al condannato di esercitare, di fatto, i poteri dominicali sul bene. In altri termini la disponibilità indica una relazione effettuale connotata dall'esercizio di poteri di fatto analoghi a quelli del proprietario, a prescindere dalla titolarità di qualsiasi diritto o di altra situazione giuridica⁶⁸⁹.

La prova della natura fittizia di una intestazione in favore di terzi o comunque dell'effettiva disponibilità in favore del reo deve essere rigorosa e non meramente indiziaria o presuntiva. Sul punto si è evidenziato come in caso di confisca per sproporzione non sia possibile richiamare automaticamente i principi probatori elaborati in materia di misure di prevenzione, posta la diversità esistente tra il procedimento di prevenzione e quello penale destinato a sfociare nella confisca in esame⁶⁹⁰. Peraltro le presunzioni operanti in materia prevenzionistica, in quanto *in malam partem*, si configurano come eccezionali e dunque di stretta applicazione.

La giurisprudenza afferma parimenti l'esigenza di un accertamento rigoroso del requisito della disponibilità in favore del condannato, ritenendo insufficienti allo scopo mere presunzioni o singoli elementi indiziari. La prova indiziaria può essere utilizzata, solo entro i rigorosi limiti posti dall'art. 192, comma 2 c.p.p.⁶⁹¹.

Tuttavia non mancano prese di posizione della giurisprudenza di legittimità che tendono a mitigare il suddetto rigore probatorio. Invero secondo una parte della

⁶⁸⁶ Conforme CANTONE, *La confisca per sproporzione*, cit., p. 123.

⁶⁸⁷ Per quanto attiene alla estensibilità della confisca al suolo su cui insiste l'edificio confiscabile, valgono i medesimi principi già illustrati per la confisca di prevenzione al cui capitolo pertanto si rinvia.

⁶⁸⁸ CONTRAFATTO, *La confisca "estesa"*, cit., p. 307.

⁶⁸⁹ Cass. pen., sez. I, sent. 25 settembre 2000, n. 5263, Rv 217187; Cass. pen., sez. I, sent. 9 marzo 2005, n. 11732, Rv 231390.

⁶⁹⁰ CANTONE, *op. ult. cit.*, p. 129.

⁶⁹¹ Cass. pen., sez. VI, sent. 5 novembre 2010, in CED 2010/42717.

giurisprudenza la disponibilità dei beni in capo al condannato può presumersi nel caso in cui risulti il requisito della sproporzione tra il patrimonio del coniuge di quello e la capacità economica riferibile allo stesso coniuge. In sostanza secondo questo orientamento l'accertamento di una sproporzione patrimoniale in capo al coniuge del condannato fa presumere l'illecita accumulazione del patrimonio in eccedenza e la natura puramente fittizia dell'intestazione di tale patrimonio in capo al coniuge stesso⁶⁹². Tale orientamento ha suscitato le critiche di una parte della dottrina che ha ravvisato in esso i prodromi di una sorta di responsabilità collettiva della famiglia del condannato, contrastante con i principi costituzionali in materia penale.

L'art. 12-*sexies* – a differenza dell'art. 240 c.p. – non stabilisce alcuna regola per la tutela dei terzi estranei al reato che risultino titolari dei beni sequestrati o confiscati. Nondimeno è indubbio che la misura ablatoria non possa colpire il patrimonio dei soggetti rimasti estranei all'illecito, posto che, diversamente opinando, risulterebbe vulnerato il principio di legalità in materia di misure di sicurezza e quello di ragionevolezza. Preliminarmente occorre ricordare che la nozione di terzo “estraneo” al reato può essere ricostruita seguendo l'elaborazione fornita dalla giurisprudenza in relazione alla confisca ordinaria. Di conseguenza può definirsi estraneo al reato colui che non ha contribuito in alcun modo alla realizzazione di esso, né sul piano materiale né su quello morale, e che, al contempo, non abbia tratto profitti dall'illecito ovvero non abbia tenuto comportamenti negligenti che abbiano favorito l'uso illecito della cosa. La suddetta situazione in cui deve versare il terzo affinché possa ottenere la restituzione del bene sequestrato o confiscato è definita in giurisprudenza di “buona fede”⁶⁹³. Inoltre è opportuno evidenziare che assume la veste di “terzo” anche colui che è formalmente titolare dei beni che risultano nella disponibilità effettiva del reo.

Ciò premesso, occorre sottolineare come la confisca in danno dei terzi possa aversi solo nei limiti in cui venga provata la natura fittizia della loro titolarità ovvero la disponibilità in capo al condannato. Ove non si riscontrino siffatti requisiti il terzo ha il diritto di agire a tutela della sua proprietà. Orbene, in assenza di indicazioni legislative in merito, è stata la giurisprudenza a individuare gli strumenti di tutela dei terzi estranei al reato rispetto a confische allargate che colpiscano i loro beni.

Così, laddove il terzo subisca il sequestro preventivo del bene, si ritiene che possa avvalersi del rimedio di cui all'art. 263 c.p.p. e ottenerne l'immediata restituzione. Al contrario di quanto avviene nel procedimento di prevenzione, si esclude invece che il terzo possa intervenire nel processo penale per far valere le sue ragioni di proprietario ed evitare la confisca. Ciò in quanto il processo penale non ammette la presenza di parti diverse da quelle espressamente previste dal codice di rito. In caso di confisca, egli può esperire invece un incidente di esecuzione per

⁶⁹² CONTRAFATTO, *La confisca estesa*, cit., p. 313, cui si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali.

⁶⁹³ Per una accurata ricostruzione della casistica giurisprudenziale in relazione alla tutela del terzo estraneo al reato: NAPOLITANO, *Problemi in tema di confisca*, cit..

ottenere la restituzione del bene eventualmente confiscato (artt. 666, comma 4 e 676 c.p.p.)⁶⁹⁴. Nonostante gli sforzi della giurisprudenza, non è chi non veda come la tutela del terzo sia del tutto insufficiente. Egli si trova, in caso di confisca, a dovere contestare la legittimità di un provvedimento confiscatorio che è stato emesso a seguito di un accertamento definitivo della natura fittizia dell'intestazione in suo favore. Il terzo si troverà in tali casi a interloquire su un materiale probatorio già definitivamente valutato dall'autorità giudiziaria che sarà chiamata a valutare la sua istanza di restituzione⁶⁹⁵.

2.2. I destinatari della confisca per sproporzione. La condanna per uno dei reati previsti dall'art. 12-sexies. – La confisca per sproporzione non opera indistintamente per qualsiasi soggetto che risulti autore di un fatto di reato.

Innanzitutto l'art. 12-sexies esige che contro il soggetto si emessa una sentenza di condanna. Va notato come la disposizione faccia riferimento ai «casi» di condanna. Ciò fa intendere che la confisca può essere disposta non solo in caso di sentenza di condanna emessa in dibattimento, ma anche all'esito di un giudizio abbreviato. Inoltre la disposizione, al fine di fugare ogni dubbio al riguardo, consente esplicitamente l'applicazione della confisca anche in ipotesi di patteggiamento (art. 444 c.p.p.). La previsione appare coerente con il regime giuridico riconosciuto dal legislatore alle sentenze di patteggiamento, le quali, pur non fondandosi su un accertamento pieno della responsabilità penale, sono espressamente equiparate dal legislatore alle sentenze di condanna dibattimentali (art. 445, comma 1-bis c.p.p.).

L'espresso riferimento ai casi di «condanna» fa desumere che la misura non possa comminarsi in ipotesi di assoluzione dell'imputato, o in caso di estinzione del reato o di difetto di una condizione di procedibilità. Tuttavia – come è avvenuto anche per la confisca ordinaria⁶⁹⁶ – vi è una tendenza della recente giurisprudenza ad ammettere l'applicazione di una misura confiscatoria quando questa costituisca conseguenza necessaria della commissione di un reato, anche nell'ipotesi in cui si integri una causa di estinzione del reato. In particolare si è evidenziato come la sentenza di non doversi procedere per avvenuta estinzione del reato consenta comunque un accertamento della responsabilità penale dell'imputato, essendo anzi un tale accertamento preliminare alla stessa declaratoria della causa estintiva (art. 129, comma 2 c.p.p.). Orbene la confisca quando persegue finalità preventive ha nella commissione del reato un mero fattore sintomatico della pericolosità sociale, sicché, ai fini della sua applicazione – sostiene tale orientamento – sarebbe sufficiente il mero accertamento processuale della responsabilità penale dell'imputato. Seguendo il linguaggio introdotto dalla recente pronuncia delle

⁶⁹⁴ CONTRAFATTO, *ivi*, p. 315.

⁶⁹⁵ CANTONE, *op. ult. cit.*, p. 144.

⁶⁹⁶ Vedi *supra* Cap. V, par. 3.2.1. per la giurisprudenza maturata in relazione alla confisca obbligatoria del prezzo del reato in caso di estinzione del reato.

Sezioni unite della Corte di Cassazione, in merito alla confisca del prezzo del reato *ex art. 240, comma 2, al. 1 c.p.*⁶⁹⁷, e ripreso anche dalla Corte Costituzionale⁶⁹⁸, ciò che rileva non è la condanna “formale” dell’imputato, bensì quella “sostanziale”, nel senso che presupposto della confisca non sarebbe la sentenza di condanna quanto invece l’accertamento della responsabilità penale dell’imputato. Pertanto sarebbe sufficiente ai fini dell’applicazione della confisca che l’imputato abbia ricevuto almeno una condanna nel corso dei vari gradi di giudizio. Orbene questa tesi che è stata espressamente affermata dalle Sezioni unite in materia di confisca ordinaria del prezzo del reato è stata sostenuta dalla giurisprudenza anche in materia di confisca per sproporzione. Anche in tale contesto è stata affermata la necessità, ai fini della confisca, che l’imputato riceva, nel corso dei vari gradi di giudizio, almeno una sentenza di condanna⁶⁹⁹. La soluzione offerta dalla giurisprudenza appena esaminata desta alcune perplessità quantomeno per la mancanza di un appiglio normativo su cui fondare l’ammissibilità della confisca allargata in ipotesi di assenza di una formale sentenza di condanna. Ad ogni modo le obiezioni che si possono muovere al suddetto orientamento sono analoghe a quelle che sono state espresse in materia di confisca ordinaria del prezzo del reato, sicché è a tale sede che si rinvia per ulteriori approfondimenti⁷⁰⁰.

È opportuno ricordare come la giurisprudenza tenda comunque a escludere l’applicazione della confisca allargata in caso di estinzione del reato per morte dell’imputato, posto che in simile caso non sarebbe possibile pervenire a un adeguato accertamento della responsabilità penale⁷⁰¹. Tuttavia ove la morte segua la condanna definitiva in sede penale, la confisca può essere comunque disposta in sede esecutiva, previa integrazione del contraddittorio con gli eredi del condannato defunto⁷⁰².

La confisca può essere disposta solamente se la condanna riguarda uno dei reati indicati dall’art. 12-*sexies*. Si tratta di una elencazione tassativa che non ammette estensione analogica, in quanto ha alla base una scelta di opportunità rigorosamente riservata al legislatore. La disposizione nell’elencare i reati non fa riferimento alla forma del tentativo. Ne deriva – secondo l’opinione preferibile – che la confisca allargata può disporsi solo in caso di reato consumato e non anche in caso di tentativo⁷⁰³. Tale soluzione fa leva sulla pacifica autonomia che connota la fattispecie tentata rispetto a quella consumata, da cui deriva l’impossibilità sul piano sistematico di estendere alla prima *de plano* la disciplina prevista per la seconda. Del resto quando il legislatore ha voluto estendere una disciplina prevista per un delitto consumato anche alla relativa forma tentata lo ha previsto espressamente (si veda a

⁶⁹⁷ Cass. pen., S.U., sent. 21 luglio 2015, n.31617, cit..

⁶⁹⁸ Corte cost. sent. 14 gennaio 2015, n. 49, cit..

⁶⁹⁹ Cass. pen., sez. II, sent. 25 maggio 2010, in *Cass. pen.*, 2011, p. 989.

⁷⁰⁰ Vedi *supra* Cap. V, par. 3.2.1..

⁷⁰¹ Cass. pen., sez. II, sent. 4 ottobre 2013, n. 43776, in *www.cortedicassazione.it* (ultimo accesso in data 24 febbraio 2017).

⁷⁰² Cass. pen., sez. VI, sent. 20 maggio 2008, n. 27343, Rv. 240584. In senso critico CISTERNA, *op. ult. cit.*, p. 2085.

⁷⁰³ MENDITTO, *op. ult. cit.*, p. 9.

titolo esemplificativo l'art. 380 c.p.p.). Peraltro l'estensione al tentativo, in assenza di una chiara indicazione legislativa, si risolverebbe in una illegittima applicazione analogica dell'art. 12-*sexies*.

Ciò premesso, l'elenco dei reati che consentono la confisca è stato notevolmente ampliato rispetto alle originarie scelte del legislatore. Inizialmente la confisca allargata era stata concepita dal legislatore come strumento di contrasto ai patrimoni mafiosi. Si individuavano come reati rilevanti il delitto di associazione mafiosa (art. 416-*bis* c.p.), l'intestazione fraudolenta di valori (art. 12-*quinqüies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 convertito in l. 07 agosto 1992, n. 356), i delitti in materia di stupefacenti (artt. 73 e 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), i delitti di ricettazione (art. 648 c.p.), riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.) e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-*ter* c.p.), nonché quelli di usura (art. 644 c.p.), estorsione (art. 629 c.p.) e sequestro a scopo di estorsione (art. 630 c.p.). Una parte della dottrina ha criticato l'originaria scelta legislativa, ritenuta poco coerente con la finalità di colpire esclusivamente i capitali di origine mafiosa. Si è evidenziato come molti dei delitti elencati dall'art. 12-*sexies* fossero di non necessaria correlazione con l'associazione mafiosa, essendo invece delitti propri della più ampia fenomenologia della criminalità economica (si pensi ai delitti di cui agli artt. 648-*bis*, 648-*ter* c.p. e a quello di intestazione fraudolenta di valori). La stessa ricettazione è espressione di una criminalità molto ampia che non si ricollega necessariamente all'attività tipica del sodalizio mafioso. Dunque si è osservato che il legislatore, per rimanere fedele all'originaria *intentio legis*, avrebbe dovuto dare rilievo ai suddetti delitti patrimoniali solo in quanto fossero aggravati dalla finalità mafiosa o dal metodo mafioso⁷⁰⁴. Invece l'art. 12-*sexies*, comma 2 attribuisce rilevanza alla aggravante di mafiosità non in senso limitativo, bensì ampliativo. Si prevede infatti la rilevanza di *qualsiasi delitto* commesso con la finalità di favorire la mafia o con il metodo dell'intimidazione mafiosa. Così – è stato osservato – la misura viene ricollegata a reati privi di qualsiasi finalità di lucro o di effetti patrimoniali, così producendo il rischio di rendere irragionevole la presunzione di origine illecita dei beni di valore sproporzionato⁷⁰⁵.

In realtà il legislatore non è parso sensibile a questi rilievi e nel tempo ha progressivamente esteso l'applicazione della misura anche a delitti che solo raramente sono tipica espressione dell'associazione mafiosa. Così con la l. 13 febbraio 2001, n. 45 la confisca è stata estesa ai delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale. Successivamente la l. 11 agosto 2003, n. 228, al fine di rafforzare il contrasto alla tratta di esseri umani, ha disposto la confisca allargata in caso di condanna per i delitti di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), di tratta di esseri umani (art. 601 c.p.), di acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.) e di associazione per delinquere finalizzata alla realizzazione dei suddetti delitti (art. 416, comma 6 c.p.).

⁷⁰⁴ CANTONE, *op. ult. cit.*, p. 125.

⁷⁰⁵ *ibidem*.

La l. 27 dicembre 2006, n. 296 ha invece conferito rilevanza a taluni delitti contro la pubblica amministrazione, quali quelli di cui agli artt. 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 320, 322, 322-*bis*, 325 c.p.. Da ultimo la l. 6 novembre 2012, n. 190 ha inoltre aggiunto al predetto elenco anche la fattispecie di induzione indebita di cui all'art. 319-*quater* c.p.. Va notato che l'elencazione appare viziata da un profilo di irrazionalità in quanto risulta omesso ogni riferimento all'art. 321 c.p. che stabilisce la punibilità del corruttore in caso di integrazione delle fattispecie previste dagli artt. 318 e ss. c.p.. In assenza di un intervento legislativo sul punto la questione non pare possa superarsi in via interpretativa. Peraltro si è sottolineata la scarsa efficacia della confisca allargata nei casi di corruzione, in quanto le utilità percepite dal corrotto per la mercificazione delle sue funzioni non importano spesso un incremento patrimoniale tale da determinare quella sproporzione tra patrimonio e redditi ufficiali che giustificano l'ablazione⁷⁰⁶.

Mediante recenti interventi legislativi la confisca allargata è stata, infine, resa applicabile anche in caso di condanna per il delitto di associazione a delinquere finalizzata alla realizzazione di delitti di contraffazione o uso abusivo di marchi e segni distintivi (art. 15, comma 3 della l. 23 luglio 2009, n. 99), per i delitti connessi alle varie forme di sfruttamento sessuale dei minori (l. 1 ottobre 2012, n. 172 di attuazione della Convenzione del Consiglio d'Europa di Lanzarote), per il delitto di disastro ambientale (art. 452-*quater* c.p.) o di associazione a delinquere finalizzata ai delitti ambientali previsti dal codice penale (art. 452-*octies* c.p.) (l. 22 maggio 2015, n. 68), al delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro *ex* art. 603-*bis* c.p. (l. 29 ottobre 2016, n. 199). Sull'ambito operativo del disposto è di recente intervenuto il d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202 che ha esteso la confisca allargata a numerosi ulteriori reati, tra cui in particolare quello di autoriciclaggio (art. 648-*ter*.1 c.p.), di corruzione tra privati (art. 2635 c.c.), di associazione per delinquere finalizzata a delitti di falso nummario (artt. 453, 454, 455, 460, 461 c.p.), di terrorismo internazionale, di uso abusivo di carte di credito (art. 55, comma 9, d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231) e taluni delitti informatici (artt. 617-*quinquies*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater*, 635-*quinquies* quando le condotte ivi descritte riguardano tre o più sistemi).

2.3. I presupposti applicativi della confisca allargata. – La confisca allargata esige due fondamentali presupposti: in primo luogo occorre che i beni nella titolarità o nella disponibilità del reo risultino di valore sproporzionato rispetto ai redditi ufficiali o alle attività economiche di questo; in secondo luogo è necessario che dei suddetti beni il reo non sappia giustificare la provenienza.

In relazione al requisito della sproporzione la giurisprudenza consolidata⁷⁰⁷

⁷⁰⁶ CANTONE, *op. ult. cit.*, p. 127.

⁷⁰⁷ Sui presupposti della confisca allargata centrali restano le indicazioni offerte da Cass. pen., S.U., sent. 17 dicembre 2003, n. 920, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1182, in cui la Suprema Corte ha preso

ha più volte affermato che essa non rappresenta una qualsiasi difformità tra guadagni e capitalizzazione, bensì un incongruo squilibrio tra questi, da valutarsi in base alle comuni massime di esperienza. Inoltre lo squilibrio non deve essere apprezzato in relazione al patrimonio unitariamente inteso, bensì tenendo conto dei singoli beni che questo costituiscono. Ne deriva che i termini di raffronto vanno individuati nel reddito ufficiale o nelle attività economiche del reo, così come sussistenti non al momento della misura, bensì a quello dei singoli acquisti, e il valore dei beni di volta in volta acquisiti. In sostanza se il valore del bene risultava eccessivo rispetto al valore dei redditi e dei proventi delle attività economiche di cui il reo poteva disporre al tempo dell'acquisto si integra il requisito della sproporzione e si presume l'illecita provenienza del valore eccedente. Poiché è il solo valore eccedente che si presume di origine illecita, pare logico affermare che la confisca possa avere a oggetto solamente tale quota di patrimonio e non anche l'intero patrimonio del reo. Se non si circoscrivesse l'ablazione al solo patrimonio eccedente le risorse lecitamente disponibili la misura diverrebbe irragionevole, in quanto importerebbe effetti sproporzionati rispetto al suo scopo che è quello di sottrarre al reo i proventi di attività delittuose⁷⁰⁸.

L'art. 12-*sexies* nulla afferma con riferimento al nesso che deve intercorrere tra il bene confiscabile e il reato. La questione si è comunque posta nel dibattito scientifico e giurisprudenziale in virtù delle conseguenze potenzialmente inique che potrebbero derivare da un'applicazione della confisca che prescindendo totalmente da ogni nesso di pertinenzialità tra beni confiscabili e reato. Sul punto sono emersi tre distinti orientamenti.

Secondo una prima lettura il nesso di pertinenzialità tra i beni e il reato assume assoluta rilevanza ai fini dell'ablazione patrimoniale. Tale assunto muove dalla constatazione che la confisca allargata costituisca un caso peculiare di confisca ordinaria (art. 240 c.p.), sicché sarebbe implicita la necessità di rimuovere esclusivamente quei beni che abbiano un rapporto qualificato con il reato. Di qui la necessità di accertare che i beni costituiscano pur sempre il prezzo, il profitto o il prodotto del reato per il quale interviene la condanna⁷⁰⁹.

Un secondo orientamento invece afferma la necessità di un legame non tra i beni e il reato per il quale interviene la condanna, bensì tra il patrimonio

posizione anche sulla natura giuridica della misura.

⁷⁰⁸ CONTRAFATTO, *La confisca estesa*, cit., p. 308, la quale sostiene che la confisca dovrebbe sottrarre solamente «l'entità di reddito di illecita provenienza che risulta dalla verifica della sproporzione: partendo dalla situazione patrimoniale iniziale, il reddito derivante dall'attività economica lecitamente svolta dal soggetto dovrebbe essere tale da giustificare il mantenimento del tenore di vita e l'accrescimento patrimoniale accertato alla data attuale; l'eventuale insufficienza del reddito nel dare siffatta spiegazione delimiterebbe l'entità del reddito di illecita provenienza di cui il soggetto ha potuto disporre per realizzare quell'accrescimento patrimoniale e per mantenere quel tenore di vita». Dunque correttamente l'Autrice ritiene che l'ablazione dovrebbe colpire solo quella parte di patrimonio non giustificabile mediante i redditi ufficiali, ossia la quota patrimoniale ingiustificatamente sproporzionata rispetto al reddito.

⁷⁰⁹ CHIARIELLO, *Sequestro preventivo*, cit., p. 1633. In giurisprudenza: Cass. pen., sez. V, sent. 23 aprile 2001, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2374.

unitariamente inteso e generiche attività criminose poste in essere dal colpevole anteriormente al predetto reato. L'art. 12-*sexies* avrebbe introdotto una presunzione di illecita accumulazione di patrimonio, non rilevando se esso derivi proprio dal reato per il quale interviene la condanna o da altri pregressi reati⁷¹⁰. L'art. 12-*sexies* costituirebbe una deroga all'art. 240 c.p., in quanto il nesso di pertinenzialità non è costituito – come nella confisca ordinaria – dal legame tra un bene e un fatto delittuoso, bensì dal nesso tra il bene e l'attività delittuosa ascrivibile al soggetto.

Un terzo orientamento, sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria, sostiene invece l'assoluta irrilevanza di qualsiasi nesso di pertinenzialità tra il bene e il reato oggetto della condanna o l'attività delittuosa ascrivibile all'interessato. Si afferma che esigere la rilevanza del nesso di pertinenzialità vorrebbe dire svilire completamente l'innovatività e l'efficacia della confisca allargata, la quale è stata introdotta dal legislatore proprio al fine di superare i limiti della confisca ordinaria da sempre ancorata sul rapporto di pertinenzialità tra i beni e il reato presupposto. La logica della confisca allargata resterebbe la presunzione di illecita acquisizione dei beni confiscati desunta dall'oggettiva sproporzione tra il patrimonio del colpevole e i redditi dichiarati. La legge non esige il nesso di pertinenzialità, sicché non può tale requisito inserirsi surrettiziamente in via interpretativa⁷¹¹.

Il contrasto è stato risolto dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione che hanno stabilito l'irrilevanza, ai fini della confisca allargata, del nesso pertinenziale tra il bene e il reato ovvero tra quello e una generica attività delittuosa del condannato⁷¹². Secondo la Suprema Corte esigere tale requisito vorrebbe dire rimuovere ogni profilo distintivo tra la confisca per sproporzione e la confisca ordinaria, finendo per trasformare la prima in un istituto inutile, in quanto riproduzione sterile dell'art. 240 c.p.. Né si potrebbe sostenere – aggiungono le Sezioni unite – che il profilo di innovatività sia rappresentato dall'obbligatorietà della confisca del prodotto, del profitto del reato in caso di condanna per associazione mafiosa. Tale obiettivo è già raggiunto dal legislatore per il tramite dell'art. 416-*bis*, comma 7 c.p..

A ben vedere la confisca allargata presuppone un nesso di pertinenzialità. E però appare difficile esigere un nesso di pertinenzialità tra i beni e il reato matrice. Se così fosse la misura si risolverebbe in una confisca ordinaria in cui i proventi menzionati dall'art. 240 c.p. sarebbero presunti. Ciò tuttavia finirebbe per essere una mera *fictio* e l'innovatività della confisca allargata effettivamente sarebbe compromessa. Diversamente pare coerente con la *ratio* della misura ritenere che essa coinvolga solo beni frutto di attività delittuose. In caso contrario l'ablazione non avrebbe ragion d'essere. La questione non è puramente speculativa. Dall'adesione

⁷¹⁰ NANULA, *La lotta alla mafia*, cit., p. 87, il quale sostiene che la confisca allargata presuppone una sorta di continuità nell'attività criminosa da parte del condannato, che va desunta da specifici indizi, e che giustifica la presunzione di illecita provenienza dei beni in precedenza acquisiti. In giurisprudenza: Cass. pen., sez. V, sent. 22 settembre 1998, n. 5111, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3552.

⁷¹¹ Cass. pen., sez. VI, sent. 26 marzo 1998, n. 1087, Rv. 211955.

⁷¹² Cass. pen., S.U., sent. 17 dicembre 2003, n. 920, cit..

all'una o all'altra soluzione derivano conseguenze diverse in relazione ai redditi che possono essere utilizzati per giustificare la sproporzione e, in particolare, si fa riferimento all'utilizzabilità dei redditi sottratti all'imposizione fiscale. Sul punto si tornerà a breve.

Il secondo requisito necessario per poter disporre la confisca è dato dalla mancata dimostrazione, da parte del condannato, della provenienza del bene avente valore eccedente rispetto ai proventi leciti. È da evidenziare che la disposizione, a differenza del pregresso art. 12-*quinquies*, comma 2, non fa riferimento alla «legittima provenienza» del bene, bensì alla mera «provenienza» dello stesso. Sembrerebbe, in base a una mera lettura del tenore letterale della disposizione, che sia sufficiente per il reo provare il titolo di acquisto del bene per evitarne l'ablazione. Sennonché una simile lettura non pare consona alla *ratio* della misura delineata dall'art. 12-*sexies*. Lo scopo di questa è l'eliminazione dal patrimonio del reo di ogni provento di origine illecita. Di conseguenza ciò che rileva è che il bene sia stato acquisito con mezzi economici di origine lecita. Per tale ragione la giurisprudenza consolidata sostiene che il colpevole, per evitare la confisca, non possa limitarsi a provare un rituale acquisto, dovendo invece dimostrare che il bene è stato acquisito con risorse di legittima provenienza⁷¹³.

Analogamente a quanto è accaduto per la confisca di prevenzione, anche per la confisca allargata si discute se la dimostrazione della legittima provenienza costituisca per il reo un vero e proprio onere di prova o se al contrario si risolva in un mero onere di allegazione. Invero se si trattasse di un vero e proprio onere, in capo al condannato, di provare la legittima provenienza del bene, la disposizione finirebbe per eludere i principi individuati dalla Corte Costituzionale in relazione all'art. 12-*quinquies*, comma 2, in quanto violerebbe nella sostanza il principio di presunzione di innocenza (art. 27, comma 2 Cost.).

Una parte della dottrina sostiene che l'art. 12-*sexies* configuri una vera e propria inversione dell'onere della prova in relazione alla illegittima provenienza dei beni, che si pone in contrasto con il principio di cui all'art. 27, comma 2 Cost..

Si è evidenziato come la prova da parte dell'accusa del requisito di sproporzione possa essere in linea teorica sufficiente per consentire l'ablazione patrimoniale, con ciò giungendosi a una vera e propria fattispecie del sospetto⁷¹⁴. Peraltro la dimostrazione della legittima provenienza risulterebbe talmente ardua per il reo da costituire una vera e propria *probatio diabolica*, il che aggraverebbe i dubbi di costituzionalità su accennati. Senza considerare – si aggiunge – che il meccanismo delineato dall'art. 12-*sexies* finisce per configurare il silenzio del reo come vero e proprio indizio volto a corroborare in modo decisivo la presunzione di illecita provenienza dei beni, così stravolgendo il principio fondamentale del processo penale secondo cui il silenzio dell'imputato non può mai operare *contra reum*⁷¹⁵. La

⁷¹³ Cass. pen., sent. 4 ottobre 2013, n. 43776, cit..

⁷¹⁴ BERNASCONI, *op. ult. cit.*, p. 1421.

⁷¹⁵ BARGI, "Processo al patrimonio", cit., p. 25.

corretta applicazione del principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. imporrebbe in realtà che sia l'accusa, in qualità di attore, a provare i fatti costitutivi della domanda, tra cui rientra – secondo questa impostazione – anche la illegittima provenienza dei beni confiscabili. Invece la disposizione in esame solleva l'accusa dall'onere di provare questo requisito, ritenendo sufficiente la prova della sproporzione. In tal modo si finirebbe per confiscare i beni sproporzionati ancorché in astratto non di provenienza illecita e ciò non solo stravolge la funzione dell'istituto, ma si pone in contrasto con i principi posti dall'art. 42 Cost. che protegge la proprietà privata da arbitrarie limitazioni.

La giurisprudenza ha in modo condivisibile rifiutato la suddetta ricostruzione. Ha precisato al riguardo che l'art. 12-*sexies* non pone un'inversione dell'onere della prova, ma un mero onere di allegazione a carico del colpevole. La prova della provenienza illecita dei beni riposa su una presunzione legale ricollegata all'accertamento della sproporzione tra il valore dei redditi ufficiali e quello del bene da confiscare. Al condannato si richiede solamente di allegare fatti che possano smentire la presunzione legale suddetta. In quanto viene in rilievo un mero onere di allegazione, al soggetto non è richiesto di fornire mezzi di prova, ma solo di comunicare il dato fattuale rilevante nel corso del processo, in modo tale che il giudice lo possa poi valutare in sede decisionale⁷¹⁶.

Una tale soluzione secondo la giurisprudenza non violerebbe alcun principio costituzionale. Non risulterebbe violato il principio della presunzione di innocenza (art. 27, comma 2 Cost.). Innanzi tutto il suddetto principio è destinato a operare solamente con riferimento all'accertamento del reato, sicché non può assumere rilievo laddove si tratti di applicare una misura, come la confisca allargata, che presuppone una condanna in sede penale. Inoltre la presunzione di illegittima provenienza non è assoluta, sicché non pare che essa si ponga in contrasto con il diritto di difesa dell'imputato che può in ogni momento ribaltarla. La presunzione non appare del resto irragionevole, in quanto si basa su presupposti razionali quali la condanna e la sproporzione dei beni nella disponibilità del reo. Né si potrebbe – si aggiunge – invocare una irragionevole discriminazione tra chi è sottoposto a condanna e chi è incensurato, essendo palese la diversità delle situazioni menzionate.

In relazione all'oggetto dell'onere di allegazione, la giurisprudenza ha comunque evidenziato che l'imputato non debba limitarsi a dimostrare la non provenienza dei beni dal delitto oggetto della condanna, bensì in positivo la loro lecita provenienza. Ancora una volta ciò che rileva non è il titolo d'acquisto del bene, ma la liceità delle risorse impiegate per il suo acquisto. Inoltre si è precisato che, in coerenza con il requisito della sproporzione, l'imputato può limitare le sue allegazioni al periodo di riferimento preso in esame dal pubblico ministero.

Da sempre controversa è la questione inerente alla rilevanza dei redditi celati al fisco per fornire la giustificazione circa la legittima provenienza dei beni⁷¹⁷.

⁷¹⁶ Cass. pen., sez. I, sent. 5 giugno 2008, n. 25728, Rv 240471.

⁷¹⁷ Sul punto per una ricostruzione esauriente del quadro dottrinale e giurisprudenziale emerso sul

Si tratta di questione che – come accennato in precedenza – è strettamente legata a quella concernente la necessità o meno di un nesso di pertinenzialità tra i beni e il reato matrice ovvero l’attività delittuosa del colpevole.

Secondo l’orientamento tradizionale della giurisprudenza di legittimità i redditi celati al fisco non potrebbero essere utilizzati per giustificare la legittima provenienza dei cespiti. Invero, trattandosi di proventi derivati da un’attività criminale quale è l’evasione fiscale, si configurerebbero essi stessi come proventi di origine illecita. Ne deriva la loro inidoneità a giustificare la provenienza legittima dei beni confiscabili⁷¹⁸. Tale orientamento implicitamente muove dall’irrelevanza del nesso di pertinenzialità tra i beni e il reato matrice. Invero se si accogliesse un siffatto presupposto, la sproporzione potrebbe essere giustificata da qualsiasi provento, sia esso di fonte illecita o meno, purché non costituisca derivazione del reato oggetto della condanna. Al contrario se si ritiene irrilevante il nesso di pertinenzialità oppure se si ritiene che esso coinvolga i beni e l’attività delittuosa genericamente intesa del reo, allora qualsiasi provento illecito sarebbe inidoneo a giustificare la sproporzione, risultando altrimenti smentita la funzione della confisca.

Secondo un diverso orientamento, avallato dalla più recente giurisprudenza di legittimità⁷¹⁹, i redditi celati al fisco sono comunque utili per fornire la dimostrazione della legittima provenienza del cespite. Si afferma che tenuto conto dell’alternatività sancita dall’art. 12-*sexies* tra dichiarazioni fiscali e attività economica, da cui normalmente derivano i redditi imponibili, risulterebbe irrilevante che le fonti giustificative siano identificabili nei redditi dichiarati a fini fiscali piuttosto che nel valore delle attività economiche che tali entità patrimoniali producano, pur in assenza di una dichiarazione dei redditi o in caso di sua incompletezza. Una diversa conclusione – si sostiene – comporterebbe l’espropriazione del patrimonio non per una presunzione di illiceità, in tutto o in parte, della sua provenienza ma per il solo fatto dell’evasione fiscale, in contrasto con la finalità della confisca allargata, preposta alla rimozione dei proventi di attività criminose e non a sanzionare la infedele dichiarazione dei redditi, che si colloca peraltro in un momento successivo rispetto a quello della produzione del reddito, e per la quale soccorrono specifiche norme in materia tributaria, non necessariamente implicanti responsabilità penali⁷²⁰.

L’orientamento permissivo sembra essere stato accolto da una recente pronuncia delle Sezioni unite della Corte di Cassazione che tuttavia ha affrontato

punto si rinvia a MENDITTO, *Sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini del sequestro e della confisca di cui all’art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/92*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 24 febbraio 2017).

⁷¹⁸ Per tutte si veda Cass., Sez. I, 10 giugno 1994, n. 2860, in *Mass. CED Cass.*.

⁷¹⁹ Cass. pen., Sez. VI, sent. 31 maggio 2011, n. 29926, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 24 febbraio 2017).

⁷²⁰ Per un commento al *revirement* della Corte di Cassazione si rinvia a SANTORIELLO, *Redditi sottratti all’imposizione fiscale*, cit. e in particolare p. 2002, dove l’autore accoglie con favore il nuovo orientamento della giurisprudenza ritenendo l’opposta soluzione viziata da una visione eticizzante del diritto di prevenzione.

l'identica questione dal punto di vista della confisca di prevenzione⁷²¹. Si tratta di una lettura che sembra ammettere implicitamente l'esigenza di un rapporto pertinenziale tra i reati matrice di cui all'art. 12-*sexies* e i beni confiscabili. Seguendo questa strada – finora ripudiata dalla giurisprudenza di legittimità – si dovrebbe escludere la confisca di beni che, sebbene di provenienza illecita, sono stati il frutto di reati diversi da quelli elencati dall'art. 12-*sexies*⁷²².

2.4. La controversa natura giuridica della confisca allargata. – La natura giuridica della confisca allargata è stata, sin dall'introduzione dell'istituto, particolarmente discussa e fonte di aperti contrasti tra la dottrina e la giurisprudenza.

La questione non è puramente teorica, ma è funzionale all'individuazione dello statuto giuridico fondamentale cui sottoporre la misura di cui all'art. 12-*sexies*.

Prima di procedere all'analisi delle diverse posizioni emerse sul punto, è bene ricordare che la confisca allargata ha natura obbligatoria, nel senso che il giudice, una volta accertati i presupposti indicati dall'art. 12-*sexies* deve disporre senz'altro l'ablazione dei beni, non potendo esercitare alcun tipo di discrezionalità a questo riguardo. Ciò emerge inequivocabilmente dal tenore letterale della suddetta disposizione che afferma che è «sempre» ordinata la confisca ove il giudice ravvisi i presupposti di legge. Inoltre è opportuno altresì ricordare che l'introduzione dell'istituto in esame è stato dettato dalla necessità di superare il requisito del nesso pertinenziale tra beni e reato, che contraddistingue tradizionalmente la confisca ordinaria, ampliando così le potenzialità applicative dell'istituto.

Ciò posto, in relazione al problema della natura giuridica della confisca allargata sono emerse diverse posizioni nell'ambito della dottrina e della giurisprudenza.

Secondo una prima impostazione la confisca per sproporzione si configurerebbe come vera e propria sanzione punitiva⁷²³. Ciò sarebbe giustificato da una pluralità di ragioni.

Innanzitutto la misura presenta il connotato tipico e caratterizzante della pena, ossia l'afflittività. Invero non si potrebbe dubitare – secondo questa impostazione – della natura afflittiva della confisca in esame che è idonea a produrre gravi menomazioni al patrimonio del reo. In secondo luogo si afferma che la mancanza di un nesso di pertinenzialità tra il reato presupposto e i beni confiscabili

⁷²¹ Cass. pen., S.U., sent. 29 maggio 2014, n. 33451, cit., ove si afferma che risulta coerente con la struttura dell'art. 12-*sexies*, che prevede che il requisito della sproporzione debba essere confrontato con il “reddito dichiarato” o con la “propria attività economica”, che «si possa tenere conto dei redditi, derivanti da attività lecite, sottratti al fisco (perché comunque rientranti nella propria “attività economica)».

⁷²² In tal senso CANTONE, *op. ult. cit.*, p. 137.

⁷²³ BERNASCONI, *op. ult. cit.*, p. 1417 ss.; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 522; AULETTA – SERPICO, *La natura giuridica della confisca*, cit., p. 217, i quali ritengono che la natura punitiva della confisca allargata sarebbe confermata anche dall'applicazione dei criteri *Engel* forniti dalla Corte di Strasburgo.

vale a escludere qualsiasi natura preventiva alla confisca allargata e ad attrarre la stessa nel novero delle sanzioni punitive. Varrebbero sul punto le argomentazioni solitamente spese per escludere la natura preventiva della confisca di valore sussidiaria alla confisca ordinaria. In terzo luogo l'applicazione della misura prescinderebbe totalmente da qualsiasi valutazione inerente alla pericolosità del reo, come dimostra la natura obbligatoria della stessa. Infine – si aggiunge – sarebbe inconciliabile con la natura preventiva dell'istituto la definitività della spoliazione patrimoniale. La tesi in esame risulterebbe anche corroborata da taluni argomenti di natura processuale. Si è evidenziato come la confisca allargata possa trovare applicazione anche in caso di sospensione condizionale della pena, istituto la cui applicazione presuppone la non pericolosità del condannato. Ciò conferma allora che la confisca allargata non presuppone la pericolosità del reo, né mirerebbe alla neutralizzazione di questa. E ancora: poiché la confisca in esame può applicarsi anche in caso di patteggiamento e non consentendo questo rito speciale un adeguato approfondimento in relazione alla pericolosità del reo, risulterebbe confermata l'irrelevanza della pericolosità come presupposto della misura.

L'orientamento che riconosce natura punitiva alla confisca allargata non è uniforme nell'individuare la tipologia di pena che la misura andrebbe a integrare. Secondo alcuni verrebbe in rilievo una vera e propria pena accessoria che si accompagna alle pene principali disposte dalla legge per il reato presupposto. Una simile impostazione non pare convincente in quanto le pene accessorie sono solitamente contraddistinte dalla attitudine a incidere sulla capacità giuridica o di agire del condannato, precludendogli l'ottenimento o la conservazione di vantaggi o prerogative. Al contrario la confisca si limita a sottrarre al reo i beni di illecita provenienza, evitando che lo stesso possa lucrare mediante il reato⁷²⁴. Peraltro, se fosse una pena accessoria, a norma dell'art. 166 c.p., la confisca non potrebbe applicarsi in caso di sospensione condizionale della pena, vanificandosi così la *ratio* dell'istituto⁷²⁵. Si è allora proposto di considerare la confisca allargata una pena pecuniaria⁷²⁶. Tale ricostruzione presta il fianco all'insuperabile obiezione che la confisca può ritenersi pena pecuniaria al più quando incide sul denaro, non anche quando interviene su beni diversi da questo. Infine vi è stato chi ha qualificato la misura semplicemente come pena *sui generis* o comunque come pena patrimoniale a sé stante⁷²⁷.

La tesi che riconosce la natura punitiva alla confisca allargata non appare convincente e pertanto va rigettata. In primo luogo l'argomento che desume dall'afflittività della misura la natura punitiva è – come è stato più volte evidenziato nella presente trattazione – del tutto inconferente. L'afflittività è carattere che si può riscontrare nella quasi totalità delle misure destinate a incidere sulla sfera giuridica

⁷²⁴ FORNARI, *La criminalità del profitto*, cit., p. 66.

⁷²⁵ CONTRAFATTO, *op. ult. cit.*, p. 303.

⁷²⁶ FORNARI, *La criminalità del profitto*, cit., p. 68.

⁷²⁷ SGUBBI, *L'art. 12-quinquies della legge n. 356 del 1992*, cit., p. 30.

privata. L'afflittività attiene al contenuto della misura e nulla dice in relazione alla funzione della stessa che invece è decisiva per cogliere la natura giuridica e, quindi, la disciplina applicabile. Così, a titolo esemplificativo, un risarcimento milionario per il responsabile non può dirsi di certo meno afflittivo di una multa di poche centinaia di euro. Ciò nonostante il primo resta una sanzione esecutiva e la seconda una pena. E ciò in quanto la multa sottrae beni giuridici al responsabile al solo scopo di garantire il rispetto e l'effettività dei precetti giuridici, a differenza del risarcimento che mira invece ad attuare il precetto primario violato, costituendo la situazione economicamente equivalente a quella che ci sarebbe stata osservando il predetto precetto. Il risarcimento diviene una pena non in quanto assume grandezze notevoli, ma in quanto sottrae beni per valori superiori a quelli necessari all'attuazione del precetto violato, così smarrendo l'ordinaria funzione esecutiva (c.d. *punitive damages*). Per ciò che attiene alla irrilevanza del nesso di pertinenzialità, tale aspetto – come si è visto già per la c.d. confisca per equivalente sussidiaria alla confisca ordinaria – non è sufficiente per riconoscere la natura punitiva a una misura ablatoria. Infine evocare il carattere definitivo dell'ablazione non appare molto persuasivo. Tale carattere connota qualsiasi misura confiscatoria che, per definizione, mira alla sottrazione di beni in via irreversibile. La definitività caratterizza pertanto anche la confisca ordinaria, quella di prevenzione e quella sussidiaria per equivalente senza che ciò rilevi particolarmente ai fini dell'inquadramento dogmatico dell'istituto. Inoltre sostenere che la natura obbligatoria della misura rende irrilevante la pericolosità del reo è affermazione che prova troppo. Una simile obiezione è stata sostenuta anche in relazione alla confisca ordinaria di cui all'art. 240, comma 2 c.p. ed è stata superata evidenziando come l'obbligatorietà dell'ablazione sia solamente sintomatica di una presunzione assoluta di pericolosità del soggetto quando abbia la disponibilità del prezzo o delle cose intrinsecamente illecite⁷²⁸. Infine la tesi che riconosce natura punitiva alla confisca, oltre a non valorizzare adeguatamente il profilo funzionale dell'istituto, entra in crisi – come è stato sopra evidenziato – quando si tratta di stabilire quale tipo di pena precisamente integrerebbe la confisca allargata. Senza considerare che la fissazione in astratto dell'entità della pena desterebbe qualche perplessità in relazione al principio di legalità. Invero il *quantum* della sanzione sarebbe determinato attraverso la formula, di certo non precisa, della sproporzione tra cespiti patrimoniali detenuti dal colpevole e redditi dichiarati o attività economiche svolte. La pena così individuata risulterebbe incerta ed esposta a gravi oscillazioni in sede applicativa. Ciò renderebbe incostituzionale l'art. 12-*sexies* per violazione del principio di legalità della pena (art. 25, comma 2 Cost.). Le difficoltà sul punto denotano la scarsa coerenza sistematica dell'impostazione in esame.

⁷²⁸ Se si ritiene illogica la valutazione astratta del legislatore, in quanto non sempre la disponibilità del prezzo del reato rende un soggetto pericoloso, allora occorre concludere che la norma ricavabile dall'art. 240, comma 2 c.p. è incostituzionale perché irragionevole. Ciò non muta la natura della confisca ordinaria.

Volendo mantenere ferma la natura sanzionatoria della confisca allargata, muovendo dal rilievo che essa opera *post delictum*, si potrebbe ritenere che essa si presenti come una sanzione non punitiva, bensì esecutiva. In particolare si tratterebbe di una sanzione esecutiva in quanto mirerebbe al ripristino dello stato anteriore alla commissione degli illeciti da cui sono scaturiti i proventi delittuosi. Seguendo tale impostazione delle due l'una: o la confisca allargata elimina i profitti conseguiti al reato per il quale è intervenuta la condanna e ciò – come si è già illustrato – non è sostenibile; oppure si deve ritenere che essa colpisca i proventi di precedenti attività delittuose. In questo caso però tanto le attività delittuose precedenti quanto i proventi da queste prodotti non sono accertati ma solo presunti. E proprio quest'ultimo aspetto è sufficiente per escludere che la confisca allargata si presenti come una sanzione esecutiva. Una sanzione di questo tipo esige in primo luogo l'accertamento del fatto che condiziona la sanzione almeno nella sua dimensione oggettiva. E invero senza l'accertamento di un illecito non può esservi sanzione giuridica. In secondo luogo essa non deve avere ad oggetto beni per valore superiore a quello costituito dal provento illecitamente conseguito. In caso contrario essa perderebbe la sua vocazione esecutiva per trasformarsi in una pena. La confisca allargata non soddisfa nessuno di tali aspetti. Essa colpisce proventi non precisamente quantificati, derivanti da attività delittuose che sono meramente presunte. Né la misura può assimilarsi alla confisca per equivalente sussidiaria alla confisca ordinaria. Tale misura elimina dal patrimonio del colpevole l'insieme dei proventi scaturiti dal reato oggetto della condanna in modo da costituire la situazione economicamente equivalente a quella che ci sarebbe stata senza l'illecito. Si tratta evidentemente di una misura diversa per funzione e struttura dalla confisca allargata.

In definitiva si può certamente escludere la natura sanzionatoria della confisca per sproporzione e ricondurla nell'alveo delle misure non sanzionatorie di natura preventiva. Tale risultato è stato accolto anche dalla prevalente dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità. Nondimeno non è pacifico a quale delle misure di carattere preventivo la suddetta confisca può ricondursi.

Un orientamento assimila la confisca allargata alle misure di prevenzione patrimoniali – e in particolare alla confisca di prevenzione – facendo leva sulla identità di funzione e, parzialmente, di struttura tra le due misure⁷²⁹. Si sostiene che, come la confisca di prevenzione, anche quella allargata mira a sottrarre beni di provenienza illecita al condannato muovendo dall'implicito presupposto che la disponibilità di essi accresca la pericolosità sociale di quello. Inoltre, analogamente alla misura di prevenzione patrimoniale, la confisca per sproporzione è svincolata dalla commissione di un reato e aggredisce beni di valore sproporzionato, presumendone l'origine illecita. Infine, mentre nella confisca di prevenzione la pericolosità viene desunta da indizi di reità, al contrario nella confisca allargata la qualifica soggettiva viene desunta dalla responsabilità penale. Le due misure

⁷²⁹ FOSCHINI, *La natura e il procedimento*, cit., p. 200; MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti*, cit., p. 735; SFORZA, *Sulla natura della confisca*, cit., p. 1001; PICCIOTTO, *La confisca*, cit., p. 209.

presenterebbero – secondo questo orientamento – una forte omogeneità e si distinguerebbero solo per il diverso procedimento applicativo che conduce alla loro applicazione. Tale orientamento ha certamente un fondo di verità. Esso ha colto l'identità funzionale tra la confisca allargata e quella di prevenzione, in quanto misure volte a sottrarre i capitali illecitamente acquisiti e neutralizzare la pericolosità del soggetto che ne dispone. E significativa è altresì l'identità dell'oggetto dell'ablazione rappresentato dai beni di illegittima provenienza di cui il soggetto interessato abbia anche solo la mera disponibilità. Il merito dell'orientamento in esame è avere affermato la natura non sanzionatoria della confisca di cui all'art. 12-*sexies*. Senonché l'inquadramento di essa tra le misure di prevenzione incontra il limite insuperabile rappresentato dalla necessità, ai fini dell'ablazione, che vi sia una condanna in sede penale. Dunque la confisca allargata opera *post delictum* e non *ante delictum* come invece sostiene l'orientamento in esame⁷³⁰.

A ben vedere la confisca allargata sembra maggiormente assimilabile alla confisca ordinaria di cui all'art. 240 c.p. di cui riprende le funzioni e le modalità applicative. In primo luogo, come la confisca ordinaria, anche quella allargata presuppone una condanna in sede penale. Ciò implica che anche la confisca allargata assume la commissione di un reato – uno di quelli indicati dall'art. 12-*sexies* – come indice sintomatico di pericolosità sociale del reo. Una pericolosità che viene presunta in modo assoluto come si desume dall'obbligatorietà dell'ablazione patrimoniale. La condanna formale invece si pone come *occasione* per la pronuncia del provvedimento confiscatorio. In secondo luogo, come la confisca ordinaria, anche quella allargata assolve la funzione di prevenzione attraverso la sottrazione definitiva di beni di provenienza illecita dal patrimonio del colpevole. Il vero elemento di differenziazione appare essere la portata dell'ablazione patrimoniale. Mentre la confisca ordinaria incide esclusivamente su beni aventi un preciso legame pertinenziale con il reato, quella allargata invece concerne beni che si presumono provenienti genericamente da attività delittuose. In ogni caso questa diversa ampiezza della confisca allargata non pare idonea a escludere l'omogeneità funzionale che sussiste tra le due misure: in entrambe si assiste alla sottrazione di beni di origine illecita in quanto idonei ad accrescere la pericolosità sociale del colpevole⁷³¹. In definitiva si può affermare che la confisca allargata costituisca un'ipotesi speciale di confisca ordinaria e, dunque, una misura di sicurezza patrimoniale. Più in generale essa costituisce una misura *post delictum*, di carattere non sanzionatorio e avente una finalità meramente preventiva⁷³². Si differenzia dalla

⁷³⁰ ARDITURO – CIOFFI, *La confisca ordinaria*, cit., p. 751-752, in cui si evidenzia come anche il differente procedimento incida profondamente sulla natura delle due misure.

⁷³¹ Conf. CANTONE, *La confisca per sproporzione*, cit., p. 139- 140, il quale evidenzia come la confisca allargata fondi il giudizio di pericolosità su parametri non meno significativi di quelli usati dall'art. 240 c.p..

⁷³² Affermano la natura di misura di sicurezza patrimoniale della confisca allargata: CANTONE, *ibidem*, il quale tuttavia afferma la necessità di una disciplina più garantista di quella attuale, soprattutto con riferimento al regime di diritto intertemporale; ARDITURO – CIOFFI, *La confisca ordinaria*, cit., p. 753; BARGI, “*processo al patrimonio*”, cit., p. 27; VERGINE, *La componente*

confisca di prevenzione essenzialmente per il diverso indice di rilevanza della pericolosità sociale: nella misura di cui all'art. 12-*sexies* esso è costituito dall'accertamento, mediante processo penale, della commissione di un reato; nella confisca di prevenzione è dato dalle specifiche fattispecie di pericolosità sociale, non necessariamente ricollegate alla commissione di un reato, accertate nelle particolari forme del procedimento di prevenzione.

In dottrina non sono mancati autori che hanno affermato una natura polivalente della confisca allargata, assegnandole ora la sostanza di misura di sicurezza volta a neutralizzare la pericolosità delle cose delittuose o la pericolosità sociale del colpevole, ora quella di mera misura di prevenzione, ora quella di sanzione patrimoniale⁷³³. Tuttavia si tratta di una posizione scarsamente utile in chiave di ricostruzione della disciplina applicabile, risolvendosi per lo più nella descrizione di tutti le possibili funzioni che in concreto la stessa è in grado di esercitare.

La giurisprudenza di legittimità è consolidata nel senso di riconoscere alla confisca allargata la natura di misura di sicurezza patrimoniale. In particolare è costante l'affermazione in sede pretoria secondo cui la confisca in esame costituisce una misura di sicurezza «atipica» con funzione anche dissuasiva, parallela all'affine misura di prevenzione antimafia introdotta dalla Legge Rognoni – La Torre del 1982⁷³⁴.

2.4.1. Il problema del limite temporale all'ambito operativo della confisca allargata. – La confisca allargata, fondandosi sul piano oggettivo sul mero requisito della sproporzione di valore tra i beni e i redditi e le attività economiche del reo, ha un ambito di operatività potenzialmente molto esteso. In linea teorica si è evidenziato come la misura possa anche arrivare a colpire la quasi totalità del patrimonio del reo.

Si è così invocata la necessità di circoscrivere l'ablazione entro limiti temporali ragionevoli in modo da prevenire espropriazioni illimitate ed eccessive rispetto allo scopo perseguito dal legislatore⁷³⁵. L'individuazione di tale limite temporale tuttavia non risulta pacifico.

Un orientamento, muovendo dall'idea che occorra, ai fini della confisca, un nesso pertinenziale tra il reato matrice e i beni, sostiene l'impossibilità di disporre la confisca di beni acquisiti in un'epoca molto remota rispetto alla commissione del reato matrice. In tale ipotesi il predetto nesso tra il reato e il bene diventerebbe del tutto evanescente riducendosi a una mera finzione giuridica⁷³⁶. Tuttavia tale

temporale, cit., p. 392; CONTRAFATTO, *La confisca estesa*, cit., p. 9.

⁷³³ CERASE, *op. ult. cit.*, p. 1116.

⁷³⁴ Affermano la natura di misura di sicurezza patrimoniale: Cass. pen., S.U., sent. 30 maggio 2001, n. 29022, in *Riv. pen.*, 2001, p. 718; Cass. pen., S.U., sent. 17 dicembre 2003, n. 920, cit.; Cass. pen., sez. I, sent. 15 gennaio 2009, n. 8404, Rv. 242862.

⁷³⁵ PICCIRILLO, *La confisca per sproporzione*, cit., p. 400.

⁷³⁶ Sul punto MAIELLO, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione*, cit., p. 14, il quale giustifica la

orientamento non specifica cosa debba intendersi per «ambito di ragionevolezza temporale», sicché, così operando, l'applicazione della misura risulterebbe incerta con gravi rischi di un'irragionevole discriminazione dei soggetti imputati.

La giurisprudenza prevalente, sostenuta anche dalle Sezioni unite della Cassazione⁷³⁷, esclude che sia possibile delimitare temporalmente l'ambito di operatività della confisca allargata. Tale lettura muove anzitutto dall'assenza nel testo dell'art. 12-*sexies* di qualsiasi riferimento a un limite temporale in relazione ai beni confiscabili. In secondo luogo si valorizza, ancora una volta, la circostanza che, ai fini della coercizione reale, non è necessario che sussista un nesso pertinenziale tra il reato e i beni.

Non è mancato chi, muovendo dalla natura di pena della confisca allargata, abbia fondato il limite temporale sull'art. 49, comma 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, il quale statuisce la necessaria proporzionalità delle pene⁷³⁸. Tale soluzione tuttavia sta e cade con il riconoscimento della natura di sanzione punitiva alla confisca in esame. Conclusione quest'ultima che – per ragioni già esposte – non può essere accolta. In ogni caso resterebbe ferma l'obiezione circa la mancanza di qualsiasi criterio certo per fornire la desiderata delimitazione temporale.

La questione che si sta esaminando può essere risolta ancora una volta muovendo dalla *ratio* della confisca allargata. Si è visto che lo scopo della misura è quello di neutralizzare la pericolosità sociale del reo, desunta dalla responsabilità penale per il reato matrice, che trae linfa dalla disponibilità di beni di provenienza illecita. Orbene si possono sul punto riprendere le considerazioni effettuate dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alla confisca di prevenzione, attesa l'identità funzionale che caratterizza questa misura e quella di cui all'art. 12-*sexies*. Si può quindi ritenere che l'attitudine di un bene a costituire mezzo per un reato non dipenda da caratteri intrinseci del bene, che di per sé è neutro, ma dalla circostanza che esso sia acquisito da un soggetto attinto da indici sintomatici di pericolosità. Nel caso dell'art. 12-*sexies* l'indice sintomatico della pericolosità è rappresentato dalla commissione del reato matrice. Di conseguenza la confisca si giustifica nei limiti in cui i beni siano acquisiti a partire dal momento della commissione reato matrice. Ciò consentirebbe l'effettivo esercizio del diritto di difesa da parte dell'imputato, esercizio che risulterebbe eccessivamente difficoltoso ove egli dovesse giustificare la provenienza di beni acquisiti molti anni prima della commissione del reato matrice. Da quanto detto si desume inoltre che, intervenuta la confisca allargata, una nuova misura potrà aversi solo in caso di nuovo reato matrice e solo per i beni acquisiti successivamente alla commissione di quest'ultimo.

limitazione temporale in ragione della necessaria pertinenzialità tra il reato e i beni confiscabili. Un'eccessiva distanza tra il momento dell'acquisto e quello della commissione del reato reciderebbe del tutto ogni legame tra i beni e il reato. In giurisprudenza si veda Cass. pen., sez. V, sent. 23 aprile 1998, n. 2469, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3551.

⁷³⁷ Cass. pen., S.U., sent. 17 dicembre 2003, n. 920, cit..

⁷³⁸ MAIELLO, *Confisca, Cedu*, cit., p. 14.

2.5. *La disciplina della confisca allargata.* – In base ai rilievi appena svolti si può affermare che la confisca allargata costituisce un'ipotesi speciale rispetto alla confisca ordinaria di cui all'art. 240 c.p.. La specialità consiste nella diversa tecnica di accertamento dei proventi del reato, i quali vengono semplicemente individuati nei beni di valore sproporzionato rispetto ai redditi lecitamente acquisiti dal condannato.

In base alla suddetta conclusione si può ritenere che alla confisca allargata, salve diverse disposizioni di legge, può essere applicato lo statuto generale della confisca ordinaria. Inoltre il fondamento costituzionale ed europeo di essa sarà il medesimo della confisca ordinaria. Di conseguenza si può affermare che:

a) la confisca allargata è sottoposta al principio di legalità, con il duplice corollario della riserva di legge e della prevedibilità della norma giuridica "vivente". Non trattandosi di misura di carattere punitivo, la prevedibilità della norma deve essere intesa soprattutto come esigenza che siano resi evidenti i casi, i modi e i limiti di applicazione della misura per i destinatari della stessa, in modo da rendere controllabile la correttezza dell'esercizio del potere ablatorio.

b) Inoltre, sul piano della successione di leggi nel tempo, la confisca allargata soggiace al principio di retroattività della legge più recente, ai sensi dell'art. 200 c.p.. Sul punto occorre ricordare che – analogamente a quanto affermato in relazione alla confisca ordinaria – anche per la confisca allargata si deve escludere che essa possa applicarsi in relazione a fatti che, all'epoca della loro commissione, non costituivano un reato. E ciò in quanto in tali casi risulterebbe impossibile giungere alla condanna in sede penale che resta occasione necessaria per l'irrogazione della misura ablatoria. Diversamente si deve ritenere che la confisca sia applicabile anche se, in base alla legge vigente alla commissione del reato, questo non era annoverato tra i reati matrice, laddove un tale inserimento avvenga in base a una legge successiva e vigente al tempo dell'applicazione della misura⁷³⁹. Una parte della dottrina critica una tale conclusione in quanto ritenuta foriera di gravi iniquità⁷⁴⁰. Si evidenzia come una pena pecuniaria di poche migliaia di euro non possa applicarsi in via retroattiva mentre la confisca allargata che coinvolge ampie quote del patrimonio di un soggetto può ben applicarsi in via retroattiva. In realtà la diversità di trattamento tra le due situazioni deriva dalla diversa funzione dei due istituti. La pena pecuniaria, in quanto sanzione punitiva, non può applicarsi retroattivamente perché sarebbe semplicemente irrazionale e contrario a qualsiasi finalità preventiva della pena. Una misura di sicurezza, poiché mira a neutralizzare la pericolosità sociale connessa alla detenzione di capitali illeciti, che *comunque non dovevano introdursi nel circuito economico*, può applicarsi retroattivamente essendo persistente la situazione di pericolosità che la giustifica. Il vero aspetto problematico che è alla base della diffidenza verso la confisca allargata risiede nel carattere

⁷³⁹ Cass. pen., sez. VI, sent. 6 marzo 2009, n. 25096, Rv. 244355

⁷⁴⁰ CANTONE, *op. ult. cit.*, p. 140.

presuntivo del patrimonio illecitamente accumulato e, come ogni presunzione, si espone a rischi di errati accertamenti. Ciò pone tuttavia un problema di legittimità della legislazione inerente alla confisca allargata, che esula dal problema della disciplina intertemporale della misura.

c) Particolarmente delicato è il rapporto tra la confisca allargata e altre forme di confisca previste dall'ordinamento giuridico in materia criminale. Per una maggiore chiarezza del discorso è opportuno distinguere le varie ipotesi possibili:

c.1) per ciò che attiene ai rapporti tra la confisca allargata e la confisca ordinaria di cui all'art. 240 c.p., si può osservare quanto segue. Se si accoglie la tesi per cui la confisca allargata colpisce beni comunque costituenti i proventi del reato matrice, allora le due misure tendono a coincidere in relazione al rispettivo ambito operativo e pertanto risulterà applicabile la sola confisca allargata per il criterio di specialità. Se al contrario si ritiene che tale misura colpisca tutti i beni acquisiti illecitamente dal reo, anche mediante fatti diversi dal reato matrice, allora le due misure sono cumulabili⁷⁴¹ e la valutazione diviene più complessa. Si potrebbe ritenere che, agendo le due misure sulla pericolosità sociale del reo in modalità differenti, nulla escluderebbe un possibile concorso materiale tra le due misure. È evidente tuttavia che l'applicazione congiunta implicherà una reciproca interferenza tra le due misure in ordine all'effetto ablatorio a esse ricollegato. Così se si individuano nel corso del processo i beni che specificamente costituiscono il profitto, il prezzo, il prodotto del reato o rappresentino cose oggettivamente illecite tali beni verranno confiscati ai sensi dell'art. 240 c.p.. Tuttavia il valore di essi deve essere scomputato dal patrimonio del reo ai fini del calcolo della sproporzione rilevante. Poiché tale requisito serve a individuare presuntivamente i proventi di attività illecite, è chiaro che in esso sono ricompresi anche quelli derivati dal reato matrice. Di conseguenza, dal valore del patrimonio su cui calcolare il predetto requisito andrà scomputato il valore dei beni confiscati ai sensi dell'art. 240 c.p.. In tal modo si evita un *bis in idem* sostanziale a scapito del reo.

Nei casi anzidetti una seconda soluzione potrebbe essere semplicemente quella di valorizzare ancora una volta il criterio di specialità e ritenere che ogni provento illecito vada espropriato ai sensi dell'art. 12-*sexies*⁷⁴², il quale, per taluni reati, imporrebbe l'uso di una tecnica speciale di accertamento dei suddetti proventi illeciti. In tal caso la il provvedimento di cui all'art. 240 c.p. sarebbe precluso. La soluzione anzidetta appare preferibile in quanto valorizza lo specifico regime cui il legislatore ha sottoposto i reati di cui all'art. 12-*sexies* rispetto al regime ordinario di cui all'art. 240 c.p..

Laddove la confisca ordinaria concerna gli strumenti del reato, occorre

⁷⁴¹ L'ammissibilità di un cumulo tra la confisca ordinaria e quella allargata sembra potersi desumere dall'art. 6 della l. 7 marzo 1996, n. 108, che, pur introducendo l'applicabilità della predetta misura in caso di condanna per usura, dispone la salvezza delle disposizioni contenute nell'art. 12-*sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 1992, n. 356.

⁷⁴² Così la dottrina prevalente: per tutti CANTONE, *op. ult. cit.*, p. 147.

sottolineare che questi non necessariamente devono essere di provenienza illecita. Ove non lo siano, potrà operare solo la confisca di cui all'art. 240 c.p.. In caso contrario si potrà procedere in modo analogo a quanto previsto per il profitto, il prezzo, il prodotto del reato e le cose oggettivamente illecite.

c.2) In relazione invece ai rapporti tra la confisca allargata e la confisca per equivalente sussidiaria alla confisca ordinaria, è necessario ricordare come questa misura possa configurarsi in alcuni casi come sanzione esecutiva e in altri come sanzione punitiva. In tal caso, perseguendo le due misure distinte funzioni, si deve ritenere che la soluzione più corretta sia il cumulo tra le due confische⁷⁴³.

Così innanzi tutto la confisca allargata non può precludere l'applicazione della confisca di valore, ove questa operi come sanzione esecutiva, giacché l'ordinamento giuridico non può rinunciare alla rimozione di ogni effetto antiggiuridico prodotto dalla violazione delle sue norme primarie. Tuttavia l'ammissibilità del cumulo non esclude una reciproca interferenza tra le due misure. In particolare la confisca di valore, eliminando dal patrimonio del reo i profitti conseguiti mediante il reato oggetto della condanna, importa una riduzione del patrimonio illecitamente accumulato, sicché del valore dei beni confiscati non può non tenersi conto nell'accertamento del requisito della sproporzione di cui all'art. 12-*sexies*. In particolare il valore dei beni espropriati mediante la confisca di valore deve essere sottratto dal valore del patrimonio di cui va accertata la sproporzione. In caso contrario vi sarebbe il rischio di un *bis in idem* a scapito del reo.

Nel caso in cui la confisca di valore assuma una funzione punitiva, ancora una volta la confisca allargata non preclude l'applicazione dell'altra misura. Una volta espropriati i beni individuati ai sensi dell'art. 12-*sexies*, si può procedere altresì all'espropriazione di ulteriori beni in funzione afflittiva.

Nei casi anzidetti non si può invocare la lesione del *bis in idem*, posto che la diversità funzionale tra le misure applicate impedisce in radice di ravvisare un'inutile duplicazione di espropriazione. Ciò risulta confermato a livello normativo. Ai sensi dell'art. 6 della l. 7 marzo 1996, n. 108, che ha introdotto la nuova disciplina in materia di usura, l'applicazione della confisca ordinaria e di quella per equivalente ai sensi dell'art. 644, ult. comma c.p. non esclude l'applicazione della confisca allargata ai sensi dell'art. 12-*sexies*, con la conseguenza che le due misure sono applicabili in via congiunta. In tal modo il legislatore mostra di ritenere le due misure del tutto compatibili.

c.3) In relazione ai rapporti tra la confisca allargata e quella di prevenzione di cui all'art. 24 codice antimafia, il legislatore ha invece posto una disciplina compiuta che esclude ogni dubbio in sede applicativa.

Prima dell'emanazione del codice antimafia il legislatore regolava la materia nell'art. 2-*ter* della l. 31 maggio 1965, n. 575, il quale disponeva la prevalenza dei provvedimenti adottati all'esito di un processo penale, essendo questo connotato da maggiori e più significative garanzie per l'interessato. Senonché una

⁷⁴³ CANTONE, *op. ult. cit.*, p. 147.

tale soluzione rivelò nel tempo gravi difficoltà connesse alla gestione dei beni espropriati.

Attualmente la materia è regolata invece dall'art. 30 codice antimafia. In base a tale disposizione occorre distinguere a seconda che venga disposta prima la confisca di prevenzione o quella allargata. Se la confisca definitiva di prevenzione interviene prima della sentenza irrevocabile di condanna che dispone la confisca dei medesimi beni in sede penale, la gestione dei beni viene complessivamente regolata ai sensi degli artt. 35 e ss. codice antimafia. In tal caso il giudice, ove successivamente disponga la confisca in sede penale, dichiara la stessa già eseguita in sede di prevenzione. Se la sentenza irrevocabile di condanna che dispone la confisca interviene prima della confisca definitiva di prevenzione, il giudice, ove successivamente disponga la confisca di prevenzione, dichiara la stessa già eseguita in sede penale.

d) Sul piano procedurale la confisca allargata viene disposta al momento della condanna per il reato matrice. Di conseguenza essa viene applicata all'esito di un processo penale. Secondo una parte della dottrina il processo penale non sarebbe adatto a garantire un adeguato accertamento sui presupposti della misura, atteso che già esso risulta gravato dall'accertamento della colpevolezza dell'imputato⁷⁴⁴.

Come è stato già illustrato in precedenza, sull'accusa grava l'onere di provare il requisito della sproporzione dei beni e la titolarità o la disponibilità in capo all'imputato dei beni che devono essere espropriati. Di contro è onere dell'imputato addurre elementi idonei a escludere la sproporzione ovvero provare la legittima provenienza dei beni sospetti. Il presunto titolare fittizio potrà provare solo la sua effettiva titolarità, al fine di evitare l'ablazione. Non può invece contrastare la sproporzione dei beni o giustificare la legittima provenienza di essi⁷⁴⁵.

Secondo l'opinione preferibile, per consentire un'adeguata difesa, occorre che l'accusa proceda alla contestazione specifica dei fatti che giustificano l'applicazione della misura. In altri termini è necessario formulare un vero e proprio capo di imputazione autonomo in relazione alla confisca allargata. Sennonché secondo la tesi prevalente l'imputazione non è necessaria nel caso in cui sia proceduto al sequestro preventivo dei beni da confiscare. In tal caso il provvedimento di sequestro è già idoneo a rendere edotto l'interessato delle ragioni dell'ablazione.

Nel caso in cui non si sia proceduto a sequestro preventivo dei beni, la formulazione dell'imputazione risulta essenziale per attivare il necessario contraddittorio con l'interessato.

Prima dell'adozione della confisca, in via cautelare può essere disposto, secondo l'art. 12-*sexies*, comma 4, il sequestro preventivo dei beni dell'interessato in base alla disciplina dell'art. 321 c.p.p.. Si tratta di misura di natura cautelare che mira a evitare la dispersione del patrimonio dell'imputato che renderebbe impossibile

⁷⁴⁴ FOSCHINI, *op. ult. cit.*, p. 197.

⁷⁴⁵ CANTONE, *op. ult. cit.*, p. 136.

procedere eventualmente, in sede di condanna definitiva, alla confisca.

I presupposti per disporre il sequestro preventivo sono il *fumus commissi delicti*, ossia la ragionevole probabilità che sia stato commesso dall'imputato il reato matrice oggetto del procedimento penale, e il *periculum in mora*, ossia la sussistenza di seri indizi che rendono plausibile la sussistenza dei presupposti per la confisca, sia per ciò che attiene alla sproporzione dei beni, sia per ciò che attiene alla mancanza di giustificazione in relazione alla loro legittima provenienza.⁷⁴⁶ Quando il sequestro attiene a beni mobili registrati o a beni immobili, il provvedimento deve essere trascritto presso i competenti uffici (art. 104, disp. att. c.p.p.).

Sul punto è controverso se la confisca allargata richieda necessariamente la previa applicazione del sequestro preventivo o se possa da questo prescindere. Sul punto la giurisprudenza è spaccata⁷⁴⁷, anche se appare preferibile la tesi che afferma l'autonomia tra i due provvedimenti.

Normalmente – come già accennato – la confisca viene disposta con il provvedimento di condanna definitiva per il reato matrice. In assenza di una qualsiasi statuizione nella sentenza di condanna, in passato è stato controverso se la misura, potesse disporsi con provvedimento del giudice dell'esecuzione. Un primo orientamento negava una siffatta possibilità⁷⁴⁸. In primo luogo si riteneva che l'art. 676 c.p.p., nel consentire al giudice dell'esecuzione di disporre l'applicazione della confisca obbligatoria, facesse riferimento alla misura prevista dall'art. 240, comma 2 c.p.. Inoltre si evidenziava come il giudizio di esecuzione mal si prestasse al compito di accertamenti particolarmente complessi, come quelli funzionali alla confisca allargata.

Un diverso orientamento invece ammetteva l'irrogazione della confisca allargata in sede esecutiva, non rinvenendosi chiare indicazioni di senso contrario nell'ordinamento giuridico⁷⁴⁹. L'art. 676 c.p.p. – si osservava – si riferisce a ogni ipotesi di confisca disposta nell'ambito del processo penale e tale è certamente la confisca allargata. Inoltre si aggiungeva come il procedimento esecutivo fosse pienamente idoneo a garantire un pieno contraddittorio con il condannato. Né poteva obiettarsi che in tal modo non veniva garantito il doppio grado di giudizio, essendo questa garanzia non costituzionalmente necessaria. L'unica condizione che il giudice dell'esecuzione dovrebbe rispettare sarebbe quella della necessità che sulla misura non si sia pronunciato già il giudice della cognizione.

Sul punto sono intervenute le Sezioni unite della Corte di Cassazione che hanno accolto la soluzione favorevole all'applicabilità della confisca allargata in sede

⁷⁴⁶ CONTRAFATTO, *La confisca estesa*, cit., p. 321.

⁷⁴⁷ Per la tesi della autonomia si veda Cass. pen., sez. II, sent. 29 gennaio 2008, n. 6383, Rv. 239448. Per la tesi della strumentalità si veda Cass. pen., sez. II, sent. 8 novembre 2007, n. 45210, Rv. 238901, che mitiga il principio sostenendo che in sede di condanna il giudice possa disporre contestualmente tanto il sequestro quanto la misura confiscatoria.

⁷⁴⁸ Cass. pen., sez. IV, sent. 8 luglio 1997, n. 2015, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, p. 77.

⁷⁴⁹ Cass. pen., sez. V, sent. 18 settembre 1997, n. 3818, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, p. 77.

esecutiva⁷⁵⁰.

Il giudice dell'esecuzione pertanto provvede a disporre la confisca *de plano* su domanda del pubblico ministero, in base ai soli elementi da questo reso disponibili. In caso di successiva opposizione del condannato, si innescherà un procedimento esecutivo ai sensi dell'art. 666 c.p.p. nel pieno contraddittorio tra le parti. Una parte della dottrina ritiene che il giudice, a seguito della domanda, possa immediatamente disporre l'udienza camerale ai sensi dell'art. 666 c.p.p. laddove la complessità degli elementi addotti dall'accusa renda preferibile l'audizione preventiva del condannato⁷⁵¹. Infine, discusso è se il giudice dell'esecuzione possa disporre il sequestro preventivo nelle more del procedimento. Il problema si pone in quanto l'art. 321 c.p.p., cui rinvia l'art. 12-*sexies*, dispone che la misura cautelare possa disporla solo «il giudice competente a pronunciarsi nel merito». Secondo la tesi dominante nella giurisprudenza il giudice dell'esecuzione può disporre il sequestro, non ostando l'art. 321 c.p.p. in cui la predetta locuzione può intendersi come riferita al giudice competente a pronunciarsi nel merito della domanda di confisca.

e) Per ciò che attiene alla gestione dei beni sequestrati e confiscati l'art. 12-*sexies* non fornisce indicazioni chiare. Nel testo originario del disposto, il comma 3 stabiliva che, fermo quanto previsto dagli articoli 100 e 101 del testo unico in materia di stupefacenti, «per la gestione e la destinazione dei beni confiscati a norma dei commi 1 e 2 si osservano, in quanto compatibili, le disposizioni contenute nel decreto-legge 14 giugno 1989, n. 230, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 1989, n. 282». In virtù di tale rinvio ai beni sequestrati e confiscati ai sensi dell'art. 12-*sexies* si applicava la disciplina prevista dalla l. 31 maggio 1965, n. 575 in materia di gestione dei beni espropriati mediante confisca di prevenzione. L'unica deroga concerneva le confische disposte nell'ambito della legislazione sugli stupefacenti, per la quale si disponeva l'applicazione delle disposizioni speciali ivi previste. Inoltre si aggiungeva al comma terzo dell'art. 12-*sexies* che il giudice, con la sentenza di condanna, «nomina un amministratore con il compito di provvedere alla custodia, alla conservazione e all'amministrazione dei beni confiscati. Non possono essere nominate amministratori le persone nei cui confronti il provvedimento è stato disposto, il coniuge, i parenti, gli affini e le persone con essi conviventi, né le persone condannate ad una pena che importi l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o coloro cui sia stata irrogata una misura di prevenzione».

La suddetta disciplina nel tempo divenne particolarmente oscura a causa di plurimi interventi legislativi che hanno riguardato la L. 31 maggio 1965, n. 575. Invero si discuteva se le modifiche apportate alla normativa antimafia si estendessero automaticamente, per il rinvio dell'art. 12-*sexies*, comma 3, anche alla confisca

⁷⁵⁰ Cass. pen., S.U., sent. 30 maggio 2001, n. 29022, in *Dir. e giust.*, 2001, 31, 79.

⁷⁵¹ FOSCHINI, *op. ult. cit.*, p. 199.

allargata. In conseguenza di tali difficoltà applicative, dovute anche alla lacunosità della disciplina, è stato introdotto il comma *4-bis* nell'art. 12-*sexies* mediante l'art. 24, comma 1, lettera b) della l. 13 febbraio 2001, n. 45, come modificato dall'art. 2, comma 7, lettera b) della l. 15 luglio 2009, n. 94, integralmente riscritto prima dall'art. 5, comma 2 del d.l. 4 febbraio 2010, n. 4, convertito con modificazioni dalla l. 31 marzo 2010, n. 50, poi dall'art. 1, comma 190 della l. 24 dicembre 2012, n. 228. Prima dell'ultima novella legislativa del 2012, l'art. 12-*sexies*, comma *4-bis* individuava la disciplina in materia di gestione dei beni sequestrati e confiscati mediante un rinvio alle disposizioni di cui agli articoli *2-quater*, *2-sexies*, *2-septies*, *2-octies*, *2-nonies*, *2-decies*, *2-undecies* e *2-duodecies* della legge 31 maggio 1965, n. 575. Tuttavia le disposizioni di cui al comma terzo del medesimo articolo non venivano abrogate, generando, così, forti incertezze in relazione alla persistente vigenza di queste ultime e alla effettiva disciplina applicabile alla gestione dei beni sequestrati e confiscati ai sensi dell'art. 12-*sexies*⁷⁵². Inoltre il comma *4-bis* disponeva la salvezza dei diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno.

La novella del 2012 ha parzialmente risolto i problemi applicativi provocati dai precedenti interventi normativi. Ai sensi del nuovo comma *4-bis* dell'art. 12-*sexies* è previsto che, in caso di sequestro e di confisca allargata, per la gestione dei beni si applicano le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati previste dal codice antimafia. In tali casi l'Agenzia coadiuva l'autorità giudiziaria nell'amministrazione e nella custodia dei beni sequestrati, sino al provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare e, successivamente a tale provvedimento, amministra i beni medesimi secondo la suddetta disciplina.

La novella ha pertanto esteso la normativa prevista in materia di confisca di prevenzione anche alla confisca allargata, mediante un rinvio all'integrale disciplina prevista dal codice antimafia. È opportuno ricordare che la novella del 2012 non ha abrogato le disposizioni di cui all'art. 12-*sexies*, comma 3, il quale continua a prevedere una disciplina per la gestione dei beni per molti versi incompatibile con quella stabilita dal comma *4-bis*. L'antinomia normativa può essere comunque risolta in favore della prevalenza della più recente disposizione di cui al comma *4-bis* e, dunque, in favore dell'applicazione della disciplina prevista dal codice antimafia. Restano ferme le disposizioni del comma 3 che sono compatibili con la nuova normativa.

Il nuovo comma *4-bis* conferma la salvezza dei diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno. Nulla è disposto invece con riferimento alla tutela dei creditori del soggetto condannato. Invero la novella non ha introdotto alcun richiamo alla disciplina prevista dal Titolo IV del codice antimafia.

⁷⁵² Per una ampia disamina dei problemi sorti prima della novella del 2012 si veda CANTONE, *op. ult. cit.*, p. 152 ss..

Pertanto in caso di confisca allargata la tutela dei terzi risulta ancora oggi priva di un adeguato livello di garanzie che invece è stato raggiunto in materia prevenzionistica.

2.6. La confisca per equivalente ai sensi dell'art. 12-sexies, comma 2-ter. –

Un caso particolare di confisca di valore è previsto dall'art. 12-sexies, comma 2-ter. In base a tale disposizione, in caso di delitto commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, «quando non è possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui al comma 1, il giudice ordina la confisca di altre somme di denaro, di beni e altre utilità per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona». La stessa regola si applica nel caso di condanna per un delitto in materia di contrabbando nei casi di cui all'articolo 295, secondo comma, del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43.

Va notato che la disposizione non esige che l'impossibilità della confisca derivi da fatto imputabile al preposto, come invece previsto per l'analogo istituto dall'art. 25 codice antimafia⁷⁵³. La *ratio* della norma sembra essere quella di rendere effettiva l'ablazione patrimoniale a carico del condannato.

La natura giuridica di tale confisca non sembra essere quella di una misura di natura preventiva. Invero, poiché essa presuppone l'impossibilità di procedere all'ablazione dei beni sproporzionati la cui provenienza legittima non è stata dimostrata, è evidente come abbia ad oggetto beni che non risultano di provenienza illecita. Tale profilo consente di escludere che la misura miri all'eliminazione dalla sfera di disponibilità del condannato di beni di provenienza illecita, idonei a stimolare la pericolosità di quest'ultimo. Dunque la misura sembra avere una vera e propria funzione punitiva nei confronti del condannato.

In conclusione la confisca per equivalente prevista dall'art. 12-sexies, comma 2-ter costituisce una vera e propria sanzione punitiva conseguente alla responsabile penale per i reati matrice previsti dal comma 2 del medesimo articolo.

2.7. Osservazioni conclusive. – La confisca allargata, nei suoi oltre venti anni di vita, è stata oggetto di opinioni contrastanti.

Da un lato vi è chi ne evidenzia l'anacronismo rispetto agli approdi più recenti in materia penale⁷⁵⁴; dall'altro lato vi è chi invece la considera strumento irrinunciabile per il contrasto alla moderna criminalità del profitto⁷⁵⁵. Ad ogni modo è indubbio che la confisca allargata, nell'ambito delle misure a finalità meramente preventiva, è tra quelle che maggiormente garantisce un adeguato giudizio di

⁷⁵³ Sul punto v. *supra* Cap. VII, par. 8.

⁷⁵⁴ FURFARO, *op. ult. cit.*, p. 211.

⁷⁵⁵ ARDITURO – CIOFFI, *op. ult. cit.*, p. 747.

pericolosità sociale, essendo questo fondato sull'accertamento in sede processuale di un fatto di reato. Tuttavia la dottrina ha messo in evidenza alcune criticità dell'istituto, soprattutto sotto il profilo pratico.

Innanzitutto si è evidenziata la scarsa idoneità del giudizio ordinario penale a costituire utile mezzo per l'accertamento dei presupposti oggettivi della confisca. In particolare si ritiene che i principi di oralità, immediatezza, concentrazione, pubblicità non siano compatibili con un corretto accertamento dei requisiti di sproporzione e di mancata giustificazione della legittima provenienza dei cespiti⁷⁵⁶.

In secondo luogo si è osservato come la necessità di procedere all'accertamento di un reato limita enormemente l'efficacia della misura rispetto alla finalità di contrasto alla circolazione dei capitali illeciti. Ciò renderebbe la confisca allargata molto marginale rispetto agli strumenti di prevenzione patrimoniale, che, invece, prescindendo dall'accertamento di un reato, godono di maggiore dinamismo.

Infine il requisito della sproporzione espone la misura a facili elusioni. Invero il doveroso rispetto di tale presupposto rende difficoltoso il contrasto a imprese che, mantenendo una contabilità corretta e impeccabile, si estendono sul mercato grazie all'uso del metodo mafioso. In tal caso sarebbe difficile accertare una sproporzione tra il patrimonio dell'imprenditore e l'attività economica svolta⁷⁵⁷.

Sul piano sistematico la confisca allargata resta comunque molto rilevante per la ricostruzione del sistema delle misure di natura preventiva. Invero essa rappresenta la naturale evoluzione della confisca codicistica, riproposta in chiave settoriale sganciata da qualsiasi vincolo di pertinenzialità tra i beni confiscabili e il reato matrice. Ciò conferma che la pericolosità sociale viene ormai considerata sussistente dal legislatore non tanto quando il preposto abbia la disponibilità degli specifici beni provenienti dal reato, quanto invece quando egli disponga dei profitti latamente intesi scaturiti dal reato. È l'alta probabilità di lucrare con il reato che rende – secondo questa ottica – incline un soggetto a delinquere. L'elemento della pertinenzialità sembra dunque giustificarsi esclusivamente rispetto agli strumenti del reato e alle cose oggettivamente illecite, che, per loro stessa natura, non possono che configurarsi come beni infungibili rispetto a quelli facenti parte del patrimonio del colpevole. In questa ottica la confisca allargata costituisce il naturale adattamento della confisca ordinaria alle dinamiche della criminalità associativa, in cui i proventi illeciti vengono accumulati e gestiti per la commissione di una pluralità di reati anche eterogenei tra di loro e nell'interesse del gruppo sociale non del singolo membro. Rispetto a una tale dinamica la confisca codicistica, legata al vincolo di pertinenzialità, si mostrava del tutto insoddisfacente.

3. La confisca nella normativa concernente la responsabilità da reato degli enti. – Sin dalla comparsa dei primi ordinamenti giuridici criminali era opinione

⁷⁵⁶ CONTRAFATTO, *op. ult. cit.*, p. 333.

⁷⁵⁷ CONTRAFATTO, *ivi*, p. 332.

diffusa che una persona giuridica non potesse mai essere destinataria di norme penali. Il brocardo *societas delinquere non potest* si è tramandato di secolo in secolo, restando un punto fermo di ogni sistema penale.

Solo nell'era contemporanea questo assunto è stato messo in discussione. Le ragioni del superamento sono state prevalentemente di natura politico-criminale. A seguito dei conflitti mondiali del Novecento, si è assistito a un sempre maggiore incremento dell'utilizzo dello strumento societario per la commissione di crimini finalizzati al conseguimento di elevati profitti economici⁷⁵⁸. Nell'ambito di questa nuova criminalità economica l'attività imprenditoriale è divenuta spesso mezzo con cui le associazioni criminali aumentano i loro profitti, riciclano il denaro proveniente da attività illecite, assumono il controllo sociale del territorio in cui operano. Inoltre non di rado si è assistito a un uso spregiudicato del crimine nell'ambito di una più ampia politica imprenditoriale lecita, al fine di conseguire posizioni di privilegio sul mercato, commesse pubbliche o semplicemente più elevati profitti.

L'uso dello strumento societario per lo svolgimento di attività illegali si è rivelato particolarmente utile per più ragioni. Innanzi tutto esso consente la creazione di diversi centri decisionali e l'impiego di "schermi fittizi" a cui imputare le scelte e le conseguenti responsabilità. In tal modo si può giungere a una accentuata deresponsabilizzazione dei vertici societari, pur a fronte del mantenimento in loro favore del potere decisionale sulla vita dell'impresa. Peraltro, proprio la moltiplicazione dei centri decisionali, rende complesso individuare l'autore del reato, in questo modo incentivandosi l'impunità con gravi effetti per la tenuta dell'ordinamento penale.

Inoltre la società, consentendo un'efficiente organizzazione del lavoro e una rapida accumulazione di capitali, consente di ottenere elevati profitti, per nulla scalfiti dai "costi" derivanti da eventuali condanne in sede penale per gli autori dei reati. Invero nella realtà della criminalità economica la commissione di reati consente al gruppo sociale di ottenere enormi profitti, a fronte di una condanna penale che colpisce esclusivamente il singolo autore dell'illecito. In un tale sistema il costo derivante dalla perdita di un singolo membro non è per nulla idoneo a compensare i vantaggi procurati dalla commissione dei reati, sicché l'ente resta comunque incentivato a improntare la propria politica aziendale al crimine. Ciò ha prodotto nel tempo una vasta proliferazione della criminalità imprenditoriale che ha assunto così una dimensione sovranazionale.

⁷⁵⁸ Nell'analisi della criminalità d'impresa la scienza criminologica ha individuato essenzialmente tre tipologie di impresa strumentalizzata ad attività delittuose: innanzi tutto viene in rilievo l'impresa intrinsecamente illecita, il cui oggetto è proiettato in modo specifico o prevalente verso la commissione di reati; poi viene in rilievo l'impresa che agisce per il conseguimento di scopi leciti e che incidentalmente viene attinta da fenomeni criminosi. In quest'ultimo caso la commissione del reato può essere dettata da una contingente volontà di ottenere un incremento dei profitti del breve o medio termine ovvero da un difetto di organizzazione che conduce soggetti subordinati al vertice dell'ente a commettere reati valendosi dell'occasione offerta dallo svolgimento dell'attività economica.

Sulla spinta della comunità internazionale e dell'Unione europea⁷⁵⁹, il legislatore italiano è dunque intervenuto per colmare quello che larga parte della dottrina riteneva un vuoto ingiustificato del sistema repressivo italiano⁷⁶⁰. In attuazione della l. 29 settembre 2000, n. 300, il Governo ha emanato il d.lgs. 8 giugno 2001⁷⁶¹ n. 231 che ha introdotto la disciplina della responsabilità

⁷⁵⁹ Sul punto i trattati internazionali più rilevanti, che hanno costituito occasione per l'introduzione di una responsabilità da reato degli enti, sono stati: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996; Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997; la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997.

In particolare la convenzione OCSE obbligava gli Stati ad adottare le misure necessarie, secondo i propri principi giuridici, per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche in caso di corruzione di un pubblico ufficiale straniero (art. 2). Inoltre, nel caso in cui, secondo il sistema giuridico di uno Stato, la responsabilità penale non è applicabile alle persone giuridiche, lo Stato in questione deve assicurare che le persone giuridiche siano passibili di sanzioni non penali efficaci, proporzionate e dissuasive, incluse le sanzioni pecuniarie, in caso di corruzione di pubblico ufficiale straniero (art. 3).

⁷⁶⁰ Nel diritto positivo italiano, prima della riforma del 2001, sporadiche erano le disposizioni che regolavano gli effetti giuridici sugli enti derivanti dalla commissione di reati commessi da una persona nel loro interesse o vantaggio. Si fa riferimento al riguardo agli artt. 196 e 198 c.p., all'art. 6, comma 4 della l. 24 novembre 1981, n. 689, all'art. 144 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, all'art. 11 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, agli artt. 19 e 31 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, all'art. 31, commi 4 e 5 della l. 6 agosto 1990, n. 223.

⁷⁶¹ Sul punto si rinvia per una più ampia disamina dell'argomento a: ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV. *La responsabilità amministrativa degli enti. D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2003; ID., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: osservazioni generali*, in SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla convenzione OCSE al Decreto n. 231 del 2001*, Milano, 2003, p. 149; AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio *societas delinquere non potest**, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 941; ID., *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 151 s.; G. AMATO, *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, in *Guida al diritto*, 2001, n. 26, p. 76; ARENA – GRAZIANO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Profilo teorico applicativi del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Roma 2003; ARENA – CASSANO, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2007; BASSI – EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006; BRICOLA, *Il costo del principio "*societas delinquere non potest*" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951; DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008; DI PINTO, *La responsabilità amministrativa da reato degli enti*, Torino, 2003; GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova 2002; GENNAI – TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2001; GIARDA – MANCUSO – SPANGHER, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2007; GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006; LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n.231*, Milano, 2005; MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lg. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2002, 879 ss.; MANNA, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: il problema delle sanzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 919; ID., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista di un penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1101; MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 697; MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di*

amministrativa derivante da reato delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica.

La nuova normativa ha costituito una rilevante novità per l'ordinamento italiano almeno sotto un duplice aspetto. Innanzi tutto è stata sancita l'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona giuridica. In tal modo si è superato il quadro delineato dall'art. 197 c.p. e si è reso effettivo il sistema sanzionatorio introdotto proprio con il decreto anzidetto⁷⁶². In secondo luogo la nuova normativa ha accentrato in capo al giudice penale i poteri di accertamento dell'illecito dell'ente e i poteri sanzionatori. In tal modo si è voluto porre rimedio all'inadeguatezza che la pubblica amministrazione ha nel tempo mostrato in relazione alla gestione del procedimento predisposto dalla l. 24 novembre 1981, n. 689⁷⁶³. Peraltro la nuova disciplina introduce la possibilità per l'ente di difendersi nell'ambito del processo penale a carico dell'autore del reato. In questo modo si rende possibile all'ente un'effettiva interlocuzione con l'organo giudicante in relazione alla propria responsabilità.

Prima di analizzare la disciplina del sistema sanzionatorio e, quindi, delle misure confiscatorie previste dal d.lgs. n. 231, è opportuno illustrare brevemente la disciplina sostanziale che governa la responsabilità amministrativa degli enti.

attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi, in *Ind. pen.*, 2006, I, p. 27; MUSCO, *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Giusto processo*, 2002, n. 4, p. 118; MONESI (a cura), *I modelli organizzativi ex d. lg. n. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti collettivi*, Milano, 2005; LANCELLOTTI, *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Torino, 2003; PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest*, Padova, 2003; PALIERO, *Il d. lg. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 845; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti amministrativi da reato (Dal d. lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, 2006; PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 183; PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002; PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti: alla ricerca di un difficile equilibrio fra modelli "punitivi" e prospettive di efficienza*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 363; PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, p. 106; ID., *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 571; PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008; PULITANO', *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 425; REVERDITI, *La responsabilità degli enti: la crocevia fra repressione e special prevenzione*, Napoli, 2009; ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 391; RONCO, *Responsabilità delle persone giuridiche*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 2002; RUGGIERO G., *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione della teoria dei soggetti nel diritto penale*, Torino, 2004; SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d'impresa*, in BARGI – CISTERNA, *La giustizia penale patrimoniale*, II, cit., p. 847; SPAGNOLO, *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d. lg. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2007; STELLA, *Criminalità d'impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 459; STORELLI, *L'illecito amministrativo da reato degli enti nell'esperienza giurisprudenziale*, Torino, 2005; STORTONI – TASSINARI, *La responsabilità degli enti: di quale natura? quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, I, p. 7; VINCIGUERRA – CERESA GASTALDO – ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004;

⁷⁶² PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 21.

⁷⁶³ SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d'impresa*, cit., p. 849.

La normativa in esame si applica esclusivamente nei confronti degli enti forniti di personalità giuridica, delle società⁷⁶⁴ e delle associazioni anche prive di personalità giuridica (art. 1, comma 2 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, di seguito “decreto”)⁷⁶⁵. Di contro la disciplina non è applicabile allo Stato⁷⁶⁶, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici⁷⁶⁷ nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale⁷⁶⁸ (art. 1, comma 3 del decreto). Inoltre, secondo l’opinione decisamente dominante, la normativa troverebbe applicazione anche nei confronti degli enti di diritto straniero, purché rientrino nelle categorie soggettive individuate dall’art. 1 e il reato sia commesso nel territorio dello Stato. Tale conclusione viene supportata in base a due rilievi. Innanzi tutto il decreto non pone alcuna differenziazione tra enti di diritto straniero ed enti di diritto interno. In secondo luogo l’art. 4 del decreto prevede che la normativa si applichi anche agli enti con sede principale in Italia nell’interesse dei quali siano commessi reati all’estero, sicché a maggior ragione la stessa conclusione dovrà valere nel caso in cui siano commessi in Italia reati nell’interesse di enti di diritto straniero⁷⁶⁹.

⁷⁶⁴ Dibattuto è se il decreto trovi applicazione nei confronti di imprese individuali e società a partecipazione pubblica. In relazione alle prime appare preferibile la tesi negativa, posto che l’art. 1 del decreto fa riferimento alle società ma non anche agli imprenditori individuali, sicché l’applicazione a quest’ultimi della disciplina in esame si risolverebbe in una vera e propria analogia *in malam partem*. In relazione alle società pubbliche non vi è dubbio invece che il decreto possa trovare applicazione, in quanto le predette società sono enti di diritto privato ad ogni effetto, sebbene ricevano una disciplina peculiare sotto diversi profili disciplinatori. Del resto la società pubblica non può dirsi coincidente con l’ente pubblico che al suo capitale partecipa, giacché lo schermo societario è ben idoneo a determinare una distinzione soggettiva tra i due enti.

Inoltre la dottrina dominante esclude dall’ambito applicativo del decreto anche l’associazione temporanea di imprese, contemplata dalla normativa in materia di procedure di evidenza pubblica. La giurisprudenza ha chiarito al riguardo che il rapporto di mandato su cui si fonda la predetta associazione non determina di per sé organizzazione o associazione fra le imprese riunite, ognuna delle quali conserva quindi la propria autonomia.

Infine si ritiene che neppure i consorzi con attività interna rientrino nel novero degli enti suscettibili di responsabilità amministrativa da reato, perché in questo caso l’organizzazione consortile ha solo rilevanza interna ed è limitata alla regolamentazione dei rapporti tra i consorziati, all’accertamento degli obblighi da questi assunti e alla risoluzione dei soci.

⁷⁶⁵ In coerenza con quanto si afferma nella Relazione al d.lgs. n. 231 la locuzione «associazioni anche prive di personalità giuridica» va intesa nel senso che la normativa si applica nei confronti di enti che, seppur sprovvisti di personalità giuridica, possano comunque ottenerla, sicché restano esclusi dalla formulazione gli enti di fatto che non potrebbero astrattamente conseguire il riconoscimento prefettizio.

⁷⁶⁶ Nel concetto di Stato si ritiene rientrino tutti gli enti di rilevanza costituzionale: il Presidente della Repubblica, il Parlamento, la Corte Costituzionale, i diversi organi della Giurisdizione ordinaria, amministrativa, contabile e speciale, il Consiglio Superiore della Magistratura, il Consiglio dei ministri, la Presidenza del Consiglio dei ministri, i Ministri ed il Consiglio nazionale dell’economia e del lavoro.

⁷⁶⁷ Al contrario, gli enti pubblici economici, non esercitando alcun potere pubblicistico, e agendo *iure privatorum* meritano una equiparazione agli enti a soggettività privata anche sotto il profilo della responsabilità amministrativa derivante da reato.

⁷⁶⁸ La locuzione va riferita essenzialmente a partiti politici e sindacati. La *ratio* della deroga è quella di evitare che l’applicazione di sanzioni pecuniarie o, addirittura, interdittive previste dal decreto legislativo possa risolversi in una compressione all’esercizio delle attività politiche e sindacali assistite da garanzie costituzionali.

⁷⁶⁹ RUGGIERO, *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e*

La responsabilità amministrativa degli enti presuppone la commissione di uno dei reati indicati espressamente dalla Sezione III del Capo I del decreto (art. 2 del decreto). Il reato costituisce l'offesa giuridicamente rilevante di cui l'ente potrà essere chiamato a rispondere laddove una siffatta offesa possa essere a esso imputata secondo i criteri oggettivi e soggettivi individuati dagli artt. 5, 6 e 7 del decreto.

I criteri oggettivi sono individuati dall'art. 5 del decreto. In primo luogo occorre che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente da un soggetto che abbia un rapporto qualificato con quello, in quanto avente uno specifico ruolo nella compagine organizzativa. In particolare l'autore del reato deve essere:

a) un soggetto che riveste funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale;

b) soggetto che esercita, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;

c) persona sottoposta alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti sopra indicati.

La responsabilizzazione dell'ente in caso di reato commesso da un soggetto apicale si giustifica in virtù della teoria dell'immedesimazione organica secondo cui gli atti commessi dall'organo di un ente sono da considerare atti dell'ente e, come tali, produttivi di effetti giuridici direttamente nella sfera giuridica di questo. Come evidenzia la Relazione di accompagnamento al decreto legislativo «se gli effetti civili degli atti compiuti dall'organo si imputano direttamente alla società, non si vede perché altrettanto non possa accadere per le conseguenze del reato, siano esse penali o – come nel caso del decreto legislativo – amministrative». Così ragionando la dottrina prevalente ritiene che i soggetti apicali coincidano con gli amministratori della società e, in generale, tutti coloro che esprimono la volontà dell'ente e formano la sua politica imprenditoriale⁷⁷⁰.

La responsabilizzazione dell'ente invece per il fatto dei soggetti subordinati si spiega per la ragione che costoro possono in taluni casi compiere atti riferibili a quello. Dunque in una simile circostanza non sarebbe congruo escludere la responsabilità dell'ente per il reato del sottoposto. Peraltro l'inclusione di tali soggetti tra quelli che possono far sorgere la responsabilità dell'ente mira a impedire una "irresponsabilità organizzata", basata sullo scaricamento verso il basso della responsabilità da parte dei vertici dell'ente⁷⁷¹.

Affinché l'ente possa essere chiamato a rispondere del reato è necessario che l'autore di questo abbia agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Si tratta di due criteri distinti che consentono la riferibilità sul piano oggettivo dell'offesa penalmente rilevante all'ente. L'interesse descrive la proiezione finalistica della

sull'efficacia dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti derivante da reato, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2004, 990.

⁷⁷⁰ DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d. lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 102 ss..

⁷⁷¹ SANTORIELLO, *Confisca e criminalità d'impresa*, cit., p. 851.

condotta, sicché assume una connotazione marcatamente soggettivistica e va apprezzato in un'ottica *ex ante*. Esso può definirsi come lo scopo in vista del quale l'agente commette il reato, scopo consistente evidentemente nel procurare all'ente un qualsiasi vantaggio in termini imprenditoriali. Esso – come già anticipato – deve essere apprezzato *ex ante* e deve potersi oggettivamente desumere dalle circostanze concrete che hanno accompagnato la commissione del fatto di reato⁷⁷². Il vantaggio invece è un requisito di natura strettamente oggettiva e coincide con il beneficio patrimoniale conseguito dall'ente in virtù della commissione del reato. Il vantaggio deve essere accertato *ex post*, dovendo derivare eziologicamente dalla realizzazione del fatto di reato. L'interesse costituisce il reale criterio di imputazione del reato e assume così un rilievo maggiore rispetto al vantaggio. Invero, sebbene l'art. 5, comma 1 del decreto sembri porre i due criteri come alternativi, il successivo comma 2 afferma espressamente che l'ente non potrà rispondere se il reato è stato commesso nell'interesse esclusivo dell'agente o di un terzo. Ciò importa che il criterio del vantaggio assume solamente una funzione di graduazione della responsabilità come emerge dall'analisi del sistema sanzionatorio delineato dagli artt. 9 e seguenti del decreto.

L'ente può ritenersi responsabile solo nei limiti in cui la realizzazione del reato costituisca l'esito di una precisa politica aziendale intrapresa dai vertici ovvero di una grave colpa di organizzazione. In sostanza l'ente risponde del reato in quanto ha determinato la commissione del reato o l'ha agevolata mediante una carente attività di prevenzione sul piano organizzativo. La “colpa” dell'ente consiste nella mancata adozione di un modello organizzativo idoneo alla prevenzione dei reati del tipo di quello commesso e nella mancata attuazione efficace di tale modello. Ciò consente di “rimproverare” all'ente la verifica dell'offesa penalmente rilevante⁷⁷³. Ciò posto, i criteri di imputazione soggettiva sono fissati dagli artt. 6 e 7 del decreto e si differenziano a seconda che il reato sia stato commesso da un soggetto apicale ovvero da un soggetto subordinato. Nel primo caso, provato il reato e i requisiti di imputazione oggettivi, l'ente sarà responsabile se non prova la sussistenza delle situazioni descritte dall'art. 6, comma 1 del decreto. In particolare l'ente deve provare che:

a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Il modello deve garantire in modo effettivo la prevenzione dei reati del tipo di quello commesso e a tal fine il secondo comma

⁷⁷² Particolarmente dibattuta è la compatibilità del criterio dell'interesse con la struttura della colpa penale, tanto che una parte della dottrina ha dubitato che di tale criterio si possa fare uso per imputare all'ente un reato colposo. Sul punto sono intervenute di recente le Sezioni unite (Cass. pen., S.U., sent. 24 aprile 2014, n. 38343, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 3 marzo 2017)), che hanno evidenziato come nei reati colposi, in cui il fatto di reato è per definizione non voluto, l'interesse deve essere apprezzato in relazione alla condotta colposa, ben potendo la violazione delle regole cautelari essere motivata dalla finalità di far conseguire all'ente uno specifico vantaggio imprenditoriale.

⁷⁷³ MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 703.

dell'art. 6 fissa talune esigenze essenziali che il piano organizzativo deve assicurare. Si tratta di individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati, di prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire, di individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati, di prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello;

b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento È stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;

c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;

d) non vi È stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

Nel caso in cui il reato sia stato commesso da un soggetto non apicale, l'ente sarà responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza (art. 7, comma 1 del decreto), inosservanza che viene esclusa *ex lege* laddove l'ente, prima della commissione del reato, abbia adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 7, comma 2 del decreto). In tal caso la colpa dell'ente si risolve in una vera e propria difettosa organizzazione dell'attività imprenditoriale. Peraltro, ai sensi del comma 3 dell'art. 7 su citato, onde garantire la serietà del modello adottato dall'ente, si stabilisce che esso debba prevedere, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio. Infine l'efficace attuazione del modello richiede una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello (art. 7, comma 4 del decreto).

La responsabilità dell'ente prescinde da quella penale dell'autore del reato presupposto (art. 8 del decreto). Invero è previsto che la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile ovvero quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia⁷⁷⁴. Dunque ai fini della responsabilità dell'ente è sufficiente accertare l'esistenza del reato al completo dei suoi requisiti oggettivi e soggettivi, non anche che l'autore di esso sia

⁷⁷⁴ Come spiega la Relazione al decreto legislativo l'estensione degli effetti dell'amnistia all'illecito dell'ente si spiega in base alla considerazione che «le valutazioni politiche sottese al relativo provvedimento siano suscettibili, in linea di massima, di valere anche nei confronti degli enti: in caso contrario, sarà onere del legislatore dell'amnistia escludere tali soggetti dall'area entro cui il provvedimento di clemenza può sortire effetti, anche mediati» (Relazione al decreto n. 231, par. 4).

concretamente punito.

Infine non è superfluo spendere qualche considerazione in relazione alla natura della responsabilità dell'ente. Sul punto sono emerse posizioni contrastanti in dottrina e in giurisprudenza, che possono ricondursi a tre orientamenti essenziali.

Secondo una prima impostazione⁷⁷⁵ la responsabilità degli enti sarebbe di natura penale. E ciò in quanto troverebbe nel reato un suo presupposto essenziale; sarebbe governata da tutti principi che tradizionalmente governano la legge penale, quale quello di legalità, di irretroattività della norma più sfavorevole, ecc.; l'illecito dell'ente viene accertato nell'ambito di un processo penale come un qualsiasi reato.

Una diversa impostazione ravvisa la natura amministrativa dell'illecito dell'ente⁷⁷⁶ e ciò in quanto è lo stesso legislatore ad aver qualificato come "amministrativa" la responsabilità dell'ente (art. 1 del decreto); vari istituti concernenti l'illecito dell'ente sono regolati in modo più vicino agli omologhi istituti del diritto punitivo amministrativo piuttosto che del diritto penale, come per es., la prescrizione⁷⁷⁷; la disciplina della responsabilità dell'ente in caso di fusione, scissione, trasformazione di società sarebbe palesemente contraria al principio costituzionale della personalità della responsabilità, che diventerebbe rilevante laddove si riconoscesse natura penale all'illecito dell'ente⁷⁷⁸; si evita un eccessivo

⁷⁷⁵ Sostengono questa soluzione: MANNA A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit.; PALIERO, *Il d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, cit.; AMARELLI G., *Mito giuridico ed evoluzione della realtà*, cit.; PATRONO P., *Verso la soggettività penale di società ed enti*, cit.; DE VERO, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità punitiva degli enti collettivi*, in DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, cit., p. 86 ss.; DE SIMONE G., *I profili sostanziali della responsabilità*, cit.; PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, cit., p. 13; BRUNELLI – RIVERDITI, *sub art. 1*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FLORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 84; MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 700.

⁷⁷⁶ ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni*, cit.; RUGGIERO G., *Capacità penale e responsabilità degli enti*, cit., p. 277; COCCO G., *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 116; PIZZOTTI, *La natura della responsabilità delle società nel d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 898 ss..

⁷⁷⁷ La disciplina della prescrizione è infatti improntata al principio per cui l'illecito dell'ente è prescritto decorsi semplicemente cinque anni dalla commissione del reato e non vale la regola del limite alla rilevanza del concorso di atti interruttivi previsto per i reati dall'art. 161 c.p.. Inoltre per gli enti non opera la sospensione condizionale della pena che è ritenuta istituto tipico della materia penale.

⁷⁷⁸ In caso di fusione invero l'art. 29 del decreto statuisce che nel caso di fusione, anche per incorporazione, *l'ente che ne risulta* risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione. Tale principio, laddove si accogliesse la natura penale della responsabilità, risulterebbe contrario all'art. 27, comma 1 Cost., in quanto dell'illecito della società che si è fusa risponderebbe l'ente diverso, frutto della fusione. Analoghi problemi pone l'art. 30 del decreto che regola la responsabilità degli enti frutto della scissione di quello precedente. Si stabilisce che «gli enti beneficiari della scissione, sia totale che parziale, sono solidalmente obbligati al pagamento delle sanzioni pecuniarie dovute dall'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data dalla quale la scissione ha avuto effetto. L'obbligo È limitato al valore effettivo del patrimonio netto trasferito al singolo ente, salvo che si tratti di ente al quale È stato trasferito, anche in parte il ramo di attività nell'ambito del quale È stato commesso il reato. Le sanzioni interdittive relative ai reati indicati nel comma 2, si applicano agli enti cui È rimasto o È stato trasferito, anche in parte, il ramo di attività

stravolgimento culturale dell'illecito penale, da sempre ancorato alla fisicità della persona del reo.

Un terzo orientamento invece sostiene che la responsabilità dell'ente non è né penale, né amministrativa, ma costituisce un *tertium genus*⁷⁷⁹. Si tratta di posizione fatta propria anche dalla Suprema Corte nella sua massima espressione nomofilattica⁷⁸⁰, la quale ha sostenuto che la disciplina sulla responsabilità degli enti costituisce una sorta di terzo binario che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle della massima garanzia. In sostanza «il legislatore sembrerebbe dunque voler evocare un'autonoma figura complessa di illecito, nel cui ambito il reato verrebbe a costituire uno degli elementi che integrano l'articolata fattispecie da cui scaturisce la responsabilità dell'ente e la cui tipicità sarebbe definita dalle disposizioni contenute nella prima sezione del capo primo del d.lgs. n. 231/2001 e da quelle che contemplano i cataloghi dei reati presupposto»⁷⁸¹.

Non sono mancate voci nella dottrina che hanno ritenuto il problema della natura giuridica del tutto irrilevante ai fini pratici⁷⁸², dal momento che il legislatore ha fissato una disciplina abbastanza completa in relazione ai profili sostanziali e processuali della responsabilità degli enti. Tale idea è stata fortemente criticata dalla dottrina dominante⁷⁸³ che ha invece ritenuto che la ricerca della natura giuridica della responsabilità degli enti non sia priva di utilità pratica. La soluzione del problema assume importanza sotto plurimi aspetti che vale la pena elencare brevemente.

In primo luogo si sostiene che solo riconoscendo la natura penale della responsabilità degli enti sarebbe possibile sottoporre essa ai principi sostanziali propri della sanzione penale, come quello di legalità, di irretroattività della legge sfavorevole, di personalità della responsabilità e della pena, di presunzione di innocenza, del “giusto processo”. In realtà, restando in questa sede ai principi sostanziali della materia penale, si può affermare che l'applicazione dei principi fissati dagli artt. 25, comma 2 e 27 Cost. prescindono dalla natura “penale” o “amministrativa” della responsabilità. Invero – come più volte sottolineato in precedenza nel corso della presente analisi – lo statuto giuridico scolpito dalle predette norme costituzionali non va riferito alla sanzione “penale”, bensì alla

nell'ambito del quale il reato È stato commesso»

⁷⁷⁹ DE MAGLIE, *L'etica del mercato*, cit., p. 326; STORTONI, TASSINARI, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 20; DI GIOVINE O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 14; FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione della responsabilità amministrativa*, in LANCELOTTI, *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Torino, 2003, p. 85; PISTORELLI, *Natura della responsabilità degli enti e criteri di imputazione oggettiva al vaglio dei giudici di legittimità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 4, p. 121; VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?*, in VINCIGUERRA, CERESA GASTALDO, ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, cit., p. 211.

⁷⁸⁰ Cass. pen., S.U., sent. 24 aprile 2014, n. 38343, cit..

⁷⁸¹ PISTORELLI, *op. ult. cit.*, p. 126.

⁷⁸² PULITANO, *La responsabilità “da reato” degli enti*, cit., p. 417.

⁷⁸³ Per tutti v. AMARELLI, *Profili pratici*, cit., p. 159.

sanzione punitiva, sia essa prevista da una normativa di diritto criminale o di diritto amministrativo. Dunque anche volendo disconoscere la natura penale della responsabilità degli enti, i principi fondamentali inerenti alla pena devono comunque risultare rispettati.

Ben più rilevante è invece il secondo corollario applicativo che la dottrina ha ritenuto discendere dalla natura giuridica della responsabilità dell'ente. Si fa riferimento al problema dell'individuazione della disciplina generale cui attingere nell'ipotesi in cui si riscontri una lacuna nella disciplina sostanziale posta dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231⁷⁸⁴. Laddove si riconoscesse la natura penale della responsabilità, la disciplina generale sarebbe rappresentata dal codice penale, giusto il disposto di cui all'art. 16 c.p.. Al contrario, in caso di riconoscimento della natura amministrativa, si dovrebbe fare riferimento alla l. 24 novembre 1981, n. 689⁷⁸⁵, nonché ai principi generali che governano l'esercizio del potere amministrativo. A ben vedere anche tale questione assume una scarsa rilevanza sistematica. Invero, anche ammettendo la natura penale della responsabilità e dunque l'utilizzabilità in via residuale della disciplina posta dal codice penale, scarsamente utile risulterebbero le disposizioni da questo poste in materia di legge penale, posto che sul punto il decreto n. 231 appare abbastanza esaustivo. Per ciò che attiene alle disposizioni previste dal codice penale in relazione al reato sembra un "azzardo" ermeneutico estendere tali disposizioni alla materia della responsabilità degli enti. E ciò non solo in quanto si tratta di disposizioni nate e concepite rispetto a un autore del reato "umano", ma soprattutto perché il decreto n. 231 detta specifici criteri di imputazione della responsabilità dell'ente. In realtà le c.d. lacune normative del decreto n. 231 in relazione alla disciplina sostanziale della responsabilità sembrano assumere carattere volontario e non accidentale, come del resto dimostra la circostanza che in materia processuale il legislatore non ha mancato di rinviare, in via residuale, alle disposizioni del codice di procedura penale. Pertanto pare almeno dubitabile che, anche riconoscendo una natura penale all'illecito dell'ente, possa applicarsi senza alcun problema la disciplina posta dal codice penale.

In definitiva la rilevanza pratica del problema della natura giuridica dell'illecito dell'ente sembra attenere quasi esclusivamente al profilo processuale più che sostanziale della disciplina. In questa sede si stanno prendendo in considerazione solamente i profili sostanziali della disciplina, sicché l'esame del suddetto aspetto esorbita dai confini della presente trattazione. Ciò posto, si può concludere l'analisi della questione concernente la natura giuridica dell'illecito degli enti sostenendo che essa possa anche qualificarsi come amministrativa, nel rispetto della precisa scelta che il legislatore ha formulato con l'art. 1 del decreto. La natura amministrativa dell'illecito dell'ente spiega la ragione per la quale esso è insensibile, di regola, all'estinzione del reato presupposto e il motivo per cui non è prevista, salvo per la

⁷⁸⁴ Per ciò che attiene alla disciplina processuale l'art. 34 del decreto rinvia residualmente alle disposizioni previste dal codice di procedura penale.

⁷⁸⁵ STORTONI – TASSINARI, *op. ult. cit.*, p. 8-9.

prescrizione, alcuna disciplina per le cause estintive dell'illecito dell'ente. Ciò si può affermare con la consapevolezza che una tale qualificazione nulla importa sotto il profilo delle garanzie sostanziali che vanno assicurate all'ente, posto che esse dipendono dalla natura punitiva della sanzione giuridica irrogata e non dalla natura penale o amministrativa di questa.

3.1. La confisca nel sistema sanzionatorio previsto dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. – Le sanzioni giuridiche previste come conseguenza dell'illecito dell'ente sono previste dagli artt. 9 e seguenti del decreto n. 231. Esse sono la sanzione pecuniaria (art. 10), le sanzioni interdittive (art. 13), la confisca (art. 19) e la pubblicazione della sentenza (art. 18).

Il sistema delineato è dunque fondato prevalentemente sul “doppio binario” delle sanzioni pecuniarie e di quelle interdittive. Le prime costituiscono la costante tradizionale del diritto punitivo italiano. La loro scarsa efficacia dissuasiva, derivante dalla possibilità per l'ente di traslarne l'incidenza patrimoniale sui terzi che con esso entrano in affari (per es. i consumatori), ha condotto il legislatore ad affiancare a esse le misure interdittive. Queste, non potendo essere traslate su terzi soggetti, hanno una spiccata funzione special preventiva, in quanto operano in modo da precludere all'ente di svolgere quelle attività il cui abuso ha reso possibile o agevolato il reato.

In tale quadro normativo si colloca la confisca. In merito è possibile evidenziare come essa sia menzionata plurime volte nell'ambito della disciplina sanzionatoria del decreto n. 231.

Le disposizioni più rilevanti sono certamente quelle contenute nell'art. 9 e nell'art. 19 del decreto. Nell'art. 9 la confisca viene espressamente qualificata come «sanzione amministrativa». Ciò costituisce di certo una forte innovazione rispetto al tradizionale inquadramento della confisca nell'ambito delle misure di sicurezza patrimoniali. Ciò rappresenta l'ennesima conferma della poliedricità della confisca che il legislatore valorizza in misura sempre crescente nel settore delle sanzioni giuridiche.

Tuttavia le ipotesi di confisca previste dal decreto n. 231 non si riducono a quella prevista dall'art. 19. Si deve ricordare che alla confisca fanno riferimento anche gli artt. 6, 15 e 23 del decreto.

Le ipotesi di confisca sopra menzionate sono molto diverse tra di loro e secondo la dottrina dominante non paiono riconducibili alla medesima natura giuridica. Così vi sarebbero casi in cui la confisca si atterrebbe a vera e propria pena, casi in cui assumerebbe una mera funzione ripristinatoria e casi in cui si configurerebbe come sanzione sostitutiva.

L'eterogeneità dei casi di confisca previsti dal decreto n. 231 impone una trattazione separata di ciascuno di essi al fine di coglierne l'esatta morfologia e la natura giuridica.

3.2. *La confisca prevista dall'art. 19 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.* – La prima ipotesi di confisca a venire in rilievo è quella dell'art. 19 del decreto n. 231. In base a tale disposizione «Nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede» (comma 1). Si aggiunge al secondo comma che «Quando non è possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato».

La misura su indicata costituisce un'ipotesi di confisca obbligatoria, come si evince dall'avverbio «sempre» cui fa riferimento l'art. 19. Ciò assume una particolare rilevanza ai fini della ricostruzione della natura giuridica dell'istituto.

Sul punto occorre evidenziare come la confisca prevista dall'art. 19 riproduca per certi versi la struttura della confisca ordinaria, in quanto colpisce in via primaria i beni che specificamente costituiscono il prezzo o il profitto del reato. Ciò nonostante, sono unanimi la dottrina e la giurisprudenza nel ritenere che la predetta ipotesi confiscatoria non assuma la natura giuridica di misura di sicurezza. Ciò è conclusione del tutto condivisibile non solo in virtù della precisa indicazione fornita dal legislatore all'art. 9 del decreto, ma anche per la considerazione che la pericolosità sociale è qualità che presuppone la fisicità della persona cui essa si riferisce. Di un ente non può predicarsi la pericolosità sociale, non avendo una struttura psichica e caratteriale su cui fondare il giudizio di pericolosità. Dunque la confisca prevista dall'art. 19 assume una connotazione squisitamente sanzionatoria, ponendosi come una conseguenza necessaria ricollegata alla realizzazione dell'illecito dell'ente. La natura sanzionatoria è confermata dalla natura obbligatoria dell'ablazione che si è messo in rilievo in precedenza.

Ciò premesso, occorre evidenziare come la dottrina e la giurisprudenza dominanti qualifichino la confisca in esame come una vera e propria pena, in quanto misura connotata da un alto tasso di afflittività e avente una funzione prevalentemente dissuasiva. Invero nella misura in esame, esclusa ogni rilevanza della pericolosità sociale, viene «ad assumere un ruolo assolutamente prevalente il valore repressivo connesso alla privazione dei beni conseguente all'adozione del provvedimento di confisca»⁷⁸⁶. Ciò sarebbe confermato – si sostiene – dallo stesso art. 9 del decreto laddove annovera la misura ablatoria tra le “sanzioni amministrative”, con ciò riconoscendo alla stessa una chiara natura punitiva.

L'orientamento in esame tuttavia non nega che la misura assuma una funzione prevalentemente ripristinatoria. Si afferma che l'ablazione patrimoniale prevista dall'art. 19 ha lo scopo fondamentale di rimuovere dalla sfera patrimoniale dell'ente ogni profitto conseguito in conseguenza della verifica del reato, in tal modo riconducendo il patrimonio di questo nello stato identico o economicamente

⁷⁸⁶ SANTORIELLO, *op. ult. cit.*, p. 859; VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009, 149.

equivalente a quello che esisteva prima dell'illecito⁷⁸⁷. In modo condivisibile la giurisprudenza ha tratto da tale funzione sistematica della confisca la conseguenza esegetica secondo cui il «profitto del reato» cui fa riferimento l'art. 19 andrebbe più correttamente inteso come «profitto che l'ente ha tratto dal reato». L'ablazione mira a frustrare il movente economico dell'ente, neutralizzando i benefici economici da esso acquisiti per effetto del reato.

La tesi secondo cui la confisca prevista dall'art. 19 sia una sanzione punitiva, per quanto autorevolmente sostenuta, non pare convincente. Innanzi tutto l'art. 9 si limita ad affermare che la confisca è una «sanzione». Da ciò si deduce solamente che essa costituisce una conseguenza necessaria dell'illecito imputabile all'ente, così escludendosi la sua collocazione nell'ambito delle misure non sanzionatorie a carattere meramente preventivo. Nulla consente di trarre invece il predetto articolo in relazione alla funzione della misura e, dunque, in merito alla natura punitiva della stessa. Come più volte evidenziato nel corso della presente analisi, una sanzione giuridica, da un punto di vista funzionale, può essere di natura punitiva ovvero esecutiva. Escludere la natura non sanzionatoria di una misura non significa automaticamente che la stessa integri una pena. Vuol dire solamente che essa costituisce per l'appunto una misura di carattere sanzionatorio.

La qualificazione di una sanzione giuridica come pena o come esecuzione dipende dalla funzione e dal contenuto che l'ordinamento giuridico a essa riconosce. Dunque l'analisi deve prendere le mosse da tali profili.

Orbene, in relazione alla funzione, la confisca di cui all'art. 19 ha lo scopo unanimemente riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza di sottrarre all'ente i benefici economici conseguiti mediante il reato. Il legislatore, consapevole che la criminalità d'impresa è mossa essenzialmente da una logica di profitto, intende rimuovere l'arricchimento procurato all'ente dal reato, così vanificando ogni positiva efficacia dell'illecito. Di certo la frustrazione del movente economico sotteso al reato ha altresì l'effetto di disincentivare la futura commissione di crimini. Autorevole dottrina ha sul punto affermato che «il rischio di perdere il vantaggio economico conseguito dal reato, che spesso costituisce lo scopo principale dell'agire dell'ente, rappresenta in una prospettiva di analisi economica del diritto una forte contropinta all'illecito, incidendo proprio sulla propensione della persona giuridica ad orientare le proprie scelte sulla base di un'analisi costi/benefici»⁷⁸⁸.

Nondimeno ciò costituisce solamente un effetto secondario della confisca, uno scopo accessorio rispetto a quello principale finalizzato al ripristino dello stato economico anteriore all'illecito. In definitiva lo scopo della confisca è quello di attuare l'ordinamento giuridico, costituendo la situazione identica o equivalente a quella che si sarebbe verificata se esso fosse stato rispettato, ossia se l'ente non

⁷⁸⁷ Così Cass. pen., sez. II, sent. 12 dicembre 2006, in *Mass. uff.* 235814.

⁷⁸⁸ PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, p. 279.

avesse commesso l'illecito. Di contro non pare che l'ablazione abbia lo scopo principale di affliggere l'ente, in funzione punitiva. Né utile sarebbe postulare una sorta di polifunzionalità della misura, in cui coesisterebbero una funzione afflittiva e una funzione ripristinatoria. Si tratta di una soluzione di certo poco utile sul piano pratico.

La confisca di cui all'art. 19 sembra dunque configurare più propriamente una sanzione di natura esecutiva, finalizzata alla rimozione degli effetti giuridici e materiali prodotti dal fatto illecito. Ciò risulta confermato dal profilo contenutistico della misura. Essa colpisce esclusivamente il profitto e il prezzo del reato, ossia il complesso dei vantaggi patrimoniali scaturiti dall'illecito. In virtù della funzione dell'istituto è condivisibile quanto affermato dalla giurisprudenza e cioè che il profitto del reato deve essere inteso come "profitto conseguito dall'ente dal reato". Invero ciò che assume rilevanza, per conseguire lo scopo della misura, è il vantaggio economico conseguito dall'ente mediante il reato, non anche il profitto conseguito dalla persona fisica autrice del reato. Questo costituirà l'oggetto della distinta confisca – ordinaria o per equivalente – cui sarà sottoposto il patrimonio del reo. Vale la pena evidenziare come le due misure confiscatorie – quella a carico dell'ente e quella a carico dell'autore del reato – avendo funzioni differenti, vanno tenute ben distinte, sicché va esclusa qualsiasi forma di solidarietà passiva tra ente e autore del reato al momento dell'applicazione del sequestro preventivo e della confisca stessa.

A conferma dell'esclusione della natura punitiva della confisca in esame si può aggiungere che la sua entità non è parametrata alla gravità dell'illecito, bensì al complesso dei vantaggi conseguiti per mezzo di esso. Se la misura avesse una funzione punitiva, ciò sarebbe incongruo e contrario al principio costituzionale di personalità della pena.

In conclusione l'art. 19 prevede una confisca costituente una vera e propria sanzione esecutiva di natura amministrativa, che si affianca alle pene principali costituite dalla sanzione pecuniaria e da quella interdittiva⁷⁸⁹.

⁷⁸⁹ Giunge a negare la natura punitiva della confisca in esame anche MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, n. 4, p. 693-694: «la confisca del profitto accertato che deriva dalla consumazione di un reato non assume carattere punitivo innanzitutto perché non assume alcun carattere afflittivo, non comportando la limitazione di un diritto o di un bene giuridico del soggetto sottoposto a pena, e cioè non comporta una *deminutio patrimonii*, una sottrazione di beni legittimamente detenuti dal reo, ma piuttosto si limita a restituire alla collettività dei beni che le sono stati illecitamente sottratti perseguendo una mera finalità di riequilibrio economico, una sorta di equivalente penalistico dell'istituto civilistico dell'arricchimento senza causa. Se si affermasse la sua natura punitiva si finirebbe per sostenere che il crimine diventa un legittimo titolo di acquisto di beni, fonte di arricchimento, per cui l'ablazione pubblica degli stessi beni attraverso la confisca assume un carattere afflittivo, rappresentando una *deminutio* del bene «patrimonio» del destinatario. Se poi la confisca del profitto possa anche perseguire una qualche finalità di prevenzione generale, in quanto rappresenta un disincentivo alla consumazione del crimine garantendo la concretizzazione del principio che «il crimine non paga», non comporta comunque che si tratti di una pena, -tranne laddove la concreta disciplina ne faccia emergere dei profili punitivi».

L'autrice inoltre conferma l'idoneità della misura a conseguire una generica funzione di prevenzione generale: « In questo settore, in ogni caso, non è possibile negare che la confisca del profitto, pur non

3.2.1. *La confisca per equivalente prevista dall'art. 19 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.* – L'art. 19, comma 2 del decreto n. 231 stabilisce che quando non è possibile eseguire la confisca del profitto o del prezzo del reato, la stessa «può» avere ad oggetto «somme di denaro, beni o altre utilità» di valore equivalente al suddetto prezzo o profitto. La disposizione introduce l'ennesima ipotesi di confisca per equivalente di cui il legislatore si è avvalso plurime volte anche al di fuori della legislazione sugli enti⁷⁹⁰.

La misura colpisce beni diversi da quelli costituenti il prezzo o il profitto del reato, in base al presupposto che sia impossibile rinvenire nel patrimonio dell'ente i predetti beni. Lo scopo della misura è identico a quello della confisca specifica: rimuovere ogni vantaggio patrimoniale prodotto dall'illecito a favore dell'ente, in tal modo vanificando l'utilità dello stesso. Anche la confisca di valore in esame è una sanzione esecutiva, analogamente a quanto sostenuto per la confisca specifica, posta l'identità funzionale tra le misure e l'omogeneità contenutistica che le contraddistingue. Invero l'esecuzione dei precetti giuridici può avvenire sia costituendo la situazione giuridico – fattuale identica a quella che sussisteva anteriormente all'illecito, sia costituendo la situazione economicamente equivalente a quella anzidetta. La confisca di valore mira a costituire la situazione economicamente equivalente a quella che ci sarebbe stata in assenza dell'illecito, ossia in caso di osservanza dei precetti giuridici primari dell'ordinamento.

Come accennato, la misura presuppone l'impossibilità di eseguire la confisca del prezzo o del profitto del reato. Secondo l'opinione del tutto condivisibile della giurisprudenza il predetto presupposto deve ritenersi integrato in caso di oggettiva impossibilità di individuare nel patrimonio dell'ente i beni specificamente costituenti il prezzo o il profitto del reato. Si deve trattare di una vera e propria impossibilità e non di una mera difficoltà nella ricerca e individuazione dei beni. In quest'ultimo caso il giudice deve ordinare la confisca specifica del profitto e del prezzo del reato. Tuttavia la giurisprudenza non esclude in linea di massima la possibilità di disporre la confisca di valore nel caso in cui la situazione di difficoltà assuma connotati di estrema eccezionalità. In base alle suddette coordinate sembra potersi affermare che la confisca di valore possa essere disposta ogni volta in cui i beni specificamente costituenti il profitto o il prezzo del reato non siano rinvenibili

avendo carattere punitivo, persegue un'intrinseca finalità di prevenzione generale laddove impedisce all'ente di raggiungere il fondamentale scopo perseguito con il crimine, e cioè come già evidenziato, il profitto».

Tuttavia l'Autrice finisce per assegnare alla misura confiscatoria una generica qualificazione di "sanzione" con funzione di riequilibrio patrimoniale. Discutibile è in ogni caso l'affermazione della possibilità di estendere alla confisca lo statuto della sanzione punitiva in ogni caso, essendo ciò poco coerente con il predetto inquadramento sistematico dell'istituto: «Ciò non toglie che la considerazione della confisca *ex art. 19* come sanzione autonoma possa giustificare l'applicazione delle garanzie della materia penale, a partire dal principio di irretroattività, espressamente previste dal d.lgs. n. 231/2001 e di cui la giurisprudenza della Suprema Corte riconosce la valenza costituzionale ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost. (finendo per ammettere il carattere «penale» della disciplina in esame), anche se pur sempre in considerazione della discutibile «natura punitiva» della sanzione in questione».

⁷⁹⁰ *Supra* Cap. VI.

perché ormai confusi con il restante patrimonio dell'ente ovvero in quanto da questo reimpiegati, reinvestiti o comunque reimmessi nel circuito economico. In altri termini la confisca di valore dovrebbe operare in tutti i casi in cui i beni costituenti il prezzo o il profitto del reato siano stati trasformati in beni di altra natura.

L'art. 19, comma 2 stabilisce che il giudice, in caso di impossibilità di ordinare la confisca specifica, «può» - e non «deve» - disporre quella per equivalente. Dal linguaggio usato dal legislatore sembrerebbe che la confisca di valore, a differenza di quella diretta, sia una misura di natura facoltativa e non obbligatoria, sicché dovrebbe essere il giudice a valutare l'opportunità di ordinarla.

Una simile ricostruzione non sembra corretta. Secondo l'opinione dominante in dottrina e in giurisprudenza il termine "può" pone in rilievo, non la facoltatività o la discrezionalità, ma il carattere eventuale della confisca per equivalente, posta la non scontata sussistenza dei due presupposti attinenti alla impossibilità di procedere alla confisca diretta del profitto ed alla necessità di individuare altri beni appartenenti all'ente responsabile. In altri termini il verbo "può" vuole significare solamente che il giudice, se impossibile la confisca diretta, è autorizzato a disporre quella in forma equivalente.

Del resto il carattere doveroso dell'ablazione per equivalente scaturisce altresì dalla natura sanzionatoria della misura, la quale, analogamente alla confisca diretta, mira al ripristino dello stato giuridico e fattuale anteriore alla commissione dell'illecito. Sarebbe del tutto incongruo che il legislatore rimetta all'organo giudicante la valutazione sull'opportunità di disporre una sanzione giuridica, essendo questa una conseguenza sempre necessaria del fatto illecito.

Pertanto si deve ritenere che anche la confisca di cui all'art. 19, comma 2 del decreto abbia carattere obbligatorio.

L'oggetto della confisca di valore è rappresentato da qualsiasi bene appartenente all'ente, sia esso materiale o immateriale, purché diverso da quello costituente il prezzo o il profitto del reato. L'ablazione patrimoniale deve riguardare esclusivamente beni aventi un valore pari al prezzo o al profitto del reato. Non si può ammettere alcun sacrificio ulteriore del patrimonio dell'ente, in quanto ciò implicherebbe una coercizione irragionevole rispetto allo scopo cui la misura è preposta. Ciò posto, un problema particolare si pone in relazione alla confiscabilità di beni aventi un valore superiore a quello del prezzo o del profitto del reato. In tali casi, non potendosi espropriare beni per un valore superiore a quello consentito, si dovrebbe frazionare il bene ed espropriare esclusivamente le quote necessarie a coprire il valore del prezzo o del profitto. Si discute tuttavia se ciò sia possibile nel caso in cui la somma dei beni frazionati sia inferiore a quello che il bene avrebbe ove fosse mantenuto integro. Secondo l'opinione preferibile in tal caso si deve escludere la possibilità di frazionare il bene ed espropriarne singole quote. Invero, se ciò fosse possibile, all'ente si arrecherebbe una diminuzione patrimoniale ulteriore rispetto a quella consentita, in quanto esso subirebbe non solo la perdita di beni equivalenti al prezzo o al profitto del reato, ma anche la perdita della differenza di valore che il

bene inciso ha subito per effetto del frazionamento. In tal modo la confisca assumerebbe una connotazione punitiva che, in assenza di precise indicazioni legislative, non può in alcun modo esserle attribuita in via interpretativa⁷⁹¹.

Pertanto un bene indivisibile può in linea generale essere espropriato solo nel caso in cui il suo valore non esaurisca l'entità complessiva del prezzo o del profitto del reato.

3.2.2. L'operatività della confisca di cui all'art. 19 in caso di applicazione della sanzione su richiesta. – È particolarmente dibattuto se la confisca prevista dall'art. 19 del decreto possa ordinarsi anche in caso di condanna emessa all'esito del procedimento di applicazione della pena su richiesta (anche detto "patteggiamento"). La questione si pone in virtù del disposto dell'art. 19, comma 1 secondo cui la misura deve essere applicata «con la sentenza di condanna». Occorre valutare se tale locuzione possa riferirsi anche alla sentenza di c.d. patteggiamento.

Secondo una prima impostazione in caso di patteggiamento non potrebbe applicarsi la confisca in esame⁷⁹². Si evidenzia che la disciplina del patteggiamento in relazione agli illeciti degli enti è fissata dall'art. 63 del decreto e che in tale articolo non si fa alcun riferimento all'applicabilità della confisca, a differenza di quanto previsto dall'art. 445 c.p.p. per il caso della condanna in sede penale. Pertanto, in assenza di una precisa indicazione legislativa, il termine "sentenza di condanna" deve essere interpretato come riferito alla sola condanna in sede dibattimentale. A ulteriore supporto di tale conclusione si adduce la circostanza che, anche a voler ammettere l'applicabilità dell'art. 445 c.p.p. nel processo agli enti in virtù del rinvio generico che l'art. 34 del decreto n. 231 al codice di rito, la suddetta disposizione non potrebbe giustificare una soluzione positiva in quanto essa fa riferimento alla confisca di cui all'art. 240, comma 2 c.p., ossia alla confisca configurante una misura di sicurezza e non una sanzione giuridica.

La dottrina dominante e la giurisprudenza ammettono – in modo del tutto condivisibile – l'applicazione della confisca in esame anche in caso di patteggiamento da parte dell'ente. In primo luogo si afferma che l'art. 63 del decreto richiama in via residuale la disciplina del codice di rito per quanto attiene al procedimento speciale di applicazione della pena su richiesta. Ebbene tra le disposizioni richiamate vi rientra certamente l'art. 445 c.p.p., il quale al comma 1-*bis* equipara la sentenza di patteggiamento alla sentenza di condanna dibattimentale. Dunque la locuzione "sentenza di condanna" di cui all'art. 19 ben può essere riferita anche alla sentenza emessa ai sensi dell'art. 63 del decreto. Inoltre – si aggiunge – la soluzione negativa genererebbe un vero e proprio paradosso sistematico: nel caso in

⁷⁹¹ SANTORIELLO, *op. ult. cit.*, p. 875.

⁷⁹² G. AMATO, *La confisca "per equivalente" del profitto del reato nella responsabilità degli enti e delle persone fisiche: un sistema normativo non coordinato*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, n. 3, p. 147.

cui l'ente non sia responsabile, esso comunque subirà la confisca ai sensi dell'art. 6, comma 5 del decreto; nell'ipotesi – più grave – in cui sia condannato *ex art. 63* del decreto non subirà alcuna ablazione patrimoniale. Ciò condurrebbe all'illogica conseguenza che per l'ente sia più conveniente essere condannato mediante patteggiamento che essere ritenuto irresponsabile per l'illecito contestato.

In definitiva si può ritenere che la confisca di cui all'art. 19 possa essere ordinata dal giudice anche in caso di condanna emessa ai sensi dell'art. 63 del decreto n. 231.

È opportuno effettuare una breve notazione in relazione ai rapporti tra la confisca e il patteggiamento nell'ambito del processo a carico degli enti. L'art. 63 afferma che la riduzione di cui all'articolo 444, comma 1, del codice di procedura penale è operata sulla durata della sanzione interdittiva e sull'ammontare della sanzione pecuniaria. Dunque, seguendo tale disposto, la riduzione non può essere applicata alla confisca, la quale dovrà comunque coinvolgere l'intero prezzo o profitto del reato. Poiché il patteggiamento si caratterizza per il beneficio della riduzione premiale delle pene che vengono applicate, l'impossibilità di procedere alla riduzione dell'entità della confisca è una ulteriore conferma sistematica della natura non punitiva di essa. Muovendo infatti dalla natura esecutiva della misura, il divieto di riduzione risulta del tutto giustificato: una riduzione dell'espropriazione implicherebbe un ripristino parziale, il quale sarebbe del tutto inidoneo allo scopo che gli è proprio. In tal modo la confisca, non potendo assolvere pienamente la sua funzione, diventerebbe irragionevole e non vi sarebbe più ragione di applicarla.

3.2.3. La confisca sui beni dei terzi. – La confisca a carico dell'ente non può pregiudicare i diritti che i terzi hanno acquisito sui beni dell'ente. Invero, ai sensi dell'art. 19, comma 1 del decreto, sebbene disposta la confisca, «sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede».

La disposizione ha lo scopo fondamentale di proteggere la certezza dei traffici giuridici, tutelando il legittimo affidamento che i terzi hanno riposto nella stabilità del titolo con cui hanno acquisito diritti sui beni dell'ente.

Dalla lettura del predetto disposto non sembra necessario che il terzo abbia la proprietà del bene confiscato. Sono tutelati tutti i diritti che i terzi in buona fede hanno acquisito sui beni dell'ente, ancorché si tratti di diritti reali di godimento o di garanzia. In ogni caso, per scongiurare la confisca, il terzo non solo deve dimostrare di vantare un diritto sul bene dell'ente, ma anche che la confisca è in grado eventualmente di pregiudicare il predetto diritto.

Il terzo viene tutelato nei limiti in cui sia in buona fede. Egli deve aver ignorato senza colpa l'esistenza del vincolo di indisponibilità sul bene. Ciò consente di escludere che egli possa essere tutelato nel caso in cui abbia acquisito il diritto sul bene a seguito del provvedimento di confisca: in tal caso la buona fede risulterebbe esclusa in virtù del sistema di pubblicità legale che accompagna l'adozione della

predetta misura e che condurrebbe automaticamente a riscontrare il carattere colpevole dell'eventuale stato di ignoranza in cui versò il terzo.

La tutela pertanto assume rilevanza rispetto a titoli di acquisto maturati in favore del terzo nel periodo antecedente alla confisca. Non rileva la natura originaria o derivativa dell'acquisto, bensì solo la validità del titolo d'acquisto in favore del terzo e la buona fede di esso, da apprezzare caso per caso nel momento dell'acquisizione.

Secondo la giurisprudenza prevalente la confisca può operare nei confronti del terzo fiduciario dell'ente. Il negozio fiduciario implica un trasferimento di un diritto a un terzo con l'obbligo di questo di fare un preciso uso della cosa ottenuta e ritrasferire successivamente al fiduciante il diritto così ottenuto.

L'operazione fiduciaria consta di due negozi tra di loro collegati funzionalmente: il negozio che trasferisce il diritto al terzo e il *pactum fiduciae* che vincola il terzo a un determinato utilizzo del diritto e al successivo trasferimento di questo al fiduciante. Sul piano civilistico il terzo fiduciario è il titolare della proprietà del bene che può liberamente trasferire ad altri, ferma la sua responsabilità contrattuale verso il fiduciante. Nondimeno nell'ambito della responsabilità degli enti, la giurisprudenza considera il bene assegnato al fiduciario quale bene nella titolarità sostanziale dell'ente fiduciante, così ammettendone la confisca. E invero si evidenzia che, sebbene il *pactum fiduciae* realizzi un caso di interposizione reale e non fittizia, l'esigenza di evitare facili elusioni della coercizione reale impone di considerare il bene del fiduciario come se fosse un bene dell'ente fiduciante.

Diversa è l'ipotesi in cui una persona fisica si serva di una società al solo fine di frapporre uno schermo fittizio verso i terzi e limitare la propria responsabilità patrimoniale. In tal caso lo schermo societario potrebbe formalmente far risultare il bene *ablato* come bene non appartenente alla persona penalmente responsabile. Lo strumento societario potrebbe divenire un facile strumento di elusione della confisca a carico della persona fisica. In tali casi la giurisprudenza ritiene che si debba distinguere ancora una volta il piano civilistico, che impone di ravvisare in simili casi l'autonomia patrimoniale tra l'ente e la persona che attraverso di esso agiva, e il piano punitivo che invece impone di valorizzare la disponibilità effettiva della *res*. Di conseguenza nel caso in cui si accerti che la persona fisica autrice del reato si è servita dell'ente come mero "schermo fittizio", al solo scopo di neutralizzare l'ablazione patrimoniale e conservare il profitto del reato, la confisca può essere adottata anche nei confronti della società nel cui patrimonio è rimasto il provento illecito⁷⁹³.

Nel caso in cui a seguito dell'illecito l'ente sia interessato da vicende modificative, quali la fusione, la scissione o la trasformazione, interviene la specifica

⁷⁹³ Tale principio, costantemente ribadito dalla Suprema Corte, è stato confermato da Cass. pen., S.U., sent. 30 gennaio 2014, n. 10561, cit., che ha ammesso la confisca a carico dell'ente nel caso in cui la persona giuridica stessa sia in concreto priva di autonomia e rappresenti solo uno schermo attraverso cui l'amministratore agisce come effettivo titolare.

disciplina prevista dagli artt. 28 e ss. del decreto. Si tratta di una normativa che cerca di conciliare la personalità della responsabilità per l'illecito commesso e l'esigenza di evitare che lo strumento della modificazione dell'ente societario possa essere piegato a logiche elusive, mediante l'eliminazione solo formale dell'ente cui era imputabile l'illecito⁷⁹⁴.

Problematica è invece l'operatività della confisca *ex art.* 19 nel caso di gruppi societari. In particolare accade di frequente che il reato sia commesso dagli amministratori di società controllate da una *holder* che, grazie ai vincoli di controllo, è in grado di influenzare in modo decisivo la politica imprenditoriale della controllata, orientandola verso la commissione del reato. Nel caso in cui i vertici della sottoposta, sotto l'impulso decisivo della *holder*, commettano un reato nell'interesse dell'intero gruppo è discusso se il fatto possa essere ascritto alla capogruppo con conseguente soggezione di questa alla confisca del profitto e del prezzo. In difetto di una precisa disposizione legislativa che dia rilevanza al gruppo societario risulta in realtà complicato affermare la responsabilità della capogruppo per il reato commesso dai vertici della controllata, in quanto ciò implicherebbe un uso analogico delle disposizioni incriminatrici previste dal decreto n. 231.

Pertanto la giurisprudenza ha correttamente ritenuto che la responsabilità della *holder* per il reato dei vertici della sottoposta possa sorgere solo nel caso in cui nel suddetto reato concorrano, ai sensi dell'art. 110 c.p., anche gli amministratori della prima. In tal modo il reato risulterà commesso anche dai soggetti apicali della capogruppo, rispettando così il primo presupposto della responsabilità degli enti fissato dall'art. 5, comma 1 del decreto n. 231. Solo così sarà possibile ascrivere il reato anche alla capogruppo mediante i criteri forniti dagli artt. 5 e 6 del decreto e procedere alla successiva confisca.

Infine occorre evidenziare come l'art. 19 del decreto affermi l'esclusione della confisca in forma specifica del profitto o del prezzo del reato «per la parte che può essere restituita al danneggiato». Si tratta di una clausola di salvaguardia che ricorre spesso nelle ipotesi di confisca stabilite dalle leggi speciali. Essa era stata proposta anche nei lavori preparatori del codice Rocco, ma successivamente non fu inserita nel progetto definitivo. Spiega la Relazione del Guardasigilli che una siffatta clausola sarebbe risultata superflua in quanto la confisca del profitto non si applica alla persona estranea al reato e «la cosa non cessa di appartenere a colui al quale delittuosamente fu tolta, solo perché essa abbia subito una specificazione o altra modificazione, derivante dal suo impiego da parte del colpevole»⁷⁹⁵. Una simile constatazione da parte del Guardasigilli Rocco è sufficiente per comprendere le ragioni per cui la confisca debba trovare nelle legittime pretese dei terzi un limite invalicabile.

⁷⁹⁴ Per una puntuale analisi dell'incidenza delle vicende modificative dell'ente sulla responsabilità da reato si rinvia a NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 283 ss.

⁷⁹⁵ *Lavori preparatori del codice penale*, cit., par. 116.

Del resto la soddisfazione delle pretese dei terzi mediante il patrimonio del soggetto responsabile è del tutto coerente con la funzione della confisca quale sanzione esecutiva, in quanto per il tramite di essa si perviene comunque a ripristinare la situazione che esisteva anteriormente all'illecito. Tale assunto muove dalla rigida distinzione concettuale tra la tutela restitutoria e la tutela risarcitoria, la prima finalizzata a rimuovere gli effetti materiali di prestazioni prive di una valida giustificazione causale, la seconda finalizzata a rimuovere un danno ingiustamente sofferto dal terzo in conseguenza del fatto di reato⁷⁹⁶.

Secondo l'orientamento costante della giurisprudenza le pretese cui fa riferimento l'art. 19, comma 1 del decreto n. 231 sono esclusivamente quelle consistenti in una restituzione dei beni indebitamente ottenuti dall'ente. In particolare deve trattarsi di beni su cui il danneggiato può accampare una specifica pretesa restitutoria in forza del diritto di proprietà o di un diritto reale di godimento o di garanzia ovvero della detenzione qualificata, pur se derivante da un negozio produttivo di effetti obbligatori⁷⁹⁷.

Al contrario non si possono ricondurre alla regola su menzionata le pretese dei terzi aventi ad oggetto il risarcimento del danno cagionato dal reato. In tal caso i terzi dovranno far valere il diritto al risarcimento del danno nelle opportune sedi civilistiche⁷⁹⁸.

Affinché il terzo possa far valere il proprio diritto restitutorio sui beni a rischio di confisca specifica è necessario che ricorrano le seguenti condizioni:

a) il bene da espropriare deve essere oggetto di una pretesa legittima del terzo, ossia di un suo diritto reale – di proprietà, di godimento, di garanzia – o personale con esclusione di altri soggetti;

b) i beni da confiscare siano i medesimi ottenuti dal colpevole come prezzo

⁷⁹⁶ Non sono mancate posizioni dottrinali che riconducono alla tutela restitutoria anche il risarcimento in forma specifica, concepito come un mezzo di ripristino in natura della situazione anteriore all'illecito. Secondo tale ragionamento il risarcimento di cui all'art. 2058 c.c. rientrerebbe nell'ambito operativo dell'art. 19 del decreto n. 231, in quanto forma specifica della più ampia tutela ripristinatoria cui il predetto disposto farebbe riferimento. In realtà la tesi che identifica la tutela ripristinatoria o restitutoria e la tutela risarcitoria in forma specifica è stata duramente criticata dalla dottrina civilistica che ha messo in rilievo come lo scopo del rimedio apprestato dall'art. 2058 c.c. resti pur sempre la rimozione del danno ingiustamente sofferto per un illecito e non la mera restituzione di cose indebitamente sottratte. Accogliendo tale visione, l'orientamento della giurisprudenza sull'ambito operativo dell'art. 19, comma 1 è del tutto condivisibile.

⁷⁹⁷ Cass., sez. VI, sent. 21 gennaio 2010, n. 16526, in *Guida al diritto*, 2010, 23, p. 83.

⁷⁹⁸ Sottolinea MAUGERI, *op. ult. cit.*, p. 707 che è ben possibile una diversa scelta in sede legislativa, volta a privilegiare la soddisfazione delle pretese risarcitorie dei terzi rispetto alle esigenze della confisca. Afferma l'Autrice che «Fermo restando tali considerazioni *nulla esclude una chiara scelta di politica criminale del legislatore in direzione opposta*, dando la prevalenza alle esigenze di risarcimento dei danneggiati dal reato sulla confisca; pur ritenendo che il profitto non è legittimamente detenuto dal reo e quindi non dovrebbe costituire lo strumento per risarcire i danneggiati, il legislatore potrebbe decidere di garantire il soddisfacimento delle pretese delle vittime e dei danneggiati al punto da considerarle prevalenti sull'esigenze, innanzitutto di prevenzione generale, della confisca». Del resto ciò accade spesso nella legislazione speciale in materia di confisca: si veda a titolo esemplificativo l'art. 12-*sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356, all'art. 600-*septies* c.p..

o profitto del reato, non essendo stati confusi con altri beni del patrimonio di quello.

In presenza di tali presupposti il giudice non deve ordinare la confisca specifica dei beni, bensì la restituzione di essi al terzo avente diritto.

In caso di confisca di valore è discusso se possa trovare applicazione la suddetta clausola di salvaguardia. Secondo un primo orientamento la clausola non troverebbe applicazione in caso di confisca di valore, in quanto essa non viene specificamente richiamata nel comma secondo dell'art. 19. Dunque le pretese restitutorie dei terzi potrebbero farsi valere esclusivamente laddove debba essere ordinata una confisca specifica, avente ad oggetto beni del danneggiato pertinentialmente legati al reato, specificamente individuati e non confusi con altri.

In assenza di una confisca specifica, il giudice dovrà dunque procedere alla confisca per equivalente, fermo restando il credito risarcitorio del danneggiato nei confronti dell'autore del reato o del responsabile, azionabile in sede civile⁷⁹⁹.

Non sono mancate voci contrarie che hanno sostenuto la necessità di garantire la soddisfazione delle pretese dei terzi anche in ipotesi di confisca per equivalente. Si è osservato che non sussiste alcuna incompatibilità ontologica tra la salvaguardia dei diritti del soggetto danneggiato dal reato e la confisca per equivalente e che il legislatore stesso ha ammesso una siffatta compatibilità nelle leggi speciali concernenti la confisca per equivalente. Del resto l'omogeneità funzionale tra la confisca di valore e quella diretta impone la necessaria coincidenza quantitativa tra le due misure, come del resto si evince dal rapporto di sussidiarietà che lega i due istituti⁸⁰⁰.

Quest'ultima soluzione favorevole al riconoscimento del limite di cui all'art. 19, comma 1 anche in caso di confisca di valore è stata recentemente accolta dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione⁸⁰¹. Secondo la Suprema Corte il comma secondo dell'art. 19 ha il solo scopo di autorizzare il giudice a disporre, alle note condizioni, la confisca su beni di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato. Di conseguenza il secondo comma si pone come un completamento del primo comma, sicché i limiti previsti in generale per la confisca da quest'ultima disposizione non possono che estendersi logicamente anche alla confisca di valore⁸⁰².

⁷⁹⁹ SANTORIELLO, *op. ult. cit.*, p. 871.

⁸⁰⁰ Così MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 6, p. 2347.

⁸⁰¹ Cass. pen., S.U., sent. 25 settembre 2014, n. 11170, in *www.cortedicassazione.it* (ultimo accesso in data 6 marzo 2017).

⁸⁰² SI esprimono in tali termini le Sezioni unite: «Il legislatore pone, però, dei limiti importanti alla confisca, ancorché obbligatoria, e, conseguentemente, anche al sequestro, perché intende far salvi i diritti del danneggiato dal reato ed i diritti acquisiti dai terzi in buona fede. La clausola di salvaguardia non è ripetuta nel comma 2 dell'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, ma è fuori contestazione che essa si riferisca anche al sequestro di valore perché con il secondo comma si estende soltanto la possibilità di confisca di danaro e beni di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato, fermi restando, quindi, i limiti fissati dal comma 1 dello stesso articolo».

3.2.3.1. *Il problema dell'ammissibilità della confisca sui beni dell'ente sottoposti a vincolo fallimentare.* – Una questione molto dibattuta è quella inerente all'ammissibilità del sequestro preventivo e della successiva confisca ai sensi dell'art. 19 del decreto n. 231 nel caso in cui l'ente sia sottoposto a una procedura fallimentare o comunque concorsuale, perdendo così la disponibilità del suo patrimonio. La questione è particolarmente complessa in quanto pone in rilievo un difficile bilanciamento di interessi parimenti importanti: quello alla soddisfazione dei creditori concorsuali e quello alla neutralizzazione degli effetti economici scaturiti dalla commissione dell'illecito da parte dell'ente. Del resto una automatica prevalenza dell'interesse alla confisca non può sostenersi, posto che gli interessi soddisfatti con la procedura concorsuale hanno parimenti rilievo pubblicistico e si pongono teoricamente in una posizione di tendenziale equipollenza con quelli concernenti la prevenzione penale. La rilevanza pubblicistica dell'interesse alla soddisfazione dei creditori concorsuali può desumersi del resto dalla presenza di organi specificamente designati dalla legge per la gestione della procedura concorsuale, i quali agiscono non come meri rappresentanti dei creditori, bensì come organi esercitanti una vera e propria pubblica funzione.

Il tema dei rapporti tra procedura fallimentare e coercizione reale è stato affrontato dalla giurisprudenza inizialmente in relazione alla confisca ordinaria di cui all'art. 240 c.p.. I principi fondamentali sul punto sono stati fissati nella nota sentenza Focarelli delle Sezioni unite della Corte di Cassazione⁸⁰³, che hanno risolto il contrasto concernente l'ammissibilità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa di beni provento di attività illecita dell'indagato e di pertinenza di impresa dichiarata fallita. Le Sezioni unite, muovendo dalla tendenziale equipollenza tra i contrapposti interessi in gioco – quello alla soddisfazione dei creditori e quello alla neutralizzazione della pericolosità sociale – hanno escluso la radicale insensibilità del sequestro alla procedura concorsuale, affidando al potere discrezionale del giudice la conciliazione dei suddetti interessi, di guisa che l'ablazione patrimoniale non sarebbe preclusa a condizione che il giudice dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori.

Le coordinate fornite dalla sentenza Focarelli non possono comunque essere utilizzate acriticamente in un ambito, come quello della responsabilità degli enti, in cui la misura confiscatoria assume una dimensione sanzionatoria e non di sicurezza. Occorre sul punto procedere a una autonoma analisi del quadro normativo emergente dal decreto n. 231, in modo da individuare le possibili soluzioni utili per risolvere la questione che si sta analizzando.

Sul punto occorre segnalare la recente presa di posizione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione⁸⁰⁴ che hanno affrontato *ex novo* i rapporti tra la confisca prevista dall'art. 19 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e i vincoli derivanti dalla procedura

⁸⁰³ Cass. pen., S.U., sent. 24 maggio 2004, n. 29951, in *Mas. Uff.* 228164.

⁸⁰⁴ Cass. pen., S.U., sent. 25 settembre 2014, n. 11170, cit..

fallimentare cui l'ente sia eventualmente sottoposto.

Le Sezioni unite hanno risolto la questione valorizzando soprattutto la peculiare natura e funzione della confisca a carico degli enti, nonché i limiti testuali alla stessa posti dall'art. 19. Il ragionamento della Suprema Corte si può riassumere nei seguenti punti:

a) la confisca prevista dall'art. 19 del decreto n. 231 è una "sanzione" autonoma, obbligatoria, che consegue alla responsabilità dell'ente. Essa ha lo scopo di «ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti - appunto economici - sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire un profitto geneticamente illecito».

b) Sebbene la misura sia conseguenza obbligatoria della responsabilità dell'ente, essa riceve significative limitazioni dallo stesso art. 19, laddove fa salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede e i diritti restitutori.

La *ratio* della clausola di salvaguardia dei diritti acquisiti dai terzi in buona fede è quella di garantire la certezza dei traffici giuridici, valore che giustifica un ridimensionamento della tutela dell'interesse pubblico al ristabilimento dell'ordine economico turbato dalla commissione del reato. Sul punto la Suprema Corte evidenzia infatti che «La logica evidente del legislatore è che gli enti resisi responsabili di illeciti amministrativi derivanti da reato debbano essere perseguiti e puniti con la confisca degli illeciti proventi al fine di ristabilire il turbato equilibrio economico, ma che ciò non possa e non debba avvenire in pregiudizio di terzi che siano titolari di diritti acquisiti in buona fede sui beni oggetto di sequestro e confisca».

Dunque, seguendo tale ragionamento, la Corte perviene alla conclusione che i diritti fatti salvi dall'art. 19, che si pongono come limite all'operatività della confisca, sono solamente i diritti di proprietà e i diritti reali, di godimento o di garanzia. Solo in tali casi si può rinvenire un bene «acquisito» dal terzo, nonché una effettiva esigenza di protezione dell'affidamento riposto dal terzo nella stabilità della situazione giuridica a esso facente capo. Al contrario non sono garantiti dalla clausola di salvaguardia dell'art. 19 i diritti di credito. Sottolinea la Suprema Corte che «la norma non parla di salvaguardia dei diritti di credito eventualmente vantati da terzi proprio perché si intendono salvaguardare soltanto i beni, che seppure siano provento di illecito, appartengano - "cose appartenenti", - secondo l'espressione usata dall'art. 240, terzo comma, cod. pen. - a terzi estranei al reato, o meglio all'illecito commesso dall'ente». Il giudice penale, dunque, laddove in sede di condanna accerti l'esistenza di un diritto di proprietà o di un diritto reale sul bene confiscabile in favore del terzo, anziché disporre l'ablazione patrimoniale, deve ordinare la restituzione dei beni al terzo o comunque escludere la confisca.

c) Sui beni confiscabili potrebbero gravare i vincoli derivanti da una procedura concorsuale in corso. Secondo le Sezioni unite non è corretto risolvere il

problema dei rapporti tra confisca e vincoli fallimentari secondo il criterio del bilanciamento degli interessi in gioco. Un tale ragionamento presuppone un conflitto insanabile tra i due interessi che il giudice dovrebbe risolvere in sede applicativa. A parere della Suprema Corte un simile ragionamento va rigettato, in quanto i vincoli derivanti dal sequestro preventivo o dalla confisca e i vincoli fallimentari sono perfettamente compatibili e possono coesistere. Invero si tratta di vincoli aventi funzioni diverse: il sequestro mira a conservare i beni confiscabili, garantendo l'interesse dello Stato al ripristino dello stato patrimoniale anteriore all'illecito e per tale ragione implica un vincolo cui l'ordinamento non può mai rinunciare, nemmeno in presenza di una procedura concorsuale, in quanto sarebbe alto il rischio di rendere ineseguibile la futura confisca; il vincolo fallimentare mira a preservare il patrimonio del fallito, mantenendo integra la garanzia patrimoniale generica dei creditori nel rispetto della *par condicio creditorum*.

Trattandosi di vincoli posti a presidio di interessi pubblicistici di eguale rilevanza, si deve ritenere che l'uno non possa importare l'elusione dell'altro, «anzi, sotto certi profili, si può dire che il sequestro prima e la confisca poi tutelano in misura rafforzata gli interessi del ceto creditorio». Ne deriva – a parere della Suprema Corte – la possibilità che essi coesistano sul medesimo cespite.

Ciò chiarito, i rapporti tra la confisca e la procedura fallimentare possono essere regolati proprio valorizzando la clausola dell'art. 19, comma 1 laddove fa salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede. Invero nella locuzione “diritti acquisiti dai terzi” occorre far rientrare altresì i diritti riconosciuti ai terzi creditori all'esito della procedura fallimentare, ancorché quest'ultima cessi il suo corso a seguito del momento in cui il provvedimento confiscatorio sia divenuto definitivo. Ciò in quanto l'art. 19 «non pone alcun limite temporale alla prova della acquisizione del diritto, nel senso che non è vero che la titolarità del diritto al terzo debba essere riconosciuta prima che venga disposta la confisca; può benissimo accadere, infatti, che al terzo venga riconosciuta l'acquisizione in buona fede del diritto dopo che sia stata disposta la confisca», con la conseguenza che «anche in siffatta situazione deve essere salvaguardato il diritto del terzo».

Una soluzione diversa che affermi la tutela dei diritti dei terzi solo nei limiti in cui essi abbiano acquisito il diritto reale sul bene confiscabile prima del momento in cui la misura confiscatoria sia divenuta definitiva è irricevibile perché irragionevole, dal momento che subordina la tutela del terzo a un dato incerto quale è quello della cessazione della procedura concorsuale. Ovviamente la mera richiesta di insinuazione nel passivo fallimentare non è di per sé idonea a costituire un diritto reale in capo al creditore che questo potrà far valere nel processo a carico dell'ente. Un siffatto diritto sorgerà esclusivamente nel momento in cui, nella procedura fallimentare, si pervenga al riparto dell'attivo e quindi all'assegnazione dei beni del debitore al creditore insoddisfatto. In tale evenienza il terzo creditore potrà agire per ottenere la restituzione del bene che era stato sottoposto a coercizione reale. Al contempo, se venga disposta la confisca dei beni in pendenza di una procedura

fallimentare sugli stessi, lo Stato potrà insinuarsi nel fallimento per far valere il proprio diritto, che sarà soddisfatto dopo che siano stati salvaguardati i diritti dei terzi acquisiti in buona fede.

Sulla scorta dei suddetti rilievi, le Sezioni unite concludono affermando che la tutela del terzo assume una duplice dimensione:

c.1) ove il terzo creditore abbia ottenuto l'assegnazione dei beni in suo favore in sede fallimentare prima dell'adozione di qualsiasi vincolo derivante da sequestro o confisca, il giudice della cognizione deve accertare se sul bene confiscabile risulti il diritto di un terzo e, ove lo accerti, non può disporre il sequestro o la confisca;

c.2) se il diritto del terzo sia maturato a seguito del provvedimento definitivo di confisca, egli deve adire il giudice dell'esecuzione e domandare la revoca parziale del predetto provvedimento ai sensi dell'art. 666 c.p.p., posto che il riconoscimento del diritto del terzo in sede fallimentare è fatto estintivo del titolo confiscatorio.

d) la suddetta tutela può essere offerta esclusivamente al terzo in buona fede. Secondo le Sezioni unite il terzo è solo la persona estranea al reato, ovvero la persona che non solo non abbia partecipato, materialmente o psichicamente, alla commissione del reato, ma che da esso non abbia ricavato vantaggi e utilità.

La buona fede, da intendere in senso soggettivo, può invece definirsi come non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, del rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato.

Tirando le fila dell'intero discorso, al quesito iniziale può risponderci nel senso della confiscabilità del prezzo o del profitto del reato (o di beni di valore equivalenti nell'ipotesi dell'art. 19, comma 2) anche in caso di sussistenza di vincoli fallimentari sui beni, fermo restando l'inefficacia sopravvenuta del titolo ablatorio laddove il terzo creditore abbia visto riconoscersi in sede fallimentare un diritto reale sul bene espropriato.

3.2.4. Il problema della delimitazione del profitto confiscabile. – La confisca a carico dell'ente ha ad oggetto il prezzo e il profitto del reato. Le nozioni di prezzo e di profitto del reato non sono sconosciute all'interprete, essendo utilizzate altresì dall'art. 240 c.p. per delineare l'ambito operativo della confisca ordinaria. Sebbene si tratti di nozioni da lungo tempo analizzate e approfondite dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in materia di responsabilità dell'ente da reato è emerso un vivace dibattito in relazione all'esatta delimitazione del profitto confiscabile⁸⁰⁵.

⁸⁰⁵ Sul punto: PERINI, *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2075; BONELLI, *D. Lgs. 231/2001: tre sentenza in materia di "profitto" confiscabile/sequestrabile*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in

Invero una larga parte della dottrina ha dubitato che gli approdi raggiunti in relazione alla nozione di profitto di cui all'art. 240 c.p. possano estendersi automaticamente all'ipotesi confiscatoria prevista dall'art. 19, attesa la diversa natura delle due misure. In tale ambito si è ritenuto preferibile privilegiare «non già e non solo il profilo causale, quanto, piuttosto, i profili strutturali del medesimo, in quanto collegato ad attività economica imprenditoriale, come tale lecita»⁸⁰⁶.

Prima di illustrare i diversi orientamenti emersi sul punto, è opportuno porre in rilievo alcuni punti fermi che la giurisprudenza ha posto in relazione alla nozione di profitto del reato.

Secondo l'orientamento costante maturato nell'ambito dell'art. 240 c.p. il profitto del reato consiste nel «beneficio aggiunto di tipo patrimoniale», che deve risultare pertinente al reato», nel senso che il profitto deve essere «una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato». Dunque il profitto del reato deve presentare i seguenti requisiti strutturali:

a) deve innanzi tutto consistere in un evento in senso tecnico, dotato di una propria autonomia spazio-temporale. Dunque il profitto non può identificarsi con la condotta di reato o con una mera intenzionalità. Esso deve essere un risultato positivo, cioè un'utilità ulteriore rispetto a quelle che l'ente aveva anteriormente all'illecito⁸⁰⁷.

b) deve assumere carattere materiale a rifrazione patrimoniale, in quanto deve trattarsi di una entità suscettibile di apprensione. Ne deriva che esso deve essere precisamente identificato nell'*an* e nel *quantum*. Dovendo essere costituito da un beneficio patrimoniale aggiunto all'originario patrimonio del reo, il profitto non può essere costituito dalla disponibilità di somme di denaro soggette a obbligo di utilizzo per scopi di interesse generale ovvero a obblighi di restituzione. In tal caso le somme transitano solo temporaneamente dal patrimonio del colpevole e non costituiscono reale beneficio patrimoniale aggiuntivo.

c) esso deve essere collegato al reato da un nesso di derivazione immediata e diretta. Tuttavia la giurisprudenza ha ritenuto che il profitto confiscabile comprenda non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza indiretta o mediata della sua attività criminosa. Si tratta del c.d. profitto mediato del reato, il quale può confiscarsi solo nei limiti in cui esso sia comunque riconducibile univocamente alla precedente attività criminosa, in base

data 6 marzo 2017); MAUGERI, *op. ult. cit.*, p. 708 ss.; SILVESTRI, *La confisca diretta del profitto*, in *www.questionegiustizia.it* (ultimo accesso in data 6 marzo 2017).

⁸⁰⁶ SILVESTRI, *ivi*, p. 10.

⁸⁰⁷ MAUGERI, *op. ult. cit.*, p. 713, che evidenzia come in talune pronunce della giurisprudenza sia stata esclusa la confiscabilità quale profitto del reato del vantaggio costituito dalla mera falsità contabile, in quanto questa non presenterebbe il carattere di "esternalità", che impone di ravvisare il profitto solamente in un «effettivo arricchimento patrimoniale».

a indizi gravi e concordanti.

d) Il profitto confiscabile è costituito esclusivamente dal beneficio patrimoniale concretamente conseguito per effetto del reato. Di conseguenza non sono stati ritenuti confiscabili i valori economici rappresentati da mere aspettative di guadagno, *chance* di utilità o anche vantaggi patrimoniali futuri. In questo senso la Suprema Corte ha più volte escluso la confiscabilità di crediti esistenti ma non ancora percepiti, in quanto viene in rilievo un vantaggio patrimoniale solamente potenziale e non concretamente percepito dall'autore dell'illecito⁸⁰⁸. Tuttavia non sono mancate pronunce recenti che hanno affermato la confiscabilità dei crediti aventi i requisiti della certezza, della liquidità e della esigibilità, in quanto gli stessi, godendo di un valore intrinseco derivante dallo loro immediata realizzabilità, costituirebbero una posta attiva patrimoniale autonomamente valutabile⁸⁰⁹.

I suddetti principi costituiscono insegnamento costante della giurisprudenza maturata in relazione alla confisca ordinaria di cui all'art. 240 c.p.. Nondimeno – come si è accennato in precedenza – in relazione alla confisca a carico degli enti si discute circa la necessità di un differente approccio che tenga conto della diversa funzione e natura di tale misura rispetto a quella codicistica. Invero la natura sanzionatoria della confisca di cui all'art. 19 del decreto n. 231 imporrebbe secondo alcuni autori di abbandonare il tradizionale criterio causalistico, secondo cui il profitto è ogni vantaggio derivato dal reato, per accogliere un criterio di tipo strutturale, più idoneo a garantire l'effettiva proporzionalità della misura confiscatoria. Una proporzionalità – si avverte – che sarebbe imposta in questa sede proprio dalla natura sanzionatoria del provvedimento. L'accoglimento dell'uno o dell'altro criterio importa corollari profondamente diversi in punto di ricostruzione del profitto confiscabile. Seguendo il tradizionale criterio causalistico, il profitto andrebbe inteso come *ricavo lordo*, ossia come intero incremento patrimoniale ottenuto dall'ente per mezzo del reato, senza possibilità di dedurre il valore dei costi sostenuti per la commissione dell'illecito. Al contrario, secondo il criterio economico-aziendalistico, il profitto si risolve nell'*utile netto* conseguito mediante il reato e pari alla differenza tra quanto ricavato dal reato e i costi sostenuti per realizzarlo. Sul punto è emerso un contrasto di opinioni che ha visto contrapposte la

⁸⁰⁸ Cass. pen., sez. VI, sent. 18 febbraio 2010, n. 27746, Rv. 247768 secondo cui è illegittimo il sequestro preventivo a fini di confisca di beni equivalenti al profitto del reato di frode nelle pubbliche forniture, qualora quest'ultimo venga identificato con le somme anticipate da un istituto bancario a seguito della cessione "pro solvendo" dei crediti vantati dall'imputato nei confronti della P.A. frodata; ciò in quanto, secondo la Corte, il «"profitto" consiste in un effettivo arricchimento patrimoniale acquisito e non nella semplice esistenza di un credito non riscosso», sicché di certo non può costituire profitto confiscabile la «cessione pro solvendo dello stesso credito, non ancora liquido ed esigibile, a garanzia di una linea di affidamento accordata alla cedente dalla banca e che pur concretandosi in una temporanea anticipazione di liquidità, comporta comunque contestualmente l'assunzione di un debito di corrispondente importo. Nella cessione pro solvendo la liberazione del cedente si verifica solo quando il cessionario abbia ottenuto il pagamento dal debitore ceduto».

⁸⁰⁹ Cass. pen., sez. II, sent. 16 novembre 2012, n. 8740, Rv. 254526.

dottrina e la giurisprudenza prevalenti.

Secondo l'orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità il concetto di profitto di cui all'art. 19 del decreto n. 231 deve essere ricostruito secondo il tradizionale criterio causalistico, sicché esso coincide con l'intero beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, senza possibilità di scomputare da esso i costi sostenuti per realizzare l'illecito.

Tale orientamento fa leva su una pluralità di argomenti:

a) innanzi tutto si evidenzia come nel linguaggio penalistico il termine "profitto" abbia assunto sempre un significato oggettivamente più ampio rispetto a quello economico o aziendalistico, non essendo mai stato inteso come espressione di una grandezza residuale o come reddito di esercizio, determinato attraverso il confronto tra componenti positive e negative del reddito.

b) In secondo luogo si afferma che accogliere il criterio dell'utile netto finirebbe per scaricare sul bilancio pubblico i costi del crimine e ciò sarebbe inammissibile per un duplice ordine di ragioni. Far sopportare alla collettività i costi del delitto è prima di tutto ingiusto e contrario a qualsiasi regola di civile convivenza. Inoltre – si aggiunge – se il reo sapesse di non dover mai sopportare i costi del crimine, sarebbe sempre indotto a delinquere⁸¹⁰. Dunque il criterio dell'utile netto finirebbe per svilire la funzione di prevenzione generale cui la confisca è preordinata.

Del resto – si aggiunge – non avrebbe senso escludere lo scomputo dei costi illeciti e ammettere quello dei costi leciti: una spesa, ancorché risulti imputabile a un'attività lecita, per il fatto di essere strumentale alla commissione di un reato diviene priva di giustificazione e non sarebbe più tutelabile alla stregua dell'ordinamento giuridico.

c) Peraltro anche il diritto sovranazionale sembra confermare la preferibilità del criterio causalistico rispetto a quello meramente aziendalistico. Nei vari atti normativi internazionali si afferma costantemente la necessità di procedere alla confisca di ogni provento conseguito dal reato, definendo poi quest'ultimo come qualsiasi vantaggio economico ottenuto dal colpevole.

d) Ancora: il criterio dell'utile netto finirebbe per rendere eccessivamente complicata l'applicazione della confisca, in quanto imporrebbe all'organo giudicante di risolvere l'ardua questione relativa all'individuazione e alla quantificazione dei costi dell'illecito.

e) Infine anche considerazioni di tipo storiche depongono in senso favorevole all'accoglimento del criterio del ricavo lordo. Invero la normativa prevista

⁸¹⁰ G. AMATO, *Società: per applicare le misure interdittive ampliata la portata dell'"entità del profitto"*. *Precisati i requisiti e le condizioni per sostenere la responsabilità degli enti*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 42, p. 71; SANTORIELLO C., *La confisca del profitto del reato*, cit., p. 2093.

dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 fu introdotta dal legislatore proprio per potenziare gli effetti sfavorevoli a carico dell'ente derivanti dalla commissione nel suo interesse o a suo vantaggio di fatti costituenti reato. Il criterio dell'utile netto finisce per frustrare l'esigenza di un potenziamento delle conseguenze sfavorevoli a carico dell'ente.

f) Il criterio del ricavo lordo non produce il rischio di una eccessiva dilatazione della nozione di profitto. Invero – si evidenzia – è il parametro della pertinenzialità al reato del profitto a costituire il fondamentale criterio selettivo di ciò che può essere confiscato a tale titolo. Di conseguenza occorre che il beneficio patrimoniale abbia una correlazione diretta col reato e una stretta affinità con l'oggetto di questo. Ciò consente di escludere l'ablazione di qualsiasi vantaggio patrimoniale, che possa comunque scaturire, pur in difetto di un nesso diretto di causalità, dall'illecito.

In definitiva tale orientamento si pone in linea di continuità con gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza in materia di confisca ordinaria e finisce per accogliere una nozione ampia di profitto, inteso come *ricavo lordo* ottenuto mediante il reato.

Secondo l'orientamento accolto dalla dottrina prevalente il profitto deve essere ricostruito invece come *utile netto* conseguito dall'ente mediante la commissione dell'illecito. In particolare esso va ritenuto pari alla differenza tra il ricavo lordo prodotto dal reato e i costi lecitamente sostenuti dall'ente per commetterlo. Tale teoria fa leva sulle seguenti osservazioni:

a) La confisca di cui all'art. 19 del decreto n. 231 ha la funzione di ristabilire l'equilibrio economico turbato dalla commissione dell'illecito dell'ente. Il contenuto della confisca e, dunque la nozione di profitto del reato, non può non risentire della peculiare funzione che la misura in esame svolge. Orbene se il fine della confisca è impedire che l'ente ottenga un guadagno dalla commissione del reato, è evidente che il provvedimento deve limitarsi a porre il patrimonio di quello nella medesima condizione in cui si sarebbe trovato se l'illecito non fosse stato commesso. Dunque la coercizione reale non può che riguardare l'utile netto conseguito dall'ente, in quanto solo in tal modo la funzione ripristinatoria della misura verrebbe a essere rispettata. Il criterio del ricavo lordo, ponendo il patrimonio dell'ente in una posizione peggiore rispetto a quella che sussisteva prima dell'illecito, trasforma la confisca in uno strumento meramente punitivo.

Del resto – si aggiunge – la finalità compensativa della confisca di cui all'art. 19 emerge con nettezza dalla clausola di salvaguardia del primo comma, che impedisce l'ablazione dei beni che debbono essere restituiti ai terzi. Da tale regola emerge la volontà del legislatore di dare preferenza, rispetto alla confisca, alla tutela dei diritti dei terzi, in cui rientrano anche i dipendenti dell'ente, i creditori, i fornitori. Se si giungesse all'ablazione del ricavo lordo, la suddetta esigenza sarebbe totalmente frustrata, perché i beni destinati a soddisfare le esigenze dei terzi rientrerebbero nell'ambito dell'intervento ablatorio.

b) Anche volendo riconoscere alla misura una finalità puramente punitiva, non si potrebbe non garantire la proporzionalità del sacrificio patrimoniale imposto all'ente⁸¹¹. A tal fine maggiormente congruo risulta di certo il criterio dell'utile netto, in quanto è solamente il guadagno percepito dal reato che è in grado di porsi come fattore sintomatico della gravità dell'illecito.

c) Il profitto viene definito dalla stessa giurisprudenza come un beneficio patrimoniale *aggiuntivo* scaturito dal reato. In questo senso esso viene dunque concepito come un *quid pluris* rispetto al patrimonio dell'ente preesistente all'illecito⁸¹². Dunque esso non può che coincidere con l'insieme dei cespiti che l'ente ha guadagnato mediante il reato e che hanno accresciuto positivamente il valore del patrimonio dello stesso.

d) L'individuazione della nozione di profitto non può prescindere dalla considerazione dei costi sostenuti per commettere l'illecito. Se così non fosse, l'ente sarebbe sottoposto a un duplice sacrificio patrimoniale: da un lato, quello rappresentato dalla perdita dell'utile ottenuto mediante il reato; dall'altro lato, quello costituito dal mancato recupero delle spese sostenute per la commissione del delitto⁸¹³.

e) Infine il criterio causalistico non risulta congruo nel caso in cui venga in rilievo la responsabilità degli enti, posto che l'illecito da questi commesso si inserisce spesso nell'ambito di una più ampia attività imprenditoriale di natura lecita. Pertanto il criterio rigidamente causalistico rischia di comportare l'ablazione anche dei guadagni lecitamente conseguiti dall'ente e ciò non può ammettersi perché si tratterebbe di risultato contrastante con la finalità politico-criminale della misura.

Secondo questa linea di pensiero pertanto il profitto del reato va inteso come *utile netto* conseguito mediante il reato dall'ente. In relazione all'individuazione dei costi scomputabili si assiste tuttavia a un forte disaccordo tra gli autori, optando taluno per la deduzione dei soli costi concretamente leciti, con esclusione di quelli che, pur astrattamente leciti, sono stati funzionali alla commissione dell'illecito, talaltro per la deduzione di ogni costo, sia esso lecito o illecito.

Sulla questione sono intervenute le Sezioni unite della Corte di Cassazione⁸¹⁴ che, seppur con qualche temperamento, hanno confermato la tesi causalistica facente leva sul ricavo lordo.

⁸¹¹ ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., p. 2153.

⁸¹² COMPAGNA, *L'interpretazione della nozione di profitto nella confisca per equivalente*, in *Dir. proc. pen.*, 2007, 1645.

⁸¹³ LUNGHINI, *Profitto del reato: problematica individuazione delle spese deducibili*, in *Corr. merito*, 2008, p. 91.

⁸¹⁴ Cass. pen., S.U., sent. 27 marzo 2008, n. 26654, cit..

La Suprema Corte ribadisce che il profitto del reato, anche nella confisca di cui all'art. 19 del decreto n. 231, deve essere inteso come complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, essendo preclusa l'utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico. Ciò è imposto da una fondamentale esigenza di giustizia cui l'ordinamento non può sottrarsi. Invero «Il crimine non rappresenta in alcun ordinamento un legittimo titolo di acquisto della proprietà o di altro diritto su un bene e il reo non può, quindi, rifarsi dei costi affrontati per la realizzazione del reato. Il diverso criterio del "profitto netto" finirebbe per riversare sullo Stato, come incisivamente è stato osservato, il rischio di esito negativo del reato ed il reo e, per lui, l'ente di riferimento si sottrarrebbero a qualunque rischio di perdita economica».

Ciò chiarito, le Sezioni ritengono che l'area del profitto confiscabile debba comunque delimitarsi attraverso la valorizzazione del vincolo di pertinenzialità, da sempre elemento peculiare del profitto da reato. Questo deve infatti ritenersi limitato ai soli vantaggi patrimoniali che costituiscano una diretta e immediata conseguenza del fatto illecito. Dunque la confisca può e deve colpire esclusivamente quei cespiti che nel reato trovino la loro causa diretta, mentre non può colpire i proventi che trovano la loro fonte di derivazione in attività geneticamente lecite.

Nel concretizzare tale principio le Sezioni unite si avvalgono di una distinzione tradizionale della dottrina penalistica, quella tra reati contratto e reati in contratto. Nei reati contratto la legge qualifica come reato la stipula di un contratto a prescindere dalla sua esecuzione. L'operazione che scaturisce da un simile negozio può dunque ritenersi totalmente illecita. Di conseguenza ogni vantaggio patrimoniale prodotto da una siffatta operazione deve ritenersi confiscabile in quanto profitto direttamente causato dal reato.

Diversa è la situazione in cui venga in rilievo un reato in contratto. In tal caso la legge non incrimina la stipula del contratto in sé, bensì un comportamento tenuto nella fase formativa o esecutiva del negozio. In tal caso, essendo valido il vincolo contrattuale, è ben possibile individuare dei profili leciti del rapporto, con la conseguenza che i vantaggi tratti dall'intera operazione negoziale non possono ritenersi automaticamente scaturiti dal reato. In altri termini, secondo le Sezioni unite, «la genesi illecita di un rapporto giuridico, che comporta obblighi sinallagmatici destinati anche a protrarsi nel tempo, non necessariamente connota di illiceità l'intera fase evolutiva del rapporto, dalla quale, invece, possono emergere spazi assolutamente leciti ed estranei all'attività criminosa nella quale sono rimasti coinvolti determinati soggetti e, per essi, l'ente collettivo di riferimento». In siffatta ipotesi dunque occorre allora distinguere il profitto (non confiscabile) costituito dal corrispettivo incamerato per una prestazione lecita eseguita in favore della controparte, pur nell'ambito di un affare che trova la sua genesi nell'illecito, e il profitto scaturito dal reato che invece è confiscabile.

In definitiva secondo la Suprema Corte la delimitazione del profitto confiscabile deve essere effettuata distinguendo l'impresa criminale, la cui attività si

polarizza sul crimine e in cui ogni vantaggio patrimoniale, in quanto geneticamente illecito, va confiscato; e l'impresa che occasionalmente commette un reato nell'ambito di un'attività complessivamente lecita, nel qual caso è necessario escludere dal profitto confiscabile il corrispettivo ricevuto dall'ente per la prestazione resa alla controparte nell'esecuzione del rapporto contrattuale.

Nel quantificare concretamente l'entità del profitto confiscabile nel secondo caso analizzato, le Sezioni unite ritengono che l'entità del corrispettivo possa commisurarsi al valore dell'utilità ricevuta dalla controparte per il tramite dell'esecuzione della prestazione contrattuale dell'ente. Ciò in quanto in un rapporto sinallagmatico, in virtù dell'equivalenza di valore delle prestazioni corrispettive, l'utilità conseguita dalla parte danneggiata riflette l'entità dell'utilità conseguita a titolo di corrispettivo dalla controparte.

In conclusione la Suprema Corte ha affermato il seguente principio di diritto: «il profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca, disposto - ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, artt. 19 e 53 - nei confronti dell'ente collettivo, è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato ed è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente».

Il principio affermato dalle Sezioni unite è stato seguito dalla giurisprudenza successiva, ma non senza qualche ripensamento. In una pronuncia posteriore⁸¹⁵ la Corte di Cassazione, pur aderendo formalmente alle coordinate indicate dalla pronuncia del 2008, è pervenuta a conclusioni parzialmente difformi. Invero, pur ribadendo che il profitto confiscabile deve essere perimetrato muovendo dalla distinzione offerta dalle Sezioni unite tra i reati contratto e i reati in contratto, nella pronuncia in esame gli Ermellini tuttavia affermano che, in caso di reato in contratto, il profitto coincide con il complesso dei vantaggi economici conseguiti dal negozio al netto dei costi sostenuti per l'esecuzione del contratto. In sostanza in tale pronuncia la Corte commisura il profitto confiscabile in caso di reato in contratto non al valore dell'utilità conseguita dalla parte danneggiata, bensì all'utile netto conseguito dall'ente. Il criterio dell'utile netto è stato altresì ripreso da una pronuncia ancora più recente della Suprema Corte⁸¹⁶ che ha giustificato tale conclusione evidenziando che le confische previste dal decreto n. 231, «sebbene in maniera diversa, si preoccupano di assicurare allo Stato quanto illecitamente e concretamente conseguito dalla società attraverso la commissione degli illeciti, e oggetto del provvedimento ablativo non può che essere il profitto inteso in senso stretto, cioè come immediata ed effettiva conseguenza economica dell'azione criminosa, corrispondente tendenzialmente all'utile netto ricavato».

⁸¹⁵ Cass., sez. II, sent. 20 dicembre 2011 n.11808, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 7 marzo 2017).

⁸¹⁶ Cass., sez. VI, sent. 19 marzo 2013, n. 13061, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 7 marzo 2017).

3.2.4.1. *Considerazioni critiche sulla nozione di profitto del reato. Il problema dell'individuazione dei costi scomputabili.* – La questione relativa alla ricostruzione della nozione di profitto confiscabile continua ad alimentare un forte dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza. La pronuncia delle Sezioni unite del 2008 non sembra aver calmato i dubbi emersi in relazione all'estensione alla confisca a carico degli enti del tradizionale criterio causalistico usato dalla giurisprudenza in relazione all'art. 240 c.p..

A ben vedere la nozione di profitto confiscabile, in quanto delimita il contenuto dell'ablazione patrimoniale, non può che essere ricostruito in base alla funzione assunta dalla confisca prevista dall'art. 19 del decreto n. 231. Invero, affinché essa sia in grado di assolvere correttamente la sua funzione giuridica, è necessario che l'oggetto di essa con tale funzione risulti coerente. In caso contrario si correrebbe il rischio di rendere inefficace la misura o addirittura di snaturarla. Nel silenzio di una definizione legislativa di profitto e considerata la genericità delle coordinate provenienti dal diritto sovranazionale, non resta che ricostruire la nozione di profitto in chiave ermeneutica, valorizzando un approccio teleologico.

Ebbene si è messo in rilievo in precedenza che la confisca a carico dell'ente assume una funzione squisitamente esecutiva. La misura si configura sul piano teorico come vera e propria sanzione esecutiva, volta al ripristino dello stato giuridico-fattuale anteriore all'illecito. Essa rimuove l'insieme dei vantaggi patrimoniali conseguiti illecitamente dall'ente, così da porre il patrimonio di questo nello stato identico o equivalente a quello che ci sarebbe stato se l'illecito non ci fosse stato. Seguendo tale ragionamento si deve ritenere – a parere di chi scrive – che il criterio del ricavo lordo non possa essere utilizzato per la delimitazione del profitto confiscabile. Invero i costi sostenuti dall'ente per la commissione dell'illecito elidono l'entità dell'incremento patrimoniale che esso ha ottenuto; non considerare tali costi per la ricostruzione del profitto confiscabile significherebbe sottrarre all'ente più di quanto esso abbia tratto dal reato. Dunque il patrimonio dell'ente, usando il criterio del ricavo lordo, sarebbe posto in una condizione peggiore rispetto a quella che ci sarebbe stata in assenza dell'illecito. Ciò trasformerebbe la confisca in una misura di natura puramente punitiva, priva di qualsiasi funzione ripristinatoria.

Una tale conclusione può ammettersi se si riconosce alla misura una natura punitiva. Al contrario, se si riconosce alla stessa una funzione ripristinatoria, il criterio del ricavo lordo non pare congruo.

Pertanto appare più idoneo ad assicurare la funzione esecutiva della confisca il criterio dell'utile netto, che individua il profitto nella differenza tra il vantaggio patrimoniale complessivamente ottenuto dall'ente e i costi sostenuti per costituirlo⁸¹⁷.

⁸¹⁷ Il criterio dell'utile netto è accolto dalla dottrina prevalente: per tutti si vedano ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., p. 2153; BOTTALICO F., *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1726 ss.; COMPAGNA, *Dal ricavato dell'attività imprenditoriale vanno sottratte le spese estranee al reato*, in *Guida al dir.*, 2008, n. 10, p. 88; FORNARI L., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 72;

Solo in tal modo si può preservare la natura esecutiva della confisca, rendendola autentico strumento di neutralizzazione dei capitali illecitamente accumulati dall'ente.

Accolto il criterio dell'utile netto, si pone il problema di stabilire la base di calcolo di tale utile. In particolare è necessario stabilire quali costi possano essere scomputati dal ricavo lordo percepito dall'ente per individuare il profitto netto confiscabile. In linea astratta la dottrina che si è occupata della questione ha individuato tre tipologie di costi: i *costi illeciti*, cioè sostenuti per l'esecuzione della condotta criminosa (es. il prezzo dell'arma usata per una rapina); i *costi leciti*, ossia quelli imputabili a un'attività geneticamente lecita⁸¹⁸; i *costi funzionali*, ossia l'insieme delle spese che, pur astrattamente lecite, nel caso concreto sono state funzionali alla commissione dell'illecito.

Secondo la tesi pressoché dominante nella dottrina e nella giurisprudenza che seguono il criterio dell'utile netto i costi illeciti non possono essere tenuti in considerazione. Le ragioni addotte sono di ordine teorico e di ordine pratico. Sul piano teorico si adduce l'esigenza di evitare che i costi del crimine ricadano sulla collettività. Tenendo indenne il colpevole dal rischio di subire perdite connesse all'episodio criminoso, risulterebbe svilita la funzione general preventiva dell'ablazione patrimoniale. Inoltre, scomputando i costi illeciti, il reo otterrebbe uno sconto sul profitto confiscabile e, dunque, un vantaggio patrimoniale. Ciò sarebbe stridente con la finalità della misura che è per l'appunto quella di evitare che il colpevole tragga utilità dal reato. Sul piano pratico si evidenzia come risulterebbe arduo accertare l'entità di spese che, attenendo a prestazioni illecite, restano in una sfera di clandestinità.

Per ciò che attiene ai costi funzionali, secondo l'opinione prevalente essi non possono essere tenuti in considerazione in vista del calcolo del profitto confiscabile. Invero la funzionalizzazione della spesa alla commissione del reato rende la stessa in qualche modo espressiva della condotta criminosa e, come tale, non giustificabile alla stregua dell'ordinamento giuridico. Dunque per tali costi sono valide le argomentazioni addotte per la indeducibilità dei costi illeciti⁸¹⁹.

In relazione invece ai costi leciti, vi è tendenziale accordo tra i sostenitori

MARINUCCI – DOLCINI, Manuale, cit., p. 689; ROSSETTI A., *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1281; SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d'impresa*, cit., p. 885.

⁸¹⁸ Secondo un orientamento i costi leciti devono essere comunque limitati ai *costi utili*, ossia quelli congrui e strumentali all'attuazione del programma negoziale, con esclusione delle spese lecite ma del tutto inutili nella prospettiva della controparte negoziale. Sul punto si veda GRASSO, sub art. 240 c.p., in ROMANO – GRASSO - PADOVANI (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 2011, p. 618. *Contra* MONGILLO, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, 2012, n. 3-4, p. 64, il quale evidenzia come l'utilità delle somme investite per eseguire una prestazione contrattuale sia circostanza che merita di essere considerata nella sua *sedes* naturale, quella civilistica, dove i soggetti danneggiati da un'esecuzione inesatta, parziale o totalmente difforme, ben possono far valere le proprie ragioni risarcitorie e restitutorie.

⁸¹⁹ ROSSETTI, *La nozione*, cit., p. 1287.

del criterio dell'utile netto in ordine alla possibilità di scomputarli dal ricavo complessivamente ottenuto dall'ente. Varie sono le ragioni addotte a sostegno di tale conclusione. Innanzi tutto si evidenzia come tali costi, a differenza di quelli precedentemente analizzati, trovano giustificazione nell'ordinamento giuridico e dunque possono ritenersi fondati su un titolo giuridico meritevole di tutela. In secondo luogo si ritiene che ciò sia consono allo scopo ripristinatorio della confisca. In particolare se il provvedimento deve sottrarre al colpevole il guadagno scaturito dal reato, è evidente che i costi sostenuti debbono essere considerati, costituendo elementi che riducono l'entità del profitto conseguito. Inoltre lo scomputo dei costi leciti risponde a un'esigenza di tutela dei terzi. Invero le spese in esame costituiscono dei trasferimenti di ricchezza dal colpevole alla collettività o ai terzi, che sono avvenuti in base a titoli del tutto validi. Sottoporre ad ablazione anche tali costi significherebbe attrarre nell'orbita della confisca trasferimenti patrimoniali non destinati a incrementare il patrimonio del colpevole e ciò sarebbe contrario alla funzione stessa dell'istituto⁸²⁰.

L'opinione dominante appena illustrata merita certamente adesione. Le ragioni di tale adesione non vanno individuate tuttavia nell'impossibilità di giustificare alla stregua dell'ordinamento giuridico i costi connessi ad attività illecite. Tale considerazione esprime un'esigenza di giustizia sostanziale che può al più sorreggere un giudizio sulla opportunità della scelta legislativa, ma non può essere decisiva per la ricostruzione della nozione di profitto confiscabile che – come già messo in evidenza – deve sorreggersi su un approccio funzionale.

Dunque ancora una volta è la *ratio* della confisca di cui all'art. 19 del decreto n. 231 che può fornire un valido ausilio all'interprete. Poiché la misura mira al ripristino dello stato anteriore all'illecito, fondamentale è stabilire il *momento* in cui un tale stato deve essere apprezzato. Così se si ritiene che la coercizione reale miri a neutralizzare gli effetti dell'intera vicenda criminosa latamente intesa, ogni costo che è stato strumentale al completamento dell'*iter criminis* non può che assumere rilievo. Se invece si ritiene che il ripristino concerne lo stato del patrimonio del colpevole come risultante al momento della condotta criminosa, è evidente che i costi strumentali al reato non possono assumere rilievo. Al momento della condotta criminosa il patrimonio del colpevole è già stato decurtato del valore pari ai costi anzidetti, sicché di essi non può più tenersi conto per valutare l'entità del profitto successivamente conseguito. Al contrario i costi sostenuti nell'ambito del rapporto

⁸²⁰ In tali termini MAUGERI, *op. ult. cit.*, p. 742: «Alla base della scelta di applicare il principio del lordo o del netto, o comunque di tenere conto delle spese lecite si devono porre delle valutazioni di politica criminale e di giustizia; la possibilità di decurtare le spese lecite risponde a quelle istanze di giustizia in base alle quali per garantire la funzione di «compensazione» dell'istituto della confisca del profitto (...) si deve sottrarre al reo solo una somma o delle cose corrispondenti al valore dello spostamento patrimoniale che si è avuto, a causa dell'illecito, dalla collettività al reo (la collettività viene considerata il titolare del bene giuridico pregiudicato, in relazione alla quale gli organi statali devono garantire la compensazione dei pregiudizi subiti), e non vengono, invece, in rilievo gli spostamenti patrimoniali in senso inverso, realizzati dal reo in favore della collettività e, quindi, le eventuali spese lecite del reo

che dal reato ha tratto linfa saranno scomputabili, essendo passività che hanno eroso il guadagno complessivo che il colpevole ha tratto dal fatto illecito⁸²¹.

Una puntualizzazione meritano invece i casi in cui il fatto di reato abbia consentito all'ente di ottenere un maggior profitto nell'ambito di un'operazione negoziale che comunque sarebbe stata posta in essere, anche se l'illecito non ci fosse stato. In tal caso il reato ha un'incidenza causale non tanto sulla stipula del contratto, quanto sull'ottenimento di condizioni contrattuali più vantaggiose⁸²². In tali casi il vantaggio patrimoniale direttamente ottenuto dal reato, che costituisce la base di calcolo dell'utile netto, non s'identifica con l'intero importo contrattuale, ma solo con la plusvalenza impropriamente lucrata, ossia con la differenza tra il prezzo pattuito e il prezzo di mercato⁸²³. Per ciò che attiene ai costi scomputabili, resta ferma la rilevanza dei soli costi leciti, secondo le coordinate che sono state precedentemente illustrate.

Infine occorre evidenziare la necessità di evitare indebite duplici ablazioni dello stesso valore patrimoniale. Così, se un cespite è stato confiscato a titolo di prezzo del reato, non potrà essere nuovamente confiscato a titolo di profitto dello stesso. In caso contrario si assisterebbe a un ingiustificata limitazione della proprietà privata che non troverebbe giustificazione alcuna nell'ordinamento giuridico.

3.2.4.2. Il problema della confiscabilità dei vantaggi immateriali. – La corretta delimitazione della nozione di profitto confiscabile non impone solamente di stabilire se esso vada ricostruito o meno in termini di ricavo lordo piuttosto che di utile netto. È necessario altresì stabilire se il profitto confiscabile debba necessariamente risolversi in una massa di beni materiali, suscettibile di apprensione fisica, ovvero se possano rientrare nel concetto di profitto anche i vantaggi immateriali, come ad esempio i risparmi di spesa, il rafforzamento della posizione dell'impresa nel mercato rilevante, i guadagni futuri.

Una precisazione sulla corretta delimitazione della questione è doverosa. Vi sono taluni reati che, per loro stessa struttura, producono profitti che si risolvono in un risparmio di spesa. In tali casi l'unico profitto del reato non può che essere un

⁸²¹ Così in caso di rapina, assumendo come termine temporale della valutazione del profitto il momento della condotta criminosa, il costo sostenuto dal rapinatore per l'acquisto della pistola usata per l'atto delittuoso si pone in un momento anteriore alla condotta criminosa, sicché concorre a determinare l'entità del patrimonio esistente al momento del reato. E tale valore patrimoniale costituirà il punto di riferimento per calcolare quel beneficio aggiuntivo che costituirà l'oggetto dell'ablazione patrimoniale.

⁸²² Si pensi al caso in cui la P.A. ha stipulato con un ente un contratto di fornitura. In virtù di un fatto di corruzione, l'ente riesce a ottenere un corrispettivo per la fornitura maggiore rispetto a quello che l'amministrazione pubblica avrebbe accettato in assenza del fatto illecito. In tal caso il fatto corruttivo incide non sull'*an* della stipula, in quanto il contratto di fornitura sarebbe stato comunque concluso. Esso incide sul *quid* della stipula, consentendo all'ente di ottenere un profitto maggiore di quello che avrebbe ottenuto senza la corruzione.

⁸²³ Cass. pen., sez. II, sent. 13 aprile 2007, n. 15082, RV. 236468; Cass. pen., sez. II, sent. 12 maggio 2011, n. 35355, rv. 251178.

risparmio di spesa. Si fa riferimento soprattutto i reati tributari, in cui il vantaggio economico conseguito dal reo è costituito dall'imposta evasa. In tali casi si ritiene che la previsione legislativa che impone la confisca del profitto del reato vada intesa nel senso che l'ablazione debba colpire il risparmio di imposta che il contribuente si è illecitamente procurato mediante la condotta criminosa⁸²⁴. L'ammissibilità della confisca del risparmio di imposta, come tratto peculiare della confisca tributaria, è stata recentemente affermata dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione⁸²⁵.

Al di là di tali situazioni peculiari, la questione generale su cui occorre soffermarsi è se sia possibile confiscare, ai sensi dell'art. 19 del decreto n. 231, almeno nella forma per equivalente, l'eventuale beneficio patrimoniale determinato da un risparmio di spese doverose, reso possibile dalla consumazione dell'illecito.

Sul punto la giurisprudenza prevalente sostiene che, ai fini dell'art. 19, il profitto rilevante è solamente quello che presenti un minimo carattere di materialità. Si deve trattare pur sempre di un «risultato economico positivo» concretamente determinato dalla realizzazione del fatto di reato. Il risparmio di spesa può assumere rilevanza solo in quanto rappresenti un costo doveroso non sopportato dall'ente, che ha determinato così un innalzamento dell'introito comunque conseguito.

In definitiva il profitto del reato secondo la giurisprudenza di legittimità deve risolversi in un reale spostamento di risorse economiche, vale a dire in una visibile modificazione positiva del patrimonio dell'ente. In ciò risiede la materialità del profitto confiscabile. Ogni volta in cui il reato non abbia determinato uno spostamento di risorse patrimoniali in favore dell'ente non si può ritenere esistente un profitto confiscabile. Di conseguenza un mero risparmio di spesa, avulso da qualsiasi introito positivo per l'ente, non costituisce un vantaggio apprezzabile ai fini dell'art. 19 del decreto n. 231. Al contrario il risparmio di spesa, ove si risolva in un mancato pagamento di spese doverose idoneo a incrementare l'entità del guadagno materiale comunque conseguito, può essere considerato dall'organo giudicante ai fini del calcolo del profitto. In tal caso ricorre comunque un risultato economico positivo, benché sia superiore a quello che ci sarebbe stato in assenza del risparmio di spesa⁸²⁶.

La soluzione offerta dalla giurisprudenza appare corretta per una serie di ragioni. Innanzi tutto la confisca per equivalente si pone come sussidiaria rispetto alla confisca diretta, sicché presuppone come questa l'individuazione di un profitto materialmente conseguito, ossia di un profitto "storico"⁸²⁷. Inoltre i vantaggi immateriali si configurano come poste difficilmente accertabili e liquidabili. Pertanto ammettere la loro rilevanza in sede di computo del profitto produce una grave incertezza applicativa, con il conseguente rischio di rimettere l'esatta delimitazione dell'ambito applicativo della coercizione reale all'arbitrio giudiziale. Del resto non è mancato chi ha rinvenuto nella confisca dei risparmi di spesa una vera e propria

⁸²⁴ MAUGERI, *op. ult. cit.*, p. 716, cui si rinvia per un approfondimento della questione inerente alla confisca del risparmio di imposta.

⁸²⁵ Cass. pen., S.U., sent 30 gennaio 2014, n. 10561, cit.

⁸²⁶ MAUGERI, *op. ult. cit.*, p. 727-728.

⁸²⁷ SANTORIELLO, *op. ult. cit.*, p. 888.

interpretatio contra legem dell'art. 19. Invero si è rilevato come “trarre profitto” non equivalga ad evitare, attraverso il fatto di reato, una perdita patrimoniale dovuta, richiedendo invece una vera e propria trasformazione del patrimonio mediante il suo incremento attivo⁸²⁸. Qualsiasi dilatazione del concetto di profitto richiede un intervento apposito del legislatore.

In definitiva appare corretta la tesi sostenuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina dominanti che esclude la rilevanza, come profitto confiscabile, del risparmio di spesa considerato nella sua assolutezza, ossia sganciato da qualsiasi connessione con un introito patrimoniale positivamente valutabile.

Per analoghe ragioni pare corretto l'orientamento che esclude la rilevanza, come profitto del reato, dei beni futuri, ossia di poste attive che il colpevole ha titolo di ottenere ma che non ha ancora concretamente ottenuto al momento dell'applicazione della confisca. Invero in tal caso si prenderebbe in considerazione un'utilità meramente desiderata, potenziale, ma non concretamente conseguita. Non verrebbe in rilievo un effettivo incremento del patrimonio dell'ente. Se si ammettesse la confisca di vantaggi futuri, l'ente subirebbe l'espropriazione di beni per utilità non ancora incamerate⁸²⁹.

Analogamente si ritiene che la titolarità di un credito non riscosso da parte dell'ente colpevole non costituisca un profitto confiscabile, trattandosi di una utilità meramente potenziale e non effettivamente conseguita. Tuttavia la giurisprudenza più recente sostiene che una diversa soluzione si possa affermare con riferimento ai crediti che risultino certi, liquidi ed esigibili. Al verificarsi di tali condizioni il credito assumerebbe i connotati di una vera e propria posta attiva attuale del patrimonio, suscettibile pertanto di ablazione patrimoniale⁸³⁰.

3.3. *La confisca prevista dall'art. 6, comma 5 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.* – L'ente può subire la confisca del prezzo o del profitto del reato solamente se, oltre alla commissione del reato, risultino integrati i criteri oggettivi e soggettivi di imputazione previsti dagli artt. 5 e 6 del decreto n. 231. In caso di reato commesso da un soggetto apicale, l'ente può andare esente da responsabilità allorché dimostri che, nonostante il reato sia stato commesso oggettivamente nel suo interesse o a suo vantaggio, non emerga alcuna colpa organizzativa in relazione all'adozione e alla corretta attuazione dei modelli di prevenzione dell'illecito. In tal caso l'ente non potrà ritenersi responsabile del reato, in quanto non si potrà rimproverare ad esso una difettosa organizzazione dell'attività di prevenzione criminale.

Sebbene l'ente nel caso suddetto non sia responsabile e, dunque, non sia passibile delle sanzioni giuridiche previste dall'art. 9, ai sensi dell'art. 6, comma 5,

⁸²⁸ MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1765.

⁸²⁹ MAUGERI, *op. ult. cit.*, p. 731.

⁸³⁰ MAUGERI, *ibidem*.

«È comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente».

Quella prevista dalla disposizione suddetta è un'ulteriore ipotesi di confisca a carico dell'ente disposta dal decreto n. 231. La finalità della misura è spiegata chiaramente nella Relazione di accompagnamento al decreto: «La circostanza che, nel caso di elusione fraudolenta del modello senza colpa dell'ente, non sia ravvisabile alcuna responsabilità dello stesso, nulla toglie all'inopportunità che la persona giuridica si giovi dei profitti economici che abbia comunque tratto dall'operato del c.d. amministratore infedele. Per tale ragione, l'articolato prevede che, anche in queste ipotesi, venga disposta la confisca del profitto del reato»⁸³¹.

In altri termini il legislatore stabilisce la confisca del profitto del reato ancora una volta nell'ottica di neutralizzare ogni vantaggio illecitamente conseguito dall'ente mediante il reato. La circostanza che il profitto abbia trovato la sua genesi in un comportamento illecito rende immeritevole di tutela l'interesse dell'ente incolpevole a trattenerlo presso la propria sfera giuridica.

La circostanza che la confisca in esame venga applicata pur in assenza della responsabilità dell'ente ha posto vari dubbi in dottrina in relazione alla natura giuridica della misura. Le teorie emerse sul punto sono diverse. Secondo alcuni la confisca manterrebbe comunque natura punitiva, sicché la colpa organizzativa inciderebbe non sulla responsabilità dell'ente, bensì sulla qualità del trattamento sanzionatorio applicabile⁸³². Secondo una diversa impostazione invece la confisca sarebbe giustificata dalla necessità di contrastare l'oggettiva pericolosità del profitto del reato, scaturente dalla genetica connessione con il reato. La misura avrebbe dunque una finalità meramente preventiva⁸³³. La tesi dominante invece ravvisa nella confisca in esame uno "strumento di compensazione" dell'equilibrio economico violato, una misura non avente dunque natura punitiva e pertanto applicabile a prescindere dalla responsabilità dell'ente⁸³⁴. Tale tesi fa leva soprattutto sulle indicazioni provenienti dalla Relazione di accompagnamento al decreto dove si esplicita la funzione ripristinatoria dell'istituto.

La giurisprudenza accoglie quest'ultima soluzione e afferma la natura non punitiva della confisca, la quale avrebbe esclusivamente una finalità di riequilibrio economico. In particolare la Corte di Cassazione ha affermato che, nell'ipotesi delineata dall'art. 6, comma 5 del decreto n. 231 «riesce difficile cogliere la natura sanzionatoria della misura ablativa, che si differenzia strutturalmente da quella di cui all'art. 19, proprio perché difetta una responsabilità dell'ente. (...)». Ritiene la Corte

⁸³¹ Relazione al d.lgs. n. 231 del 2001, par.3.4.

⁸³² PULITANO', *La responsabilità «da reato» degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 429; ID., *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir.*, Agg., VI, 2002, p. 960.

⁸³³ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 96.

⁸³⁴ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 168; SANTORIELLO, *op. ult. cit.*, p. 864; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 156.

che, in questo specifico caso, dovendosi - di norma - escludere un necessario profilo di intrinseca pericolosità della res oggetto di espropriazione, la confisca assume più semplicemente la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti, appunto economici, sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire (sia pure incolpevolmente) un profitto geneticamente illecito. Ciò è tanto vero che, in relazione alla confisca di cui all'art. 6, comma 5, non può disporsi il sequestro preventivo, considerato che a tale norma non fa riferimento l'art. 53 del decreto, che richiama esclusivamente l'art. 19».

A parere di chi scrive la confisca prevista dall'art. 6, comma 5 del decreto n. 231 si configura semplicemente come una sanzione esecutiva, funzionalmente identica a quella prevista dall'art. 19. Come è stato illustrato nei precedenti capitoli⁸³⁵, la sanzione esecutiva non presuppone necessariamente la colpevolezza del soggetto contro cui viene disposta. In particolare non esiste alcun vincolo costituzionale o sovranazionale che esige la responsabilità colpevole della persona a cui viene imputata la sanzione esecutiva. Questa trova il suo fondamento e la sua ragion d'essere nella esistenza di mutamenti patrimoniali scaturiti eziologicamente da un fatto oggettivamente illecito. Una misura ripristinatoria non esige la colpevolezza del soggetto contro cui viene disposta, essendo sufficiente, in virtù della finalità perseguita dalla stessa, che si sia prodotta una situazione fattuale oggettivamente antiggiuridica, ossia priva di qualsiasi giustificazione alla stregua dell'ordinamento giuridico. Dunque anche un fatto oggettivamente antiggiuridico può giustificare la sanzione esecutiva, purché la legge lo preveda espressamente.

Nel caso di specie l'illecito imputabile all'ente si è integrato sul piano oggettivo, in quanto la confisca esige pur sempre la sussistenza degli elementi previsti dall'art. 5 del decreto. Ciò che difetta è semplicemente la colpa organizzativa. Ciò è sufficiente per connotare come illecito il vantaggio conseguito dall'ente mediante il reato e dunque meritevole di confisca. E poiché la confisca del profitto è prevista espressamente dal legislatore anche nel caso in cui l'illecito dell'ente si integri sul piano meramente oggettivo, l'ablazione patrimoniale può avere luogo senz'altro.

L'omogeneità tra la confisca in esame e quella di cui all'art. 19 consente di ritenere valida la nozione di profitto confiscabile individuata per quest'ultima ipotesi anche per la misura prevista dall'art. 6, comma 5.

3.4. Le ulteriori ipotesi di confisca previste dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

– Per completare l'analisi delle misure confiscatorie previste dalla normativa sulla responsabilità da reato degli enti, è necessario esaminare le ultime due ipotesi di confisca previste dagli artt. 15, comma 4 e 23, comma 2 del decreto n. 231.

Muovendo dal primo caso menzionato, l'art. 15, comma 4 stabilisce che,

⁸³⁵ *Supra* Cap. III, par. 4.2.

nell'ipotesi in cui il giudice abbia disposto il commissariamento dell'ente, il profitto derivato dalla prosecuzione dell'attività economica dell'ente deve essere confiscato.

Il commissariamento costituisce una misura alternativa alle sanzioni interdittive temporanee. Esso si risolve nella prosecuzione dell'attività dell'ente gestita da un commissario di nomina giudiziale. Ai sensi dell'art. 15, comma 1 il giudice dispone il commissariamento quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività; b) l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione. Dunque l'istituto mira a evitare che dall'interdizione dell'attività economica dell'ente condannato possa derivare un nocimento all'occupazione ovvero all'erogazione di servizi pubblici essenziali.

Ciò posto, il profitto conseguito dall'ente durante il commissariamento deve essere confiscato e, anzi, è lo stesso commissario che nella relazione redatta all'esito dell'incarico deve indicare l'entità del profitto da sottoporre a espropriazione. La *ratio* della confisca è evidentemente quella di evitare che l'ente possa godere indebitamente di un profitto che è scaturito da un'attività che, se non avesse avuto ad oggetto un pubblico servizio o non avesse interessato un numero elevato di lavoratori, sarebbe stata interdetta.

La confisca in tal caso, a differenza di quanto accade per la confisca di cui agli artt. 6 e 19 del decreto, colpisce un profitto tratto da un'attività assolutamente lecita, in quanto eseguita dietro autorizzazione dell'autorità giudiziaria. In tal caso non ricorre pertanto un profitto derivante da reato.

Secondo la tesi dominante nella dottrina la confisca in esame integra una vera e propria sanzione punitiva. Invero in tale ipotesi «non si tratta di sottrarre un profitto di carattere illecito, né ci si limita a sottrarre il profitto nella misura necessaria a sostenere le spese del commissariamento; si vuole, invece, punire l'ente, che non deve trarre un profitto dalla continuazione dell'attività per esigenze di interesse pubblico»⁸³⁶. La giurisprudenza, pur accogliendo tale progettazione, ha ulteriormente precisato che la confisca di cui all'art. 15, comma 4 ha natura di «sanzione sostitutiva», in quanto si porrebbe come misura alternativa alla sanzione interdittiva, finalizzata a evitare indebiti arricchimenti da parte dell'ente commissariato⁸³⁷.

A ben vedere – a parere di chi scrive – la confisca prevista dall'art. 15 sembra collocarsi nella più ampia disciplina del commissariamento che rappresenta la vera misura alternativa all'interdizione. In altri termini la confisca costituisce uno dei momenti in cui si articola la sanzione sostitutiva del commissariamento, sicché sembra perdere la sua autonomia funzionale nell'ambito della misura commissariale.

In ogni caso, data la *ratio* dell'ablazione, si deve ritenere che il profitto

⁸³⁶ MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 688.

⁸³⁷ Così Cass. pen., S.U., sent. 27 marzo 2008, n. 26654, cit..

confiscabile sia costituito dall'utile netto conseguito dall'ente durante il commissariamento. Invero, trattandosi di un profitto ricollegabile a un'attività lecita, non si pone alcun problema di distinzione tra costi leciti e costi illeciti, sicché il calcolo del profitto dovrebbe tenere in considerazione unicamente l'utile netto percepito. La confisca dell'intero ricavo lordo percepito dall'ente importerebbe un impoverimento del tutto ingiustificato a carico dell'ente, con gravi ripercussioni per l'integrità economica dello stesso e per l'intera platea degli *stakeholder*, cioè dei lavoratori, dei fornitori ed, in genere, di tutti i terzi di buona fede⁸³⁸.

Non pone invece particolari perplessità la confisca prevista dall'art. 23 del decreto n. 231. In base al primo comma di tale disposizione è punito «chiunque, nello svolgimento dell'attività dell'ente a cui è stata applicata una sanzione o una misura cautelare interdittiva trasgredisce agli obblighi o ai divieti inerenti a tali sanzioni o misure». In tal caso nei confronti dell'ente nell'interesse o a vantaggio del quale il reato è stato commesso è disposta, oltre alla pena pecuniaria, «la confisca del profitto, a norma dell'articolo 19» (art. 15, comma 2).

La confisca in tal caso è ricollegata al fatto illecito dell'ente, come conferma l'applicabilità della sanzione pecuniaria. Tale circostanza, unita al richiamo dell'art. 19 esplicitamente effettuato dall'art. 15, comma 2, vale a chiarire la natura sanzionatoria della confisca in esame. In particolare la misura risulta omogenea a quella prevista in generale dall'art. 19 per il caso della responsabilità dell'ente da reato. Pertanto essa integra una sanzione esecutiva, finalizzata al ripristino dello stato giuridico – fattuale anteriore all'illecito. Per ogni ulteriore aspetto valgono le considerazioni effettuate per la confisca di cui all'art. 19 del decreto.

3.5. Osservazioni conclusive. – Le riflessioni svolte consentono di formulare alcune brevi riflessioni di carattere sistematico. La confisca del profitto o del prezzo nasce nell'ottica del legislatore codicistico come una misura di sicurezza avente funzione meramente preventiva. La giustificazione logico-giuridica di questo inquadramento sistematico risiede nell'idea che una cosa pertinente al reato è in grado di stimolare la pericolosità sociale di un individuo e, dunque, a questo va sottratta.

Si è evidenziato come l'idea della pericolosità della cosa fosse una costruzione concettuale che celava la reale esigenza sottesa all'ablazione del profitto o del prezzo: quella di ripristinare la situazione economica anteriore all'illecito, in modo da evitare che si possa trarre lucro dal crimine. Tuttavia l'impostazione del legislatore, permeando l'intera disciplina codicistica, è stata ritenuta la più corretta nell'ambito di una costruzione sistematica della confisca ordinaria.

La disciplina della confisca in materia di enti sembra confermare come

⁸³⁸ BASSI, *La determinazione del profitto confiscabile ai sensi dell'art. 19, d. lgs. 231/2001: commento alla sentenza della Corte di Cassazione dell'11.11.2011 n. 331*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, n. 3, p. 178.

l'ablazione del prezzo e del profitto del reato, sganciata da una logica di pericolosità sociale, tenda ad assumere inevitabilmente una funzione esecutiva, sempre più centrale negli ordinamenti giuridici moderni. La caduta della logica della pericolosità sociale rivela dunque la naturale vocazione della confisca del prezzo e del profitto del reato a configurarsi come sanzione esecutiva dell'ordinamento criminale.

L'importanza della normativa in tema di confisca prevista dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 risiede proprio nella circostanza di confermare la naturale tendenza della misura verso il modello della sanzione esecutiva. Ciò può costituire un significativo punto di partenza per un rinnovamento complessivo della disciplina della confisca nell'ordinamento criminale.

4. La confisca "urbanistica" di cui all'art. 44, comma 2 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. – Con la locuzione "confisca urbanistica" si indica quella speciale misura confiscatoria ricollegata alla verifica del reato di lottizzazione abusiva, previsto dall'art. 44, comma 1, lett. b del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (di seguito t.u.ed.). Si tratta di una misura che ha assunto una particolare importanza nel dibattito scientifico in ragione di alcuni interventi della Corte Edu che hanno inciso profondamente sulla disciplina dell'istituto.

L'introduzione della confisca urbanistica, avvenuta con l'art. 19 della l. 28 febbraio 1985, n. 47, ha segnato un momento particolarmente significativo per il contrasto agli abusi edilizi.

Prima della suddetta legge non esisteva nell'ordinamento giuridico italiano una disposizione che specificamente ricollegasse agli illeciti in materia edilizia una misura ablatoria idonea a rimuovere le opere abusivamente costruite. Ciò iniziava a costituire un grave problema ai fini del contrasto dell'abusivismo edilizio, divenuto fenomeno gravemente dilagante nel corso degli anni sessanta e settanta del secolo scorso. La proliferazione di opere abusive era agevolata di frequente dall'inefficienza delle amministrazioni pubbliche, centrali e locali, che raramente procedevano ai controlli necessari per l'accertamento degli illeciti e all'esercizio del potere di demolizione dei manufatti abusivi. Dinanzi all'inerzia della pubblica amministrazione nel contrastare il fenomeno dell'abusivismo edilizio, era stata la giurisprudenza a farsi carico del problema, ricercando *de iure condito* un rimedio che consentisse un'efficace tutela dell'integrità del territorio. È bene evidenziare come la normativa urbanistica dell'epoca autorizzasse solamente il sindaco del Comune interessato a esercitare il potere di demolizione dei manufatti abusivamente costruiti. Dinanzi a una tale lacuna legislativa, la giurisprudenza di merito usava la confisca di cui all'art. 240 c.p. per procedere all'ablazione dei manufatti abusivi in vista della loro demolizione. In particolare si fondava la confisca ora sull'art. 240, comma 1 c.p. – qualificando l'opera abusiva come "prodotto" del reato – ora ricorrendo all'art. 240, comma 2, al. 2 c.p., ritenendo l'opera una cosa intrinsecamente illecita,

costituendo la sua fabbricazione reato⁸³⁹. Si escluse del resto ogni incompatibilità tra la confisca e le sanzioni amministrative della demolizione e della pena pecuniaria previste dall'art. 41 della l. 17 agosto 1942, n. 1150 (c.d. Legge urbanistica)⁸⁴⁰. Invero – si sosteneva – l'ablazione a favore dello Stato non privava il Comune del potere di procedere alla demolizione del manufatto abusivo.

La soluzione in esame aveva destato forti perplessità nella dottrina⁸⁴¹, che evidenziava come la prevalenza riconosciuta dalla giurisprudenza alla repressione penale rispetto a quella amministrativa si poneva in contrasto con il principio di sussidiarietà che impone di usare lo strumento penale solo come *extrema ratio*.

La Corte di Cassazione⁸⁴² rifiutava le indicazioni della giurisprudenza di merito. Secondo la Suprema Corte la confisca di cui all'art. 240 c.p. non poteva trovare applicazione in relazione agli illeciti edilizi, in quanto la legge riservava alla pubblica amministrazione il potere di repressione di essi, assegnando peraltro al sindaco del Comune interessato un margine di discrezionalità in relazione all'opportunità di procedere alla demolizione. Di conseguenza, essendo l'ablazione conseguente alla confisca incompatibile con il potere di demolizione dell'ente comunale e dovendo prevalere per ragioni di specialità il potere di demolizione dell'amministrazione, l'art. 240 c.p. – secondo la Suprema Corte – non poteva trovare applicazione per gli illeciti edilizi. Ogni provvedimento confiscatorio dell'autorità giudiziaria sarebbe stato viziato da uno straripamento di potere. Peraltro i giudici di legittimità evidenziavano come la confisca non potesse trovare applicazione anche per l'impossibilità di devolvere allo Stato il bene espropriato.

Si era così creato un vero e proprio contrasto tra la giurisprudenza di merito e quella di legittimità che ha indotto il legislatore a intervenire. E l'intervento è

⁸³⁹ M. ANNUNZIATA, *La repressione giudiziaria delle costruzioni abusive*, in *Riv. giur. edil.*, 1975, p. 549.

⁸⁴⁰ In base a tale disposizione: «Salvo quanto stabilito dalle leggi sanitarie, per le contravvenzioni alle norme dei regolamenti locali di igiene, si applica: a) l'ammenda fino a lire un milione per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste nell'articolo 32 primo comma; b) l'arresto fino a sei mesi e l'ammenda fino a lire due milioni nei casi di inizio dei lavori senza licenza o di prosecuzione di essi nonostante l'ordine di sospensione o di inosservanza del disposto dell'articolo 28.

Qualora non sia possibile procedere alla restituzione in pristino ovvero alla demolizione delle opere eseguite senza la licenza di costruzione o in contrasto con questa, si applica in via amministrativa una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'Ufficio tecnico erariale.

La disposizione di cui al precedente comma trova applicazione anche nel caso di annullamento della licenza.

I proventi delle sanzioni pecuniarie previste dal presente articolo sono riscossi dal Comune e destinati al finanziamento delle opere di urbanizzazione, ovvero dallo Stato, rispettivamente nelle ipotesi di cui al secondo e terzo comma».

⁸⁴¹ Per una analisi critica dell'orientamento giurisprudenziale su indicato v. GROSSO C.F., *Abusi edilizi: il nodo delle sanzioni penali*, in *Foro it.*, 1984, V, p. 299 ss., spec. p. 304; FIANDACA - TESSITORE, *Diritto penale e tutela del territorio*, in AA. VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984, p. 86.

⁸⁴² Cass. pen., sez. III, sent. 24 marzo 1972, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 831.

giunto con la l. 28 febbraio 1985, n. 47 che all'art. 19⁸⁴³ ha regolato la confisca urbanistica. L'intento del legislatore è stato quello di superare l'inerzia delle amministrazioni locali nella repressione dell'abusivismo edilizio, affidando al giudice penale il potere di confiscare le opere abusive e i relativi terreni, così riaffermando l'interesse pubblico all'integrità del territorio. L'art. 19 citato è oggi riproposto nell'art. 44, comma 2 del t.u.ed..

La genesi dell'istituto è decisiva per comprendere al meglio le posizioni assunte dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alla natura giuridica della confisca urbanistica. Tale questione assume un'importanza centrale per risolvere alcuni problemi applicativi, tra cui i più rilevanti su cui si è soffermata a lungo al giurisprudenza sono: a) l'ammissibilità della confisca anche in caso di assoluzione dell'imputato per difetto dell'elemento soggettivo del reato; b) l'ammissibilità della misura anche nei confronti dei terzi estranei al reato e acquirenti in buona fede del terreno; c) la possibilità per il giudice di adottare il provvedimento confiscatorio anche in caso di prescrizione del reato.

Ciò posto, è necessario a questo punto soffermarsi sul dibattito insorto nella dottrina e nella giurisprudenza sulla natura giuridica della confisca urbanistica. In particolare si inizierà dall'illustrazione dell'orientamento tradizionale maturato nell'ambito della giurisprudenza di legittimità e restato fermo fino alla metà del primo decennio del Duemila in cui sono intervenute due pronunce decisive della Corte Edu che hanno riaperto il dibattito scientifico che era da tempo scemato. Successivamente si illustreranno i nuovi orientamenti scaturiti dalle sentenze della Corte di Strasburgo fino al recente punto fermo posto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015.

4.1. La natura giuridica della confisca urbanistica secondo la giurisprudenza tradizionale. – Ai sensi dell'art. 44, comma 2 del t.u.ed. «La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari».

La confisca urbanistica⁸⁴⁴ è una misura ablatoria di tipo obbligatoria, in

⁸⁴³ Ai sensi dell'art. 19 citato, rubricato «Confisca dei terreni»: «La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione abusiva. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari».

⁸⁴⁴ Sul punto ANTONUCCI, *Manuale di diritto urbanistico*, Napoli, 2004; ASSINI – MARINARI, *Concessione edilizia e abusi*, Padova, 1994; BERRA, *Brevi osservazioni in merito al reato di lottizzazione abusiva*, in *Riv. giur. edil.*, 1988, I, p. 481; BRESCIANO, *Sul reato di lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1156; CENTOFANTI – MONDINI, *Il codice dell'edilizia, dell'urbanistica e delle espropriazioni*, Piacenza, 2004; CIVITARESE MATTEUCCI – URBANI,

quanto il giudice penale deve comminarla ogni volta in cui accerti un fatto di lottizzazione abusiva. La misura ha ad oggetto non solo le opere abusivamente costruite ma anche i terreni abusivamente lottizzati. Peraltro l'ablazione deve riguardare anche i lotti non ancora venduti al momento dell'accertamento del reato; ciò in quanto anche tale parte residua è venuta a perdere la sua originaria vocazione e destinazione per effetto del reato che ha interessato l'area in cui i predetti lotti rientravano⁸⁴⁵. Tuttavia se l'area non è stata previamente frazionata e tuttavia sia stato di fatto conferito un diverso assetto a una porzione di terreno comunale, la misura deve essere limitata alla porzione territoriale effettivamente interessata dalla vendita di lotti separati⁸⁴⁶. La confisca viene irrogata all'esito del processo penale con la sentenza definitiva che chiude il giudizio. È bene evidenziare come – a differenza di quanto previsto dall'art. 240 c.p. – la misura viene irrogata non con una sentenza di condanna, bensì con una *sentenza definitiva*. Dunque teoricamente anche con una sentenza di assoluzione o di non doversi procedere. Per effetto della misura il bene espropriato entra a far parte del patrimonio disponibile dell'ente comunale nel cui territorio esso si trova.

Secondo l'orientamento tradizionale della giurisprudenza di legittimità la confisca urbanistica è una sanzione amministrativa di natura reale, avente lo scopo di ripristinare l'integrità dei luoghi, pregiudicata dall'illecito. In particolare la giurisprudenza ha più volte evidenziato che:

a) La confisca urbanistica non è una misura di sicurezza patrimoniale in quanto il suo scopo non è quello di neutralizzare la pericolosità di una cosa, quanto invece preservare l'integrità del territorio.

A conferma di tale assunto può addursi la profonda differenza che esiste tra essa e la confisca codicistica. Prima di tutto la confisca urbanistica non è riconducibile ad alcuna delle ipotesi di cui all'art. 240, comma 1 c.p., in ragione dell'obbligatorietà della misura e della circostanza che prescinde da una sentenza di condanna per poter essere applicata. Un ulteriore tratto differenziale è rappresentato dalla destinazione del bene espropriato al patrimonio del Comune, piuttosto che al patrimonio dello Stato⁸⁴⁷. Né essa si può assimilare alla confisca di cose

Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti, Torino, 2004; D'ANGELO, *Vigilanza, sanzioni e sanatorie nell'edilizia*, Rimini, 2006; DORIA, *Sui recenti approdi della Cassazione in tema di lottizzazione abusiva*, in www.lexambiente.it (ultimo accesso in data 11 marzo 2017); FIALE A. – FIALE E., *Diritto urbanistico*, Napoli, 2015; MELCHIONDA, *LA disciplina penale degli abusi edilizi. Profili generali*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, p. 100; POLI, *sub Art. 44*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Il testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, p. 968; TANDA, *I reati urbanistico – edilizi*, s.l., 2016, p. 418 ss.; VINCIGUERRA, *Appunti su lottizzazione abusiva e confisca*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1911.

⁸⁴⁵ Cass. pen., sez. III, sent. 8 novembre 2000, n. 12989, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3164.

⁸⁴⁶ Cass. pen., sez. III, sent. 13 novembre 2014, n. 46619, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 10 marzo 2017).

⁸⁴⁷ Cass. pen., sez. III, sent. 24 febbraio 1999, n. 777, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2750. *Contra* DI GIOVINE, *Commento all'art. 19 della legge n. 47/1985*, in PREDIERI (a cura di), *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, Roma, 1985, che riconduce la confisca urbanistica all'ipotesi di cui all'art. 240, comma 1 c.p.; cfr. MENDOZA-QUARTO, *“Il reato di lottizzazione abusiva”*, in *Consiglio di Stato*, 1989, p. 127, dove invece la misura viene ricondotta all'ipotesi dell'art. 240,

intrinsecamente illecite. Invero il terreno viene espropriato non in quanto la sua detenzione, fabbricazione, ecc. costituisce reato se non autorizzata, bensì in quanto una sua particolare destinazione assume connotazione penalmente illecita quando non autorizzata.

b) La confisca urbanistica costituisce una sanzione amministrativa che viene disposta dal giudice penale in funzione di supplenza rispetto alla pubblica amministrazione⁸⁴⁸. In particolare si tratta di una sanzione di natura reale, avente lo scopo di ripristinare l'integrità del territorio pregiudicata dall'opera abusiva. In ciò essa si pone come mezzo di soddisfazione dell'interesse pubblico al corretto svolgimento dell'attività edificatoria.

c) In ragione della suddetta natura, la confisca urbanistica può essere disposta per il solo fatto che vi sia un fatto oggettivo di lottizzazione abusiva, in quanto un simile accadimento è di per sé sufficiente a far sorgere l'esigenza di ripristino dell'integrità del territorio e non costituendo la misura una reazione punitiva all'illecito penale perpetrato dal privato. L'unico limite all'ablazione è dunque costituito dall'accertata insussistenza del fatto. In ragione del suddetto rilievo la confisca non esige la colpevolezza dell'autore della lottizzazione, né la pronuncia di una condanna in sede penale per questo. Ciò risulta confermato dallo stesso art. 44, comma 2, laddove subordina la misura al solo accertamento della lottizzazione abusiva e dal riferimento che esso effettua alla «sentenza definitiva» e non alla sentenza di condanna⁸⁴⁹. Ciò risulta confermato anche da un rilievo sistematico. In relazione al potere di demolizione, l'art. 7 della l. 28 febbraio 1985, n. 47 (oggi art. 31, comma 9 del t.u.ed.) subordina l'esercizio di detto potere da parte del giudice penale alla pronuncia di una sentenza di condanna nei confronti dell'autore del reato⁸⁵⁰.

d) La confisca urbanistica, in quanto mira alla tutela dell'integrità del territorio, assume natura reale e non personale. Pertanto essa può essere disposta altresì nei confronti del terzo acquirente del bene abusivamente costruito, ancorché lo stesso risulti in buona fede in relazione allo stato del terreno⁸⁵¹. La misura si giustifica per la mera oggettiva illiceità del bene, non per la responsabilità dell'autore della lottizzazione abusiva. Tuttavia il terzo estraneo al reato e acquirente in buona fede può far valere le proprie ragioni contro il venditore dinanzi al giudice civile.

comma 2 c.p.; VINCIGUERRA, *Appunti*, cit., p. 1912. In giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. III, sent. 4 aprile 1995, in *CED Cass.*, n. 203084; Cass. pen., sez. III, sent. 4 dicembre 1995, *ivi*, n. 203367; Cass. pen., sez. III, sent. 9 novembre 2000, *ivi*, n. 218003.

⁸⁴⁸ Cass. pen., sez. III, sent. 16 novembre 1995, n. 12471, in *Cass. pen.*, 1995, p. 192.

⁸⁴⁹ Cass. pen., sez. III, sent. 13 luglio 1995, n. 10061, in *Riv. giur. edil.*, 1996, I, p. 1114.

⁸⁵⁰ Cass. pen., sez. III, sent. 8 febbraio 1994, in *Cass. pen.*, 1995, p. 381.

⁸⁵¹ Cass. pen., sez. III, sent. 31 gennaio 1997, n. 331, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1226.

e) La confisca urbanistica, richiedendo la sola oggettiva lottizzazione abusiva dei terreni, prescinde dalla pronuncia di una sentenza di condanna in sede penale. Ciò risulta confermato dall'art. 44, comma 2 t.u.ed. che fa riferimento alla «sentenza definitiva» e non alla sentenza di condanna come invece accade nell'art. 31, comma 9 del t.u.ed.. Di conseguenza la misura può essere disposta anche in caso di proscioglimento dell'imputato per una causa diversa dall'insussistenza del fatto e, in particolare, per estinzione del reato dovuta a intervenuta prescrizione⁸⁵².

Una tale conclusione sembra inoltre comprendersi meglio alla luce della *ratio* storica dell'istituto. Poiché il giudice penale esercita mediante la confisca un potere istituzionalmente spettante alla pubblica amministrazione e in sostituzione di questa, così come la prescrizione del reato non incide sui poteri amministrativi volti alla repressione degli illeciti edilizi, così non può la prescrizione precludere l'analogo potere esercitato dal giudice penale in sede processuale. La sentenza definitiva costituisce solamente l'occasione per disporre la confisca e reprimere un illecito contro cui dovrebbe comunque intervenire l'amministrazione locale.

f) Poiché la confisca viene disposta dal giudice penale in funzione di supplenza rispetto alla pubblica amministrazione, essa deve essere revocata dalla stessa autorità giudiziaria nel momento in cui risulti incompatibile con un provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione. Invero – si osserva – sarebbe del tutto irrazionale l'applicazione della misura anche nel caso in cui l'autorità amministrativa, che è competente istituzionalmente per il governo del territorio, nelle more del giudizio e prima della formazione del giudicato, abbia ritenuto di dovere autorizzare l'intervento lottizzatorio, ovvero di modificare la pianificazione territoriale rendendo edificabili i terreni lottizzati prima che si pervenga alla sentenza definitiva⁸⁵³. Al contrario laddove un provvedimento della pubblica amministrazione, emesso dopo il passaggio in giudicato della sentenza che dispone la confisca, muti la destinazione delle aree o comunque autorizzi ciò che era anteriormente vietato, non solo non elimina l'illiceità della condotta di lottizzazione, ma non impedisce il trasferimento di proprietà del bene che costituisce conseguenza infettibile della confisca⁸⁵⁴.

I principi appena illustrati sono stati pedissequamente osservati dalla giurisprudenza dominante per lungo tempo⁸⁵⁵ e anzi sono stati fatti propri anche dalla Corte Costituzionale, che nell'ordinanza 20 maggio 1998, n. 187⁸⁵⁶ ha affermato che

⁸⁵² Cass. pen., sez. III, sent. 18 novembre 1997, n. 3900, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3087.

⁸⁵³ Cass. pen., sez. III, sent. 12 novembre 1995, n. 12471, in *Cass. pen.*, 1997, p. 192.

⁸⁵⁴ Cass. pen., sez. III, sent. 18 marzo 2002, n. 11141, in *Quest. giust.*, 2002, p. 936.

⁸⁵⁵ Anche a seguito dell'emanazione del t.u.ed. del 2001 la giurisprudenza rimase ferma sulle posizioni di sempre. Invero nonostante l'art. 44 del testo unico avesse inserito la confisca nell'ambito delle «sanzioni penali», la giurisprudenza non mutò l'orientamento che rinveniva nella confisca urbanistica una sanzione amministrativa accessoria al reato.

⁸⁵⁶ Consultabile su www.giurcost.org (ultimo accesso in data 10 marzo 2017).

«in tema di lottizzazione abusiva, la confisca dei terreni, che ha natura di sanzione amministrativa, e non di misura di sicurezza, consegue ad una sentenza che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, prescindendo, pertanto, da una condanna al riguardo». Tuttavia la stabilità dell'orientamento pretorio stava per essere messa in crisi da una serie di pronunce della Corte di Strasburgo destinate a cambiare per sempre il volto della confisca urbanistica.

4.2. *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Sud Fondi. La risposta della giurisprudenza italiana.* – La Corte Edu si è pronunciata sulla conformità ai principi convenzionali della normativa italiana in occasione del noto caso Sud Fondi, con due pronunce emesse tra il 2007 e il 2009 (nel primo caso si trattava della pronuncia di ammissibilità del ricorso e nel secondo della decisione sul merito di esso).

Il caso concreto coinvolgeva alcune società costruttrici che avevano edificato, previo rilascio del permesso di costruire da parte delle autorità competenti, un complesso immobiliare molto esteso in località Punta Perotti. Sottoposti a processo penale con l'imputazione di lottizzazione abusiva, i responsabili delle suddette società erano stati assolti dalla Corte di Cassazione per errore inevitabile sul precetto penale, ai sensi dell'art. 5 c.p.. Tuttavia, nonostante l'assoluzione, la Suprema Corte aveva mantenuto ferma la statuizione concernente la confisca urbanistica, in base al consolidato indirizzo pretorio che affermava, ai fini dell'applicazione della misura in esame, la non essenzialità di una sentenza di condanna, ben potendo l'ablazione accompagnarsi a una declaratoria di estinzione del reato⁸⁵⁷.

I soggetti condannati proponevano così ricorso avverso la sentenza lamentando la violazione dell'art. 7 C.E.D.U., in quanto, postulata la natura “penale” della confisca urbanistica, ritenevano illecita la misura che aveva colpito i loro beni essendo la sanzione stata inflitta in un caso non previsto dalla legge. Inoltre censuravano la condanna per contrasto con l'art. 1 Prot. add. C.E.D.U., implicando la confisca un sacrificio sproporzionato del diritto di proprietà.

Il Governo italiano aveva sollevato un'eccezione di irricevibilità *ratione materiae* del ricorso: l'art. 7 C.E.D.U., facendo riferimento solamente a sanzioni di carattere penale, era ritenuto non applicabile a una misura – come appunto la confisca urbanistica – pacificamente ritenuta dalla giurisprudenza italiana di natura amministrativa. Secondo il Governo italiano lo scopo della confisca non era quello di

⁸⁵⁷ Cass. Pen., sez. III, sent. 29 gennaio 2001, n. 11716, in www.ambientediritto.it (ultimo accesso in data 11 marzo 2017): «Deve essere disposta, a norma dell'art. 19 della legge n. 47-1985, la confisca e l'acquisizione gratuita al patrimonio del Comune di Bari dei suoli abusivamente lottizzati e dell'intero complesso immobiliare di cui ai piani di lottizzazione nn. 141 e 151 del 1989.

Trattasi - secondo la giurisprudenza costante di questa Corte Suprema - di provvedimento obbligatorio per il giudice che accerti la sussistenza di una lottizzazione abusiva, anche indipendentemente da una pronuncia di condanna».

«reprimere un comportamento ma di rendere il territorio conforme alla planimetria urbana, e di impedire che i terreni lottizzati abusivamente siano ulteriormente sfruttati».

La Corte di Strasburgo, nell'affermare la ricevibilità del ricorso, ha riconosciuto la natura "penale" (*rectius* punitiva) della confisca urbanistica, muovendo dalla concezione autonomista di "pena" da essa stessa elaborata⁸⁵⁸. In applicazione dei noti criteri *Engel*, la Corte ha qualificato come pena la confisca urbanistica, con conseguente applicabilità alla stessa dello statuto delineato dall'art. 7 C.E.D.U., alla luce dei seguenti rilievi:

a) innanzi tutto è l'ordinamento italiano a qualificare espressamente la confisca come "sanzione penale". Ciò emerge chiaramente dall'art. 44 del t.u.ed., rubricato per l'appunto "Sanzioni penali".

b) La confisca è ricollegata dalla legge italiana a un fatto qualificato espressamente come reato.

c) La finalità della misura non è quella di riparare il danno cagionato da un fatto illecito, bensì quella di «punire, allo scopo di impedire la reiterazione delle violazioni di disposizioni previste dalla legge. (...). Questa pena è quindi da considerarsi contemporaneamente preventiva e repressiva, e quest'ultima caratteristica è quella che generalmente consente di distinguere le diverse sanzioni penali».

d) Anche valorizzando il criterio della gravità della sanzione, la confisca urbanistica si connota come una sanzione "penale". Invero essa colpisce tutti i terreni inclusi nel piano di lottizzazione, con notevole sacrificio del diritto di proprietà del ricorrente.

Per ciò che attiene al merito della violazione dell'art. 7 C.E.D.U., la Corte ha ritenuto fondati i ricorsi⁸⁵⁹. In particolare secondo la Corte il principio di legalità dei reati e delle pene, sancito dal suddetto art. 7 C.E.D.U., si pone come fondamentale garanzia di libertà e di certezza del diritto penale. In particolare in base a esso «la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questa condizione è soddisfatta quando la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, e se necessario con l'aiuto dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali, quali atti e omissioni implicano la sua responsabilità penale». Il giudizio di prevedibilità – ha osservato la Corte – dipende in gran parte dal contenuto del testo della legge, dall'ambito che esso ricopre nonché dal numero e

⁸⁵⁸ Corte EDU, sez. II, sent. 30 agosto 2007, *Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia*, in www.osservatoriocedu.eu (ultimo accesso in data 11 marzo 2017).

⁸⁵⁹ Corte EDU, sez. II, sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia*, in www.giustizia.it (ultimo accesso in data 11 marzo 2017).

dalla qualità dei suoi destinatari. Il compito del giudice è dunque quello di accertare che «nel momento in cui un imputato ha commesso l'atto che ha dato luogo al procedimento e alla condanna, esistesse una disposizione legale che rendeva l'atto punibile, e che la pena imposta non abbia ecceduto i limiti fissati da tale disposizione».

In relazione alla normativa italiana inerente alla lottizzazione abusiva e alla confisca urbanistica la Corte Edu non ha riscontrato il rispetto del principio di prevedibilità della base legale inerente al reato e alle pene. In particolare ha ritenuto la Corte che «dal momento che la base giuridica del reato non rispondeva ai criteri di chiarezza, accessibilità e prevedibilità, era impossibile prevedere che sarebbe stata inflitta una sanzione».

Sebbene i suddetti rilievi bastassero per giungere alla condanna dello Stato italiano per la violazione dell'art. 7 C.E.D.U., la Corte di Strasburgo ha formulato un'ulteriore considerazione in relazione alla possibilità di ricomprendere il principio di colpevolezza nello statuto giuridico delineato dall'art. 7 citato. Sul punto la Corte è stata comunque lapidaria, limitandosi ad affermare che «la logica della pena e della punizione, così come la nozione di «*guilty*» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «persona colpevole» (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato. In caso contrario, la pena non sarebbe giustificata. Sarebbe del resto incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall'altra, permettere che si consideri una persona come «colpevole» e «punirla» quando essa non era in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non può assolutamente essere imputato a colui o colei che ne è vittima». Valorizzando tali indicazioni, la normativa italiana, laddove consente di applicare la confisca urbanistica anche in assenza di colpa da parte dell'imputato, si pone in contrasto con l'art. 7 C.E.D.U., nella parte in cui impone, ai fini dell'applicazione di una pena, il rispetto del principio di colpevolezza.

I principi affermati dalla Corte Edu hanno avuto importanti ripercussioni sullo statuto della confisca urbanistica forgiato dalla giurisprudenza di legittimità nei decenni precedenti. Il riconoscimento del carattere penale della misura, l'esigenza di applicarla solo in caso di riconoscimento di un profilo di colpevolezza dell'imputato hanno imposto alla giurisprudenza nazionale un profondo ripensamento degli approdi fino ad allora raggiunti.

Importante sul punto è stata la sentenza emessa dalla Corte di Cassazione nel caso *Silvioli*⁸⁶⁰. La pronuncia è stata il primo tentativo della Suprema Corte di apportare all'orientamento tradizionale i correttivi necessari per garantire la conformità dello statuto nazionale della confisca urbanistica ai vincoli derivanti

⁸⁶⁰ Cass. pen., sez. III, sent. 24 ottobre 2008, n. 42741, in www.lexambiente.it (ultimo accesso in data 11 marzo 2017).

dall'art. 7 C.E.D.U.. E invero in essa si è affermata per la prima volta la regola per cui la confisca urbanistica non può essere disposta nei confronti di soggetti estranei alla commissione del reato e venuti in buona fede in possesso del terreno o dell'opera oggetto del reato di lottizzazione abusiva. Più in generale si è affermato il principio per cui la confisca esige almeno la "colpa" del soggetto contro cui viene disposta.

La Corte ha motivato tale *revirement* proprio in ragione del riconoscimento della natura penale della confisca urbanistica effettuato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza del 2007 precedentemente illustrata. Tale vicenda ha imposto una nuova interpretazione dell'art. 44, comma 2 t.u.ed. conforme ai principi derivanti dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Nonostante ciò, la Suprema Corte ha ritenuto di non dover pervenire all'affermazione della natura "penale" della confisca per giungere al riconoscimento del principio su citato.

Da un lato, si è ribadito che la confisca urbanistica non costituisce una misura di sicurezza patrimoniale, sicché si presenta come profondamente diversa dalla confisca ordinaria prevista dall'art. 240 c.p.. Ciò sarebbe confermato dalla devoluzione del bene espropriato ai sensi dell'art. 44 t.u.ed. al patrimonio comunale e a quello statale; dalla possibilità di revocare la confisca urbanistica, laddove l'amministrazione adotti una provvedimento di sanatoria dell'illecito. Dunque si è data continuità alla tesi tradizionale secondo cui la misura costituisce una sanzione amministrativa che viene emessa dal giudice penale in via di supplenza, sia pur autonomamente, rispetto all'analogia misura emessa dall'autorità amministrativa di cui quindi condivide la natura.

Dall'altro lato, la Suprema Corte ha sottolineato come la natura amministrativa della misura non impedisse di conformarne lo statuto ai vincoli derivanti dalla C.E.D.U.. A tal fine la Corte ha ritenuto applicabili alla confisca urbanistica i principi generali fissati per le sanzioni amministrative dalla l. 24 novembre 1981, n. 689. Con la conseguenza che, alla luce degli artt. 2 e 3 della legge citata «anche con riferimento alle sanzioni amministrative esulano dalla materia criteri di responsabilità oggettiva, essendo richiesta, quale requisito essenziale di legalità per la loro applicazione, l'esistenza di una condotta che risponda ai necessari requisiti soggettivi della coscienza e volontà dell'agente e sia caratterizzata quanto meno dall'elemento psicologico della colpa».

Seguendo questo ragionamento la Corte di Cassazione è giunta ad affermare due corollari applicativi molto importanti: in primo luogo la confisca urbanistica non può essere applicata nei confronti dell'imputato che risulti incolpevole per il fatto di lottizzazione abusiva; in secondo luogo, la confisca non può essere disposta nei confronti di terzi estranei al reato, laddove risultino in completa buona fede circa il carattere abusivo della lottizzazione che ha interessato il terreno oggetto dell'alienazione.

In relazione alla possibilità per il giudice di disporre l'applicazione della confisca in caso di prescrizione del reato, i giudici di legittimità invece hanno

ribadito la soluzione favorevole all'ammissibilità. La Corte di Strasburgo avrebbe semplicemente imposto la colpevolezza come presupposto indefettibile per l'applicazione della misura, non invece l'emissione di una sentenza di condanna. Dunque – hanno sostenuto i giudici – il presupposto sufficiente per l'ablazione patrimoniale è l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato per il reato di lottizzazione abusiva. Poiché la declaratoria di estinzione del reato non impedisce al giudice di accertare la responsabilità penale dell'imputato, allora si può disporre la confisca anche con la sentenza definitiva che dichiara l'estinzione del reato.

L'orientamento inaugurato dalla pronuncia anzidetta si è consolidato rapidamente nella giurisprudenza di legittimità. Significativa al riguardo è stata un'ulteriore pronuncia della Corte di Cassazione del 2009⁸⁶¹ secondo cui il giudice, per disporre la confisca urbanistica «deve svolgere tutti gli accertamenti necessari per la configurazione sia della oggettiva esistenza di una illecita vicenda lottizzatoria sia di una partecipazione, quanto meno colpevole, alla stessa dei soggetti nei confronti dei quali la sanzione venga adottata, e di ciò deve dare conto con motivazione adeguata». La colpa è divenuta dunque il nuovo elemento indefettibile per disporre la coercizione reale dei terreni e delle opere abusive.

In seguito alla pronuncia della Corte di Strasburgo i giudici di merito non hanno mancato di sollevare specifiche questioni di legittimità costituzionali in riferimento all'art. 44, comma 2 t.u.ed.. In particolare la Corte d'appello di Bari ha chiesto l'intervento della Corte Costituzionale, dubitando della conformità del suddetto disposto rispetto ai principi di riserva e di personalità della responsabilità penale, «nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone

⁸⁶¹ Cass. pen., sez. III, sent. 30 aprile 2009, n. 21188, in *www.lexambiente.it* (ultimo accesso in data 11 marzo 2017), ove si afferma che «Secondo l'interpretazione giurisprudenziale costante, presupposto essenziale ed indefettibile, per l'applicazione della confisca in oggetto, è che sia stata accertata l'effettiva esistenza di una lottizzazione abusiva.

Ulteriore condizione, che si riconnette alle recenti decisioni della Corte di Strasburgo, investe l'elemento soggettivo del reato ed è quella del necessario riscontro quanto meno di profili di colpa (anche sotto gli aspetti dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza) nella condotta dei soggetti sul cui patrimonio la misura viene ad incidere. Va affermato, pertanto, l'ulteriore principio di diritto secondo il quale: "Nell'ipotesi di declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, il giudice, per disporre legittimamente la confisca, deve svolgere tutti gli accertamenti necessari per la configurazione sia della oggettiva esistenza di una illecita vicenda lottizzatoria sia di una partecipazione, quanto meno colpevole, alla stessa dei soggetti nei confronti dei quali la sanzione venga adottata, e di ciò deve dare conto con motivazione adeguata". La circostanza che il giudice possa e debba procedere agli accertamenti anzidetti - come evidenziato dalle Sezioni Unite nella sentenza 15.10.2008, n. 38834, ric. De Maio - non costituisce, rispetto all'obbligo di immediata declaratoria dell'estinzione del reato, "superamento dei limiti della cognizione connaturata alla particolare situazione processuale", allorché si consideri che: - al giudice sono riconosciuti ampi poteri di accertamento del fatto nel caso in cui ciò sia necessario ai fini di una pronuncia sull'azione civile e lo stesso giudice può pervenire all'affermazione della responsabilità dell'imputato anche se nei confronti di costui sia dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione, per un fatto previsto dalla legge come reato, che giustifica la condanna alle restituzioni ed al risarcimento del danno».

estranee ai fatti»⁸⁶². Il giudice *a quo* correttamente ha ritenuto che, dovendosi riconoscere natura penale alla confisca urbanistica a seguito della pronuncia della Corte Edu del 2007, la stessa poteva disporsi solo nel rispetto dei basilari principi costituzionali in materia penali, *in primis* quello di colpevolezza. Di conseguenza la misura non poteva applicarsi in assenza di un giudizio di responsabilità penale a carico dell'imputato. La regola pretoria che stabilisce l'applicazione della confisca, anche in caso di estinzione del reato, sarebbe incostituzionale, in quanto condurrebbe all'ablazione patrimoniale anche in assenza di un giudizio di responsabilità penale dell'imputato.

La Corte Costituzionale⁸⁶³, pur ritenendo inammissibile la questione per difetto di rilevanza, ha confermato il principio giurisprudenziale per cui la confisca urbanistica troverebbe applicazione anche in caso di estinzione del reato, essendo necessario solamente accertare la responsabilità penale dell'imputato per il fatto addebitato. Poiché la declaratoria di estinzione del reato non preclude al giudice di accertare una siffatta responsabilità, allora nulla osta a che la confisca venga disposta anche in caso di intervenuta estinzione del reato.

Tirando le fila dell'intero discorso finora svolto, si può affermare che, a seguito delle sentenze della Corte Edu, la giurisprudenza di legittimità, confortata dal giudice delle leggi, ha modificato il proprio orientamento in materia di confisca urbanistica, senza giungere a un totale stravolgimento di esso. La misura è stata ancora qualificata come sanzione amministrativa "accessoria" al reato, che il giudice penale irroga in funzione di supplenza della pubblica amministrazione. Per disporre l'ablazione patrimoniale condizione essenziale è divenuta la possibilità di muovere un rimprovero all'interessato, almeno nella forma minima della colpa. Così la confisca nei confronti dell'imputato richiede un giudizio di responsabilità penale dello stesso, mentre nei confronti dei terzi acquirenti occorre escludere la loro buona fede, ossia l'ignoranza scusabile circa il carattere abusivo dell'opera. Viene tenuto fermo invece il principio tradizionale per cui la confisca risulta compatibile con la declaratoria di estinzione del reato, a condizione che venga accertata la responsabilità penale dell'imputato.

4.3. La sentenza Varvara della Corte Edu e il recente intervento della Corte Costituzionale. – A seguito delle pronunce sul caso Sud Fondi è stato definitivamente superato ogni dubbio in merito all'applicabilità della confisca urbanistica a imputati non responsabili per il fatto di lottizzazione e a terzi estranei al reato e acquirenti in buona fede. Maggiori perplessità invece ha continuato a destare la regola che consente di applicare la confisca anche in caso di estinzione del reato per intervenuta

⁸⁶² Ordinanza 9 aprile 2008, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 38, prima serie speciale, dell'anno 2008.

⁸⁶³ Corte cost., sent. 24 luglio 2009, n. 239, in *www.giurcost.org* (ultimo accesso in data 11 marzo 2017).

prescrizione.

Sul punto la giurisprudenza in un primo momento ha ritenuto che l'unico vincolo imposto dalla Corte Edu sia stato quello inerente alla necessità di accertare la responsabilità penale dell'imputato ai fini dell'applicazione della misura confiscatoria. Dunque, secondo tale orientamento, la confisca urbanistica non richiederebbe una formale sentenza di condanna penale, quanto invece una sentenza che accerti pienamente la responsabilità penale dell'imputato. In altri termini la C.E.D.U. non osterebbe a una "confisca senza condanna"⁸⁶⁴.

Sulla questione sono intervenute però due importanti pronunce della Corte Edu che sembrano accogliere l'opposto principio per cui la confisca penale esige sempre una pronuncia formale di condanna in sede processuale. Nella sentenza *Paraponiaris*⁸⁶⁵ la Corte di Strasburgo ha ritenuto incompatibile con l'art. 6 C.E.D.U., nella parte in cui afferma il principio della presunzione di innocenza, la regola per cui la confisca penale può essere applicata anche nei confronti di chi non subisce una sentenza di condanna. Invero il principio in esame può dirsi violato ogni volta in cui una sentenza concernente un imputato «riflette l'impressione che quest'ultimo sia colpevole, quando la sua colpevolezza non sia stata innanzitutto stabilita legalmente». Di conseguenza applicare una confisca penale, in assenza di una pronuncia di condanna che addebiti formalmente il reato all'imputato, si pone in contrasto con l'art. 6 C.E.D.U..

Soprattutto la Corte ha mostrato sfiducia verso la distinzione tra accertamento obiettivo della commissione ("*constat de perpétration «objective» d'une infraction*") e accertamento di responsabilità ("*constat de culpabilité*"), ritenendola «artificiosa» e non compatibile con i vincoli posti dalla presunzione di innocenza. In sostanza non sembra ammettere la Corte un'equiparazione tra la sentenza formale di condanna e la sentenza di proscioglimento che comunque accerti la responsabilità penale dell'imputato. Come ha rilevato una parte della dottrina⁸⁶⁶, la Corte europea sembra voler in questo modo scongiurare il rischio di giudizi di responsabilità penale errati in quanto fondati su accertamenti frettolosi. Inoltre sembra profilarsi accanto a una dimensione tutta endoprocessuale della presunzione di innocenza, anche una dimensione extraprocessuale «tale da esigere che nessuna dichiarazione di un rappresentante dello Stato o di un'autorità pubblica rifletta l'impressione che l'imputato sia colpevole senza accertamento legale della sua

⁸⁶⁴ Sul punto MANES, *La "confisca senza condanna": al crocevia tra Roma e Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 11 marzo 2017).

⁸⁶⁵ Corte EDU, sent. 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*. La sentenza, meno nota rispetto a quella intervenuta sul caso Sud Fondi, è stata commentata da M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1691 ss.. Il caso di specie vedeva il cittadino greco Paraponiaris accusato di contrabbando di prodotti petroliferi; pur essendo stato prosciolto in udienza preliminare per intervenuta prescrizione, gli era stata comunque applicata una ingente sanzione pecuniaria (circa 54.000 euro, pari al valore stimato delle merci da lui contrabbandate) a titolo di confisca per equivalente. Ciò in quanto il reato di contrabbando – che pur si era prescritto prima che si potesse giungere ad una condanna – era stato considerato, dalle corti greche, "accertato oggettivamente".

⁸⁶⁶ PANZARASA, *ivi*, p. 1694 ss..

responsabilità»⁸⁶⁷.

Nonostante la sfiducia mostrata dalla Corte europea verso una confisca senza condanna, la giurisprudenza italiana non ha modificato il proprio orientamento in merito, ritenendo che dalla giurisprudenza europea provenisse solamente l'obbligo di non disporre l'ablazione patrimoniale in assenza di un pieno accertamento della responsabilità penale dell'imputato. Nondimeno la responsabilità penale di questo deve essere accertata nel pieno rispetto dei principi del giusto processo e nell'ambito di un'udienza pubblica in cui sia possibile la piena esplicazione del diritto di difesa. Solo nel rispetto del diritto di difesa il fatto di reato può dirsi giuridicamente accertato⁸⁶⁸.

Diverso è stato l'impatto della sentenza emessa sul caso Varvara, in cui la Corte europea è tornata a occuparsi della questione della confisca senza condanna⁸⁶⁹. Singolare è stata la prospettiva da cui la Corte ha analizzato questa volta il problema. Invero il parametro di riferimento usato per valutare la legittimità di una confisca senza condanna è stato il principio di legalità previsto dall'art. 7 C.E.D.U.. Secondo i giudici di Strasburgo, in base al suddetto principio non può ammettersi l'applicazione di una confisca penale, senza che ci sia stata una condanna dell'imputato. In particolare ha affermato la Corte che «Non si può neppure concepire un sistema in cui una persona dichiarata innocente o, comunque, senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza subisca una pena. Si tratta di una terza conseguenza del principio di legalità nel diritto penale: il divieto di comminare una pena senza accertamento di responsabilità, che deriva anch'esso dall'articolo 7 della Convenzione». E ciò in quanto «La logica della "pena" e della "punizione", e la nozione di "guilty" (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «persona colpevole» (nella versione francese), depongono a favore di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di comminare la pena al suo autore. In mancanza di ciò, la punizione non avrebbe senso (Sud Fondi e altri, sopra citata, § 116). Sarebbe infatti incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, dall'altra, una punizione quando, come nel caso di specie, la persona interessata non è stata condannata».

Secondo i primi commentatori della suddetta pronuncia la Corte europea

⁸⁶⁷ MANES, *op. ult. cit.*, p. 18.

⁸⁶⁸ Una chiara risposta alla sentenza *Paraponiaris* è contenuta in Cass. pen., sez. III, sent. 4 febbraio 2013, n. 17066, menzionata da G. SANTACROCE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2013*, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 11 marzo 2017), p. 141 ss., ove si evidenzia «come un ruolo determinante sia altresì rivestito dalle modalità con le quali una tale verifica sia posta in essere, giacché solo un accertamento che sia condotto sulla base di tutte le risultanze dibattimentali disponibili e nel contraddittorio con l'imputato nella pienezza dei suoi diritti difensivi può consentire, a un tempo, di rispettare il dato letterale dell'art. 44 cit. (che, come detto, a un "accertamento" del fatto si riferisce) e di "superare" il dato, potenzialmente preclusivo di una piena esplicazione di detti poteri, rappresentato dalla intervenuta estinzione del reato».

⁸⁶⁹ Corte EDU, sez. II, sent. 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in www.giustizia.it (ultimo accesso in data 11 marzo 2017).

avrebbe definitivamente escluso la compatibilità di una norma giuridica nazionale che consenta di confiscare beni appartenenti all'imputato in assenza di una formale sentenza di condanna⁸⁷⁰. Le reazioni in giurisprudenza alla decisione della Corte Edu sono state contrastanti, a conferma della gravità che assume la questione sul piano pratico. I contrasti emersi nel dibattito pretorio circa le ripercussioni prodotte sull'ordinamento italiano della sentenza Varvara sono sfociati in due ordinanze rispettivamente del Tribunale di Teramo⁸⁷¹ e della Corte di Cassazione⁸⁷² che hanno sollevato due questioni di legittimità costituzionale del tutto antitetiche tra di loro.

Il giudice teramano ha sollevato la questione in relazione all'art. 44 del t.u.ed. per contrasto con l'art. 117, comma 1 Cost. in relazione all'art. 7 C.E.D.U., nella parte in cui consente che la confisca urbanistica dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite venga disposta «anche in una sentenza che dichiara estinto il reato per intervenuta prescrizione». Secondo il remittente la regola di diritto vivente che ammette la confisca senza condanna sarebbe diventata incompatibile con l'art. 7 C.E.D.U. come interpretato nella sentenza Varvara.

Diversa invece è la questione posta dalla Corte di Cassazione. La terza sezione, muovendo dall'assunto che la sentenza Varvara abbia introdotto il divieto di disporre la confisca in assenza di condanna, ha ritenuto inconciliabile tale principio convenzionale con la tutela dei valori fondamentali previsti dalla Carta costituzionale. In particolare il vincolo posto dalla Corte di Strasburgo determinerebbe una forma di «iperprotezione» del diritto di proprietà, con due conseguenze aberranti: da un lato, si giungerebbe a tutelare la proprietà anche quando non assolva ad una funzione di utilità sociale e ciò sarebbe in contrasto con gli artt. 41 e 42 Cost.; dall'altro lato si perverrebbe al sacrificio di principi costituzionali di rango costituzionalmente superiore, ovvero del diritto a sviluppare la personalità umana in un ambiente salubre (artt. 2, 9 e 32 Cost.). La Costituzione italiana – a differenza della C.E.D.U. – non riconosce il diritto di proprietà come diritto fondamentale dell'uomo da tutelare in modo assoluto. Dunque – sottolinea la Suprema Corte – la proprietà privata viene protetta nei limiti in cui si configuri come mezzo di soddisfazione dei diritti della persona, destinati comunque a prevalere sulla prima. Il vincolo posto dalla sentenza Varvara rovescerebbe la gerarchia dei valori costituzionali, in quanto, assicurando una protezione assoluta alla proprietà privata, impedirebbe al legislatore di limitare la stessa in funzione della tutela dei diritti della persona. Di conseguenza la Suprema Corte ha sollevato la questione di legittimità dell'art. 44, comma 2 t.u.ed. in relazione agli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo

⁸⁷⁰ GALLUCCIO, *La confisca "urbanistica" ritorna alla Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 11 marzo 2017); MANES, *op. ult. cit.*, p. 23; BALSAMO, *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1396.

⁸⁷¹ Trib. Teramo, ord. 17 gennaio 2014, giud. Tetto, consultabile su www.penalecontemporaneo.it con nota di GALLUCCIO, *La confisca "urbanistica"*, cit.;

⁸⁷² Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2013, n. 20636, consultabile su www.penalecontemporaneo.it con nota di VIGANO', *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 11 marzo 2017).

comma, della Costituzione, nella parte in cui, in forza dell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, tale disposizione «non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi».

La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulle suddette questioni, le ha ritenute inammissibili⁸⁷³. Tuttavia la Corte ha enunciato taluni principi particolarmente rilevanti per una compiuta ricostruzione dello statuto giuridico della confisca urbanistica. Vale la pena riassumere i punti salienti della pronuncia:

a) In primo luogo la Consulta ha specificato le corrette modalità per formulare una censura di incostituzionalità di una norma giuridica contenuta nella C.E.D.U.. Quando una norma convenzionale si pone in contrasto con una norma costituzionale italiana, il giudice deve sollevare questione di costituzionalità della legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), nella parte in cui con essa si è conferita esecuzione ad una norma reputata di dubbia costituzionalità, nella specie alla regola che vieta di applicare la confisca urbanistica in caso di accertata prescrizione del reato.

b) In secondo luogo il giudice delle leggi ha fornito importanti chiarimenti sulla portata della pronuncia Varvara della Corte di Strasburgo. Sarebbe erroneo – secondo la Corte – ritenere che dalla suddetta pronuncia sia derivato il principio secondo cui la confisca urbanistica presuppone sempre una pronuncia formale di condanna. Una tale regola finirebbe per far coincidere totalmente lo statuto della sanzione penale e quello della sanzione amministrativa e ciò condurrebbe al sacrificio inevitabile del principio di sussidiarietà in materia punitiva⁸⁷⁴. La Consulta

⁸⁷³ Corte cost. sent. 14 gennaio 2015, n. 49, cit.. Per una analisi della pronuncia si veda: BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 13 marzo 2017); CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Arch. pen. web*, 2015, I; COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in www.rivistaoidu.net (ultimo accesso in data 13 marzo 2017); PULITANO', *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 13 marzo 2017); RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 13 marzo 2017); TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in www.forumcostituzionale.it (ultimo accesso in data 13 marzo 2017); VIGANO', *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 13 marzo 2017); ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (ultimo accesso in data 13 marzo 2017).

⁸⁷⁴ Secondo la Corte «non può sfuggire che l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale, oltre che ad impingere nel più ampio grado di discrezionalità del legislatore nel configurare gli

ha ritenuto dunque di fornire una lettura costituzionalmente orientata del principio enunciato nel caso Varvara. Al riguardo si è evidenziato come la Corte Edu abbia semplicemente affermato che, per poter disporre la confisca urbanistica, occorra una «sentenza di condanna». Una tale locuzione può essere intesa in una duplice accezione: in senso formale, come sentenza che statuisce la condanna dell'imputato, adottata ai sensi dell'art. 533 c.p.p.; oppure in senso sostanziale, come pronuncia giudiziale che contiene un accertamento pieno della responsabilità penale dell'imputato in relazione al fatto commesso. A detta del giudice costituzionale la Corte Edu avrebbe fatto riferimento al concetto di condanna in senso sostanziale. Invero la Corte di Strasburgo ha voluto solo affermare il principio consolidato secondo cui per applicare una pena è necessario che sia accertata la responsabilità dell'imputato per il fatto di reato addebitato. Dunque il vero principio enunciato nel caso Varvara non sarebbe quello per cui non vi può essere pena senza condanna, bensì quello per cui non vi può essere pena senza responsabilità per il fatto addebitato. Sottolinea la Corte come si tratti di «un principio tutt'altro che innovativo, e del tutto consono al più tradizionale filone della giurisprudenza europea, che, in base alla presunzione di non colpevolezza, non permette l'applicazione di una pena, quando la responsabilità di chi la subisce non sia stata legalmente accertata».

Ciò chiarito, la Consulta, seguendo un principio da essa costantemente affermato, ha escluso ogni incompatibilità logica e giuridica tra l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato e la pronuncia di estinzione del reato. Di conseguenza non si porrebbe in contrasto con l'art. 7 C.E.D.U. l'adozione di una sentenza che dichiari estinto il reato e al contempo commini la confisca, per avere accertato la piena responsabilità dell'imputato per il fatto addebitato.

c) Infine la Consulta ha fornito importanti precisazioni sul grado di

strumenti più efficaci per perseguire la “effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri” (sentenza n. 317 del 1996), corrisponde altresì, sul piano delle garanzie costituzionali, al “principio di sussidiarietà, per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima ratio, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire” (sentenza n. 487 del 1989; in seguito, sentenze n. 447 del 1998 e n. 317 del 1996). Difatti, “Le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono [...] nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni” (sentenza n. 447 del 1998)». Ciò è coerente con il quadro di garanzie fissato nella Cedu. Con tale trattato internazionale «Non è stata perciò posta in discussione la discrezionalità dei legislatori nazionali di arginare l'ipertrofia del diritto penale attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori reputati più adeguati, e per la natura della sanzione comminata, e per i profili procedurali semplificati connessi alla prima sede amministrativa di inflizione della sanzione. Piuttosto, si è inteso evitare che per tale via andasse disperso il fascio delle tutele che aveva storicamente accompagnato lo sviluppo del diritto penale, e alla cui difesa la CEDU è preposta. In questo doppio binario, ove da un lato scorrono senza opposizione le scelte di politica criminale dello Stato, ma dall'altro ne sono frenati gli effetti di detrimento delle garanzie individuali, si manifesta in modo vivido la natura della CEDU, quale strumento preposto, pur nel rispetto della discrezionalità legislativa degli Stati, a superare i profili di inquadramento formale di una fattispecie, per valorizzare piuttosto la sostanza dei diritti umani che vi sono coinvolti, e salvaguardarne l'effettività».

incidenza che assumono i principi di diritto enunciati nelle sentenze della Corte EDU nei confronti dei giudici nazionali. Sul punto la Corte ha affermato che la C.E.D.U. non ha trasformato il giudice interno in un mero recettore dei «comandi esegetici» disposti dalla Corte europea. Il giudice italiano resta pur sempre sottoposto alla legge dello Stato come enuncia l'art. 101 Cost.. Si tratta, dunque, di conciliare tale vincolo costituzionale con l'obbligo derivante dalla C.E.D.U. di dare attuazione alle disposizioni in essa contenute nell'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo. Il punto di equilibrio è stato rinvenuto dalla Corte Costituzionale nella distinzione tra le sentenze della giurisprudenza europea che affermano principi mai enunciati o comunque isolati e sentenze che invece enunciano un principio ormai consolidato presso i giudici di Strasburgo. Nel primo caso il giudice italiano non è tenuto a dare pedissequa applicazione della regola di diritto enunciata dal giudice europeo. Deve invece valutare criticamente tale regola e tentare di armonizzarla con i principi enunciati dalla Costituzione italiana, avviando così un proficuo "dialogo" con la Corte europea. Al contrario se una regola convenzionale è frutto di una giurisprudenza europea consolidata ovvero di una "sentenza pilota" della Grande camera, allora il giudice nazionale deve limitarsi a recepire la suddetta regola, «adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di "ogni strumento ermeneutico a sua disposizione", ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale».

Volendo concludere l'analisi della sentenza in esame, si può ritenere che la Corte Costituzionale abbia finito per ammettere la possibilità per il giudice italiano di comminare la confisca urbanistica anche laddove debba emettere una sentenza di non doversi procedere per avvenuta estinzione del reato. Dunque l'unico vero presupposto per poter procedere all'ablazione del terreno abusivamente lottizzato e delle opere abusivamente costruite su di esso è rappresentato dall'accertamento in sede processuale della responsabilità penale dell'imputato. Per usare le parole della Corte, occorre una «condanna sostanziale».

La presa di posizione del giudice delle leggi ha prodotto reazioni contrastanti nella dottrina.

Particolare dibattito ha suscitato innanzi tutto la rivisitazione da parte della Corte dei rapporti tra diritto convenzionale e diritto interno. Secondo una parte della dottrina è scorretto subordinare il carattere vincolante delle sentenze della Corte Edu al requisito del carattere consolidato del principio affermato ovvero alla natura di "sentenza pilota" della pronuncia. Innanzi tutto non vi sono criteri certi per stabilire quando un orientamento è consolidato o meno⁸⁷⁵. Il criterio che valorizza la provenienza del principio da una decisione della Grande camera appare poco utile, poiché genera il rischio di sminuire troppo l'efficacia delle pronunce delle sezioni semplici. Il risultato di un simile ragionamento non può che essere – secondo questo

⁸⁷⁵ TEGA, *op. ult. cit.*, p. 2.

orientamento – una complessiva diminuzione del livello di protezione dei diritti fondamentali della persona⁸⁷⁶. Inoltre, valorizzando i modi di funzionamento della Corte di Strasburgo, non è mancato chi ha rilevato come sia scorretto e teoricamente insostenibile riconoscere un “peso” giuridico diverso alle pronunce della Grande camera o alle sentenze “pilota” rispetto alle pronunce delle sezioni semplici. L’intervento della *Grande Chambre* è previsto, su impulso di una Camera, quando un caso solleva serie questioni di interpretazione della Convenzione, ovvero si prospetta un contrasto di giurisprudenza (art. 30 C.E.D.U.) ovvero su impulso di un collegio di cinque giudici che chieda semplicemente un riesame della sentenza emessa da una sezione semplice (art. 43 C.E.D.U.). Dunque il ruolo della Grande camera è solo quello di chiarire la regola formatasi nella giurisprudenza della Corte ovvero quello di modificare un orientamento pregresso perché è stato riscontrato un mutamento nel quadro normativo europeo o internazionale o nelle tendenze socio-culturali nel frattempo emerse in tema di diritti fondamentali. Pertanto secondo questa parte della dottrina è scorretto riconoscere una efficacia vincolante maggiore alle pronunce della Grande camera, poiché si tratta di una affermazione che non troverebbe conforto nella C.E.D.U.⁸⁷⁷.

Alcuni autori⁸⁷⁸ hanno inoltre contestato la stessa idea che tra la Costituzione italiana e la C.E.D.U. sussista un rapporto di gerarchia che possa giustificare la stessa prospettazione dell’incostituzionalità della legge di recepimento della Convenzione. Si afferma che la carta costituzionale e i trattati internazionali che proteggono i diritti umani dovrebbero interagire secondo una logica “orizzontale” e non “verticale”, in modo da pervenire a una reciproca interpretazione conforme funzionale alla massimizzazione del livello di tutela dei diritti fondamentali.

Altri autori hanno invece accolto favorevolmente le indicazioni della Corte Costituzionale. Si evidenzia come spesso, prima dell’intervento della Grande camera, convivano nella giurisprudenza delle sezioni semplici della Corte europea orientamenti contrastanti, che rendono particolarmente difficile ai giudici nazionali l’applicazione della regola di diritto enunciata⁸⁷⁹. Senza considerare – si aggiunge – che talune pronunce della Corte di Strasburgo anziché procedere a un innalzamento del livello di protezione dei diritti, hanno invece comportato una regressione di questo rispetto agli standard previsti dalle costituzioni nazionali⁸⁸⁰.

Dunque si ritiene che il riconoscimento del valore vincolante solamente al precedente consolidato della Corte Edu rappresenti un utile passo in avanti verso un rapporto più “maturo” tra le corti nazionali e quella europea, basato non più sul

⁸⁷⁶ VIGANO’, *op. ult. cit., passim*.

⁸⁷⁷ ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, p. 5.

⁸⁷⁸ RUGGERI, *op. ult. cit.*, p. 333.

⁸⁷⁹ ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, p. 6, il quale afferma che la quantità di sentenze e decisioni pronunciate dalla Corte europea nelle sue diverse formazioni non aiuta ad assicurarne la costante coerenza e l’ordinato sviluppo.

⁸⁸⁰ ZAGREBELSKY, *ivi*, p. 7, il quale adduce a mo’ di esempio il caso *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, 15 dicembre 2011, concernente la prova dichiarativa non sottoposta a esame contraddittorio.

criterio di gerarchia quanto invece su quello del dialogo. Troppo spesso secondo un autore «qualsivoglia *flatus vocis* dispensato da Strasburgo, magari con pronunce a sezione semplice relative ad ordinamenti giuridici ben distanti dal nostro, si è prestato ad evolvere in parola divina, adattata prontamente per estrapolarvi un qualche vincolante principio sovralegislativo»⁸⁸¹.

Anche in relazione alla specifica questione dell'ammissibilità di una confisca urbanistica in presenza di una causa di estinzione del reato, la posizione assunta dalla Corte Costituzionale ha destato reazioni contrastanti.

Secondo una parte della dottrina la regola enunciata dalla Corte sarebbe irricevibile. Ciò in quanto, essendo la confisca urbanistica una pena e producendo l'estinzione del reato l'impossibilità per il giudice di esercitare ogni potere di condanna *in malam partem*, allora l'estinzione del reato deve comportare l'impossibilità per il giudice di disporre la confisca a carico dell'imputato. Invero – si sostiene – non si capirebbe la ragione per trattare diversamente le pene principali dell'arresto e dell'ammenda, previste dall'art. 44, comma 1, lett. b) t.u.ed., rispetto alla confisca urbanistica, venendo in rilievo in entrambi i casi una sanzione punitiva⁸⁸².

Altra dottrina ha invece ritenuto che la pronuncia della Consulta abbia correttamente privilegiato un approccio pragmatico alla questione, attento a garantire il rispetto dei diritti fondamentali dell'imputato, piuttosto che ragionamenti puramente formalistici fondati sulla natura della sentenza emessa dall'organo giudicante⁸⁸³. La Corte ha voluto solo rimarcare il vero, fondamentale presupposto della confisca urbanistica, ossia l'accertamento in sede processuale della responsabilità penale dell'imputato per il fatto di reato commesso. In questo senso la confisca sarebbe illegittima non in quanto disposta con una sentenza che non è di condanna, bensì in quanto disposta nei confronti di un soggetto la cui responsabilità per il fatto di reato non è stata accertata nel contraddittorio processuale. Ciò – si aggiunge – sarebbe coerente con la stessa giurisprudenza europea che a più riprese ha sottolineato l'esigenza che la confisca sia disposta solo previo accertamento processuale della responsabilità penale dell'imputato, in quanto non si può applicare una pena a un soggetto che non ha commesso il reato contestato⁸⁸⁴. Del resto – si precisa conclusivamente – la declaratoria di estinzione del reato non preclude logicamente al giudice di accertare l'esistenza del reato di lottizzazione al completo dei suoi requisiti costitutivi.

⁸⁸¹ BIGNAMI, *op. ult. cit.*, p. 296.

⁸⁸² CIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 11, secondo cui «se il giudice penale, al cospetto della prescrizione del reato urbanistico, non è in alcun modo legittimato ad irrogare le pene dell'arresto e dell'ammenda, non si comprende come egli possa, contraddittoriamente, infliggere la "pena" della confisca». Accoglie tale prospettiva anche PULITANO', *op. ult. cit.*, p. 328, il quale evidenzia come l'impossibilità di punire in caso di prescrizione del reato costituisce la regola generale nel diritto penale, sicché una tale regola non può che valere anche per la confisca urbanistica che comunque ha la natura di pena criminale.

⁸⁸³ BIGNAMI, *op. ult. cit.*, p. 300.

⁸⁸⁴ ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, p. 2.

Ad ogni modo i temi trattati nella pronuncia della Corte Costituzionale sono destinati a ulteriori sviluppi. Bisogna infatti segnalare che di recente la seconda sezione della Corte Edu ha rimesso alla Grande Camera la risoluzione della questione inerente alla «compatibilità tra la normativa italiana, la quale consente l'applicazione della confisca urbanistica anche nei casi di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, e le disposizioni dell'art. 7 C.E.D.U. e dell'art. 1 del Protocollo n. 1»⁸⁸⁵. Si tratta di una buona occasione per la Corte di Strasburgo per prendere definitivamente posizione sui difficili rapporti tra confisca ed estinzione del reato.

4.4. Considerazioni conclusive sulla confisca urbanistica. – Dopo aver illustrato il dibattito emerso sulla natura giuridica e sullo statuto giuridico della confisca urbanistica, è possibile formulare delle considerazioni conclusive sui punti controversi venuti in rilievo.

In primo luogo si deve ritenere condivisibile l'opinione dominante che qualifica la confisca urbanistica quale vera e propria sanzione punitiva. Invero alla misura non si può riconoscere una funzione esecutiva, di mero ripristino della situazione di fatto e di diritto esistente anteriormente all'illecito. Se questa fosse la finalità del provvedimento, la coercizione reale dovrebbe produrre solo l'eliminazione degli effetti materiali e giuridici dell'illecito frazionamento del terreno, in modo da ripristinare il patrimonio del reo nella stessa condizione in cui versava prima della condotta criminosa. Ebbene è evidente che la confisca urbanistica produce effetti molto più ampi di quelli illustrati. Essa colpisce tutti i terreni interessati dall'abusiva lottizzazione, inclusi quelli non ancora venduti al tempo dell'accertamento del reato, nonché le opere abusivamente costruite su di essi. La misura ha dunque l'effetto di porre il patrimonio del reo in uno stato peggiore rispetto a quello esistente al momento della condotta criminosa e ciò la rende una sanzione di carattere punitivo.

Dalla natura punitiva della confisca discende logicamente l'applicazione alla stessa dello statuto generale della pena, come delineato dalle fonti costituzionali e internazionali. Di qui la necessità che venga garantita la personalità della responsabilità e in special modo un legame psichico minimo tra il fatto e l'autore quale presupposto essenziale per comminare la pena. Inoltre è corretto precludere all'organo giudicante l'applicazione automatica della misura nei confronti dei terzi estranei al reato, proprio in virtù del suddetto principio di personalità della responsabilità che vieta di comminare sanzioni punitive per il fatto altrui. Parimenti

⁸⁸⁵ Corte EDU, sez. II, 25 marzo 2015, *Hotel Promotion Bureau s.r.l. e altri c. Italia*. Il caso concerne un provvedimento di confisca di un complesso edilizio sito nel comune di Golfo Aranci disposto dal Tribunale di Olbia. La confisca era stata disposta con la sentenza dichiarativa della prescrizione per la contravvenzione di lottizzazione abusiva, avendo il Tribunale medesimo ritenuto che il provvedimento autorizzativo rilasciato dal comune fosse in radice illegittimo e, pertanto, inefficace. La decisione era poi stata confermata in appello e in cassazione. La società proprietaria degli immobili aveva quindi adito la Corte EDU, lamentando una violazione degli artt. 6, 7 e 13 CEDU

accoglibile è la regola per cui è salvo il diritto del terzo sul bene inciso dall'intervento abusivo, laddove costui risulti in buona fede (soggettiva) circa l'illecita conformazione del bene. Ciò è coerente con il principio generale di tutela dell'affidamento incolpevole che governa i traffici giuridici.

Diversa trattazione merita invece la questione concernente la possibilità per il giudice penale di disporre la confisca pur dovendo dichiarare l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione. Tale questione involge non tanto la natura punitiva o esecutiva della misura, quanto invece la natura penale o amministrativa della stessa. È opportuno sul punto riprendere quanto è stato illustrato nei capitoli precedenti⁸⁸⁶. L'estinzione del reato importa la perdita per il giudice di proseguire il processo in corso o comunque di statuire una pronuncia di merito, ad eccezione della sentenza di assoluzione prevista dall'art. 129, comma 2 c.p.p.. Tale preclusione opera esclusivamente per le statuizioni previste dal diritto penale non anche per quelle previste dal diritto amministrativo, salvo che la legge non disponga il contrario. Dunque l'estinzione del reato, sebbene precluda al giudice di adottare qualsiasi misura di natura penale, non preclude automaticamente allo stesso di adottare misure di diversa natura; in tal caso l'ordinamento rimette alla competenza del giudice penale l'adozione delle misure extrapenali in funzione di supplenza della pubblica amministrazione. Così ragionando, il processo penale costituisce solamente l'"occasione" in cui comminare misure che, altrimenti, sarebbero comunque disposte dall'autorità amministrativa.

Una tale conclusione non è confutata dalla circostanza che il giudice comminerebbe pur sempre sanzioni amministrative "accessorie" al reato e dunque condizionate giuridicamente dal reato. La locuzione "sanzione amministrativa accessoria al reato" in sé considerata è impropria e fonte di fraintendimenti. Essa lascia intendere che tra gli effetti sanzionatori del reato vi sia anche una sanzione amministrativa. Ciò non è corretto. Il reato designa un fatto umano cui l'ordinamento ricollega una sanzione di natura penale. Di contro un fatto umano cui la legge ricollega una sanzione amministrativa va qualificato come illecito amministrativo. Dunque l'espressione "sanzione amministrativa accessoria a un reato" va intesa nel senso che l'ordinamento giuridico ricollega una sanzione amministrativa a un fatto che è formalmente distinto dal reato considerato, ma che di questo ripete tutti gli elementi costitutivi. Pur trattandosi di un illecito strutturalmente identico al reato considerato, esso rappresenta comunque un illecito di natura amministrativa, in quanto a esso l'ordinamento ricollega una sanzione di natura amministrativa. Sul piano applicativo dunque bisogna distinguere l'illecito penale, sanzionato con misure punitive penali, e l'illecito amministrativo, sanzionato con misure punitive amministrative. L'estinzione del reato preclude al giudice di emettere statuizioni di merito in relazione all'illecito penale, non necessariamente in relazione all'illecito amministrativo, in assenza di una diversa presa di posizione del legislatore al riguardo. Va da sé che lo stato del processo deve essere a un punto tale da risultare

⁸⁸⁶ *Supra* Cap. III, par. 2.2.1.

pienamente accertato il fatto costituente l'illecito amministrativo. Invero, poiché l'estinzione del reato preclude il compimento di ogni ulteriore atto processuale, non sarebbe possibile proseguire il processo per giungere al pieno accertamento dell'illecito amministrativo. Pertanto in caso di estinzione del reato il giudice può comunque comminare una sanzione di natura amministrativa se l'illecito che la condiziona risulti già accertato nel processo penale.

Tornando alla confisca urbanistica, per stabilire se la stessa possa essere disposta anche in caso di estinzione del reato, è necessario valutare se a essa l'ordinamento abbia conferito natura penale o amministrativa. Solo nel secondo caso potrebbe ammettersi il potere confiscatorio del giudice penale, nonostante l'estinzione del reato. Ebbene, a parere di chi scrive, la confisca urbanistica sembra avere una natura penale e non amministrativa. Ciò sembra confermato dalla collocazione della disposizione che la disciplina nell'art. 44 t.u.ed., rubricato "sanzioni penali". Ciò risulta altresì confermato dalla circostanza che le misure amministrative contro gli illeciti edilizi sono regolati in altri articoli del testo unico, così emergendo la volontà del legislatore di mantenere distinti i due piani di tutela.

Riconosciuta la natura penale della confisca urbanistica, si deve concludere che la stessa non potrà essere comminata dal giudice penale in caso di intervenuta estinzione del reato.

5. La confisca del veicolo nel diritto penale della circolazione stradale. – L'istituto della confisca è previsto anche nella legislazione concernente la circolazione stradale e anzi costituisce un punto centrale del relativo sistema sanzionatorio.

La normativa penale concernente la circolazione stradale è prevista dal d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285, (d'ora in poi codice della strada) ed è stata oggetto di ripetuti interventi legislativi dettati prevalentemente dall'esigenza di fornire una risposta alla criminalità stradale che negli anni passati iniziava ad assumere caratteri gravemente allarmanti⁸⁸⁷.

Limitando l'analisi solo ai provvedimenti emanati nei tempi più recenti, sono tre le novelle che hanno apportato le innovazioni più significative alla normativa penale contenuta nel codice della strada.

L'art. 5 del d.l. 3 agosto 2007, n. 117, convertito con modificazioni nella l. 2 ottobre 2007, n. 160, concernente disposizioni urgenti modificative del codice della strada per incrementare i livelli di sicurezza nella circolazione, ha introdotto le seguenti novità: a) ha reintrodotto il reato di guida senza patente (art. 116, comma 13 C.d.S.); b) ha introdotto tre ipotesi diverse di guida in stato di ebbrezza, distinte in

⁸⁸⁷ Per una analisi approfondita della legislazione penale in materia di circolazione stradale: TRINCI, *La guida sotto l'influenza dell'alcool e delle sostanze stupefacenti e il rifiuto di sottoporsi agli accertamenti tecnici*, in BALZANI – TRINCI (a cura di), *I reati in materia di circolazione stradale*, s.l., 2016, p. 1 ss..

base alla gravità della violazione a sua volta basata sulla quantità di alcool riscontrata nel sangue (art. 186, comma 2 C.d.S.); c) ha inasprito delle sanzioni punitive per chi abbia commesso il reato di guida sotto l'influenza di sostanze stupefacenti (art. 187 c.p.); d) inasprito del trattamento sanzionatorio nel caso di incidente stradale provocato da conducente che guidava sotto l'effetto di alcool o di sostanze stupefacenti o psicotrope; e) ha depenalizzato il rifiuto di sottoporsi ad accertamenti volti a rilevare lo stato di ebbrezza o di stupefazione.

Particolarmente importante è stata la riforma introdotta con il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni nella l. 24 luglio 2008, n. 125 (c.d. Pacchetto sicurezza 2008). Tra le novità, oltre a un generale inasprimento delle pene previste per i reati di cui agli artt. 186 e 187 C.d.S., occorre ricordare: a) l'introduzione della confisca obbligatoria del veicolo, ai sensi dell'art. 240, comma 2 c.p., in caso di reato di guida in stato di ebbrezza, ove il tasso alcolemico fosse superiore a 1,5 g/l, salvo il bene appartenga a persona estranea al reato; c) la reintroduzione del reato di rifiuto di sottoporsi al test per il rilevamento del tasso di ebbrezza o di stupefazione.

Infine va ricordata la riforma apportata dalla l. 29 luglio 2010, n. 120 che, tra le varie novità, ha introdotto l'art. 186-*bis* per inasprire il trattamento sanzionatorio connesso alla guida in stato di ebbrezza in caso di conducente neopatentato o di guidatore professionale e ha rimodulato la disciplina della confisca del veicolo, al fine di adattare la normativa alle indicazioni provenienti da una pronuncia di incostituzionalità emessa dal giudice delle leggi in relazione all'art. 186 C.d.S..

Illustrate le principali novelle legislative che hanno interessato la confisca prevista dal diritto penale della circolazione stradale, è possibile procedere all'analisi della natura giuridica di tale misura. Per una piena comprensione del dibattito sorto sul punto in dottrina e in giurisprudenza è opportuno illustrare separatamente le questioni sorte prima della riforma introdotta dalla l. 29 luglio 2010, n. 120 e quelle sorte a seguito di essa.

5.1. La natura giuridica della confisca: il dibattito antecedente alla l. 29 luglio 2010, n. 120. – Prima della riforma del 2010, il codice della strada prevedeva varie ipotesi di confisca del veicolo. In particolare la misura era ricollegata alla commissione dei fatti di reato descritti dagli artt. 186, comma 2 (guida in stato di ebbrezza, ove il tasso alcolemico accertato sia superiore a 1,5 g/l), 187, comma 1 (guida sotto l'effetto di stupefacenti), 186, comma 7 e 187, comma 8 (rifiuto di sottoporsi ai relativi accertamenti) C.d.S..

Ai sensi dell'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S., vecchia formulazione, in caso di guida in stato di ebbrezza, con tasso alcolemico superiore a 1,5 g/l, «*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, comma 2, del codice penale, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato». Tale regola era sancita anche per le fattispecie previste dagli artt. 187, comma 1, 186, comma 7 e 187, comma 8 C.d.S..

La natura giuridica della confisca in esame era particolarmente dibattuta a causa del rinvio che l'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S. effettuava all'art. 240, comma 2 c.p.. Non era chiaro se mediante tale rinvio il legislatore avesse voluto attribuire alla confisca in materia stradale natura giuridica di misura di sicurezza ovvero affermare il carattere obbligatorio della misura, lasciando impregiudicata la questione inerente alla natura giuridica. Il tema era particolarmente rilevante, considerati i gravi risvolti in punto di disciplina che sarebbero derivati dall'adesione all'una o all'altra soluzione.

Sul punto erano intervenute sia le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sia la Corte Costituzionale con pronunce pressoché coeve, ponendo taluni punti fermi.

Le Sezioni unite⁸⁸⁸, in particolare, avevano affrontato il problema della natura giuridica della confisca in materia stradale, al fine di dare soluzione a taluni problemi applicativi, primo fra tutti quello relativo all'applicabilità retroattiva della misura ai fatti commessi prima della sua introduzione con il "Pacchetto sicurezza" del 2008. La Cassazione aveva sostenuto che la confisca prevista dall'art. 186 C.d.S. costituisse una pena criminale accessoria, sulla base di argomenti di tipo testuale e di tipo teleologico.

In primo luogo la disposizione dell'art. 186 C.d.S. affermava che la confisca doveva essere disposta anche in caso di sospensione condizionale della pena. Secondo la Corte di Cassazione, postulando la natura di misura di sicurezza della confisca, tale precisazione normativa risultava inutile, in quanto la sospensione condizionale della pena non incide normalmente sulle misure di sicurezza patrimoniali. La puntualizzazione del legislatore – nell'ottica della Corte – si giustificava solamente postulando la natura di pena accessoria della confisca, essendo queste precluse dalla sospensione condizionale della pena. Il dato testuale deponeva in senso favorevole alla natura punitiva della misura.

Secondo la Suprema Corte dunque il richiamo dell'art. 240, comma 2 c.p. aveva il solo scopo di affermare il carattere obbligatorio della misura, non la natura meramente preventiva di essa.

Inoltre – a detta delle Sezioni Unite – la confisca in esame aveva una chiara funzione punitiva, essendo volta a scoraggiare il fenomeno della guida in stato di ebbrezza, che si presentava come fenomeno sociale particolarmente allarmante.

I suddetti rilievi conducevano le Sezioni Unite ad affermare la natura di pena criminale per la confisca di cui all'art. 186 C.d.S., con conseguente applicabilità alla stessa dell'art. 2, comma 1 c.p..

⁸⁸⁸ Cass. pen., S.U., sent. 25 febbraio 2010, n. 23428, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 16 marzo 2017).

La Corte Costituzionale aveva condiviso la posizione della Suprema Corte, sebbene in base ad argomentazioni differenti⁸⁸⁹. Il giudice delle leggi aveva escluso la natura preventiva della confisca evidenziando come, diversamente opinando, essa si sarebbe connotata come una misura assolutamente inutile e irragionevole. In primo luogo, la misura poteva colpire anche veicoli incidentati e, come tali inutilizzabili per reiterare il reato, il che dimostrava che l'ablazione non aveva lo scopo di neutralizzare l'oggettiva pericolosità della cosa, perché un veicolo incidentato mai potrebbe possedere una tale qualità. In secondo luogo la confisca non impediva al colpevole di usare altri veicoli per reiterare il reato, sicché, postulandone la natura preventiva, essa si risolveva in una misura totalmente inidonea allo scopo.

Di qui secondo la Corte la necessità di riconoscere la funzione punitiva alla confisca, piuttosto che quella preventiva. Di conseguenza la misura, anche alla luce dei criteri *Engel* forniti dalla giurisprudenza europea, veniva qualificata come vera e propria pena accessoria del reato di guida in stato di ebbrezza; da ciò la Corte giungeva a dichiarare l'illegittimità dell'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S., nella parte in cui, richiamando l'art. 240 c.p., consentiva di estendere la disciplina delle misure di sicurezza alla confisca in materia stradale e, soprattutto la regola prevista dall'art. 200 c.p..

In conclusione, prima della riforma del 2010, la confisca in materia stradale era ritenuta una sanzione punitiva di natura penale e, come tale, soggetta al regime giuridico proprio della pena.

La conclusione cui erano pervenute la Corte di Cassazione e la Consulta era del tutto condivisibile. Invero i rilievi effettuati da quest'ultima bastavano per escludere la natura preventiva della misura, la quale non poteva che configurarsi come una vera e propria sanzione giuridica. Tuttavia non si poteva riconoscere alla misura una funzione esecutiva, posto che nessun effetto ripristinatorio poteva riscontrarsi nella confisca del mezzo del reato. Dunque il provvedimento mirava essenzialmente a punire l'autore del reato, in funzione repressiva e al contempo preventiva. A parere di chi scrive, quindi, era corretta la posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale in relazione alla natura punitiva della misura e alla conseguente applicabilità dell'art. 2, comma 1 c.p. alle nuove norme introdotte dalla novella del 2008.

Diversamente la questione inerente alla natura amministrativa o penale della confisca in materia stradale, anche se era stata prospettata dalla dottrina e dalla giurisprudenza come parte della più ampia problematica della natura punitiva o preventiva della misura, non assumeva rilevanza ai fini dell'illustrato dibattito. Come più volte rilevato nella presente analisi, l'individuazione della natura amministrativa o penale di una misura serve solamente a stabilire se la stessa debba soggiacere alla disciplina del codice penale ovvero ai principi generali che governano il potere amministrativo. Si tratta solo di una qualificazione in funzione di disciplina.

⁸⁸⁹ Corte cost., sent. 4 giugno 2010, n. 196, in www.giurcost.org (ultimo accesso in data 16 marzo 2017).

5.2. *Il dibattito a seguito della l. 29 luglio 2010, n. 120. I punti ancora controversi della disciplina della confisca in materia stradale.* – Gli arresti della Suprema Corte e della Corte Costituzionale sembravano aver posto fine alla disputa inerente alla natura giuridica della confisca in materia stradale. Sennonché la riforma introdotta dalla l. 29 luglio 2010, n. 120 ha aperto nuovi problemi su cui sono prontamente intervenute la dottrina e la giurisprudenza degli ultimi anni.

Le modifiche apportate dalla novella in materia di confisca possono riassumersi nei termini seguenti:

a) è stato eliminato ogni riferimento all'art. 240 c.p. all'interno dell'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S., il quale attualmente stabilisce semplicemente che «Con la sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena su 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, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato».

b) Viene aggiunto un periodo nel suddetto disposto. Dopo aver previsto la confiscabilità del veicolo usato per commettere il reato, l'articolo su citato afferma che «Ai fini del sequestro si applicano le disposizioni di cui all'articolo 224-ter». Tale articolo stabilisce il procedimento di applicazione delle «sanzioni amministrative accessorie» della confisca amministrativa e del fermo amministrativo in conseguenza di ipotesi di reato. In particolare l'articolo in esame individua i soggetti competenti a disporre il sequestro e la confisca in caso di reati previsti dalla normativa stradale e fissa gli effetti delle cause estintive del reato sulla confisca.

Ciò chiarito, è possibile evidenziare le principali questioni poste dalla nuova normativa in materia di confisca stradale.

Innanzitutto sembrano definitivamente risolti i problemi inerenti alla natura giuridica della misura ablatoria. Invero, da un lato, il legislatore non ha modificato la struttura della confisca, né il suo oggetto; dall'altro lato, ha puntualizzato che essa costituisce una «sanzione amministrativa accessoria», ricollegata a «ipotesi di reato» (art. 224-ter C.d.S.). Dunque si ritiene che, non essendo mutati l'oggetto e la struttura della confisca, per essa valgono le considerazioni che la giurisprudenza aveva effettuato anteriormente al 2010 per affermarne la natura punitiva. Perciò, anche attualmente, la confisca in materia di circolazione stradale assume una funzione repressiva e afflittiva che la configura come vera e propria sanzione punitiva. Invero, da un lato, essa non può ritenersi una misura di sicurezza, posto che lo stesso legislatore ormai la qualifica espressamente come sanzione giuridica; dall'altro lato, non si può ritenere una sanzione esecutiva, in quanto la sottrazione del veicolo non ripristina lo stato anteriore all'illecito, comportando un peggioramento del patrimonio del colpevole rispetto a come esso risultava prima della commissione del reato. Lo scopo della confisca è quello di reprimere l'illecito, così da scoraggiare in un'ottica general preventiva la futura commissione di reati in materia di circolazione

stradale.

Quanto alla differente questione relativa alla natura penale o amministrativa della confisca, non vi è dubbio che essa si configura come una sanzione punitiva di natura amministrativa⁸⁹⁰. Invero lo stesso legislatore qualifica espressamente come «amministrativa» la misura in esame. Ciò importa sul piano teorico che l'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S., oltre a qualificare la guida in stato di ebbrezza, con tasso alcolemico superiore a 1,5 g/l, come fatto di reato, la qualifica altresì come illecito amministrativo. Si tratta di due illeciti che, sebbene presentino gli stessi elementi costitutivi, vanno tenuti logicamente distinti, in quanto sottoposti a discipline giuridiche differenti. Dell'esatto significato dell'espressione legislativa «sanzione amministrativa accessoria» si è già trattato e non occorre tornarvi nuovamente⁸⁹¹.

Maggiori dubbi sono sorti in relazione al regime intertemporale della nuova normativa. La legge n. 120 infatti, rimodulando la natura giuridica della confisca prevista dall'art. 186 C.d.S. e configurandola come sanzione amministrativa, ha posto il problema se la misura possa trovare applicazione ai fatti commessi anteriormente.

Secondo un primo orientamento⁸⁹² la nuova confisca potrebbe applicarsi anche ai fatti commessi prima della entrata in vigore della l. n. 120. Si afferma che la riforma non ha eliminato la rilevanza penale della fattispecie di guida in stato di ebbrezza di cui all'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S., sicché deve escludersi che vi sia stata tecnicamente una depenalizzazione. La riforma ha inciso solamente sulla natura giuridica della sanzione accessoria della confisca⁸⁹³, che da sanzione penale è

⁸⁹⁰ Nella giurisprudenza affermano la natura amministrativa e non penale della confisca prevista dall'art. 224-ter: Cass. pen., sent. 21 settembre 2010, n. 38561; Cass. pen., sent. 22 settembre 2010, n. 38569; Cass. pen., sent. 22 settembre 2010, nr. 38570; Cass. pen. 23 settembre 2010, nr. 38590; Cass. pen. 23 settembre 2010, nr. 38591; Cass. pen., 6 ottobre 2010, nr. 41080; Cass. pen. 20 ottobre 2010, nr. 40508; Cass. pen., 27 ottobre 2010, nr. 41624; Cass. pen. 2 novembre 2010, nr. 38569; Cass. pen., 4 novembre 2010, nr. 40523. Propone la tesi amministrativistica anche la Circolare del Ministero dell'Interno 30 luglio 2010 prot. 3000/A/10777/10/101/3/3/9. Per la dottrina, oltre a quella citata alla nota 14, cfr. D'AURIA, *Le modifiche apportate alla materia della circolazione stradale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1274; PICCIALLI, *La confisca del veicolo in caso di rifiuto*, in *Corr. mer.*, 2010, p. 973; GATTA-VIGANÒ, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'influenza di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? Riflessi sostanziali e processuali*, in *www.penalecontemporaneo.it* (ultimo accesso in data 16 marzo 2017); DIES, *La confisca del veicolo prevista dall'art. 186, commi 2 e 7 cod. str., tra disorientamenti interpretativi e caos normativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 2034 ss.; FERRINI, *Le sanzioni amministrative accessorie all'accertamento dei reati in materia di circolazione stradale*, in BALZANI – TRINCI (a cura di), *I reati in materia di circolazione stradale*, cit., p. 584.

⁸⁹¹ Vedi *supra* Cap. III, par. 2.2.1.

⁸⁹² Per tutti si veda: Cass. pen. Sez. IV, Sent. 21 settembre 2010, n. 38561, Cass. pen., sez. IV, sent. 4 novembre 2010, n. 40523 e Cass. pen. sent. 6 ottobre 2010, n. 41080, Cass. pen. Sez. IV, Sent. 14 ottobre 2010, n. 41091, tutte in *www.penalecontemporaneo.it*. In dottrina accolgono la tesi della retroattività: BRICCHETTI – PISTORELLI, *Massima severità per chi rifiuta il test spirometrico*, in *Guida dir.*, n. 4 - 35, 2010, p. 19 ss.; PISTORELLI, *Novità legislative: Legge 29 luglio 2010 n. 120 recante: "Disposizioni in materia di sicurezza stradale"*, 4, in *www.Cortedicassazione.it*.

⁸⁹³ Cass. pen., sez. IV, sent. 4 novembre 2010, n. 40523, cit.: «non si è trasformato un illecito penale in illecito amministrativo, ma si è trasformata in amministrativa solo una sanzione accessoria, precedentemente penale, non iscrivibile al novero all'apparato sanzionatorio tipico dell'art. 17 c.p.».

divenuta sanzione amministrativa. Del resto – si aggiunge – la confisca ha conservato intatta la sua morfologia, posto che il suo contenuto non è variato con l'avvento dell'art. 224-ter C.d.S.; essa risulta di fatto indistinguibile dall'analoga sanzione penale. Secondo questa impostazione, in virtù dei predetti rilievi, sussiste una «continuità tra le due sanzioni accessorie, con la conseguenza che l'omogenea nuova sanzione può trovare applicazione anche per i fatti anteriori all'entrata in vigore della novella»⁸⁹⁴. Ciò non violerebbe l'art. 1 della l. 24 novembre 1981, n. 689, che afferma il principio di irretroattività della norma incriminatrice amministrativa. Invero tale disposizione opererebbe solo per il caso di depenalizzazione del reato con contestuale introduzione di un corrispondente illecito amministrativo; con la riforma del 2010 il fatto previsto dall'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S. configura ancora un reato, essendovi stata una mera «depenalizzazione della sanzione accessoria»⁸⁹⁵. Pertanto nel caso in esame deve trovare applicazione l'art. 2, comma 4 c.p., che concerne le norme che prevedono reati, non l'art. 1 della l. n. 689 che invece riguarda le norme che regolano illeciti amministrativi⁸⁹⁶.

La tesi su illustrata non può essere condivisa. Sostenere che la nuova normativa “depenalizza” la sanzione accessoria ma non l'illecito è del tutto scorretto da un punto di vista teorico. Invero la natura penale o amministrativa di un illecito non dipende dalla sua struttura o dal contenuto della sanzione giuridica a esso ricollegata. Essa dipende solamente dalla natura penale o amministrativa della sanzione giuridica a esso condizionata. Dunque un fatto costituisce reato in quanto condiziona l'irrogazione di una sanzione che l'ordinamento giuridico qualifica come penale. Analogamente un fatto costituisce un illecito amministrativo in quanto condiziona l'irrogazione di una sanzione che l'ordinamento qualifica come amministrativa. Pertanto appare scorretto affermare che la riforma ha depenalizzato solo la sanzione accessoria, potendo depenalizzarsi solo l'illecito che condiziona la sanzione. Ciò chiarito, si deve ricordare che il fatto descritto dall'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S., già prima della riforma del 2010, assumeva una duplice rilevanza giuridica, in quanto costituiva contemporaneamente illecito penale e illecito amministrativo. E ciò in quanto a esso l'ordinamento ricollegava tanto sanzioni di natura penale (arresto e ammenda), quanto di natura amministrativa (la sospensione o la revoca della patente). Dunque l'art. 186 citato configurava contemporaneamente due fattispecie di illecito aventi gli stessi elementi costitutivi.

Ciò chiarito, la riforma del 2010, modificando la natura della confisca, ha al contempo prodotto due effetti giuridici distinti: ha eliminato una conseguenza sanzionatoria del reato e ha introdotto una nuova pena per l'illecito amministrativo.

⁸⁹⁴ Cass. pen. Sez. IV, sent. 14 ottobre 2010, n. 41091, cit..

⁸⁹⁵ Cass. pen. Sez. IV, sent. 21 settembre 2010, n. 38561, cit.

⁸⁹⁶ Cass. pen., sez. IV, sent. 14 ottobre 2010, n. 41091, cit.: «il citato art. 1 recita "nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione", quest'ultima da intendersi, ovviamente, "amministrativa". Ma la violazione, per il caso che ci occupa, non integra un'ipotesi di condotta illegale amministrativa, ma esclusivamente penale, solo che ad essa si applica anche una sanzione che ha natura amministrativa».

Di conseguenza, alla luce dei principi che governano la sanzione punitiva, si deve ritenere che la confisca, quale sanzione penale, non può più applicarsi ai fatti di reato commessi prima dell'entrata in vigore della l. n. 120⁸⁹⁷, salvo il limite del giudicato (art. 2, comma 4 c.p.) e, quale sanzione amministrativa, non può applicarsi agli illeciti amministrativi commessi prima del momento su indicato (art. 1 l. 24 novembre 1981, n. 689). Da un punto di vista pratico, ciò vuol dire che la confisca prevista dall'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S. non può applicarsi ai fatti commessi anteriormente alla riforma del 2010, salvo sia intervenuto il giudicato; essa può trovare applicazione invece per i fatti commessi successivamente alla riforma.

A una tale conclusione non può obiettarsi che l'art 1 della l. n. 689 si applica solamente in caso di depenalizzazione con contestuale introduzione di nuovo illecito amministrativo. La disposizione afferma il più ampio principio di irretroattività della norma più sfavorevole. Anche a voler ritenere che il disposto faccia riferimento esclusivamente alle norme che introducono nuovi illeciti prima inesistenti, la soluzione prospettata sarebbe imposta dall'art. 25, comma 2 Cost. e dall'art. 7 C.E.D.U., come richiamato dall'art. 117, comma 1 Cost., che impediscono ogni applicazione retroattiva di una norma sfavorevole concernente una sanzione punitiva⁸⁹⁸.

Un'ulteriore questione che si è posta all'indomani della riforma, e che è strettamente legata a quella del diritto intertemporale, riguarda la possibilità di ritenere efficaci i sequestri disposti *ex art.* 321 c.p.p. sotto il vigore della legge precedente.

Una parte della giurisprudenza ha affermato la perdurante efficacia dei suddetti sequestri, fermo restando tuttavia la necessità di valutare la sussistenza dei presupposti per la confisca alla luce del nuovo regime giuridico prodotto dalla riforma del 2010. In altri termini – secondo questa impostazione – la loro perdurante legittimità, non può più essere delibata alla stregua dei previgenti presupposti, ed in particolare alla stregua del disposto dell'art. 321 c.p.p., comma 2, dovendosi invece verificare la sussistenza o meno dei presupposti che legittimano ora la confisca amministrativa⁸⁹⁹. Tale conclusione viene giustificata in base due argomenti tra loro connessi: in primo luogo si muove dal presupposto che la nuova confisca amministrativa si possa applicare anche ai fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 120; in secondo luogo, si sostiene che, in relazione agli atti processuali, il regime intertemporale è governato dal principio del *tempus regit actum*, con la conseguenza che la validità del sequestro va valutata alla stregua della normativa vigente al tempo della sua adozione.

Il suddetto orientamento non pare condivisibile. Invero se si muove

⁸⁹⁷ Il principio di retroattività della legge penale più favorevole è un principio derogabile per oggettive esigenze di rilievo analogo a quello del *favor* per l'imputato. Tuttavia la legge n. 120 non contiene disposizioni di diritto transitorio che prevedano una simile deroga.

⁸⁹⁸ Sostengono la natura irretroattiva del nuovo art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S. GATTA – VIGANO', *op. ult. cit.*.

⁸⁹⁹ Cass. pen., sez. IV, sent. 4 novembre 2010, n. 40523, cit..

dall'idea che la confisca prevista dall'art. 186 C.d.S., per le ragioni prima esposte, non possa trovare più applicazione, né come misura penale, né come misura amministrativa, appare chiaro che il sequestro preventivo, che costituisce misura prodromica alla confisca, non potrà giustificarsi né in base all'art. 321 c.p.p. (inerente al sequestro funzionale alla confisca penale), né in base all'art. 224-ter C.d.S. (che concerne il sequestro funzionale alla nuova confisca amministrativa). Pertanto si deve ritenere che i sequestri preventivamente disposti debbano essere revocati e le cose restituite agli aventi diritto⁹⁰⁰. Possono restare efficaci i sequestri disposti dall'autorità giudiziaria ex art. 321 comma 1 c.p.p., ove ve ne siano i presupposti, i quali potranno condurre a un provvedimento di confisca facoltativa del veicolo in quanto "cosa che servì a commettere il reato" ai sensi dell'art. 240 comma 1 c.p.⁹⁰¹.

Non si pongono particolari problemi in relazione all'individuazione dei soggetti competenti a disporre il sequestro preventivo e la confisca. Per ciò che attiene al primo provvedimento, competente è l'agente o l'organo accertatore della violazione, il quale procede al sequestro ai sensi delle disposizioni dell'articolo 213 C.d.S., in quanto compatibili. In tal caso una copia del verbale di sequestro è trasmessa, unitamente al rapporto, entro dieci giorni, dall'agente o dall'organo accertatore, tramite il proprio comando o ufficio, alla prefettura-ufficio territoriale del Governo del luogo della commessa violazione (art. 224-ter, comma 1).

Per ciò che attiene alla confisca, la competenza appartiene innanzi tutto al Prefetto. In particolare, ai sensi dell'art. 224-ter, comma 2 C.d.S., in caso di condanna penale, il cancelliere del giudice che ha pronunciato la sentenza o il decreto divenuti irrevocabili ai sensi dell'articolo 648 c.p.p., ne trasmette entro quindici giorni copia autentica al Prefetto, affinché disponga la confisca amministrativa ai sensi delle disposizioni dell'articolo 213 del presente codice, in quanto compatibili. Tuttavia la portata applicativa di tale disposizione è fortemente limitata dalla concorrente competenza del giudice penale a disporre la confisca amministrativa. Invero l'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S. prevede che la misura venga sempre disposta con la sentenza penale di condanna, anche se è stata applicata la sospensione condizionale della pena. Si tratta di uno dei molteplici casi in cui la legge attribuisce all'autorità giudiziaria il potere di adottare provvedimenti amministrativi in supplenza della pubblica amministrazione. Non vi sono dubbi circa la possibilità di disporre la misura anche con la sentenza che applica la pena concordata dalle parti, posto che ciò è espressamente previsto dall'art. 186 C.d.S.. Maggiori dubbi esistono circa la possibilità di procedere all'applicazione della confisca in caso di decreto penale di condanna. Sul punto il legislatore nulla dispone in merito. Essendo tuttavia la competenza del giudice penale eccezionale rispetto a quella del Prefetto e considerato che l'art. 224-ter C.d.S. afferma che a quest'ultimo

⁹⁰⁰ Conformi D'AURIA, *Le modifiche apportate alla materia della circolazione stradale*, cit., p.1281; GATTA – VIGANO', *op. ult. cit.*.

⁹⁰¹ GATTA – VIGANO', *ibidem*.

organo vanno comunicati i *decreti* e le sentenze emesse dall'autorità giudiziaria affinché disponga la confisca, si deve ritenere che, in caso di decreto penale di condanna, la competenza a disporre la confisca appartenga al Prefetto e non anche all'autorità giudiziaria⁹⁰².

Infine non si pongono particolari problemi in relazione alla regolazione dei rapporti tra le cause estintive del reato e della pena (criminale) e la confisca. Sul punto interviene l'art. 224-ter, comma 5 C.d.S., il quale si pone in linea di coerenza con i principi generali. Si prevede che, laddove l'estinzione del reato dipenda dalla morte del reo, si estingue altresì la sanzione amministrativa accessoria; nel caso in cui l'estinzione del reato dipenda da altre cause, la confisca può comunque disporsi, sicché il prefetto deve verificare la sussistenza o meno delle condizioni di legge per l'applicazione di essa e procedere ai sensi degli articoli 213 e 214, in quanto compatibili. In coerenza con l'autonomia tra la pena criminale e quella amministrativa, è previsto che l'estinzione della pena successiva alla sentenza irrevocabile di condanna non ha effetto sull'applicazione della sanzione amministrativa accessoria.

5.3. Il limite alla confisca del veicolo: l'appartenenza del bene al terzo estraneo al reato. Il problema della confiscabilità del veicolo detenuto a titolo di leasing. – La confisca prevista dall'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S. incontra un limite oggettivo: non può colpire veicoli che appartengano a terzi estranei al reato. Si tratta di un limite imposto dalla natura punitiva della misura che può applicarsi solamente all'autore del fatto illecito. Il principio di personalità della responsabilità non ammette forme di responsabilità indiretta in relazione a fatti sanzionati con misure punitive (art. 27, comma 1 Cost.).

Il terzo deve essere innanzi tutto “estraneo al reato”. Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza in materia di confisca, l'estraneità è integrata da una pluralità di condizioni: in primo luogo occorre che il soggetto non abbia fornito alcun contributo alla realizzazione del reato, né in via materiale, né in via psichica; in secondo luogo egli non deve aver tratto consapevolmente dal reato alcun tipo di vantaggio diretto o indiretto; infine, egli non deve avere avuto comportamenti negligenti che abbiano favorito l'uso indebito della cosa⁹⁰³.

In ordine al concetto di “appartenenza” l'esigenza che si pone è quella di fornire un'interpretazione che riesca a garantire l'intangibilità della sfera

⁹⁰² FERRINI, *op. ult. cit.*, p. 589.

⁹⁰³ Nell'ambito specifico della guida in stato di ebbrezza, la giurisprudenza prevalente non ritiene 'estraneo' il soggetto che per difetto di vigilanza o per altro comportamento colposo ha agevolato la perpetrazione della fattispecie contravvenzionale, come, ad esempio, il proprietario dell'autovettura che risulti a bordo con il trasgressore. Sul punto si vedano Cass. pen., S.U., sent. 28 aprile 1999, n. 9, Rv. 213511; Cass. pen., sez. VI, sent. 08 luglio 2004, n. 37888, Rv. 229984; Cass. pen., Sez. V, sent. 15 novembre 2007, n. 46824; Cass. pen., sez. III, sent. 27 novembre 2008, n. 2024, Rv. 238590; Cass. pen., Sez. I, sent. 07 luglio 2011, n. 34722, Rv. 251174.

patrimoniale dei terzi estranei al reato. Ciò è imposto dal principio di personalità della responsabilità su menzionato che non ammette l'incidenza di sanzioni punitive su soggetti estranei al fatto illecito. Ciò posto, pare condivisibile la tesi sostenuta dalla giurisprudenza consolidata secondo cui la nozione di appartenenza in materia penale assume una portata più ampia rispetto a quella rilevante in materia civilistica. In particolare nella nozione penalistica di appartenenza rientrano le situazioni giuridiche riconducibili al diritto di proprietà, ai diritti reali di godimento e ai diritti reali di garanzia. L'applicazione della confisca dunque non determina l'estinzione dei diritti reali non dominicali che insistono sul bene espropriato⁹⁰⁴.

Minoritario è rimasto invece l'indirizzo che fa leva su una concezione sostanziale di proprietà, intesa come mera utilizzazione libera, non occasionale e non temporanea del bene. È evidente come una simile soluzione ermeneutica risulti incongrua con la natura punitiva della confisca in materia stradale. Invero la tesi che fa leva sulla concezione sostanziale di proprietà sarebbe inidonea a impedire indebite aggressioni alla sfera patrimoniale dei terzi estranei al reato e ciò frustrerebbe la *ratio* stessa della clausola di salvaguardia di cui all'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S..

In ordine al concetto di appartenenza, si è posta la questione se sia riconducibile o meno al concetto di "appartenenza" la posizione giuridica in cui versa la società che ha conferito a titolo di *leasing* il veicolo all'autore dell'illecito. In altri termini ci si è chiesto se possa essere confiscato il veicolo usato per commettere il reato di cui all'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S., laddove l'autore del fatto detenga il bene a titolo di *leasing*.

Ebbene la questione è stata risolta da una recente pronuncia delle Sezioni unite della Corte di Cassazione che, con argomentazioni del tutto condivisibili, hanno escluso la possibilità di confiscare il veicolo che l'autore del reato detiene a titolo di *leasing*⁹⁰⁵.

La Suprema Corte muove correttamente dall'analisi degli effetti prodotti dall'operazione negoziale denominata *leasing*. Questa consiste in un'operazione di carattere prettamente finanziario in cui un soggetto (utilizzatore), avendo bisogno di un bene, si rivolge a un intermediario finanziario autorizzato (concedente) affinché questo acquisti il bene dal fornitore o lo faccia costruire dal produttore, per poi darlo in godimento temporaneo allo stesso utilizzatore dietro pagamento di un canone periodico. Il *leasing* si struttura in una pluralità di negozi, connessi tra loro sul piano economico: quello tra il concedente e l'utilizzatore e quello tra il concedente e il fornitore. L'operazione peraltro si caratterizza per una serie di aspetti peculiari: in primo luogo nella prassi la scelta del bene e quella del fornitore sono effettuate direttamente dall'utilizzatore; il rischio di perimento del bene ricade sull'utilizzatore,

⁹⁰⁴ *Ex multis*: Cass. pen., sez. II, sent. 14 ottobre 1992, n. 11173, Rv. 193422; Cass. pen., S.U., sent. 18 maggio 1994, n. 9, Rv. 199174; Cass. pen., sez. III, sent. 24 marzo 1998, n. 5542, Rv. 210742; Cass. pen., S.U., sent. 28 aprile 1999, n. 9, Rv. 213511; Cass. pen., Sez. I, sent. 16 giugno 2009, n. 32648, Rv. 244816.

⁹⁰⁵ Cass. pen., S.U., sent. 17 aprile 2012, n. 14484, in www.neldiritto.it (ultimo accesso in data 17 marzo 2017)

il quale è altresì responsabile civilmente per i danni eventualmente cagionati dal bene; l'utilizzatore deve pagare i canoni di locazione a titolo di corrispettivo per il godimento del bene; il contratto di *leasing* inoltre si caratterizza solitamente per una clausola di opzione che consente all'utilizzatore, alla scadenza del contratto, di rinnovare lo stesso, di acquistare la proprietà del bene versando un prezzo prestabilito, di cambiare il bene utilizzato con un altro, di restituire il bene e cessare il rapporto contrattuale con il concedente.

Nell'esperienza giudiziaria si suole distinguere il *leasing* "di godimento" e quello "traslativo". Nel primo assume un rilievo preminente, nella conformazione della causa del contratto, l'interesse dell'utilizzatore a godere del bene per il periodo concordato senza acquisirne la proprietà all'esito del rapporto. Il canone versato in tal caso ha il solo scopo di finanziare la disponibilità del bene. Diversamente il *leasing* traslativo ha lo scopo preminente di consentire all'utilizzatore di acquisire la proprietà del bene, mediante il versamento del prezzo di opzione alla scadenza del rapporto. Correttamente la giurisprudenza ritiene che la causa dell'operazione negoziale in tal caso si avvicina maggiormente a quella della vendita con riserva di proprietà piuttosto che a quella di un'ordinaria locazione.

Sebbene il *leasing* presenti molte peculiarità rispetto a un qualsiasi altro contratto a scopo di godimento, *in primis* l'attribuzione al locatario del rischio di perimento della cosa, un dato resta inconfutabile: in entrambe le tipologie principali del contratto di *leasing*, il trasferimento della proprietà del bene dal concedente all'utilizzatore ha luogo solo con il pagamento dell'ultima rata e del residuo prezzo di acquisto. Un simile dato non può non influenzare la soluzione della questione da cui si è partiti, ossia la possibilità di ritenere, ai fini della confisca, il veicolo detenuto a titolo di *leasing* come bene appartenente alla società concedente e non all'utilizzatore responsabile del fatto illecito.

Invero, poiché l'operazione di *leasing* non importa immediatamente l'attribuzione della proprietà del veicolo all'utilizzatore, laddove il bene sia usato da questo per commettere il reato di cui all'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S., esso risulterà appartenere a soggetto diverso dall'autore dell'illecito, sicché dovrà qualificarsi, ai fini confiscatori, come bene appartenente a un terzo (il concedente). Ne deriva che, ove si accerti che questo sia rimasto estraneo al reato, la misura confiscatoria non potrà trovare applicazione.

In base a tale ragionamento le Sezioni unite hanno correttamente affermato il principio secondo cui «non è confiscabile la vettura condotta in stato di ebbrezza dall'autore del reato, utilizzatore del veicolo in relazione a contratto di *leasing*, se il concedente, proprietario del mezzo, sia estraneo al reato».

La Suprema Corte aggiunge condivisibilmente un'ulteriore considerazione, ispirata all'esigenza di una interpretazione delle disposizioni interne conforme ai principi derivanti dall'ordinamento sovranazionale. Si evidenzia che l'art. 7 C.E.D.U., nella lettura fornita dalla Corte EDU, esige, per punire, la ricorrenza di un legame di natura psichica che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella

condotta del soggetto cui viene applicata una sanzione sostanzialmente penale. Di qui l'impossibilità di applicare una misura punitiva nei confronti di un soggetto che è rimasto estraneo al fatto di reato da altri commesso. E ancora: l'art. 1 Prot. add. C.E.D.U. autorizza una diminuzione patrimoniale di un soggetto solo nel rispetto delle condizioni previste dalla legge. Dunque l'applicazione di una misura comportante un pregiudizio patrimoniale, quale è per l'appunto la confisca, al di fuori delle previsioni normative, configura un'illecita ingerenza nella sfera giuridica ed economica del singolo. Poiché la legge non prevede la possibilità di confiscare beni di soggetti diversi dall'autore dell'illecito, un provvedimento ablatorio emesso contro il terzo estraneo al reato costituirebbe un'illecita ingerenza nella proprietà privata.

In definitiva secondo le Sezioni unite «deve affermarsi l'inapplicabilità di una sanzione penale, configurante una diminuzione patrimoniale del soggetto - privato di un suo bene - al di fuori di una responsabilità penale ed altresì di una specifica previsione legislativa e delle relative condizioni».

6. *La confisca nei reati ambientali.* – Il diritto penale dell'ambiente costituisce attualmente uno dei settori più rilevanti dell'ordinamento punitivo. La protezione dell'ambiente è ormai avvertita dalla coscienza sociale come ineludibile. Invero l'incremento delle attività umane di sfruttamento delle risorse della Terra, il carattere sempre più intensivo delle stesse hanno reso le moderne attività imprenditoriali estremamente rischiose per l'integrità degli ecosistemi, per la conservazione delle specie animali e vegetali. Tutto ciò ha destato nel corso degli ultimi decenni crescenti preoccupazioni sulla qualità della vita e sulla salute dell'umanità. Di qui una sempre maggiore attenzione della Comunità internazionale⁹⁰⁶ e delle comunità statali per la creazione di uno statuto giuridico delle attività economiche che sappia conciliare l'interesse del capitale e della produzione con quello alla preservazione del valore ambientale.

In relazione all'ordinamento giuridico italiano, la tutela dell'ambiente ha

⁹⁰⁶ In ambito internazionale si è assistito a uno straordinario sviluppo della normativa ambientale a partire dagli anni settanta del secolo scorso. Sul punto vanno ricordate importanti dichiarazioni di principi che hanno influenzato in modo decisivo lo sviluppo del diritto internazionale dell'ambiente e le stesse legislazioni statali in materia ambientale. Centrali sono state in questo senso: la Dichiarazione di Stoccolma del 1972, adottata da un'apposita Conferenza dell'ONU sull'ambiente umano; La Carta mondiale della natura, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU nel 1982; la Dichiarazione di Rio del 1992, adottata da un'apposita Conferenza dell'ONU su ambiente e sviluppo; il Protocollo di Kyoto del 1997, con cui molti paesi della Comunità internazionale si sono impegnati a una graduale riduzione dei gas inquinanti secondo il criterio della c.d. responsabilità differenziata; la Dichiarazione di Johannesburg del 2002, adottata da un Summit mondiale sullo sviluppo sostenibile convocato dall'ONU.

Il valore ambientale ha assunto una crescente rilevanza anche nell'ordinamento europeo. Sul punto basti ricordare l'introduzione di una specifica competenza della Comunità europea in materia ambientale con l'Atto unico europeo del 1986; tale competenza è stata poi rafforzata e specificata con i successivi trattati di Maastricht, con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che all'art. 37 impegna gli Stati a garantire un livello adeguato di protezione dell'ambiente.

avuto un importante punto di svolta con la l. 8 luglio 1986, n. 349 che ha istituito il Ministero dell'ambiente, al fine di perseguire «la promozione, la conservazione ed il recupero delle condizioni ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività ed alla qualità della vita, nonché la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale e la difesa delle risorse naturali dall'inquinamento» (art. 1, comma 2). La legislazione ambientale è stata oggetto di ripetuti interventi normativi che nel tempo hanno prodotto una disciplina confusa, a tratti incoerente e di scarsa efficacia pratica. Al fine di conferire una maggiore chiarezza al dato normativo e nell'ottica di una complessiva riforma della materia dettata anche dall'esigenza di rendere la legislazione italiana conforme ai vincoli derivanti da varie direttive europee⁹⁰⁷, è stato adottato il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, comunemente definito “Codice dell'ambiente”. Va subito rilevato che la denominazione di “codice” è stata ritenuta dalla dottrina del tutto inappropriata, difettando il predetto decreto dei caratteri essenziali della codificazione, come quelli della omogeneità, della completezza, della sinergia sistematica tra le varie parti che lo compongono⁹⁰⁸. Per tale ragione secondo l'opinione prevalente è preferibile denominare il decreto in esame come “Testo unico in materia ambientale” (di seguito t.u.a.).

Il testo è stato oggetto di ripetuti interventi correttivi negli anni immediatamente successivi alla sua entrata in vigore. Il più rilevante è stato quello apportato con il d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, che ha rimosso le incongruenze più gravi che erano emerse nella prassi applicativa, cercando altresì di allineare la disciplina contenuta nel testo unico alla normativa eurounitaria.

Per quanto attiene specificamente ai profili sanzionatori della normativa ambientale⁹⁰⁹, occorre evidenziare che il t.u.a. contiene molte fattispecie incriminatrici volte a reprimere condotte variamente collegate con il fenomeno dell'inquinamento ambientale. Si tratta prevalentemente di condotte poste in violazione della normativa di settore o che si risolvono in mancati adempimenti degli

⁹⁰⁷ Particolare rilievo assume al riguardo la direttiva 2004/35 dell'UE, finalizzata all'introduzione di taluni principi fondamentali della materia ambientale, tra cui vanno ricordati il principio di prevenzione, quello di precauzione, quello “chi inquina paga”, quello dello sviluppo sostenibile.

⁹⁰⁸ G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, p. 48.

⁹⁰⁹ Sul punto la bibliografia è ampia. Ci si limita in questa sede a ricordare i contributi più rilevanti: BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, anti-giuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008; CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura 'sanzionatoria'*, Padova, 1996; ID., *I reati ambientali e il principio di offensività*, in M. CATENACCI – G. MARCONI (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009; DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Milano, 2012; ID., *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Roma, 2017; FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2011; GERMANO' – BASILE – BRUNO – BENOZZO, *Commento al codice dell'ambiente*, Torino, 2013; GIUNTA, *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 2, Milano, 2008, p. 1153; LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano, 2004; P. PATRONO, *Il diritto penale dell'ambiente. Rilevi critici di politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 1147 ss.; L. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2009; RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2013; ID., *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015; L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, 2007.

obblighi di documentazione previsti dalla normativa ambientale.

La scarsa incisività delle fattispecie previste dal t.u.a. (prevalentemente contravvenzioni) e l'assenza di una repressione adeguata dei casi più gravi di inquinamento ambientale e di disastro ambientale hanno indotto il legislatore a intervenire nuovamente sulla materia con la l. 22 maggio 2015, n. 68, la quale, da un lato, ha introdotto nel corpo del codice penale un nuovo titolo concernente i delitti contro l'ambiente (Titolo VI-*bis*), dall'altro lato ha novellato il t.u.a., introducendo una serie di istituti premiali ispirati all'esigenza di incentivare le condotte riparatorie del danno ambientale cagionato.

La tutela penale dell'ambiente risulta attualmente strutturata su due diversi livelli di intervento repressivo: la disciplina del codice penale mira a reprimere i fatti più gravi che importano una compromissione più o meno grave dell'ambiente; la disciplina del t.u.a. invece assume una connotazione marcatamente anticipatoria della soglia della punibilità, essendo volta a reprimere le condotte prodromiche a quelle costituenti le più gravi fattispecie delittuose.

In questo contesto normativo un ruolo particolarmente rilevante è assegnato alla confisca. Nella normativa ambientale tale misura si conferma come irrinunciabile strumento di contrasto alla criminalità del profitto. Invero l'analisi della criminalità ambientale ha posto in rilievo come l'attività imprenditoriale venga spesso esercitata in totale spregio delle cautele ambientali, al fine di massimizzare i profitti e ottenere un indebito vantaggio concorrenziale rispetto ai concorrenti. Di qui la creazione all'interno delle odierne realtà aziendali di veri e propri apparati funzionali all'eliminazione abusiva dei rifiuti prodotti dall'attività economica esercitata. Inoltre non bisogna dimenticare che quella della raccolta e smaltimento abusivo dei rifiuti è divenuta una delle attività principali da cui le associazioni mafiose traggono ingenti profitti per il loro sostentamento e potenziamento sul territorio.

Lo strumento della confisca consente dunque nella materia ambientale di perseguire un duplice obiettivo in un'ottica di prevenzione generale delle attività inquinanti: da un lato, essa consente di sottrarre agli autori dei reati ambientali i profitti da questi scaturiti, frustrando il movente economico che continuamente alimenta la loro perpetrazione; dall'altro lato, essa permette di sottrarre ai gruppi criminali il complesso degli strumenti che sono destinati alla commissione dei reati ambientali.

Alla prima esigenza risponde prevalentemente la confisca prevista dall'art. 452-*undecies* c.p.. Alla seconda esigenza rispondono invece le confische previste dal t.u.a. agli artt. 256, 256-*bis*, 259, 260, 260-*ter*.

È opportuno analizzare separatamente le ipotesi di confisca previste dal t.u.a. e quella prevista dal codice penale.

6.1. Le confische previste dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. – Il t.u.a. non

prevede numerose ipotesi di confisca, tanto da spingere qualche autore a registrare un'insolita moderazione del legislatore nell'utilizzo dello strumento confiscatorio⁹¹⁰.

Da una rapida analisi delle disposizioni del t.u.a. emerge invero che alla confisca fanno riferimento esclusivamente talune disposizioni contenute nella Parte IV, avente ad oggetto la gestione dei rifiuti e la bonifica dei siti inquinati. Al contrario non si fa alcun cenno alla misura nelle altre parti del t.u.a. e, in particolare, né nella Parte III, inerente alla difesa del suolo e alla lotta alla desertificazione, alla tutela delle acque dall'inquinamento e alla gestione delle risorse idriche, né nella Parte V in materia di tutela dell'aria e di riduzione delle emissioni in atmosfera. In tali casi la confisca potrà disporsi solo al ricorrere delle condizioni poste dall'art. 240 c.p., applicabile a qualsiasi fattispecie di reato.

Ciò posto, una prima fondamentale ipotesi di confisca è prevista dall'art. 256, comma 3 t.u.a.. Tale disposizione punisce a titolo di contravvenzione chiunque realizza o gestisce una discarica non autorizzata. Si afferma nell'ultimo periodo del disposto che «Alla sentenza di condanna o alla sentenza emessa ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, consegue la confisca dell'area sulla quale è realizzata la discarica abusiva se di proprietà dell'autore o del compartecipe al reato, fatti salvi gli obblighi di bonifica o di ripristino dello stato dei luoghi».

La misura in esame presenta i seguenti caratteri:

a) si tratta di una confisca obbligatoria che il giudice deve sempre disporre in caso di condanna per la contravvenzione di realizzazione o gestione di discarica abusiva. Dunque nessuna discrezionalità viene riconosciuta all'organo giudicante in relazione all'adozione del provvedimento. Il significato di tale obbligatorietà muta in ragione della natura giuridica che alla misura viene assegnato e di cui si tratterà a breve.

b) la confisca ha ad oggetto l'area su cui è stata costituita la discarica abusiva. Nella fattispecie prevista dall'art. 256, comma 3 t.u.a. l'area rappresenta senza dubbio il bene utilizzato per la realizzazione del reato, ossia lo strumento per la sua perpetrazione. Al contrario si deve escludere che essa possa rappresentare una cosa intrinsecamente illecita. Invero come ha sottolineato a più riprese la Corte di Cassazione «un'area adibita a discarica abusiva non rientra certamente tra le ipotesi di cui all'art. 240 c.p., comma 2, sia perché la realizzazione e la gestione di una discarica, se debitamente autorizzata, è lecita, quanto per il fatto che la disposizione che la prevede consente la soggezione a confisca obbligatoria solo se l'area appartiene all'autore o al compartecipe al reato»⁹¹¹ e ciò sarebbe distonico con il principio generale della confiscabilità delle cose intrinsecamente illecite anche se appartenenti a soggetti estranei al reato.

⁹¹⁰ DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 304, il quale sottolinea come questo uso limitato della confisca sia in distonia con le scelte operate dal legislatore in altri settori della criminalità economica.

⁹¹¹ Cass. pen., sez. III, sent. 13 settembre 2013, n. 37458, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 20 marzo 2017).

c) La misura viene disposta con la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti. Dunque la confisca esige un provvedimento di condanna in sede penale, non rileva se questa intervenga a seguito di un ordinario dibattimento o di un patteggiamento.

Si è discusso se la misura possa essere applicata anche laddove la condanna venga pronunciata mediante un decreto penale di condanna. Se si valorizza il dato letterale, la risposta sembra essere negativa, posto che la disposizione fa riferimento alla «sentenza» di condanna. Tuttavia la questione è strettamente correlata alla natura giuridica della misura, sicché verrà trattata più approfonditamente in seguito. Vale la pena ricordare che sempre dalla natura giuridica che si intende riconoscere alla confisca in esame (pena o misura di sicurezza) dipende la possibilità di applicare il principio giurisprudenziale che consente di ordinare l'ablazione patrimoniale anche in caso di condanna "sostanziale", ossia in caso di accertamento della responsabilità penale dell'imputato a fronte dell'intervenuta estinzione del reato. Anche dei rapporti tra l'estinzione del reato e la confisca in esame si tratterà meglio in seguito.

d) La confisca non esclude gli obblighi di bonifica e di ripristino dello stato dei luoghi, come espressamente prevede l'art. 256, comma 3 t.u.a.. Di conseguenza, in caso di condanna, il reo dovrà procedere a sue spese alle suddette opere di ripristino e di bonifica e solo successivamente si avrà l'acquisizione dell'area al patrimonio dello Stato. Ciò consente di conciliare la destinazione al patrimonio pubblico del bene espropriato e l'esigenza di rimuovere ogni effetto negativo connesso all'attività illecita. Gli obblighi anzidetti, in quanto mirano alla ricostituzione dello stato dei luoghi anteriore all'illecito si configurano come vere e proprie sanzioni esecutive conseguenti al reato di cui all'art. 256, comma 3 t.u.a..

Individuati i tratti essenziali della misura, è possibile a questo punto affrontare la questione della relativa natura giuridica. Sul punto occorre precisare che l'art. 256, comma 3 t.u.a. non contiene riferimenti all'art. 240 c.p.. Dunque il tema va affrontato valorizzando principalmente il profilo funzionale della misura.

Secondo una prima impostazione la confisca in esame costituirebbe una misura di sicurezza patrimoniale. Ciò in quanto lo scopo dell'ablazione sarebbe quello di sottrarre l'area utilizzata come strumento del reato alla disponibilità del reo, in questo modo impedendo che essa offra ulteriori occasioni per delinquere⁹¹². In

⁹¹² Accoglie questa impostazione Cass. pen., sez. III, sent. 19 ottobre 2010, n. 37199, in www.ambientediritto.it (ultimo accesso in data 20 marzo 2017), che afferma, in relazione alla confisca di un immobile in comproprietà tra più soggetti «la confisca non può essere disposta nei confronti di quei comproprietari che non siano responsabili, quanto meno a titolo di concorso, del reato di discarica abusiva, non potendo applicarsi la misura di sicurezza, ablativa della proprietà, in danno di persone che non hanno commesso alcun illecito penalmente rilevante e non avendo l'area medesima natura intrinsecamente criminosa (...). La restituzione dell'intero bene, però, ad uno o più titolari della comproprietà indivisa rimasti estranei al reato, consentirebbe anche al proprietario condannato di riacquistare la piena disponibilità dell'immobile, con evidente elusione della "ratio" della norma, che

altri termini secondo questa tesi la disponibilità dell'area sarebbe un incentivo alla reiterazione del reato e, di conseguenza, verrebbe sottratta al reo in chiave preventiva. L'utilità della previsione di cui all'art. 256, comma 3 t.u.a. risiederebbe nella deroga apportata al carattere facoltativo della confisca dello strumento del reato che deriverebbe dall'art. 240, comma 1 c.p..

Una tale lettura di certo non può ritenersi assolutamente insostenibile, posto che l'ablazione dello strumento del reato, quale mezzo di prevenzione del crimine, costituisce un'ipotesi tradizionale di confisca dell'ordinamento italiano. Sennonché l'adesione alla tesi della prevenzione comporta un sospetto di irragionevolezza della norma in esame. Ciò in virtù del carattere obbligatorio della confisca che si giustifica per una sorta di presunzione assoluta di pericolosità dell'area su cui è stata costruita la discarica abusiva. Tuttavia una simile presunzione si presenta senz'altro irragionevole sulla base di due ordini di considerazioni. In primo luogo non sempre la disponibilità dell'area adibita a discarica abusiva costituisce incentivo alla reiterazione del reato, potendo ben concepirsi situazioni in cui una tale valenza non possa riscontrarsi nella suddetta cosa. Non casualmente l'art. 240 c.p. stabilisce il carattere facoltativo della confisca dello strumento del reato. Ebbene come insegna la Corte Costituzionale «le presunzioni assolute, specie quando limitano diritti fondamentali della persona, violano il principio di eguaglianza se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*: evenienza che si riscontra segnatamente allorché sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»⁹¹³. Ciò conduce a ritenere irragionevole una presunzione assoluta di pericolosità connessa al mantenimento della disponibilità dell'area su cui è stata costruita la discarica abusiva, essendo appunto possibile concepire accadimenti reali contrari alla generalizzazione statistica posta a fondamento della presunzione stessa.

Ciò risulta confermato dal secondo argomento a sostegno della critica che si sta esponendo. L'area viene confiscata quando sono conclusi i lavori di bonifica e di ripristino dello stato dei luoghi. Dunque la coercizione reale riguarda un immobile non più idoneo a proseguire l'attività di gestione abusiva di discarica. Ciò conferma l'irragionevolezza della presunzione assoluta di pericolosità che si pone a fondamento della tesi che riconosce natura preventiva alla confisca di cui all'art. 256, comma 3 t.u.a..

va individuata nell'opposta esigenza di evitare che l'area interessata rimanga nella disponibilità del proprietario il quale la abbia già utilizzata come strumento del reato. Affinché, pertanto, il diritto del terzo estraneo al reato non venga sacrificato, la quota di spettanza di esso estraneo potrà essergli restituita come proprietà singolare sulla quale il reo non abbia diritto di disporre (...). In conclusione, allorché venisse ravvisata - nel giudizio di rinvio - la corresponsabilità di tutti i comproprietari, dovrà essere disposta la confisca dell'intera area; mentre, in caso di responsabilità limitata ad alcuni soltanto dei comproprietari, la confisca medesima dovrà essere limitata alle sole quote dei soggetti condannati, demandandosi alla fase esecutiva la individuazione concreta di tale quota».

⁹¹³ Corte cost., sent. 25 febbraio 2015, n. 48, in www.giurcost.org (ultimo accesso in data 20 marzo 2017).

Per tali ragioni appare preferibile il diverso orientamento – sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti – che afferma la natura sanzionatoria della misura. In particolare essa costituisce – secondo questa lettura – una vera e propria pena accessoria a quelle principali dell’arresto e dell’ammenda⁹¹⁴. In particolare ha evidenziato la giurisprudenza che la confisca in esame assume «chiaramente una funzione sanzionatoria, perché è una forma di rappresaglia legale nei confronti dell’autore del reato e mira a colpirlo nei suoi beni». Dunque la coercizione reale nell’ipotesi in esame ha una finalità dissuasiva e repressiva e non di neutralizzazione della pericolosità sociale del colpevole⁹¹⁵.

Dalla natura di sanzione punitiva deriva che la confisca in esame soggiace allo statuto generale della pena e, in particolare, alla regola della responsabilità diretta e colpevole. Inoltre il riconoscimento della natura punitiva della misura consente altresì di risolvere le questioni a cui si è fatto cenno in precedenza:

a) innanzi tutto la confisca può scaturire solo dall’accertamento della responsabilità penale dell’imputato, suggellata da una formale sentenza di condanna emessa all’esito di apposito procedimento penale. In ordine alla possibilità di disporre la misura anche con il decreto penale di condanna, è preferibile l’opinione che afferma la soluzione negativa. Ciò alla luce di una pluralità di argomenti: in primo luogo perché l’art. 460, comma 2 c.p.p. prevedendo che con il decreto di condanna il giudice ordina la confisca «nei casi previsti dall’art. 240, comma del codice penale», alluderebbe chiaramente ai casi in cui la misura ablatoria assuma la natura di misura di sicurezza patrimoniale, di guisa che rimarrebbero esclusi dall’ambito applicativo del suddetto disposto i casi in cui la confisca si configuri come sanzione punitiva; in secondo luogo, perché l’art. 256, comma 3 t.u.a., mediante l’utilizzo del termine “condanna”, non descrive il contenuto della decisione, ma si riferisce esplicitamente alla sua struttura, specificando che si deve trattare di “sentenza di condanna o di patteggiamento”, sicché esso non potrebbe riferirsi alla condanna disposta mediante decreto penale; infine, poiché il decreto penale di condanna importa una forte mitigazione del trattamento sanzionatorio, l’applicazione della confisca in simili situazioni risulterebbe irrazionale, in quanto si unirebbe una pena principale lieve a una misura estremamente radicale come la confisca⁹¹⁶.

⁹¹⁴ Per tutti si veda: DE SANTIS, *op. ult. cit.*, p. 305.

⁹¹⁵ Cass. pen., sez. III, sent. 14 ottobre 2016, n. 43547, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 20 marzo 2017); Cass. pen., sez. III, sent. 14 marzo 2014, n. 12230, *ivi*, in cui si afferma che «La misura ablativa trova infatti fondamento non sulla pericolosità intrinseca della cosa, ma sulla base della funzione dissuasiva e general-preventiva attribuitale dal legislatore».

⁹¹⁶ Cass. pen., sez. III, sent. 14 ottobre 2016, n. 43547, *cit.*, ove la Suprema Corte, dopo aver riconosciuto la natura punitiva della misura evidenzia che «In questa ottica è ben comprensibile che il legislatore voglia specificare, con una valutazione legale tipica, i casi in cui tale sanzione aggiuntiva, a volte molto più pesante della sanzione penale principale, debba obbligatoriamente intervenire. Ed è plausibile che il legislatore abbia voluto escluderla nei casi di decreto penale, tipicamente meno gravi».

b) In caso di estinzione del reato, si discute se la confisca possa comunque trovare applicazione. Muovendo dalla natura punitiva della misura, la giurisprudenza esclude una siffatta possibilità, in quanto la confisca viene disposta, ai sensi dell'art. 256, comma 3 t.u.a. con la sentenza di condanna, sicché non sarebbe possibile applicarla con una sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato⁹¹⁷.

La tesi anzidetta è di certo condivisibile, ma con una precisazione. Come è stato illustrato nei capitoli precedenti⁹¹⁸, l'incidenza delle cause estintive del reato sulla confisca avente funzione punitiva dipende essenzialmente dalla natura penale o amministrativa della stessa. Nel caso in cui si riconoscesse natura amministrativa alla confisca si potrebbe giungere ad ammettere l'applicazione della misura anche nel caso in cui intervenga nel corso del processo l'estinzione del reato. Ebbene nel caso delineato dall'art. 256, comma 3 t.u.a. non sembra potersi riscontrare la natura amministrativa della misura. Invero non emergono chiari indici normativi della volontà del legislatore di sottoporre la misura alla disciplina delle sanzioni extrapenali, sottraendola dal suo settore "ordinario", quale è quello criminale. Pertanto il giudice, in caso di estinzione del reato, non potrà in alcun caso applicare la confisca dell'area su cui è stata costituita la discarica abusiva.

c) La confisca in esame, in quanto costituisce una sanzione punitiva, non può essere applicata nei confronti dei terzi estranei al reato. Pertanto essa non può mai colpire le aree che appartengono a tali soggetti. Ciò risulta confermato anche dallo stesso art. 256, comma 3 t.u.a. che, ribadendo il principio generale, statuisce che l'ablazione patrimoniale può concernere solamente le aree «di proprietà dell'autore o del compartecipe al reato».

Dunque l'area appartenente al terzo estraneo al reato non può essere confiscata. Sul concetto di appartenenza si possono riprendere le considerazioni effettuate dalla giurisprudenza su altri casi di confisca punitiva. Pertanto l'appartenenza si potrà riscontrare in ogni caso in cui sull'area il terzo risulti titolare di un diritto reale di proprietà, di godimento o di garanzia.

Si ricordi che il terzo può dirsi estraneo al reato solamente nei limiti in cui non abbia contribuito in alcun modo a esso, né abbia conseguito alcun profitto dall'illecito, e risulti la sua buona fede, ovvero che l'uso illecito della *res* gli era ignoto e non è collegabile ad un suo comportamento colpevole o negligente. A tal fine grava sul terzo che invochi la restituzione delle cose sequestrate qualificandosi come proprietario o titolare di altro diritto reale l'onere di provare i fatti costitutivi

⁹¹⁷ Cass. pen., sez. III, sent. 24 giugno 2016, n. 26428, in www.ambientediritto.it (ultimo accesso in data 20 marzo 2017), ove si afferma che anche volendo ricondurre la confisca all'art. 240, comma 2 c.p. l'estinzione del reato precluderebbe l'ablazione patrimoniale. Invero «un'area adibita a discarica abusiva non rientra certamente tra le ipotesi di cui all'art. 240, comma 2, cod. pen., sia perché la realizzazione e la gestione di una discarica, se debitamente autorizzata, è lecita, sia perché la disposizione che la prevede consente la soggezione a confisca obbligatoria solo se l'area appartenga all'autore o al compartecipe al reato».

⁹¹⁸ Cap. III, par. 2.2.1.

della sua pretesa e, in particolare, oltre alla titolarità del diritto vantato, anche l'estraneità al reato e la sua buona fede⁹¹⁹.

Ulteriore ipotesi di confisca è quella prevista dall'art. 259, comma 2 t.u.a.. In base a tale disposizione «Alla sentenza di condanna, o a quella emessa ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i reati relativi al traffico illecito di cui al comma 1 o al trasporto illecito di cui agli articoli 256 e 258, comma 4, consegue obbligatoriamente la confisca del mezzo di trasporto». Dunque in base a tale previsione la confisca del mezzo di trasporto consegue alla condanna per i reati di traffico illecito di rifiuti (art. 259, comma 1 t.u.a.), di trasporto di rifiuti in mancanza delle prescritte autorizzazioni, iscrizioni o comunicazioni (art. 256, comma 1 t.u.a.) o con uso di certificati falsi di analisi di rifiuti (art. 258, comma 4 t.u.a.).

Le ipotesi suddette di confisca ripetono lo schema di cui all'art. 256, comma 3 t.u.a., sicché si possono riprendere le considerazioni svolte nell'analisi di quest'ultima disposizione. Invero occorre ricordare che anche con riferimento alla confisca prevista dall'art. 259, comma 2 t.u.a. la giurisprudenza prevalente sostiene la natura punitiva della misura, evidenziando come la stessa costituisca – al pari di quella prevista dall'art. 256 t.u.a. – «una forma di rappresaglia legale», con finalità repressiva e dissuasiva⁹²⁰. Alla luce dei suddetti rilievi, si può dunque ritenere che le confische in esame non possono disporsi con decreto penale di condanna, sono precluse in caso di estinzione del reato attesa la loro natura penale e non possono colpire i beni appartenenti a terzi estranei al reato. In ordine a quest'ultimo punto, l'art. 259, comma 2 t.u.a. non prevede alcuna limitazione della coercizione reale ai soli beni di proprietà del colpevole; tuttavia l'intangibilità della sfera patrimoniale dei terzi è imposta dal principio costituzionale che vieta di applicare sanzioni punitive in conseguenza di una responsabilità per fatto altrui (art. 27, comma Cost).

Le medesime conclusioni possono accogliersi in relazione alle ipotesi di confisca previste dall'art. 256-*bis*, comma 5 t.u.a..

Tale disposizione prevede innanzi tutto la confisca, «ai sensi dell'articolo 259, comma 2», dei mezzi utilizzati per il trasporto di rifiuti oggetto del reato di combustione illecita (art. 256-*bis*, comma 1 t.u.a.), inceneriti in aree o in impianti non autorizzati, salvo che il mezzo appartenga a persona estranea al reato e che non si configuri concorso di persona nella commissione del medesimo. In tal caso ricorre un altro caso di ablazione obbligatoria dello strumento del reato, avente una funzione prettamente punitiva. La disposizione richiama esplicitamente la confisca prevista dall'art. 259, comma 2 t.u.a. e si deve ritenere che il rinvio sia effettuato in funzione di disciplina. Pertanto le regole e i principi che governano la suddetta ipotesi

⁹¹⁹ Cass. pen., sez. III, sent. 30 dicembre 2016, n. 55286, in www.Cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 20 marzo 2017); Cass. pen., sez. III, sent. 16 gennaio 2015, n. 18515, *ivi*.

⁹²⁰ Cass. pen., sez. III, sent. 14 ottobre 2016, n. 43547, *cit.*.

confiscatoria devono ritenersi estendibili anche alla misura di cui all'art. 256-*bis*, comma 5 t.u.a..

Inoltre tale disposizione prevede anche l'espropriazione dell'area su cui è stato commesso il reato di combustione illecita di rifiuti. In particolare è stabilito che «Alla sentenza di condanna o alla sentenza emessa ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale consegue la confisca dell'area sulla quale è commesso il reato, se di proprietà dell'autore o del concorrente nel reato, fatti salvi gli obblighi di bonifica e ripristino dello stato dei luoghi». Sebbene non ci sia un chiaro riferimento alla natura obbligatoria della confisca, a differenza di quanto accade nelle altre ipotesi previste dal testo unico, si deve ritenere che la misura non abbia carattere facoltativo come conferma il dato testuale – l'uso del verbo “consegue” fa evincere la stretta correlazione tra la condanna penale e l'ablazione patrimoniale – e la natura punitiva del provvedimento. Anche questa ipotesi confiscatoria assume una funzione propriamente punitiva per ragioni analoghe a quelle che hanno condotto al riconoscimento della natura di pena alla confisca prevista dall'art. 256, comma 3 t.u.a.. Di conseguenza i rilievi e i principi affermati per quest'ultima misura ablatoria possono estendersi anche all'ipotesi sancita dall'art. 256-*bis*, comma 5, ultimo periodo t.u.a..

Infine, ulteriori ipotesi di confisca sono previste dall'art. 260-*ter* t.u.a. che al comma 4 prevede che «In caso di trasporto non autorizzato di rifiuti pericolosi, è sempre disposta la confisca del veicolo e di qualunque altro mezzo utilizzato per il trasporto del rifiuto, ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale, salvo che gli stessi appartengano, non fittiziamente a persona estranea al reato»; inoltre il comma 5 del medesimo articolo specifica che la misura consegue «obbligatoriamente anche all'accertamento delle violazioni di cui al comma 1 dell'articolo 256».

L'art. 260-*ter* t.u.a. è stato ritenuto da larga parte della dottrina di scarso impatto applicativo in relazione alla confisca⁹²¹. Si tratta di rilievo certamente condivisibile. Invero l'ablazione del veicolo utilizzato per commettere il reato di trasporto non autorizzato di rifiuti già sarebbe irrogabile in base all'art. 256, comma 3 t.u.a., sicché risulta difficilmente comprensibile la ragione che ha spinto il legislatore a ribadire la medesima regola nell'art. 260-*ter*, comma 4 t.u.a.. Si tratta evidentemente di una inutile duplicazione normativa. Né appare innovativo il riferimento che la disposizione effettua all'art. 240, comma 2 c.p.: anche volendo ritenere che il legislatore abbia voluto in tal modo optare per la natura preventiva della misura, resterebbero fermi i dubbi di irragionevolezza connessi al carattere obbligatorio della confisca, sicché un'interpretazione costituzionalmente conforme imporrebbe di qualificare il suddetto rinvio come una mera affermazione del carattere non facoltativo della misura. Dunque il riferimento all'art. 240, comma 2 c.p. non potrebbe condurre a un ripensamento in ordine alla natura punitiva della

⁹²¹ FIMIANI, *op. ult. cit.*, p. 348.

confisca del veicolo. Occorre rilevare che il comma 4 dell'art. 260-ter t.u.a. fa salvi i diritti dei terzi estranei al reato se il veicolo appartiene a essi «non fittiziamente». La disposizione autorizza dunque l'organo giudicante a disporre l'ablazione patrimoniale anche di beni formalmente intestati a terzi, laddove si provi la natura fittizia dell'intestazione. E in ciò sembra risiedere l'unico suo profilo di originalità. Il carattere fittizio dell'intestazione può intendersi in un duplice modo: in un primo verso esso indicherebbe l'intestazione che derivi da una simulazione negoziale o da altri strumenti che consentono sul piano civilistico l'interposizione fittizia di una parte negoziale; in una seconda accezione esso farebbe riferimento ai casi in cui il terzo abbia la mera titolarità formale della cosa, avendo invece il reo la disponibilità effettiva della stessa. Data la natura punitiva della confisca in esame e considerata l'esigenza di evitare l'irrogazione di pene nei confronti di innocenti, appare preferibile accogliere la prima impostazione, la quale presenta maggiore certezza applicativa e maggiore attitudine a preservare la sfera patrimoniale dei terzi da indebite aggressioni esterne.

Quanto alla disposizione dell'art. 260-ter, comma 5 t.u.a. essa non sembra arrecare novità rilevanti rispetto al quadro scolpito dalle altre disposizioni a cui si è fatto in precedenza riferimento. Invero la confisca del veicolo in caso di condanna per il reato di gestione di rifiuti non autorizzata, ove questa consista ovviamente nel trasporto illecito del rifiuto, è già irrogabile in virtù dell'art. 259, comma 2 t.u.a.. Di conseguenza la previsione dell'art. 260-ter, comma 5 non sembra avere particolare importanza sul piano applicativo.

Infine, un'ulteriore caso di confisca è stato introdotto dall'art. 1 della l. 22 maggio 2015, n. 68, che ha aggiunto all'art. 260 t.u.a. il comma 4-bis. Si prevede che in relazione al delitto previsto dal comma primo del medesimo articolo (consistente nel compimento di varie attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti), è «sempre ordinata la confisca delle cose che servirono a commettere il reato o che costituiscono il prodotto o il profitto del reato, salvo che appartengano a persone estranee al reato. Quando essa non sia possibile, il giudice individua beni di valore equivalente di cui il condannato abbia anche indirettamente o per interposta persona la disponibilità e ne ordina la confisca».

Si tratta di un'ipotesi che riprende la vocazione tradizionale della confisca, ossia quella di impedire che il crimine paghi. Colpendo i proventi del reato, la misura mira a rimuovere i vantaggi patrimoniali prodotti dall'illecito, così frustrando il movente economico che ha alimentato la condotta criminosa.

Lo schema della misura sembra essere quello già sperimentato dal legislatore in altri e numerosi ambiti: si dispone la confisca diretta degli strumenti del reato ovvero del prodotto o del profitto di esso, quali beni aventi una diretta e immediata connessione causale con il reato; ove tale misura sia impossibile da eseguire per mancato rinvenimento degli specifici cespiti nel patrimonio del colpevole, allora il giudice può disporre la confisca di altri beni per un valore pari a

quelli costituenti gli strumenti o il prodotto o il profitto del reato.

L'art. 260 t.u.a. prevede pertanto un'ipotesi di confisca diretta che assume la natura giuridica di una vera e propria misura di sicurezza patrimoniale ai sensi dell'art. 240 c.p.. Troverà applicazione lo statuto generale della confisca di sicurezza di cui all'art. 236 c.p.. L'unica peculiarità da segnalare è che la confisca prevista dall'art. 260, comma 4-*bis* t.u.a., pur concernendo gli strumenti del reato ovvero il prodotto e il profitto di esso, è di natura obbligatoria, sicché consegue necessariamente alla condanna in sede penale. In tal senso l'art. 260 t.u.a. costituisce una deroga all'art. 240, comma 1 c.p. che invece afferma la natura facoltativa della confisca dei beni anzidetti.

Laddove la confisca diretta risulti impossibile, si deve procedere alla confisca per equivalente, colpendo beni diversi per un valore pari a quello del prodotto e del profitto accertati o degli strumenti dell'illecito. Si tratta di una comune confisca di valore, analoga a quelle previste da numerose norme penali speciali (si pensi a quella di cui all'art. 322-*ter* c.p.), sicché si possono riprendere le osservazioni svolte in sede di analisi di tale misura ablatoria⁹²². In particolare si tratta di una misura sanzionatoria che, a seconda del suo oggetto, assume una funzione esecutiva (nel caso del profitto del reato) o punitiva (nel caso del prodotto e degli strumenti del reato).

6.2. La confisca prevista dall'art. 452-undecies c.p.. Il problema della natura giuridica. – Con la l. 22 maggio 2015, n. 68 è stato introdotto un nuovo titolo nel Libro II del codice penale – il Titolo VI-*bis* – che contiene una serie di fattispecie incriminatrici volte a reprimere le forme più gravi di aggressione all'ambiente⁹²³.

Nell'ambito della nuova normativa assume particolare rilievo l'art. 452-*undecies* c.p. con cui è stata introdotta una nuova ipotesi di confisca penale. In base al comma primo del suddetto articolo in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i delitti previsti dagli articoli 452-*bis* (inquinamento ambientale), 452-*quater* (disastro ambientale), 452-*sexies* (traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività), 452-*septies* (impedimento del controllo) e 452-*octies* (Circostanze aggravanti) c.p., «è sempre ordinata la confisca delle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato o che servono a commettere il reato, salvo che

⁹²² *Supra* Cap. VI.

⁹²³ Sul punto BERNASCONI, *L'ampio spettro di modifiche introdotte dalla L. n. 68/2015 ("Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente): i riflessi su eterogenei profili di disciplina*, in www.la legislazione penale.eu (ultimo accesso in data 21 marzo 2017); MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 21 marzo 2017); PADOVANI, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *Guida dir.*, 2015, P. 32 ss.; PIERDONATI, *Confisca e delitti ambientali*, in *Dir. pen. proc.*, n.1, 2017, p. 91 ss.; RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit.. Si consulti inoltre la relazione dell'Ufficio del Massimario – Settore penale: Rel. n.III/04/2015, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 21 marzo 2017).

appartengano a persone estranee al reato». Inoltre il secondo comma autorizza il giudice a disporre anche la confisca per equivalente, ove risulti impossibile quella diretta: «Quando, a seguito di condanna per uno dei delitti previsti dal presente titolo, sia stata disposta la confisca di beni ed essa non sia possibile, il giudice individua beni di valore equivalente di cui il condannato abbia anche indirettamente o per interposta persona la disponibilità e ne ordina la confisca». È necessario evidenziare sin da subito che la confisca in esame subisce una singolare limitazione, in quanto per espressa previsione dell'ultimo comma dell'art. 452-*undecies* c.p. «l'istituto della confisca non trova applicazione nell'ipotesi in cui l'imputato abbia efficacemente provveduto alla messa in sicurezza e, ove necessario, alle attività di bonifica e di ripristino dello stato dei luoghi».

La misura in esame sembra ripetere, seppur con qualche variazione, lo schema generale della confisca ordinaria di cui all'art. 240 c.p. e della relativa confisca per equivalente. La logica sottesa all'istituto pare essere ancora una volta l'esigenza di neutralizzare la pericolosità sociale del reo, sottraendo allo stesso la disponibilità degli strumenti del reato e il prodotto e il prezzo che da esso sono scaturiti. In questo senso l'innovazione della disposizione rispetto a quanto già previsto dall'art. 240, comma 1 c.p. risiede nel carattere obbligatorio dell'ablazione patrimoniale in deroga alla regola generale della facoltatività della confisca avente ad oggetto il prodotto o il profitto del reato ovvero gli strumenti dello stesso. La confisca di cui all'art. 452-*undecies* c.p. sembra costituire dunque una misura di sicurezza patrimoniale.

Tuttavia non sono mancate prese di posizione differenti che hanno invece ravvisato nella misura una funzione prettamente ripristinatoria⁹²⁴. Tale conclusione viene motivata attraverso la valorizzazione dell'art. 452-*undecies*, comma 3 c.p., secondo cui i beni confiscati in via diretta o per equivalente e i loro eventuali proventi sono destinati all'uso per la bonifica dei luoghi contaminati. Si sostiene che, poiché i beni espropriati hanno il suddetto vincolo d'uso, allora la confisca ha come scopo ultimo quello di realizzare la bonifica dei luoghi. Pertanto la confisca avrebbe una funzione “mediata” di ripristino del corretto equilibrio ambientale, turbato dal reato. In altri termini essa sarebbe in ultima analisi una sanzione esecutiva⁹²⁵. Una tale conclusione non sembra condivisibile. La funzione di una misura confiscatoria non dipende in linea teorica dalla destinazione dei beni espropriati per il suo tramite. Questi vengono attratti nel patrimonio statale e di essi lo Stato può disporre nel modo che ritiene più opportuno. Sottoporre gli stessi a un vincolo d'uso non altera la bontà del suddetto rilievo. Sul punto è possibile formulare un rilievo sistematico. I beni espropriati mediante la confisca di prevenzione – com'è noto – sono destinati *ex art.*

⁹²⁴ Così la Rel. n. III/04/2015, cit., p. 30.

⁹²⁵ Così testualmente l'Ufficio del Massimario: «La norma vincola la destinazione dei beni confiscati o dei loro proventi all'utilizzo per la bonifica dei luoghi, un dato che sembra spostare l'asse dell'inquadramento giuridico della confisca verso un carattere risarcitorio/ripristinatore piuttosto che sanzionatorio, con quanto ne consegue anche in termini di possibile applicazione anche in caso di estinzione del reato in assenza di condanna per maturata prescrizione».

48 cod. antimafia a plurimi scopi: a titolo esemplificativo si può ricordare che i beni mobili vengono destinati all'Agenzia nazionale per l'impiego in attività istituzionali ovvero ad altri organi dello Stato, agli enti territoriali o ad associazioni di volontariato che operano nel sociale; sono destinati in via prioritaria al Corpo nazionale dei vigili del fuoco autocarri, mezzi d'opera, macchine operatrici, carrelli elevatori e ogni altro mezzo per uso speciale, funzionali alle esigenze del soccorso pubblico; le somme di denaro, i proventi della vendita dei beni confiscati sono destinati al risarcimento delle vittime dei reati di stampo mafioso. Ebbene dalla sommaria elencazione di alcuni degli scopi cui possono essere adibiti i beni espropriati con la confisca di prevenzione si evince che gli stessi sono diversi ed eterogenei, ma ciò non esclude che il provvedimento ablatorio resti pur sempre una misura di prevenzione. Se è vero che le somme confiscate possono essere destinate al risarcimento dei danni patiti dalle vittime di reati mafiosi, non è altrettanto vero che la confisca di prevenzione avente a oggetto somme di denaro configuri una misura riparatoria in favore dei suddetti soggetti. La natura della misura confiscatoria va ricercata nella disciplina di essa, nella funzione che l'ordinamento le assegna, nella riconducibilità dello schema del provvedimento a uno dei modelli generali di riferimento. In conclusione non sembra che dall'art. 452-*undecies*, comma 3 c.p. possa desumersi una funzione riparatoria della confisca in esame⁹²⁶. La predetta disposizione esprime solamente la volontà del legislatore di perseguire, oltre allo scopo di prevenzione di nuovi delitti ambientali mediante la neutralizzazione della pericolosità sociale dell'agente, anche il fondamentale obiettivo di ripristino dell'equilibrio ambientale turbato dall'illecito, attraverso la destinazione dei beni confiscati al finanziamento delle costose opere di bonifica⁹²⁷.

In definitiva sembra preferibile ricondurre la confisca di cui all'art. 452-*undecies* c.p. al *genus* delle misure di sicurezza patrimoniali.

Ciò chiarito, occorre evidenziare che, ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo in commento, la misura non può applicarsi nel caso in cui il reo abbia "efficacemente" provveduto alla messa in sicurezza e, se necessario, alla bonifica e al ripristino dello stato dei luoghi. Orbene appare chiara la finalità politico-criminale della disposizione: incentivare il ripristino dell'equilibrio ambientale che il delitto ha turbato. In tal modo l'ordinamento giuridico garantisce l'attuazione delle norme giuridiche primarie, rendendo l'illecito *tamquam non esset*, attraverso la costituzione dell'identica situazione fattuale che ci sarebbe stata se la violazione della normativa ambientale non ci fosse stata. Meno chiara è la ragione per cui le attività di ripristino

⁹²⁶ Conforme PIERDONATI, *Confisca e delitti ambientali*, cit., p. 97, il quale ritiene che il vincolo di scopo non sia in grado di alterare la natura preventiva della confisca diretta o quella sanzionatoria della confisca per equivalente.

⁹²⁷ RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 63, il quale mette in rilievo che il vincolo di scopo è stato introdotto dal legislatore per sopperire alla carenza di risorse che normalmente contraddistingue le attività di bonifica dei terreni contaminati. Nella prassi ciò ha condotto alla impossibilità pratica di procedere alla reintegrazione della salubrità ambientale dei luoghi, con grave nocimento all'interesse pubblico alla preservazione dell'integrità ambientale.

debbano impedire l'applicazione della confisca che ha una funzione completamente diversa rispetto alle attività di bonifica e di ripristino. Invero l'estinzione del potere confiscatorio del giudice si potrebbe giustificare solo muovendo da una affinità funzionale tra la confisca e le attività suddette. Se una tale omogeneità fosse riscontrata, sarebbe logico escludere la confisca in caso di condotta riparatoria del colpevole, in quanto la misura non avrebbe alcuna giustificazione pratica. Senonché – come è stato chiarito in precedenza – risulta arduo concepire la confisca di cui all'art. 452-*undecies*, comma 1 c.p. come una misura ripristinatoria. E ciò vale anche volendo prescindere dall'argomento che valorizza il vincolo d'uso assegnato ai beni confiscati. Affinché una misura possa qualificarsi come tale dovrebbe condurre alla realizzazione della stessa situazione di fatto e di diritto che sussisteva prima dell'illecito, neutralizzando gli effetti di questo. Ebbene l'espropriazione delle cose che servirono alla commissione del reato ovvero del prodotto o del profitto di esso non producono affatto l'effetto ripristinatorio predetto. In tal caso non si tratta di espropriare l'area incisa dall'inquinamento o i materiali radioattivi al fine di eliminare gli effetti del delitto. La confisca colpisce i proventi del reato e gli strumenti di esso nell'ottica – già propria della confisca prevista dall'art. 240 c.p. – di neutralizzare la pericolosità sociale del reo alimentata dalla disponibilità delle cose pertinenti al reato.

L'esclusione della confisca in caso di condotta riparatoria può invece avere una sua razionalità nel caso in cui l'ablazione patrimoniale configuri una vera e propria pena. Ricorrerebbe una causa di esclusione della pena del tutto giustificata dall'esigenza di incentivare il ripristino dei luoghi. Come già evidenziato nei capitoli precedenti⁹²⁸, l'ordinamento predilige l'attuazione dei suoi scopi, seppur tardiva, alla punizione del colpevole. Tuttavia appare difficile qualificare come pena la confisca diretta prevista dall'art. 452-*undecies* c.p.. Innanzi tutto la disposizione riproduce uno schema di cui il legislatore si è avvalso in più occasioni⁹²⁹; in tali casi le ipotesi di confisca diretta sono state ritenute dall'opinione prevalente vere e proprie misure di sicurezza patrimoniali; non ci sono nell'art. 452-*undecies*, comma 1 c.p. indici normativi che giustificano una presa di posizione contraria da parte dell'interprete. Inoltre, se la confisca avesse una mera funzione punitiva, il trattamento sanzionatorio ricollegato ai delitti ambientali sarebbe del tutto sproporzionato per eccesso e ciò produrrebbe due conseguenze problematiche: da un lato, si porrebbero dei dubbi di costituzionalità rispetto all'art. 27, commi 1 e 3 Cost., per contrasto dell'art. 452-*undecies* c.p. con il principio di proporzionalità della pena; dall'altro lato, si avrebbe un'incongruenza sistematica, posto che i delitti ambientali riceverebbero un trattamento sanzionatorio manifestamente più grave rispetto ad altre fattispecie poste a tutela di beni più rilevanti, come la vita, la personalità dello Stato, o quantomeno di

⁹²⁸ *Supra* Cap. III.

⁹²⁹ Si pensi a tutte le ipotesi di confisca ordinaria speciali disseminate nel codice penale e nelle leggi speciali: si possono ricordare tra le più rilevanti quelle previste dagli artt. 322-*ter*, 335-*bis*, 600-*septies*, 640-*quater*, 644, ult. comma, c.p..

analogo rango, come l'ordine pubblico, l'economia, e via dicendo.

In definitiva pare preferibile qualificare la confisca diretta di cui all'art. 452-*undecies* c.p. come un'ipotesi speciale di confisca ordinaria, connotata dalla obbligatorietà. La limitazione posta dall'ultimo comma del suddetto articolo sembra configurare un'inedita causa impeditiva dell'ablazione patrimoniale, espressione della rinuncia da parte dell'ordinamento giuridico all'interesse pubblico al contrasto della pericolosità sociale al fine di corroborare la protezione del diverso interesse pubblico alla preservazione dell'integrità del valore ambientale⁹³⁰.

Non pone invece particolari problemi di natura giuridica la confisca di valore prevista dall'art. 452-*undecies*, comma 2 c.p.. Si tratta di un'ulteriore ipotesi di confisca per equivalente che si affianca alle altre previste dal codice penale e dalle leggi speciali. Essa configura una vera e propria sanzione giuridica, che assume una funzione esecutiva o punitiva a seconda dell'oggetto su cui incide. In particolare essa si atteggia a vera e propria sanzione esecutiva nel momento in cui elimina dalla sfera patrimoniale del colpevole il profitto conseguito mediante il reato, mirando in tal modo a porre costui nella situazione economica equivalente a quella che ci sarebbe stata in assenza dell'illecito. Diversamente quando essa colpisce il prodotto del reato o gli strumenti di esso, si configura come una sanzione punitiva, avendo lo scopo di provocare una diminuzione patrimoniale al colpevole in chiave afflittiva.

La misura opera in via sussidiaria rispetto alla confisca diretta, presupponendo l'impossibilità di procedere all'esecuzione di quest'ultima. Ovviamente ciò non vuol dire radicale incompatibilità tra le due forme di confisca, potendo le stesse cumularsi, ogni volta in cui la confisca diretta non abbia coinvolto tutti i proventi e tutti gli strumenti pertinenti al reato. In tal caso l'ablazione per equivalente opererà nei limiti del valore residuo del provento o dello strumento del reato.

Anche per la confisca di valore la realizzazione delle attività di ripristino e di bonifica preclude l'irrogazione della misura. Ciò sembra desumersi dalla formula linguistica usata dal legislatore per delimitare l'ambito operativo della causa impeditiva («Non si applica l'istituto della confisca»), formula che è costruita in modo da non distinguere le varie tipologie di confisca. Ricorre in tali casi una vera e propria causa impeditiva della sanzione confiscatoria. Anche in tal caso è necessario formulare delle osservazioni critiche sulla scelta operata dal legislatore. L'estinzione della confisca di valore, quando essa integri una vera e propria pena, può ritenersi del tutto ragionevole e anzi coerente con il *favor* che logicamente ogni ordinamento giuridico mostra per le misure esecutive dei precetti giuridici primari.

Al contrario far conseguire alla bonifica l'estinzione della confisca del

⁹³⁰ La scelta legislativa desta più di qualche perplessità. Essa importa una inspiegabile rinuncia all'applicazione della misura di sicurezza laddove era preferibile invece escludere l'applicazione della pena principale come premio per le attività di ripristino. Così appare illogico consentire al reo che ha accumulato ingenti capitali finanziari mediante attività inquinanti di ritenere per sé i profitti illeciti, sostenendo i soli costi di ripristino, i quali non necessariamente devono essere pari o superiori ai profitti anzidetti.

profitto del reato può destare qualche perplessità: sebbene il colpevole in tal caso abbia rimosso uno degli effetti materiali dell'illecito, non si capisce la ragione per cui debba poter trattenere presso di sé il profitto residuo del reato. Anche in tal caso si assiste a una rinuncia singolare da parte dell'ordinamento giuridico alla coattiva realizzazione degli scopi da esso perseguiti, nella specie quello di impedire che il crimine sia titolo giuridico per trattenere i guadagni indebitamente conseguiti⁹³¹. Più corretto sarebbe stato probabilmente escludere la confisca del profitto solo per la parte destinata effettivamente dal reo alle opere di bonifica, lasciando impregiudicata l'ablazione del profitto residuo presente nel patrimonio dello stesso.

Conclusa l'analisi della natura giuridica delle confische previste dall'art. 452-*undecies* c.p., è necessario spendere talune considerazioni su alcuni profili problematici che si riscontrano nella disciplina delle stesse.

6.2.1. Alcuni profili problematici del regime giuridico delineato dall'art. 452-undecies c.p. – L'inquadramento dogmatico della confisca prevista dall'art. 452-*undecies* c.p. consente di individuare agevolmente lo statuto giuridico di riferimento. La confisca di cui al primo comma del suddetto articolo soggiace allo statuto giuridico della misura di sicurezza patrimoniale; quella di cui al secondo comma allo statuto della pena o della sanzione esecutiva a seconda dei casi.

Non pare inutile puntualizzare che l'art. 452-*undecies* c.p. – in coerenza con la natura dell'istituto – preclude l'applicazione della confisca diretta o per equivalente laddove i beni appartengano a un terzo estraneo al reato. Sul punto non sono necessarie considerazioni particolari rispetto alle coordinate già formulate dalla

⁹³¹ Secondo PIERDONATI, *Confisca e delitti ambientali*, cit., p. 107 la previsione sembra riprendere quella contenuta nel nuovo art. 12-*bis* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, in materia di reati tributari ed esprimerebbe «l'attenzione crescente al ruolo della "giustizia riparativa" nelle trame della parte speciale e della legislazione complementare; anche in punto di (mancata applicazione della) confisca, qui premiando l'attività di carattere "risarcitorio-ripristinatorio"». A ben vedere l'art. 12-*bis* non è del tutto assimilabile all'art. 452-*bis* c.p.. Innanzi tutto la confisca tributaria concerne solo il prezzo e il profitto del reato, non anche gli strumenti del reato. In secondo luogo l'ablazione è esclusa solamente «per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro». E invero la disposizione in esame precisa che «Nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta». Orbene si può evidenziare che la condotta riparatoria non consente mai al reo di trattenere gli strumenti del reato, a differenza di quanto accade in materia ambientale. Inoltre la confisca è esclusa solo per la parte che viene consegnata all'Erario a titolo di pagamento dell'imposta non versata. Ebbene il versamento del profitto o del prezzo conseguiti all'Erario risulta comunque coerente con lo scopo della confisca, che è quello di sottrarre i proventi del reato al colpevole per neutralizzarne la pericolosità sociale (nel caso di confisca diretta) o per ripristinare lo stato anteriore all'illecito, frustrando il movente economico del reato (ove la confisca sia per equivalente). Di conseguenza, producendo la condotta riparatoria un risultato analogo alla confisca, ossia sottrarre i proventi del reato al reo, è logico precludere l'ablazione patrimoniale nel caso in cui la suddetta condotta venga realizzata. E si badi l'ablazione viene esclusa solamente per le somme versate, restando intatta per il prezzo o per il profitto che eventualmente residuino. In caso di condanna il reo comunque non avrà più la disponibilità delle cose pertinenti al reato o dei guadagni a esso connessi. Un simile risultato invece non si può riscontrare in caso di condanna per delitti ambientali, giacché attraverso le opere di bonifica, il reo potrà comunque trattenere le cose pertinenti al reato, inclusi gli strumenti di questo, e godere dei proventi residui conseguiti mediante l'illecito.

giurisprudenza sulla tutela del terzo estraneo in ipotesi di confisca di sicurezza e di confisca per equivalente. Dunque è possibile rinviare a quanto già illustrato nei capitoli precedenti, nell'analisi dei predetti istituti.

Considerazioni analoghe possono essere effettuate per la comprensione del significato dei termini “profitto”, “prodotto”, “strumenti del reato”, “condanna”, “disponibilità per interposta persona”, “appartenenza”. Anche a tal fine è possibile riprendere le elaborazioni che la giurisprudenza e la dottrina hanno formulato nell'ambito dell'art. 240 c.p. e delle altre ipotesi di confisca previste dall'ordinamento giuridico. Pertanto non occorre soffermarsi nuovamente su tali aspetti.

In questa sede ci si limiterà a mettere in rilievo alcuni punti problematici posti dall'art. 452-*undecies* c.p..

a) In primo luogo appare controverso l'ambito applicativo della confisca. Ciò deriva da un cattivo coordinamento tra il primo e il secondo comma dell'art. 452-*undecies* c.p.. Invero ai sensi del primo comma la confisca diretta può operare esclusivamente in caso di condanna per i delitti di cui agli artt. 452-*bis*, 452-*quater*, 452-*sexies*, 452-*septies* e 452-*octies* c.p.. Il secondo comma invece stabilisce che la confisca per equivalente possa operare solamente «quando, a seguito di condanna per uno dei delitti previsti dal presente titolo, sia stata disposta la confisca di beni ed essa non sia possibile». In base al tenore letterale del secondo comma dunque sembrerebbe che la confisca diretta possa conseguire alla condanna per uno qualsiasi dei delitti previsti dal Titolo VI-*bis* c.p. e non solo per quelli previsti dal primo comma. Ciò costituisce una evidente antinomia normativa in quanto la norma impone all'organo giudicante due condotte parzialmente contraddittorie.

Una tale antinomia può essere risolta ritenendo che il riferimento indistinto a tutti i delitti ambientali costituisca un errore materiale del legislatore nella redazione del testo legislativo, sicché lo stesso non dovrebbe essere tenuto in considerazione in sede esegetica. In alternativa si potrebbe invece ritenere che dall'interazione tra i due commi dell'art. 452-*undecies* si desuma la regola secondo cui, mentre la confisca per i delitti dolosi menzionati dal primo comma sia obbligatoria, per tutti gli altri delitti ambientali, compresi quelli colposi di cui all'art. 452-*quinqüies* c.p., la stessa sia solamente facoltativa in coerenza con la regola generale posta dall'art. 240, comma 1 c.p.⁹³². Tuttavia pare preferibile la prima soluzione, essendo evidente la svista materiale in cui è incorso il legislatore nel secondo comma⁹³³.

b) Un ulteriore dubbio esegetico è posto sempre dall'art. 452-*undecies*, comma 2 c.p. laddove individua i presupposti della confisca di valore. La

⁹³² Rel. n. III/04/2015, cit., p. 30.

⁹³³ Conforme TREGLIA, *Confisca*, in CADOPPI – CANESTRARI – MANNA – PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale – Aggiornamento – I nuovi “Eco – delitti” – L.22-5-2015, N. 68*, Torino, 2015, p. 1094, che motiva la tesi sfavorevole all'estensione valorizzando le incongruenze che deriverebbero dall'applicabilità dell'art. 452-*undecies*, comma 1 c.p. ai delitti colposi.

disposizione infatti utilizza un linguaggio che si discosta fortemente da quello solitamente utilizzato dal legislatore per la fissazione delle condizioni che giustificano la confisca per equivalente. Si pensi a titolo esemplificativo all'art. 322-ter, comma 1 c.p.: si prevede che il giudice dispone la confisca di valore solamente «quando essa [ndr la confisca diretta] sia impossibile». Si è spiegato, analizzando l'istituto della confisca di valore, che la locuzione deve essere intesa nel senso che l'ablazione del *tantundem* sia possibile ove i beni specificamente costituenti lo strumento del reato ovvero il prezzo o il profitto di esso non siano materialmente rinvenuti nel patrimonio del colpevole. In sostanza si deve trattare di una impossibilità di fatto.

Nel primo capoverso dell'art. 452-undecies c.p. il legislatore si esprime diversamente. Si prevede che la confisca di valore possa disporsi «Quando, a seguito di condanna per uno dei delitti previsti dal presente titolo, *sia stata disposta la confisca di beni ed essa non sia possibile*». La disposizione sembra suggerire un preciso *iter* procedimentale per l'adozione della confisca di valore: il giudice deve disporre prima di tutto la confisca diretta e solo quando questa risulti inesequibile, allora il giudice disporrà un secondo provvedimento con cui dispone la confisca per equivalente⁹³⁴. Seguendo questo modo di ragionare, la confisca per equivalente non sarebbe mai ordinata con la sentenza di condanna, ma solo in un momento successivo alla formazione del giudicato, una volta riscontrata l'impossibilità di eseguire la confisca diretta.

Una tale lettura non pare comunque sostenibile. Innanzi tutto essa è foriera di gravi problemi in sede applicativa. Basti pensare che l'impossibilità di disporre la confisca di valore in sede di processo di cognizione impedirebbe anche di ordinare il sequestro preventivo dei beni finalizzato alla predetta misura ablatoria. Il sequestro preventivo potrebbe utilizzarsi solo per disporre all'esito del processo la confisca diretta. Ciò depotenzierebbe non poco l'utilità dell'istituto confiscatorio. Ad ogni buon conto, la soluzione su prospettata non sembra accoglibile in quanto prova troppo, ossia la volontà del legislatore di sovvertire un collaudato meccanismo di funzionamento della confisca di valore in assenza di una ragione plausibile. Pertanto pare preferibile la tesi che fornisce una lettura dell'inciso dell'art. 452-undecies, comma 2 c.p. che subordini l'ablazione per equivalente alla sola mancanza nel patrimonio del reo dei beni specificamente costituenti il provento del reato o lo strumento di esso, in coerenza con tutte le altre ipotesi di confisca di valore previste dall'ordinamento giuridico.

c) Come è stato illustrato in precedenza, l'ultimo comma dell'art. 452-undecies c.p. esclude l'applicazione della confisca nel caso in cui il colpevole abbia proceduto alle necessarie condotte riparatorie di bonifica e di ripristino. Ebbene tale previsione pone un problema di coordinamento con l'art. 260, comma 4-bis t.u.a., il quale non prevede analoga causa impeditiva dell'ablazione. Ciò provoca il rischio

⁹³⁴ Rel. n. III/04/2015, cit., p. 30.

che la confisca evitata grazie alle condotte riparatorie di cui all'art. 452-*undecies* sia comunque subìta per effetto della previsione contenuta nell'art. 260 t.u.a., così disincentivandosi il reo a procedere alle opere di bonifica e di ripristino dello stato dei luoghi. Una parte della dottrina ha suggerito di estendere la norma contenuta nell'art. 452-*undecies*, comma 4 c.p. anche alla fattispecie prevista dall'art. 260 t.u.a.⁹³⁵. Tale soluzione potrebbe ammettersi – si evidenzia – in virtù del tenore letterale dell'ultimo comma dell'art. 452-*undecies* c.p. che al verificarsi delle condotte riparatorie ivi previste esclude *tout court* l'applicabilità dell'«istituto della confisca», alludendo così a ogni ipotesi confiscatoria prevista dall'ordinamento giuridico.

d) L'art. 452-*undecies*, comma 3 c.p. prevede che i beni confiscati o i loro eventuali proventi siano messi nella disponibilità della pubblica amministrazione competente e vincolati all'uso per la bonifica dei luoghi. Orbene la disposizione non specifica cosa debba intendersi per “disponibilità”. In sostanza non è ben chiaro se il bene debba essere posto nella titolarità della amministrazione competente o se a essa vada semplicemente conferita l'autorizzazione a servirsi del bene per le opere di bonifica. Inoltre la disposizione non specifica nemmeno quale sia l'amministrazione competente cui attribuire la disponibilità del bene. Secondo la tesi preferibile la competenza dovrebbe essere riconosciuta alla Regione in quanto ente titolare del potere di autorizzare le opere di bonifica secondo le leggi ambientali⁹³⁶.

e) Per ciò che attiene ai rapporti tra le cause estintive del reato e le confische delineate dall'art. 452-*undecies* c.p., si possono riprendere i principi generali elaborati in precedenza. Dunque la confisca diretta, in quanto misura di sicurezza, non può essere disposta in caso di estinzione del reato, in virtù della norma generale desumibile dagli artt. 236 e 240 c.p.. Per ciò che attiene alla confisca per equivalente, decisiva è l'individuazione della natura penale o amministrativa della misura. Ebbene, in assenza di una chiara indicazione contraria del legislatore, si deve ritenere che essa si configuri in ogni caso come una sanzione di natura criminale e pertanto risulti preclusa dall'integrazione di una causa estintiva del reato.

7. *La confisca prevista dalla legislazione penale concernente i beni culturali.* – L'istituto confiscatorio assume connotati molto interessanti ai fini sistematici nella normativa penale inerente alla tutela del patrimonio culturale italiano⁹³⁷.

⁹³⁵ BERNASCONI, *op. ult. cit.*, p. 8.

⁹³⁶ Rel. n. III/04/2015, cit., p. 31.

⁹³⁷ Per una disamina del diritto penale dei beni culturali: MANNA (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, Milano, 2005; R. ROSSI, *La tutela penale dei beni culturali e paesaggistici*, Napoli, 2005; DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Milano 2002.

La legislazione penale sui beni culturali ha avuto una sua compiuta sistemazione solo con il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, recante «Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137» (di seguito c.b.c.). Prima dell'entrata in vigore di tale provvedimento, la tutela penale dei beni culturali era stata oggetto di una crescente attenzione da parte del legislatore⁹³⁸. Invero nel codice penale del 1930 non vi erano titoli nel secondo e nel terzo Libro dedicati specificamente alla tutela del patrimonio culturale. L'unica disposizione che si riferiva (e tuttora si riferisce) ai beni culturali è quella dell'art. 733 c.p., che punisce il danneggiamento del patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale. Il primo testo normativo a dettare una disciplina organica sulla gestione e sulla tutela dei beni culturali era stata la l. 1 giugno 1939, n. 1089, recante «Tutela delle cose d'interesse artistico o storico», che aveva introdotto con gli artt. 58 e seguenti le prime fattispecie incriminatrici finalizzate a garantire la corretta gestione e circolazione dei beni aventi valore artistico o storico. Si trattava di una legislazione che già evidenziava uno straordinario favore dell'ordinamento per le sanzioni esecutive e per l'istituto della confisca. Invero erano previste sanzioni esecutive, a contenuto ripristinatorio, tanto in forma specifica, quanto in forma equivalente⁹³⁹. La confisca era prevista nell'art. 66, come conseguenza del reato di trasferimento o esportazione illecita di bene culturale, e aveva luogo in conformità delle norme della legge doganale relative alle cose oggetto di contrabbando. Il rinvio alla legislazione in materia di contrabbando consentiva l'ablazione patrimoniale anche in pregiudizio dei terzi estranei al reato. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 2 del 1987⁹⁴⁰ aveva dichiarato illegittima la disposizione di cui all'art. 66, comma 2 della l. 1° giugno 1939, n. 1089 e dell'art. 116, primo comma, della l. 25 settembre 1940, n. 1424 (ora art. 301, primo comma, d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43) nella parte in cui prevedevano la confisca di opere tutelate ai sensi della l. n. 1089 che siano state oggetto di esportazione abusiva, anche quando risultavano di proprietà di un terzo che non fosse autore del reato e non ne avesse tratto in alcun modo profitto. Secondo il giudice delle leggi la confisca non poteva incidere sul patrimonio di chi è rimasto estraneo al reato, in quanto altrimenti le conseguenze dell'illecito si sarebbero riverberate su un soggetto cui il fatto non è imputabile, in violazione dell'art. 27, comma 1 Cost.. L'unica eccezione ammissibile – secondo la Consulta – era quella delle cose oggettivamente illecite che, come tali, non potevano

⁹³⁸ Per una disamina approfondita dell'evoluzione della normativa sui beni culturali da un punto di vista storico vedi TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici. Guida ragionata*, Milano, 2009, p. 2 ss.

⁹³⁹ Si pensi all'art. 59 della l. n. 1089 che puniva chiunque avesse compiuto opere non autorizzate sul bene culturale o lo avesse distrutto o danneggiato. Il colpevole era tenuto a compiere tutte le opere di riduzione in pristino che fossero state ordinate dalla pubblica autorità e, ove ciò non fosse possibile, egli era tenuto a versare allo Stato una somma di denaro pari al valore del bene distrutto o perduto o alla diminuzione di valore subita dal bene per effetto delle opere abusive su di esso compiute.

⁹⁴⁰ Corte cost. sent. 14 gennaio 1987, n. 2, in www.consulta.org (ultimo accesso in data 25 marzo 2017).

restare nel circuito economico⁹⁴¹. Le indicazioni della Corte erano state recepite dal legislatore che successivamente con l'art. 23 della l. 30 marzo 1998, n. 88 aveva riscritto completamente l'art. 66 su citato, consentendo la confisca delle cose illecitamente esportate, salvo appartenessero a persona estranea al reato.

Un ulteriore passo verso il potenziamento della tutela penale dei beni culturali si era avuto con la l. 20 novembre 1971, n. 1062 (c.d. Legge Pieraccini) che aveva introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano il reato di contraffazione e di falsificazione di opere d'arte. L'art. 9 di tale legge stabiliva la confisca delle opere contraffatte, purché non appartenenti a terzi estranei al reato. L'istituto confiscatorio confermava così la sua importanza nel sistema di tutela del patrimonio culturale.

Con il tempo la normativa era divenuta sempre più frastagliata e bisognosa di aggiornamento⁹⁴². Così l'intera disciplina sui beni culturali era stata raccolta nel d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, recante «Testo Unico delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali», che aveva abrogato la normativa previgente. Successivamente è stato emanato il Codice dei beni culturali, tuttora in vigore, che ha proceduto a una sistemazione complessiva della normativa in materia di beni culturali.

Il codice offre la definizione di patrimonio culturale, che è dato dall'insieme dei beni culturali e paesaggistici (art. 2, comma 1 c.b.c.). Con riferimento ai beni culturali, essi vengono definiti come le cose, immobili e mobili, che presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà. Tuttavia la corretta delimitazione della nozione di bene culturale viene resa particolarmente ardua dall'art. 10 c.b.c. che elenca

⁹⁴¹ Osserva la Corte: «il proprietario della cosa sottoposta a confisca obbligatoria estraneo al reato, finisce col subire, in base alla disposizione dell'art. 116, primo comma, della l. n. 1424 del 1940 (ora art. 301, primo comma, d.P.R. n. 43 del 1973) a titolo meramente oggettivo, le conseguenze patrimoniali di un illecito penale commesso da altri (sent. n. 229 del 1974); cosicché la normativa in questione, in palese contrasto con l'art. 27 Cost., contiene al riguardo la previsione di una responsabilità oggettiva, prescindendo dalla valutazione dell'elemento psicologico nella condotta del soggetto, comminando la confisca senza tener conto dell'appartenenza della cosa (sent. n. 259 del 1976). Traendo le necessarie conseguenze da tali considerazioni, deve affermarsi in via generale che, se possono esservi cose il cui possesso può configurare un'illeceità obbiettiva in senso assoluto, la quale prescinde dal rapporto col soggetto che ne dispone e legittimamente debbono essere confiscate presso chiunque le detenga (art. 240 cod. pen.), in ogni altro caso l'art. 27, primo comma, Cost. non può consentire che si proceda a confisca di cose pertinenti a reato, ove chi ne sia proprietario al momento in cui la confisca debba essere disposta non sia l'autore del reato o non ne abbia tratto in alcun modo profitto. Pertanto, facendo applicazione di tale principio, va dichiarata l'illegittimità costituzionale - in riferimento all'art. 27, primo comma, Cost. - dell'art. 66 della l. 1° giugno 1939, n. 1089 e dell'articolo 116, primo comma, della l. 25 settembre 1940, n. 1424 (ora art. 301, primo comma, d.P.R. n. 43 del 1973), nella parte in cui prevedono la confisca di opere tutelate ai sensi della stessa l. n. 1089 del 1939 oggetto di esportazione abusiva, anche quando esse risultino, di proprietà di chi non sia autore del reato e non ne abbia tratto in alcun modo profitto».

⁹⁴² Per una analisi delle criticità che presentava sul piano penalistico la normativa del 1939 vedi MANTOVANI, *Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1976, p. 55.

ulteriori categorie di beni culturali. In particolare vi sono beni da qualificarsi *ex lege* come culturali ai sensi del comma secondo dell'art. 10 c.b.c., a prescindere da qualsiasi dichiarazione ministeriale di interesse culturale⁹⁴³; inoltre sono ritenuti culturali i beni elencati dal successivo terzo comma dell'articolo citato solo se interviene la dichiarazione di interesse culturale di cui all'art. 13 c.b.c.⁹⁴⁴; infine l'art. 10, comma 4 c.b.c. fornisce un elenco di beni da ritenersi ricompresi in quelli di cui al comma 1 e al comma 3, lett. a) c.b.c..

Orbene il dato legislativo fornisce una nozione di bene culturale che, nonostante l'esperata tecnica casistica utilizzata dal legislatore, non sembra fornire appigli certi. E ciò in quanto fa leva su concetti difficilmente afferrabili come quelli di interesse culturale, storico, artistico, concetti che in sede applicativa rivelano tutta la loro fragilità semantica⁹⁴⁵. È inevitabile che tutto ciò importi frizioni tra la normativa penale in materia di beni culturali e i principi fondamentali di tassatività e di offensività. Inoltre non può sfuggire come una categoria di beni qualificabili come culturali derivino tale loro carattere da un atto amministrativo quale la dichiarazione di cui all'art. 13 c.b.c.. Ciò importa forti dubbi circa il rispetto del principio della riserva di legge, essendo l'oggetto materiale della fattispecie incriminatrice individuato tramite un atto della pubblica amministrazione.

Passando all'analisi del sistema sanzionatorio previsto dalla legislazione sui beni culturali, è possibile subito evidenziare che le fattispecie incriminatrici sono collocate in parte nel codice dei beni culturali e in parte nel codice penale.

In quest'ultimo la tutela dei beni culturali viene offerta innanzi tutto da

⁹⁴³ Si tratta dei seguenti beni:

- a) le raccolte di musei, pinacoteche, gallerie e altri luoghi espositivi dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico;
- b) gli archivi e i singoli documenti dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico;
- c) le raccolte librerie delle biblioteche dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico, ad eccezione delle raccolte che assolvono alle funzioni delle biblioteche indicate all'articolo 47, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616.

⁹⁴⁴ Si tratta dei seguenti beni:

- a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1;
- b) gli archivi e i singoli documenti, appartenenti a privati, che rivestono interesse storico particolarmente importante;
- c) le raccolte librerie, appartenenti a privati, di eccezionale interesse culturale;
- d) le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose;
- e) le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che non siano ricomprese fra quelle indicate al comma 2 e che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica, rivestano come complesso un eccezionale interesse.

⁹⁴⁵ Fornisce interessanti riflessioni su tale profilo MASSARO, *Diritto penale e beni culturali: aporie e prospettive*, in BATTELLI – CORTESE – GEMMA – MASSARO, *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017, p. 179.

talune fattispecie che puniscono delitti contro il patrimonio. Si fa riferimento al danneggiamento di cose di interesse storico o artistico (art. 635, comma 2, n. 1 c.p.) e a quella di deturpamento e imbrattamento di cose altrui (art. 639 c.p.). Inoltre secondo l'opinione prevalente il c.d. furto di opere d'arte può essere ricondotto alla fattispecie comune di furto, aggravata *ex art.* 625, n. 7 c.p.. Tuttavia nel caso in cui l'impossessamento avvenga a seguito di rinvenimento sarà applicabile l'art. 176 c.b.c.. Infine vengono in rilievo le contravvenzioni previste dagli artt. 733 e 734 che sanzionano, rispettivamente, il danneggiamento del patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale e la distruzione o il deturpamento di bellezze naturali.

Il codice dei beni culturali regola le sanzioni penali negli artt. 169 e seguenti. Si tratta di fattispecie prevalentemente contravvenzionali che puniscono soprattutto il compimento di attività concernenti beni culturali effettuate senza autorizzazioni amministrative o l'inosservanza degli ordini posti dall'autorità amministrativa. Ciò ha spinto la dottrina a ritenere che la normativa anzidetta più che a tutela dei beni culturali sia posta a presidio delle funzioni amministrative, sollevando sul punto gravi dubbi circa la conformità di essa al principio di offensività⁹⁴⁶.

In tale quadro legislativo si colloca l'istituto della confisca che ricopre un ruolo di certo non secondario nella tutela penale dei beni culturali. I casi di confisca previsti dalla normativa vigente sono tre: statuiscono la confisca della cosa di interesse culturale interessata dall'attività criminosa l'art. 733 c.p. e gli artt. 174 e 178 c.b.c..

Le suddette ipotesi di confisca assumo connotazioni peculiari l'una dall'altra, sicché occorre procedere alla separata analisi di ciascuna di esse.

7.1. La confisca prevista in caso di trasferimento o esportazione illecita di beni culturali (art. 174 c.b.c.). – Un primo fondamentale caso di confisca di beni culturali è previsto dall'art. 174 c.b.c.. Tale articolo sanziona al primo comma la condotta di colui che trasferisce all'estero, senza attestato di libera circolazione o licenza di esportazione, «cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico, nonché quelle indicate all'articolo 11, comma 1, lettere f), g) e h)» e al secondo comma punisce colui che «non fa rientrare nel territorio nazionale, alla scadenza del termine, beni culturali per i quali sia stata autorizzata l'uscita o l'esportazione temporanee».

In tali casi, ai sensi del terzo comma, «Il giudice dispone la confisca delle cose, salvo che queste appartengano a persona estranea al reato. La confisca ha luogo

⁹⁴⁶ MASSARO, *op. ult. cit.*, p. 187; TRAPANI, *Riflessioni a margine del sistema sanzionatorio previsto dal c.d. codice dei beni culturali*, in BATTELLI – CORTESE – GEMMA – MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, cit., p. 247, il quale evidenzia come il sistema sanzionatorio delineato dal codice dei beni culturali sembri improntato alla concezione ulteriormente sanzionatoria del diritto penale, il quale sarebbe volto a sanzionare l'inosservanza di norme *aliunde* poste.

in conformità delle norme della legge doganale relative alle cose oggetto di contrabbando».

L'art. 174 c.b.c. riprende due fattispecie che erano già previste, seppur con talune lievi differenze, negli artt. 65 e 66 della l. 1 giugno 1939, n. 1089, ossia quelle di illecita esportazione e quella di omessa reimportazione del bene culturale. A differenza della precedente normativa, la confisca consegue non solo al delitto di illecita esportazione, ma anche a quello di omessa reimportazione.

La confisca è obbligatoria ed è ricollegata direttamente alla verifica del fatto di reato. Non è superfluo notare come il legislatore non abbia effettuato alcun riferimento alla sentenza di condanna, limitandosi a obbligare il giudice a disporre la confisca del bene illecitamente esportato o non reimportato.

Interessante è la tecnica utilizzata dal legislatore per individuare il regime giuridico della confisca in esame. Invero si prevede l'applicabilità della disciplina riferibile alla confisca in materia doganale. Pertanto risulta applicabile l'art. 301 d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (di seguito t.u.l.d.). È necessario illustrare brevemente lo statuto giuridico della confisca prevista dalla legge doganale⁹⁴⁷.

Ai sensi dell'art. 301 citato⁹⁴⁸, rubricato «Delle misure di sicurezza patrimoniali. Confisca», «nei casi di contrabbando» è sempre ordinata la confisca degli strumenti, dell'oggetto materiale, del prodotto e del profitto del reato. Inoltre è imposta altresì la confisca dei mezzi di trasporto «a chiunque appartenenti» costituiti per lo stivaggio fraudolento di merci o realizzati in violazione della normativa sulla capacità di carico o sulla circolazione o sulla sicurezza in mare.

Orbene la misura doganale costituisce un'ipotesi speciale di confisca rispetto a quella di cui all'art. 240 c.p. in ragione dell'oggetto e delle modalità applicative. Quanto al primo profilo, in deroga a quanto previsto in via generale dall'art. 240 c.p., l'art. 301 t.u.l.d. afferma l'obbligatorietà dell'ablazione del prodotto, del profitto, degli strumenti del reato e la estende anche alle cose costituenti

⁹⁴⁷ Per una disamina della confisca prevista in materia doganale si veda PADOVANI (a cura di), *Leggi penali complementari*, Milano, 2007, p. 934 ss.. PRONTERA S., sub art. 301, in PALAZZO F. – PALIERO C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 810.

⁹⁴⁸ Art. 301 t.u.l.d.: «1. Nei casi di contrabbando È sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto.

2. Sono in ogni caso soggetti a confisca i mezzi di trasporto a chiunque appartenenti che risultino adatti allo stivaggio fraudolento di merci ovvero contengano accorgimenti idonei a maggiorarne la capacità di carico o l'autonomia in difformità delle caratteristiche costruttive omologate o che siano impiegati in violazione alle norme concernenti la circolazione o la navigazione e la sicurezza in mare.

3. Si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale se si tratta di mezzo di trasporto appartenente a persona estranea al reato qualora questa dimostri di non averne potuto prevedere l'illecito impiego anche occasionale e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza.

4. Nel caso di vendita all'asta di mezzi di trasporto confiscati per il delitto di contrabbando, qualora l'aggiudicazione non abbia luogo al primo incanto, l'asta non può essere ripetuta e i mezzi eseguiti vengono acquisiti al patrimonio dello Stato.

5. Le disposizioni del presente articolo si osservano anche nel caso di applicazione della pena su richiesta a norma del titolo II del libro VI del codice di procedura penale».

l'oggetto materiale di esso. In ordine al secondo profilo, secondo un orientamento costante della giurisprudenza di legittimità, la confisca doganale non solo costituisce provvedimento obbligatorio per l'organo giudicante – come si evince dall'uso da parte dell'art. 301 dell'avverbio “sempre” – ma prescinde altresì dall'emissione di una sentenza di condanna in sede penale. Secondo questo orientamento la circostanza che l'art. 301 t.u.l.d. non faccia alcun riferimento alla pronuncia di condanna – a differenza dell'art. 240 c.p. – e che preveda l'applicazione della confisca «nei casi di contrabbando» lascerebbe evincere l'irrelevanza della condanna ai fini dell'ablazione patrimoniale⁹⁴⁹. Si afferma perciò che, quale logica conseguenza dei suddetti rilievi, la confisca doganale potrebbe operare anche in caso di estinzione del reato e financo in ipotesi di proscioglimento dell'imputato per cause soggettive che non interrompono il rapporto tra le cose ed il fatto della illegittima introduzione nel territorio dello Stato⁹⁵⁰. Non sono mancate voci contrarie che hanno invece ritenuto necessaria la pronuncia di condanna ai fini della confisca doganale. Si è sottolineato come l'art. 301 non ponga deroghe al riguardo rispetto alla regola generale di cui all'art. 240 c.p., sicché non vi sarebbe alcuna ragione per escludere la rilevanza del presupposto in esame⁹⁵¹.

In virtù del rinvio effettuato dall'art. 174, comma 3 c.b.c. alla normativa doganale, si deve concludere che i principi giurisprudenziali su esposti debbano ritenersi riferibili anche alla confisca in materia di esportazione illecita di bene culturale.

Chiariti i caratteri fondamentali della confisca, è possibile a questo punto analizzarne la natura giuridica. Essenziale si presenta in proposito l'esatta individuazione della *ratio* che sottende l'istituto.

Secondo un'impostazione risalente la misura sarebbe una vera e propria misura di sicurezza patrimoniale, riconducibile a quella prevista dall'art. 240, comma 2, n. 2 c.p., in quanto mirerebbe a eliminare dal traffico giuridico cose intrinsecamente illecite, quali i beni culturali indebitamente sottratti al patrimonio pubblico⁹⁵².

Secondo un diverso orientamento propugnato dalla più recente giurisprudenza di legittimità la confisca di cui all'art. 174, comma 3 c.b.c. costituisce invece una «misura recuperatoria di carattere amministrativo» finalizzata a riportare

⁹⁴⁹ PRONTERA, sub *art. 301*, cit., p. 812.

⁹⁵⁰ Cass. pen., sez. III, sent. 18 novembre 1983, in *Cass. Pen.*, 1985, p. 464-465. Di recente v. Cass. pen. sez. III, sent. 04 giugno 2009, n. 28508, Rv. 244780 secondo cui «La confisca obbligatoria, prevista per il reato di contrabbando doganale dall'art. 301 del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, deve essere disposta anche con il decreto di archiviazione pronunciato per cause che non attengono alla sussistenza del fatto ed al rapporto con il soggetto autore. (In motivazione la Corte ha precisato che non è sostenibile che, per potersi disporre la confisca il P.M. sia costretto ad esercitare l'azione penale ove già risulti l'inutilità del dibattimento per intervenuta prescrizione del reato o per evidente mancanza dell'elemento soggettivo ovvero in caso di morte dell'imputato).

⁹⁵¹ SANSÒ L., *La confisca nel diritto penale finanziario*, in *Riv. dir. fin.*, 1949, p. 395.

⁹⁵² Cass. pen., sez. III, sent. 4 novembre 2009, n. 49438; da ultimo vedi Cass. pen., sez. III, sent. 8 aprile 2015, n. 27066 che tuttavia in modo singolare ravvisa lo scopo della misura nell'esigenza di ripristinare il patrimonio culturale dello Stato, depauperato dalla condotta illecita di esportazione.

il bene culturale, *res extra commercium*, nel patrimonio dello Stato ed entro i confini territoriali dello stesso⁹⁵³. Secondo questo orientamento l'intera normativa concernente la protezione del patrimonio culturale si fonda su un presupposto fondamentale, ossia che ogni bene culturale si presume appartenere allo Stato, salvo sia dimostrato il contrario. Ciò si desumerebbe dal combinato disposto degli artt. 826, comma 2 c.c. che afferma l'appartenenza al patrimonio indisponibile dello Stato delle cose d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo; dell'art. 91 c.b.c. il quale prevede che i beni culturali di cui all'art. 10 «da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo o sui fondali marini, appartengono allo Stato e, a seconda che siano immobili o mobili, fanno parte del demanio o del patrimonio indisponibile, ai sensi degli articoli 822 e 826 del codice civile». Dal complesso delle suddette disposizioni si ricava dunque che la regola generale è la proprietà statale delle cose d'interesse culturale e l'eccezione è il dominio privato sugli stessi oggetti.

Dunque si ritiene che la confisca dei beni culturali esportati illecitamente risponde a una finalità essenzialmente “recuperatoria”: essa mira a ricondurre il bene culturale, in quanto *res extra commercium*, al patrimonio statale, ricostituendo su di esso il dominio dello Stato.

Dalla natura “recuperatoria” della confisca, l'orientamento in esame trae alcune conseguenze sistematiche molto importanti.

Invero, non trattandosi di una sanzione punitiva, alla confisca di cui trattasi non sarà applicabile l'art. 7 C.E.D.U. e, in generale, lo statuto giuridico della pena. Si afferma che essa può essere disposta anche in assenza di un fatto di reato al completo dei suoi requisiti costitutivi, purché risulti accertata l'oggettiva esportazione illecita del bene o la sua oggettiva mancata reimportazione illecita. In sostanza è sufficiente accertare il fatto oggettivo di reato per ordinare la confisca del bene. E ciò in quanto deve necessariamente essere ripristinato il patrimonio culturale italiano leso dall'appropriazione illecita del bene da parte del privato, che – si badi bene – può anche non essere l'autore del reato⁹⁵⁴. Unico limite all'applicazione della misura confiscatoria è dato dall'appartenenza del bene a un terzo estraneo al reato. Peraltro,

⁹⁵³ Cass. pen., sez. III, sent. 10 giugno 2015, n. 42458, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 25 marzo 2017). Per un commento alla pronuncia che ha ribaltato il precedente orientamento che affermava la natura di misura di sicurezza patrimoniale della confisca prevista dall'art. 174, comma 3 c.b.c. vedi VIGLIONE, *Prescrizione del reato e confisca dei beni culturali, sanzione penale o misura amministrativa?*, in *Cass. pen.*, 11, 2016, p. 4180; MUZZICA, *Confisca dei beni culturali e prescrizione: contro o oltre Varvara?*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 25 marzo 2017); FERRETTI, *La confisca di beni culturali può essere disposta anche in caso di estinzione del reato per prescrizione*, in *Dir. giust.*, 39, 2015, pag. 13.

⁹⁵⁴ Così Cass. pen., sez. III, sent. 10 giugno 2015, n. 42458, cit.. La Suprema Corte in tale pronuncia ha escluso ogni frizione tra il principio per cui la confisca del bene culturale è ammissibile per il solo fatto materiale di reato e i principi affermati in materia di confisca urbanistica dalla Corte EDU nel caso Varvara e dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 49 del 2015. In tali pronunce si è subordinata l'applicazione della confisca urbanistica all'accertamento processuale della responsabilità penale dell'imputato, non rilevando invece l'eventuale prescrizione del reato. Secondo la Suprema Corte la confisca di cui all'art. 174, comma 3 c.b.c. è una misura non punitiva e come tale estranea ai principi espressi nelle suddette che concernevano un caso di confisca punitiva.

alla luce della presunzione di appartenenza del bene culturale allo Stato italiano, è onere del terzo provare che la cosa sia nella sua titolarità, offrendo congrua prova in giudizio. In mancanza di tale prova, la confisca potrà operare senz'altro.

E ancora: secondo questa lettura, la confisca del bene culturale, avendo funzione ripristinatoria e operando a prescindere dalla responsabilità penale dell'imputato, non esige una sentenza di condanna penale, sicché può operare anche in caso di intervenuta estinzione del reato.

Le suddette conclusioni sono inoltre corroborate dalla considerazione che la confisca di cui all'art. 174, comma 3 c.b.c. è sottoposta al regime giuridico stabilito per la confisca in materia doganale, la quale – come sopra precisato – opera a prescindere dall'emissione di una sentenza di condanna e anche in caso di assoluzione per cause diverse dall'insussistenza del fatto materiale di reato⁹⁵⁵.

La tesi che riconosce alla confisca prevista dall'art. 174, comma 3 c.b.c. una funzione “recuperatoria” è certamente condivisibile e anzi lo stesso orientamento che ravvisa nella confisca del bene esportato una misura di sicurezza non nega la finalità ripristinatoria della misura⁹⁵⁶. Nondimeno sono necessarie alcune precisazioni.

In primo luogo sostenere la natura “recuperatoria” della misura sembra significare che essa non importa un trasferimento della proprietà del bene in favore dello Stato, quanto la mera riconduzione di esso nella materiale disponibilità degli organi pubblici. La funzione della confisca in esame sarebbe assimilabile a quella dell'azione di rivendicazione della proprietà (art. 948 c.c.), pacificamente ritenuta mezzo di ricongiunzione della proprietà al possesso⁹⁵⁷. Tuttavia la misura confiscatoria non può ritenersi un'ipotesi speciale di azione di rivendicazione della proprietà, posto che essa importa un effetto che alla predetta misura è del tutto sconosciuto, ossia l'effetto acquisitivo della proprietà del bene in favore dello Stato.

Ciò posto, appare più corretto riconoscere alla confisca in esame una funzione propriamente ripristinatoria: essa costituisce quella esatta situazione giuridico-fattuale che vi sarebbe stata se l'illecito non fosse stato compiuto. In altri termini essa reintegra il patrimonio pubblico vulnerato dalla abusiva esportazione o mancata reimportazione del bene culturale.

A parere di chi scrive allora la confisca di cui all'art. 174, comma 3 c.b.c. deve essere considerata vera e propria sanzione esecutiva conseguente ai reati previsti dai commi 1 e 2 del medesimo articolo. Ciò importa l'inapplicabilità dei principi e delle garanzie proprie della sanzione punitiva (art. 25 e 27 Cost.; art. 7 C.E.D.U.)⁹⁵⁸.

⁹⁵⁵ Così in riferimento alla legislazione previgente Cass. pen., sez. II, sent. 28 febbraio 1995, n. 1253, Rv. 201589.

⁹⁵⁶ Cass. pen., sez. III, sent. 8 aprile 2015, n. 27066, cit., che riconosce espressamente la funzione ripristinatoria della confisca di cui all'art. 174, comma 3 c.b.c..

⁹⁵⁷ Individua una forte assonanza funzionale tra la confisca *ex* art. 174, comma 3 c.b.c. e azione di rivendicazione MUZZICA, *op. ult. cit.*, p. 17.

⁹⁵⁸ È costante l'insegnamento della Corte EDU secondo cui una misura non può considerarsi pena, secondo gli *Engel criteria*, laddove si caratterizzi per una funzione prettamente riparatoria e non dissuasiva o general preventiva.

È possibile a questo punto formulare una seconda precisazione. L'orientamento giurisprudenziale che afferma la natura recuperatoria della confisca trae da ciò il corollario della sufficienza del fatto oggettivo di reato per poter disporre l'ablazione. Si ragiona in sostanza nel seguente modo: poiché la confisca nel caso di specie non è una pena, ma un mezzo ricostituivo del patrimonio culturale, allora non esige l'esistenza di un reato al completo dei suoi requisiti, essendo ciò necessario solo nel caso in cui occorra comminare una pena. Una simile conclusione non sembra però convincente. Il carattere ripristinatorio (*rectius* esecutivo) di una sanzione non implica che per ciò solo essa sia applicabile per la mera integrazione della fattispecie oggettiva dell'illecito. Invero le sanzioni esecutive possono in linea teorica anche essere ricollegate a fatti incolpevoli, essendo l'elemento psichico condizione essenziale delle sole misure punitive (art. 27, comma 1 Cost. e 7 C.E.D.U.). Tuttavia l'applicabilità di una sanzione esecutiva a fatti incolpevoli deve essere prevista dalla legge, che deve comunque indicare i fatti che condizionano l'irrogazione della misura (art. 23, 41, 42 Cost.). Ebbene nell'ipotesi in cui la confisca venga ricollegata a un fatto costituente reato non sembra in linea di principio possibile affermare, in assenza di ulteriori indicazioni normative, che essa possa disporsi anche laddove si integri la sola componente oggettiva dell'illecito. In tal caso il fatto illecito cui è ricollegata la sanzione resta quello conforme alla fattispecie di reato. Ciò non deve destare perplessità se solo si considera che le obbligazioni civili previste dall'art. 185 c.p., pur non avendo funzione punitiva, né natura penale, esigono pur sempre un fatto costituente reato al completo di tutti i suoi requisiti oggettivi e soggettivi.

Senonché l'applicazione della confisca in caso di integrazione del solo fatto oggettivo di reato viene giustificata in ragione dell'applicabilità del regime giuridico della confisca doganale. Essendo questa misura applicabile per orientamento costante della giurisprudenza anche in caso di fatto incolpevole, ciò deve valere, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 174, comma 3 c.b.c., anche per la confisca di beni culturali illecitamente esportati. Una tale conclusione – si evidenzia – si può estendere anche alla confisca del bene culturale illecitamente esportato o non reimportato.

Infine un'ultima precisazione per ciò che attiene all'applicabilità della confisca in caso di estinzione del reato. Anche in relazione a tale questione la giurisprudenza giustifica la risposta positiva, facendo leva sulla natura "recuperatoria" della misura e sul richiamo dello statuto giuridico della confisca doganale effettuato dall'art. 174, comma 3 c.b.c.. Ebbene a parere di chi scrive la natura ripristinatoria della confisca non rileva ai fini della risoluzione della questione in esame. Essa va analizzata e risolta valorizzando la natura penale, civile o amministrativa della confisca. Ciò in quanto – come già ripetuto più volte nel corso della presente trattazione – l'estinzione del reato preclude al giudice di esercitare i poteri processuali volti a comminare qualsiasi misura dalla legge qualificata come penale. La natura esecutiva o punitiva della confisca non influenza gli effetti della

causa estintiva come può ricavarsi dall'analisi del dato normativo⁹⁵⁹.

Ciò posto, la natura della confisca in esame appare alquanto dubbia e invero non sono mancate prese di posizione discordanti in dottrina⁹⁶⁰ e in giurisprudenza. Al di là delle opinioni emerse sul punto, occorre ricordare in questa sede che la natura penale o amministrativa o civile di una sanzione prescinde dalla funzione punitiva o esecutiva alla stessa riconosciuta dall'ordinamento giuridico. La qualificazione criminale o extracriminale di essa risponde solo all'esigenza di individuare la disciplina legislativa applicabile alla misura ed è problema che va risolto in ragione del dato positivo offerto dall'ordinamento giuridico. Ebbene sembra preferibile riconoscere natura penale alla confisca in esame, trattandosi di misura ricollegata a un reato e non rinvenendosi nella legislazione in materia di beni culturali una chiara ed inequivoca volontà contraria del legislatore⁹⁶¹.

Ciò chiarito, non sembra potersi escludere comunque l'applicazione della confisca anche in caso di estinzione del reato, laddove il fatto condizionante sia comunque stato accertato giudizialmente. Alla regola generale anzidetta si oppone la deroga derivante dall'estensione alla misura in esame dello statuto della confisca doganale, secondo cui, in ragione degli argomenti già illustrati, l'ablazione può disporsi anche in ipotesi di estinzione del reato⁹⁶². In definitiva la confisca del bene culturale può essere disposta anche in assenza di condanna non tanto per la natura di sanzione esecutiva che la contraddistingue, ma per il regime giuridico cui l'ha assoggettata il legislatore attraverso il richiamo della legge doganale.

Così ragionando la confisca, di fatto, diviene una misura che può essere ordinata dal giudice *sine die*, non trovando nella prescrizione del reato un limite operativo⁹⁶³.

Infine un'ultima notazione merita la questione concernente la tutela dei terzi

⁹⁵⁹ V. *supra* Cap. III, par. 2.2.1..

⁹⁶⁰ Prospetta la possibile natura civilistica della misura MUZZICA, *op. ult. cit.*, p. 15, il quale afferma che si deve almeno «dubitare che possa essere considerata amministrativa una misura dallo scopo esclusivamente riparatorio, ovvero contenente un obbligo di contenuto inverso a quello violato e ad esso omogeneo». In realtà una sanzione amministrativa può avere una funzione ripristinatoria senza con ciò perdere la sua essenza amministrativa. Si pensi agli ordini di demolizione di opere abusive previsti dalla normativa edilizia. La dottrina amministrativistica da tempo accetta la categoria delle sanzioni amministrative esecutive. Sul punto si rinvia alle riflessioni svolte nel Cap. III.

⁹⁶¹ Sul punto si consideri che il legislatore laddove ha voluto evidenziare il carattere amministrativo della misura lo ha fatto espressamente. In relazione ai delitti doganali punibili con la sola multa, l'art. 334 del t.u.l.d. prevede che l'estinzione del reato non preclude la confisca, la quale è comunque ordinata dall'autorità doganale (con ciò emergendo la sua natura amministrativa).

⁹⁶² Cass. pen. sez. III, sent. 28 febbraio 2013, n. 16785 Rv. 255455.

⁹⁶³ Non sembra condivisibile il rilievo di MUZZICA, *op. ult. cit.*, p. 7, il quale, muovendo dalla natura amministrativa della confisca, sostiene l'inammissibilità di una sanzione amministrativa imprescrittibile e propugna così l'applicazione alla confisca di cui all'art. 174, comma 3 c.b.c. della regola prevista dall'art. 28 della l. 24 novembre 1981, n. 689, ritenuta applicabile a qualsiasi sanzione amministrativa. In realtà tale posizione non pare corretta solo se si pensa che ai sensi dell'art. 12 della legge citata le disposizioni del Capo I cui appartiene anche l'art. 28 anzidetto concerne esclusivamente le pene pecuniarie amministrative. In verità la giurisprudenza amministrativa riconosce l'inesauribilità del potere amministrativo, il quale troverebbe limite esclusivamente nella tutela dell'affidamento legittimo del privato. Sul punto vedi Cons. Stato, Sez. VI, sent. 21 febbraio 2017, n. 780 in www.giustizia-amministrativa.it (ultimo accesso in data 27 marzo 2017).

estranei al reato, laddove gli stessi risultino titolari del bene confiscabile.

La natura non punitiva della confisca potrebbe giustificare l'irrogazione della misura anche nei confronti di terzi estranei al reato, non essendoci alcun vincolo costituzionale o europeo che impone di irrogare una sanzione esecutiva solamente al soggetto autore del fatto illecito. Le sanzioni esecutive incontrano solitamente un limite operativo nel principio di tutela del legittimo affidamento del terzo in buona fede, volto a garantire la certezza dei traffici giuridici. In verità in materia di beni culturali l'esigenza di recuperare un bene illecitamente sottratto al patrimonio statale potrebbe ragionevolmente giustificare l'ablazione patrimoniale anche in danno del terzo estraneo al reato. E ciò in virtù dell'interesse pubblico alla preservazione del patrimonio culturale che certamente tende a prevalere sull'interesse privato alla tutela della proprietà privata.

Ciò nonostante, il legislatore ha avvertito l'esigenza di porre un limite alla confiscabilità del bene illecitamente esportato al fine di garantire una pur minima tutela della proprietà privata. È stabilito nell'art. 174, comma 3 c.b.c. che il giudice non può ordinare la confisca del bene culturale se questo appartiene a «persona estranea al reato». La giurisprudenza fornisce una lettura di tale locuzione coerente con i criteri elaborati nell'ambito della confisca ordinaria.

Si afferma così che l'appartenenza al terzo sussiste laddove sulla cosa questi vanta un diritto di proprietà o altro diritto reale minore o di garanzia con esclusione dunque delle situazioni possessorie e dei diritti personali di godimento. In ragione della presunzione di appartenenza di un bene culturale al patrimonio statale, è onere del terzo provare in giudizio il diritto che egli vanta sulla cosa, sicché, in difetto di tale prova, la confisca potrà trovare certamente applicazione. È bene evidenziare che una simile conclusione non viene impedita dal principio della presunzione di innocenza (art. 27, comma 2 Cost.), che opera pacificamente solo per le sanzioni punitive e non anche per quelle esecutive.

Il terzo deve in ogni caso essere estraneo al reato, ossia – come insegna la giurisprudenza di legittimità – non deve aver contribuito in alcun modo all'integrazione dell'offesa tipica, né aver tratto dal reato alcun vantaggio⁹⁶⁴. Peraltro, la formale titolarità di un bene in capo ad un soggetto estraneo al reato non è sufficiente ad escludere la confisca se il proprietario abbia tenuto atteggiamenti negligenti che abbiano favorito l'uso indebito del bene⁹⁶⁵.

7.2. La confisca prevista in caso di contraffazione di opere d'arte (art. 178, comma 4 c.b.c.). – La confisca viene ricollegata dal legislatore anche al reato di

⁹⁶⁴ Cass. pen., sez. V, sent. 15 marzo 2005, n. 14063, in *Guida dir.*, 2005, 27, p. 78.

⁹⁶⁵ Cass. pen. sez. III sent. 27 novembre 2007, n. 2024, Rv. 238590 secondo cui «la formale titolarità di un bene in capo ad un soggetto estraneo al reato non è sufficiente ad escludere la confisca stessa e a tutelare l'intangibilità del diritto del proprietario se costui abbia tenuto atteggiamenti negligenti che abbiano favorito l'uso indebito del bene».

contraffazione di opere d'arte previsto dall'art. 178 c.b.c.⁹⁶⁶. In base al primo comma di tale articolo è punito chi, al fine di trarre profitto, contraffà, altera o riproduce un'opera di pittura, scultura o grafica, ovvero un oggetto di antichità o di interesse storico od archeologico ovvero chi pone in commercio, o detiene per farne commercio, o introduce a questo fine nel territorio dello Stato, o comunque pone in circolazione, come autentici, esemplari contraffatti, alterati o riprodotti di opere di pittura, scultura, grafica o di oggetti di antichità, o di oggetti di interesse storico od archeologico ovvero chi conoscendone la falsità, autentica le opere suddette, essendo contraffatte o alterate, oppure mediante altre dichiarazioni, perizie, pubblicazioni, apposizione di timbri od etichette o con qualsiasi altro mezzo le accredita o contribuisce ad accreditarle, conoscendone la falsità, come autentici.

In tali casi il quarto comma dell'art. 178 c.b.c. prevede che «È sempre ordinata la confisca degli esemplari contraffatti, alterati o riprodotti delle opere o degli oggetti indicati nel comma 1, salvo che si tratti di cose appartenenti a persone estranee al reato. Delle cose confiscate è vietata, senza limiti di tempo, la vendita nelle aste dei corpi di reato».

Da sempre risulta controverso l'interesse giuridico protetto dalla fattispecie in esame. Secondo una parte della dottrina esso coinciderebbe con l'integrità del patrimonio artistico, pregiudicato dalla circolazione di opere d'arte contraffatte, alterate o comunque false. Peraltro si è ritenuto non estraneo all'oggetto della tutela l'interesse alla protezione del diritto d'autore⁹⁶⁷. Tuttavia una simile prospettazione va incontro a una obiezione insuperabile. Invero si è osservato che l'irrogazione della sanzione penale prescinde dal valore artistico dell'opera oggetto delle condotte incriminate. Così, benché l'opera dei falsari possa cagionare un "inquinamento" del patrimonio artistico nazionale in qualche modo dannoso per la sua integrità, appare evidente che un simile danno si verificherà effettivamente nei casi, abbastanza rari a dire il vero, in cui vengano poste in circolazione contraffazioni di opere particolarmente importanti⁹⁶⁸. Così autorevole dottrina ha identificato il bene tutelato nella fede pubblica, ritenendo il reato di contraffazione riconducibile al genere dei reati di falso⁹⁶⁹. Si evidenzia che il falsario produce un'apparenza non corrispondente alla realtà in grado di ledere l'affidamento legittimo che i terzi ripongono nella genuinità dell'opera. In ciò la fattispecie di cui all'art. 178 c.b.c. sarebbe assimilabile ai delitti di falso previsti dal titolo VII del libro II c.p.. A tale ricostruzione si è

⁹⁶⁶ Per una disamina della fattispecie BOCHICCHIO, voce *Opere d'arte (Contraffazione o alterazione di)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980; COCO, *Teoria del falso d'arte* (l. 20-11-1971, n. 1062), Padova, 1988; CONTI, voce *Opere d'arte (Contraffazione e alterazione di)*, in *Noviss. Dig. It., App.*, V, Torino, 1984; ROSI, voce *Opere d'arte (contraffazione o alterazione di)*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, consultabile su www.pluris-cedam.utetgiuridica.it; LANZI, *La tutela del patrimonio artistico attraverso la repressione delle falsificazioni delle opere d'arte. Carenze e limiti della legislazione vigente*, in *La tutela penale del patrimonio artistico*, Milano, 1977; CIPOLLA, *I limiti soggettivi alla confiscabilità delle opere di pittura, scultura e grafica provento di falsificazione*, in *Cass. pen.*, 2, 2005, pag. 568; TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, cit., p. 417 ss..

⁹⁶⁷ LANZI, *La tutela*, cit., p. 220.

⁹⁶⁸ ROSI, voce *Opere d'arte*, cit..

⁹⁶⁹ BOCHICCHIO, *Opere d'arte*, cit., p. 314.

obiettato che l'interesse specificamente protetto dalle norme in materia di delitti di falso non è tanto la genuinità di una cosa, essendo l'immutazione artificiosa della realtà elemento caratteristico anche di altre fattispecie molto diverse da quelle del titolo VII del libro II c.p.; ciò che viene protetto è invece l'interesse alla genuinità e alla veridicità di specifici mezzi di prova. Al contrario il reato di contraffazione di opere d'arte offende l'interesse al corretto apprezzamento del valore oggettivo del bene artistico, che potrebbe essere commerciato a prezzi ingiustificatamente superiori. E allora secondo l'opinione preferibile la fattispecie di cui all'art. 178 c.b.c. protegge solamente l'interesse alla regolarità e all'onestà degli scambi nel particolarissimo settore commerciale costituito al mercato artistico ed antiquario⁹⁷⁰. Ciò risulta confermato dal divieto, esplicitamente posto dall'art. 178, ultimo comma c.b.c., di porre in vendita l'opera contraffatta una volta confiscata.

L'esatto inquadramento dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice consente di comprendere meglio la natura giuridica della confisca avente ad oggetto l'opera contraffatta. Invero secondo la tesi costantemente affermata dalla giurisprudenza di legittimità verrebbe in rilievo una vera e propria misura di sicurezza patrimoniale riconducibile all'ipotesi prevista dall'art. 240, comma 2, n. 2 c.p.. Si è chiarito che l'opera contraffatta costituisce una cosa intrinsecamente criminosa, in ragione dell'idoneità della stessa a trarre in inganno i terzi circa la paternità dell'opera⁹⁷¹. Lo scopo dell'ablazione sarebbe dunque quello di rimuovere dal mercato delle opere d'arte un bene caratterizzato da oggettiva illiceità.

In virtù della riconduzione della misura in esame alla previsione di cui all'art. 240, comma 2, n. 2 c.p., si è affermato che l'ablazione dell'opera contraffatta non presuppone necessariamente una sentenza di condanna. Invero, anche se l'art. 178, comma 4 c.b.c. non riproduce l'espressione «anche se non è stata pronunciata condanna» contenuta nell'art. 240, comma 2, n. 2 c.p., la natura intrinsecamente illecita del bene espropriato, l'esigenza di eliminare dal mercato l'opera contraffatta, nonché il carattere obbligatorio della misura desumibile dall'uso dell'avverbio "sempre" da parte del legislatore sono argomenti decisivi per ritenere operativa la confisca anche nel caso in cui sia stata emessa una pronuncia di non doversi procedere per estinzione del reato. In tal caso la più recente giurisprudenza ritiene comunque necessario, per la legittimità dell'ablazione, che il giudice proceda a un accertamento incidentale, equivalente a quello contenuto in una sentenza di condanna, della responsabilità dell'imputato e del nesso pertinenziale fra oggetto della confisca e reato⁹⁷².

⁹⁷⁰ TAMIOZZO, *op. ult. cit.*, p. 422.

⁹⁷¹ Cass. pen., sez. III, sent. 22 settembre 2016, n. 801, in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 26 marzo 2017).

⁹⁷² In termini Cass. pen., sez. III, sent. 15 gennaio 2015, n. 4954 in www.cortedicassazione.it (ultimo accesso in data 27 marzo 2017), che sottolinea altresì l'impossibilità di richiamare per la confisca in esame i principi emersi in relazione alla fattispecie di esportazione illecita di cui all'art. 174 c.b.c., in cui la confisca viene ammessa in base all'accertamento del mero fatto materiale di reato. Ciò in virtù del mancato richiamo nella fattispecie di cui all'art. 178 c.b.c. della normativa prevista per la confisca doganale.

L'opera contraffatta costituisce una cosa assolutamente illecita e, come tale, la misura ablatoria potrebbe operare anche nei confronti dei terzi estranei al reato (arg. ex art. 240, comma 4 c.p.). Tuttavia il legislatore ha posto un limite operativo alla confisca dell'opera d'arte contraffatta al fine di proteggere l'affidamento legittimo del terzo. Invero, ai sensi dell'art. 178, comma 4 c.b.c., l'ablazione non opera nel caso in cui il bene appartenga a persona estranea al reato. La scelta effettuata dal legislatore si mostra certamente anomala e rischia di frustrare lo scopo della misura che è quello di rimuovere dal mercato le opere contraffatte. Peraltro lasciando l'opera nella disponibilità dei privati si mantiene integro il rischio di una reiterazione dell'illecito, ben potendo il titolare attuale rivendere il bene a terzi⁹⁷³. In relazione al significato di «appartenenza» e a quello di «estraneità» è sufficiente richiamare le considerazioni già svolte per la confisca del bene culturale illecitamente esportato.

Merita invece una breve analisi la questione inerente alla possibilità di considerare o meno terzo estraneo al reato l'erede del reo⁹⁷⁴. Escluso il caso in cui l'erede risulti corresponsabile del reati di contraffazione, posto che in tale ipotesi la confisca potrà senz'altro operare, il soggetto che acquista l'opera contraffatta *iure hereditario* senza dubbio deve essere considerato in via generale come un soggetto diverso dal reo e, dunque, come persona estranea al reato. Ciò posto, possono darsi tre situazioni: in primo luogo, può accadere che il bene pervenga all'erede prima dell'emissione di un provvedimento di sequestro o di confisca, ma dopo la commissione del reato; in secondo luogo, può accadere che il bene, già sequestrato in sede penale, pervenga all'erede nel corso del processo e prima del provvedimento di confisca; infine è possibile che il bene pervenga all'erede dopo l'emissione del provvedimento confiscatorio.

Nel primo e nel secondo caso, il diritto di proprietà dell'erede è sorto prima dell'applicazione della confisca, ma dopo la commissione del reato. Nel terzo caso il diritto è sorto dopo l'applicazione della confisca e dopo la commissione del fatto illecito. Per comprendere quale sia la sorte del bene appreso dall'erede, è necessario stabilire se la qualifica di "terzo estraneo al reato" debba sussistere, al fine di escludere l'ablazione, già al momento del fatto ovvero al momento della decisione sulla confisca della cosa.

Orbene, la giurisprudenza e la dottrina prevalente optano per la seconda soluzione, per ragioni di tutela del terzo acquirente di buona fede⁹⁷⁵. Inoltre si è

⁹⁷³ CIPOLLA, *L'«appartenenza a persona estranea al reato» come causa di preclusione della confisca di falsi d'arte, tra prassi giurisprudenziali e oscillazioni interpretative*, in *Giur. mer.*, 6, 2008, pag. 1700 ss., il quale evidenzia come la scelta legislativa lasci spazio alla nuova circolazione dell'opera falsa, una generazione dopo l'accertamento del falso e talvolta anche prima, ad opera della stessa vittima della commercializzazione truffaldina, evidentemente animata dall'intento di recuperare la somma oggetto della frode. In senso conforme LANZI, *op. ult. cit.*, p. 223.

⁹⁷⁴ Sul punto in modo ampio CIPOLLA, *Limiti soggettivi*, cit., p. 568 ss..

⁹⁷⁵ Cass. pen., sez. VI, 2 dicembre 1997, Nilo, in C.E.D. Cass., n. 209031. In dottrina FORNARI, *Criminalità*, cit., p. 660. *Contra*, Cass. pen., Sez. II, sent. 12 gennaio 1959, in *Giust. pen.*, 1959, II, p. 859, che aderisce alla tesi per cui per la determinazione dell'appartenenza si deve far riferimento al

osservato che l'uso del presente, anziché del passato remoto, da parte dell'art. 178 c.b.c. induce a ritenere che la valutazione sull'«appartenenza» vada effettuata al momento dell'applicazione della confisca.

In definitiva, la cosa proveniente dal reo *jure hereditario* è sempre confiscabile, a meno che al momento dell'irrogazione della misura risulti già nella titolarità dell'erede. Tale conclusione merita tuttavia una precisazione. Affinché il terzo possa far salvo il proprio diritto, è necessario che egli risulti in “buona fede”, ossia che, al momento dell'acquisto del diritto sulla cosa, ignorasse senza colpa la provenienza illecita di questa. Ebbene appare difficile provare in giudizio la buona fede dell'erede che abbia acquistato il diritto *iure hereditario* sulla cosa quando questa era già sequestrata. Di conseguenza l'erede può, di fatto, far salvo il proprio diritto solo nell'ipotesi in cui la cosa sia transitata *iure hereditario* nel suo patrimonio in un momento in cui non era nemmeno sottoposta al vincolo del sequestro.

7.3. *La confisca in materia di danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale (art. 733, comma 2 c.p.).* – Ai sensi dell'art. 733, comma 1 c.p. è punito colui che distrugge, deteriora o comunque danneggia un monumento o un'altra cosa propria di cui gli sia noto il rilevante pregio, se dal fatto deriva un nocumento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale. In tal caso, ai sensi del secondo comma del medesimo articolo, «può» essere ordinata la confisca della cosa deteriorata o comunque danneggiata.

L'art. 733 c.p. assume oramai un'importanza per lo più storica, in quanto rappresenta la prima disposizione emanata per la specifica protezione del patrimonio culturale italiano. Quanto invece al profilo applicativo, la disposizione risulta per lo più anacronistica e ha condotto nella prassi a varie questioni problematiche che non è possibile in questa sede analizzare compiutamente⁹⁷⁶.

La confisca prevista dal secondo comma dell'art. 733 c.p. costituisce una misura di sicurezza patrimoniale, finalizzata alla prevenzione di ulteriori attività di danneggiamento del bene da parte del titolare, che possano importare un aggravamento del nocumento arrecato al patrimonio culturale nazionale. Quanto sostenuto sembra confermato altresì dalla natura facoltativa della misura, del tutto incompatibile con una connotazione in chiave sanzionatoria dell'istituto⁹⁷⁷.

Peculiare è l'oggetto dell'ablazione patrimoniale costituito dall'oggetto materiale della condotta criminosa, rappresentato per l'appunto dalla cosa

momento del fatto e Cass. pen., S.U., sent. 26 aprile 1983, in C.E.D. Cass., n. 158679, per cui occorre guardare al momento dell'accertamento del fatto.

⁹⁷⁶ Per una analisi recente della fattispecie e dei problemi applicativi che essa comporta TRONCONE, *La tutela penale del patrimonio culturale italiano e il deterioramento strutturale del reato dell'art. 733 c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso in data 27 marzo 2017).

⁹⁷⁷ La confisca dell'edificio costruito in violazione dell'art. 733 e del suolo su cui esso sorge non è esclusa dal potere di riduzione in pristino attribuito all'autorità amministrativa dall'art. 59 l. 1089/39, giacché tale norma si riferisce solo alla violazione di determinate disposizioni contenute nella legge stessa (Cass. pen., sent. 6 aprile 1976, in *Giust. pen.* 1977, II, p. 475).

danneggiata o deteriorata dal reo.

Trattandosi di un'ipotesi confiscatoria speciale rispetto a quella prevista dall'art. 240, comma 1 c.p., in ragione dell'oggetto dell'espropriazione, si deve ritenere applicabile lo statuto generale della confisca ordinaria. Ciò induce a sostenere la necessità di una sentenza di condanna per addivenire all'irrogazione della confisca.

Infine vale la pena ricordare che l'art. 30 della l. 6 dicembre 1991, n. 394, recante «Legge quadro sulle aree protette», stabilisce un ulteriore caso di confisca facoltativa in caso di integrazione del reato di cui all'art. 733 c.p.. La normativa regola la programmazione delle attività edificatorie nelle aree protette e stabilisce un complesso sanzionatorio volto a rendere effettive le prescrizioni stabilite. Si prevede tuttavia all'art. 30, comma 3 citato che in caso di violazioni costituenti ipotesi di reati perseguiti ai sensi degli articoli 733 e 734 del codice penale «può essere disposto dal giudice o, in caso di flagranza, per evitare l'aggravamento o la continuazione del reato, dagli addetti alla sorveglianza dell'area protetta, il sequestro di quanto adoperato per commettere gli illeciti ad essi relativi». Il comma quarto del medesimo articolo aggiunge quindi che nelle sentenze di condanna «il giudice può disporre, nei casi di particolare gravità, la confisca delle cose utilizzate per la consumazione dell'illecito». Si tratta di un caso di confisca degli strumenti del reato del tutto riconducibile all'ipotesi generale di cui all'art. 240, comma 1 c.p..

8. *La c.d. confisca "amministrativa"*. – La confisca costituisce un istituto fondamentale anche di quell'ordinamento giuridico parziale denominato diritto amministrativo. A essa fanno riferimento plurime disposizioni contenute nelle leggi concernenti i più svariati settori di azione del pubblico potere. Si tratta di una tendenza del diritto amministrativo che affonda le sue radici nel tempo, essendo presenti nella legislazione casi di confisca amministrativa sin dall'epoca statutaria⁹⁷⁸. Tale tendenza è rimasta ferma anche a seguito dell'entrata in vigore della Carta Costituzionale⁹⁷⁹. Tuttavia una disciplina generale della confisca amministrativa è venuta alla luce solo con la l. 24 novembre 1981, n. 689, che agli artt. 20 e 21 ha introdotto alcune disposizioni aventi portata generale sull'istituto confiscatorio nel

⁹⁷⁸ Si pensi a titolo esemplificativo ai seguenti casi: : t.u. 8-7-1924 (sulla fabbricazione delle polveri piriche e degli altri prodotti esplosivi, dei surrogati del caffè, della birra, delle gassose, dello zucchero, del glucosio, del maltosio e delle analoghe materie zuccherine, degli spiriti, dei saponi, degli olii di semi, degli organi di illuminazione); art. 2, r.d.l. 15-10-1925, n. 1929 (sulle frodi nella torrefazione del caffè); art. 58, r.d.l. 15-10-1925, n. 2033 (sulle frodi nella preparazione e nel commercio di sostanze di uso agrario); art. 38, t.u. 8-10-1931, n. 1604 (delle leggi sulla pesca); art. 5, r.d.l. 5-12-1938, n. 1928 (sulla repressione delle violazioni delle leggi valutarie).

⁹⁷⁹ Si pensi al riguardo ai seguenti casi: art. 4 l. 20-6-1952, n. 645 (sull'attuazione della XII disp. trans. Cost.); artt. 21 e 23, l. 11-6-1959, n. 450 (sulla fabbricazione della margarina); artt. 79 e 80 l. 22-12-1975, n. 685 (sulla disciplina degli stupefacenti); art. 28, l. 27-12-1977, n. 968 (sulla caccia); art. 3, l. 25-1-1982, n. 17 (sulle associazioni segrete); artt. 7 e 18 l. 28-2-1985, n. 47 (sul controllo della attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie).

diritto amministrativo⁹⁸⁰. La normativa in esame ricalca in modo inequivoco quella posta dall'art. 240 c.p., accogliendo la *summa divisio* tra la confisca facoltativa e quella obbligatoria.

Si procederà innanzi tutto all'analisi dell'art. 20 l. 24 novembre 1981, n. 689, rubricato «Sanzioni amministrative accessorie». In base al comma terzo di tale articolo è stabilito che, in caso di illecito amministrativo, oltre alla pena pecuniaria principale e alle pene accessorie eventualmente previste dalle leggi vigenti, «Le autorità stesse possono disporre la confisca amministrativa delle cose che servirono o furono destinate a commettere la violazione e debbono disporre la confisca delle cose che ne sono il prodotto, sempre che le cose suddette appartengano a una delle persone cui è ingiunto il pagamento». Il quinto comma aggiunge inoltre che «È sempre disposta la confisca amministrativa delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce violazione amministrativa, anche se non venga emessa l'ordinanza-ingiunzione di pagamento», salvo per quella cosa che «appartiene a persona estranea alla violazione amministrativa e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa».

Già da una rapida lettura delle suddette disposizioni emerge con chiarezza la forte affinità strutturale tra la confisca in esame e quella ordinaria di cui all'art. 240 c.p.. Ciò nonostante, il legislatore ha collocato la disciplina della confisca amministrativa in un articolo rubricato «sanzioni amministrative accessorie», con ciò sembrando voler prendere le distanze dall'istituto codicistico almeno sotto il profilo funzionale. Invero nell'ottica del legislatore la misura prevista dalla legge n. 689 sembrerebbe configurarsi come una sanzione giuridica che si cumula alla pena pecuniaria principale.

Eppure la dottrina non è mai stata pacifica in relazione alla natura giuridica dell'istituto. Secondo un'impostazione più risalente la confisca di cui all'art. 20 della legge n. 689 costituisce una vera e propria misura di sicurezza, avente lo scopo di neutralizzare la pericolosità sociale derivante dalla disponibilità della cosa pertinenziale all'illecito. Tale concezione, anche ispirata da un desiderio di

⁹⁸⁰ Sulla confisca amministrativa la letteratura è ampia: IACCARINO, *La confisca*, cit.; ID., voce *Confisca (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, 36 ss.; PISCIONE, voce *Confisca (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 971 ss.; DE CHIARA, *Confisca penale e confisca amministrativa*, *Giur. Mer.*, 1979, 722 ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 1173 ss.; M. A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione*, Napoli, 1981, 93 ss.; ID., voce *Confisca (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Volume VIII, Roma, 1988, p. 1 ss.; BERTONI – LATTANZI – LUPO – VIOLANTE, *Modifiche al sistema penale*, I, Milano, 1982, 210 ss.; CHITI, *L. 24-11-1981, n. 689 Modifiche al sistema penale*, *Leg. Pen.*, 1982, 264 ss.; DOLCINI – GIARDA – MUCCIARELLI – PALIERO – RIVA CRUGNOLA, *Commentario delle «Modifiche al sistema penale»*, sub. artt. 20-21, Milano, 1982, 138-139; GOTTI, voce *Confisca (dir. amm.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, p. 359 ss.; VIGNERI, *La sanzione amministrativa*, Padova, 1984, 95 ss.; GIOVAGNOLI – FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 194; CREPALDI – COMI, *Le sanzioni amministrative accessorie*, in TOSCHEI – CAGNAZZO, *La sanzione amministrativa*, Torino, 2012, p. 562.

unificazione concettuale dell'istituto confiscatorio⁹⁸¹, viene giustificata essenzialmente in base a un argomento sistematico. Si afferma che la confisca amministrativa ripete tutti i principali caratteri strutturali della confisca codicistica, di guisa che non vi sarebbero valide ragioni per attribuire ai due istituti funzioni giuridiche differenti⁹⁸². In sostanza tale orientamento disconosce la rilevanza della qualificazione "amministrativa" come elemento in grado di incidere sulla funzione dell'istituto. Inoltre si evidenzia come la confisca costituisca una sorta di "continuazione" del sequestro amministrativo, tanto da risultare impossibile – si aggiunge – comminare la prima in assenza del secondo⁹⁸³. Ebbene il sequestro viene ritenuto mezzo cautelare il cui fondamento risiede in una situazione di incertezza circa la pericolosità di una cosa, o in modo oggettivo, o in quanto utilizzata da un certo soggetto. Esso infatti compare soprattutto nella legislazione concernente le attività di impresa rischiose, sicché il sequestro ha proprio lo scopo di eliminare dal circuito imprenditoriale quelle cose che si sospetta possano accrescere eccessivamente il rischio connesso all'attività dell'impresa. Essendo la confisca un provvedimento che stabilizza gli effetti del sequestro, essa non può che risultare funzionalmente omogenea a questo. Dunque anche essa finirebbe per costituire un mezzo di prevenzione di futuri illeciti, imperniato sulla pericolosità delle cose pertinenti all'illecito.

Secondo una diversa impostazione, seguita dalla dottrina dominante, la confisca amministrativa è una sanzione giuridica, sicché non sarebbe riconducibile al modello della misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p.. In particolare si esclude che essa possa rappresentare una misura di carattere riparatorio⁹⁸⁴, in quanto non solo essa opera in casi in cui difetta un danno nella sfera di terzi, ma anche laddove essa si ricolleggi a una fattispecie di danno, la sua entità prescinde totalmente dall'ammontare del pregiudizio cagionato. A ulteriore conforto di tale conclusione si aggiunge che la misura può colpire altresì beni incommerciabili o impignorabili, il che è normalmente escluso per le sanzioni di carattere riparatorio⁹⁸⁵.

Si è giunti dunque alla convinzione che la confisca di cui all'art. 20 della l.

⁹⁸¹ IACCARINO, *La confisca*, cit. *passim*. L'Autore proprio nell'ottica di fornire una ricostruzione unitaria della confisca amministrativa ritiene che le varie disposizioni che la prevedono nelle leggi amministrative speciali siano riconducibili al quadro normativo generale previsto dal codice penale, in cui le misure di sicurezza sono non casualmente qualificate come misure "amministrative". Proprio valorizzando questo legame, l'Autore ritiene che anche la confisca amministrativa miri a neutralizzare la pericolosità sociale alimentata dalla disponibilità delle cose usate per la perpetrazione dell'illecito. Si pone contro una possibile ricostruzione unitaria della confisca amministrativa PISCIONE, voce *Confisca*, cit., p. 974, il quale precisa che la suggestione di una ricostruzione unitaria della confisca è storicamente provenuta anche dal diritto internazionale, dove i provvedimenti ablatori erano previsti dalla normativa bellica.

⁹⁸² GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 1173, il quale ravvisa una sostanziale omogeneità tra i sequestri e le confische civili, penali e amministrative.

⁹⁸³ GIANNINI, *ivi*, p. 1175.

⁹⁸⁴ Riconosce natura "civile" e restitutoria alla confisca amministrativa CARAVITA, *La confisca*, cit., p. 163 ss., anche se l'Autore formula una tale conclusione esclusivamente con riferimento alla confisca prevista nella legislazione antifascista emanata nell'immediato dopoguerra mondiale.

⁹⁸⁵ PISCIONE, voce *Confisca*, cit., p. 975.

24 novembre 1981, n. 689 costituisca una misura a finalità repressiva e dissuasiva, che assume una funzione essenzialmente general preventiva mediante la minaccia legale della sua comminazione in caso di realizzazione del fatto vietato. Essa «avviene non perché non si verifichi un illecito, ma perché l'illecito si è verificato»⁹⁸⁶. Tale soluzione – si aggiunge – sarebbe confermata anche dal dato legislativo: la rubrica dell'art. 20 della legge n. 689 fa esplicito riferimento alle «sanzioni amministrative accessorie». Tale rubrica, secondo una parte della dottrina⁹⁸⁷, esprimerebbe la presa di coscienza da parte del legislatore del carattere prevalentemente afflittivo, piuttosto che preventivo, della confisca amministrativa e, più in generale, dell'istituto confiscatorio. Peraltro si è sottolineato che in taluni casi la confisca amministrativa può colpire anche persone giuridiche (per es. art. 210 t.u.l.p.s.) e rispetto a tali soggetti sarebbe impossibile postulare una pericolosità sociale rispetto alla quale la confisca agirebbe da mezzo di neutralizzazione. In definitiva verrebbe in rilievo una sanzione punitiva accessoria alla pena pecuniaria principale.

La qualificazione amministrativa della misura invece non viene posta in dubbio. Invero si esclude recisamente una sua possibile natura criminale per una pluralità di motivi: in primo luogo l'ablazione è posta a presidio di interessi pubblici della P.A., non di interessi generali della comunità sociale⁹⁸⁸; in secondo luogo, la confisca può essere disposta anche dalla pubblica amministrazione, a differenza della sanzione penale che può irrogarsi solo all'esito di apposito processo penale. Non appare invece corretto ritenere che la natura criminale vada esclusa in quanto la confisca trova applicazione in taluni casi anche verso soggetti diversi dall'autore dell'illecito e ciò contrasterebbe con l'art. 27, comma 1 Cost. che permea l'intera materia penale⁹⁸⁹. Invero la personalità della responsabilità penale è principio che governa ogni sanzione punitiva dell'ordinamento, in quanto indispensabile per garantire l'efficacia general preventiva della minaccia legale della pena stessa. È invece irrilevante per l'operatività della regola che la pena sia criminale o amministrativa.

In definitiva secondo la tesi dominante la confisca in esame è una vera e propria sanzione punitiva, di natura amministrativa e accessoria rispetto alla pena principale prevista per l'illecito commesso. Non sono tuttavia mancate voci in dottrina che, pur accogliendo tale soluzione, hanno prospettato una intrinseca poliedricità della misura, ritenendola idonea a perseguire, oltre a finalità repressive, anche finalità preventive e di profilassi sociale⁹⁹⁰.

A parere di chi scrive la confisca di cui all'art. 20 della legge n. 689 non

⁹⁸⁶ Così PISCIONE, *ibidem*.

⁹⁸⁷ M. A., SANDULLI, voce *Confisca*, cit., p. 4.

⁹⁸⁸ PISCIONE, *op. ult. cit.*, p. 976, il quale afferma che la sanzione penale è posta a presidio dell'ordinamento generale, a differenza della sanzione amministrativa che invece preserva solo l'interesse pubblico della pubblica amministrazione.

⁹⁸⁹ PISCIONE, *op. ult. cit.*, p. 975.

⁹⁹⁰ CREPALDI – COMI, *Le sanzioni amministrative accessorie*, cit., p. 562.

sembra configurare una sanzione punitiva. In primo luogo sembra difficilmente conciliabile con tale soluzione il carattere facoltativo che connota la misura laddove abbia ad oggetto gli strumenti dell'illecito. La discrezionalità del provvedimento non consente di ravvisare nella confisca la retributività tipica della sanzione giuridica. Si potrebbe obiettare che tale rilievo vale a escludere la natura sanzionatoria della confisca dei mezzi della violazione, ma non delle altre ipotesi di confisca previsti dall'art. 20. Sembra tuttavia una soluzione eccessivamente artificiosa.

Inoltre c'è un ulteriore profilo che sembra destare qualche perplessità in ordine al riconoscimento della natura sanzionatoria della misura. Invero la confisca può colpire non solo i beni del soggetto responsabile dell'illecito, ma anche quelli di coloro cui è ingiunto il pagamento della pena pecuniaria per ragioni di solidarietà passiva *ex art. 6*. Ebbene, considerando che la solidarietà passiva menzionata ha una funzione di garanzia in relazione alla riscossione della pena pecuniaria, come dimostra il riconoscimento della possibilità di regresso per l'intero in favore del terzo solidalmente tenuto, appare evidente come l'ablazione può in linea teorica colpire anche soggetti diversi dall'autore dell'illecito. Se venisse in rilievo una pena, è chiaro che l'art. 20 si esporrebbe a seri dubbi di costituzionalità, per contrasto con il principio di personalità della responsabilità in materia di sanzioni punitive (art. 27, comma 1 Cost.). Una considerazione analoga può effettuarsi per la confisca delle cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione, l'alienazione delle quali costituisce violazione amministrativa (art. 20, comma 5). In tal caso si esclude la confisca a carico di terzo solo se le suddette attività siano suscettibili di autorizzazione amministrativa (art. 20, comma 6). Se la confisca fosse una pena, tale limitazione alla tutela dei terzi estranei all'illecito non si comprenderebbe. Il terzo dovrebbe essere tenuto esente dalle conseguenze dell'illecito in ogni caso e non solo quando le attività anzidette sulla cosa siano autorizzabili. Si potrebbe prospettare, muovendo dalla tesi che riconosce una pena, l'incostituzionalità dell'art. 20, comma 6 nella parte in cui subordina la tutela del terzo alla possibilità di autorizzare le attività di porto, detenzione, ecc. sulla cosa. E ancora: l'art. 20, comma 4 della legge n. 689 prevede che, in caso di reiterate violazioni in materia antinfortunistica, la confisca del prodotto e degli strumenti dell'illecito è obbligatoria; successivamente si precisa che l'ablazione non ha luogo se è permessa la messa a norma della cosa e quest'ultima risulta effettuata secondo le norme vigenti. Se la confisca fosse una pena non si capirebbe la ragione per cui la punizione debba escludersi laddove le cose confiscabili possano essere regolarizzate secondo la normativa vigente. Se lo scopo è l'afflizione del colpevole, non dovrebbe rilevare la suddetta possibilità.

Per tutte queste ragioni pare preferibile qualificare la confisca amministrativa in esame come una misura a finalità preventiva, a mezzo della quale sono sottratte alla disponibilità del colpevole le cose pertinenti all'illecito, in quanto idonee a consentire la reiterazione dell'illecito ovvero in quanto intrinsecamente illecite. Del resto la struttura della misura riprende quella della confisca codicistica, che il legislatore avrà certamente tenuto in considerazione al momento della

emanazione dell'art. 20 in esame⁹⁹¹. E come già evidenziato, la natura amministrativa della misura non sembra in grado di incidere sulla natura preventiva o repressiva di essa, posto che a tal riguardo decisivo è lo scopo politico assegnato dall'ordinamento giuridico all'ablazione patrimoniale.

Chiarita la funzione e la natura giuridica della misura, è possibile procedere a una rapida illustrazione dei caratteri generali che la connotano.

Muovendo dall'ambito oggettivo di applicazione, la confisca è, di regola, accessoria all'irrogazione della pena pecuniaria. Ciò emerge chiaramente da vari indici normativi: in primo luogo dalla circostanza che la misura può essere ordinata contro le «persone cui è ingiunto il pagamento» (art. 20, comma 3); in secondo luogo dalla circostanza che il legislatore indica i casi specifici in cui la misura può prescindere dall'ingiunzione di pagamento della pena pecuniaria.

Dunque la confisca può applicarsi esclusivamente per gli illeciti amministrativi cui la legge ricollega una sanzione punitiva pecuniaria. Ciò consente di affermare che, laddove l'illecito sia oggetto di regolamentazione ad opera di una legge speciale, la disciplina generale della confisca amministrativa possa comunque trovare applicazione, a condizione che alla fattispecie sia ricollegata una pena pecuniaria. E ciò a prescindere dalla circostanza che la legge speciale effettui o meno un rinvio alla legge n. 689⁹⁹². Ad ogni buon conto secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità la confisca deve trovare applicazione ogni volta in cui sia integrato un illecito amministrativo, anche se non punito con pena pecuniaria. Tale principio muove dal riconoscimento del carattere generale della disciplina posta dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, che troverebbe applicazione rispetto a qualsiasi illecito amministrativo se non è diversamente previsto dal legislatore⁹⁹³.

⁹⁹¹ Riconosce natura preventiva alla confisca amministrativa di cui all'art. 20 della l. n. 689 NUNZIATA, *La confisca*, cit., p. 121.

⁹⁹² Cass. civ., sez. I, sent. 2 maggio 1997, n. 3738, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 667.

⁹⁹³ Cass. civ. sez. I, sent. 06 maggio 1998, n. 4545, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 942 secondo cui «L'art. 20 terzo comma della legge n. 689 del 1981 contiene, secondo consolidato indirizzo di questa Corte (Cass., n. 3788 del 1997; n. 10472 del 1996; n. 8719 del 1996; n. 6447 del 1996; n. 10851 del 1994, n. 4036 del 1991), norme generali e residuali sulla confisca amministrativa obbligatoria, ed applicabili ad ogni ipotesi specifica di irrogazione di s.a. per la quale non sia diversamente stabilito (art. 12). E tra tali norme assume rilievo centrale, per quel che occupa, quella (direttamente mutuata dal legislatore del 1981 dal previgente art. 240 c.p.) per cui la confisca, facoltativa con riguardo agli strumenti della perpetrata violazione, è obbligatoria per le cose che della violazione costituiscano il prodotto o delle cose "... la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce violazione amministrativa", nell'uno e nell'altro caso rimanendo la confisca esclusa se dette cose appartengano a terzi (nella prima ipotesi se il proprietario non sia anche destinatario dell'ingiunzione e nella seconda se le richiamate attività possano essere consentite "mediante autorizzazione amministrativa". Se tale è la norma generale ricavabile dalla citata disposizione, la successiva sulla confisca delle attrezzature di autoriparazione usate per l'abusivo esercizio dell'attività (art. 10 secondo comma cit.) appare in rapporto di specialità con la richiamata disciplina generale soltanto per la previsione della obbligatorietà e generalità della misura accessoria (come asserito nella sentenza impugnata) ed in ragione dell'insindacabile scelta di togliere alla P.A. poteri discrezionali a fronte della ravvisata essenzialità delle attrezzature per la realizzazione dell'attività illecita. Ma nulla - nella scarna lettera della previsione, nelle correlate disposizioni del testo di legge e tampoco nella "ratio" dell'obbligatorietà della confisca - autorizza a ritenere assorbita nelle specialità dell'intervento anche la regola generale sulla salvezza dei diritti dei terzi-proprietari, estranei alla violazione ed in una

Per ciò che attiene all'ambito soggettivo di applicazione, di regola la confisca incide sulla sfera giuridica di coloro cui è ingiunto il pagamento della pena pecuniaria. Si tratta del soggetto responsabile dell'illecito e di coloro che solidalmente rispondono del pagamento della somma di denaro oggetto della pena pecuniaria (art. 6). Una parte della dottrina⁹⁹⁴ ha suggerito di escludere questi ultimi soggetti dal novero dei destinatari della confisca. Si è evidenziato che essi subiscono un vincolo che ha mera funzione di garanzia del pagamento della pena pecuniaria, non essendo invece responsabili dell'illecito amministrativo. Di conseguenza sarebbe preferibile escludere l'irrogazione della confisca nei confronti dei suddetti soggetti, in quanto si renderebbero costoro responsabili per l'altrui illecito. Tale orientamento muove dal presupposto che la confisca amministrativa sia una pena e come tale impossibile da irrogare a terzi estranei all'illecito. Tuttavia si tratta di un'interpretazione *contra legem*, essendo insuperabile il tenore letterale dell'art. 20, comma 3 che esplicitamente si riferisce alle persone «cui è ingiunto il pagamento».

La confisca di regola non può colpire invece beni appartenenti a soggetti diversi da quelli suddetti. In relazione al concetto di appartenenza si rinvia alle considerazioni svolte per la confisca ordinaria. Resta inteso che l'appartenenza deve risultare nel momento in cui viene adottato il provvedimento confiscatorio e non in quello in cui viene integrato l'illecito, giacché solo in tal modo può garantirsi una adeguata protezione dell'affidamento legittimo che il terzo in buona fede ha riposto nella stabilità del suo acquisto⁹⁹⁵. Ci sono casi in cui la coercizione reale può riguardare anche beni di persone estranee alla violazione amministrativa. È il caso in cui la misura ha ad oggetto le cose intrinsecamente illecite (art. 20, comma 5). Tuttavia si deve trattare di cose assolutamente illecite, in quanto, laddove la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione, l'alienazione delle cose siano autorizzabili in via amministrativa, il terzo non potrà subire l'applicazione della confisca (art. 20, comma 6). La coercizione reale può essere disposta in questo caso anche in assenza dell'ordinanza-ingiunzione di pagamento, il che fa desumere che la confisca si attegga a vera e propria conseguenza autonoma e non accessoria

ipotesi nella quale l'utilizzazione delle attrezzature sarebbe stata lecita ove preceduta dalla autorizzazione amministrativa (art. 20 ultimo comma legge cit.). E del resto appare eloquente della possibilità di un esplicito diniego della esenzione del "terzo", la previsione "speciale" del comma 3 dell'art. 21 della legge n. 689 del 1981 (cfr. Cass., n. 7923 del 1990 e n. 3677 del 1992) rispetto a quella posta al precedente comma 1°. E l'interpretazione qui accolta, per cui la applicabilità dell'art. 20 ultimo comma legge n. 689 del 1981 alla previsione sub art. 10 legge n. 122 del 1992 impone di escludere la confisca con riguardo alle attrezzature usate dall'abusivo autoriparatore che siano di proprietà di un terzo estraneo alla violazione, è l'unica conforme all'art. 3 Cost. Questo, infatti, sarebbe macroscopicamente violato se la misura "de qua" dovesse adottarsi pur nei riguardi di un proprietario - estraneo alla violazione - di attrezzature di autoriparazione l'uso delle quali sarebbe altrimenti consentito e, cioè, "... mediante autorizzazione amministrativa" (art. 20 ultimo comma legge cit.), non ravvisandosi in esse quell'esigenza di incondizionata soppressione che ragionevolmente sostiene la previsione di cui all'art. 21 terzo comma legge n. 689 del 1981».

⁹⁹⁴ BARTOLINI, *Il codice delle violazioni amministrative*, Piacenza, 2005, p. 408.

⁹⁹⁵ Cass. civ. Sez. I, sent. 21 agosto 1997, n. 7802, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it. Si esprimono in senso contrario CREPALDI – COMI, *Le sanzioni amministrative accessorie*, cit., p. 567 che invece ritengono rilevante il momento della commissione dell'illecito.

dell'illecito amministrativo. Ciò ha consentito alla giurisprudenza di legittimità di individuare correttamente la posizione assunta dall'erede rispetto alla confisca che vedeva come destinatario il colpevole ormai defunto. Si è affermato che l'erede è terzo rispetto all'illecito e come tale gode della garanzia di intangibilità prevista dall'art. 20, comma 3 per coloro che non devono rispondere della pena pecuniaria. Del resto – si aggiunge – agli eredi non si trasmette la pena pecuniaria comminata al *de cuius* (art. 7), di guisa che essi non potrebbero nemmeno considerarsi «persone cui è ingiunto il pagamento». Nel caso in cui la confisca operi in modo autonomo rispetto alla pena pecuniaria – come nel caso anzidetto delle cose intrinsecamente illecite – è possibile, invece, procedere all'irrogazione della misura anche nei confronti dell'erede, non operando alcuna garanzia in favore dei terzi estranei all'illecito⁹⁹⁶.

Per ciò che attiene all'oggetto, la confisca amministrativa può colpire innanzi tutto «le cose che servirono o furono destinate a commettere la violazione»⁹⁹⁷. In tal caso la confisca è facoltativa e l'autorità competente dovrà, in coerenza con la funzione preventiva della misura, valutare se sussista o meno il rischio di reiterazione dell'illecito laddove le suddette cose siano lasciate nella disponibilità del colpevole.

Ai sensi del comma quarto dell'art. 20, inserito dall'art. 9, comma 1 del d.l. 12 novembre 2010, n. 187, convertito con modificazioni nella l. 17 dicembre 2010, n. 217, la confisca degli strumenti dell'illecito diviene obbligatoria «In presenza di violazioni gravi o reiterate, in materia di tutela del lavoro, di igiene sui luoghi di lavoro e di prevenzione degli infortuni sul lavoro». Ciò vale anche se non venga emessa l'ordinanza–ingiunzione di pagamento. Tale regola subisce un limite alla sua operatività: essa non si applica, con conseguente applicazione del principio generale

⁹⁹⁶ Cass. civ. sez. I, sent. 19 ottobre 1989, n. 4206, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it secondo cui «Gli artt. 20 e 21 della legge n. 689-81 prevedono tre tipi di confisca: a) la confisca facoltativa, che l'autorità amministrativa può disporre relativamente alle cose che servirono o furono destinate a commettere la violazione (art. 20, terzo comma); b) la confisca obbligatoria, che l'autorità amministrativa deve disporre in ordine alle cose che sono il prodotto della violazione (art. 20, terzo comma) ovvero relativamente al vincolo che circola non coperto dall'assicurazione obbligatoria (art. 21, primo comma); c) la confisca obbligatoria in modo rafforzato, che disposta sempre (art. 20, quarto comma e art. 21 terzo comma), e cioè anche quando non è emessa l'ordinanza - ingiunzione di pagamento della sanzione pecuniaria. I primi due tipi di confisca, invece, presuppongono che la cosa confisca appartenga alla persona alla quale è ingiunto il pagamento della sanzione pecuniaria, onde, nei casi sopra indicati sub a - b, la confisca non può essere disposta se la ordinanza - in ingiunzione di pagamento non viene emanata nei confronti del destinatario della confisca stessa, qualunque sia la ragione giustificatrice della mancata emanazione (morte dell'obbligato, mancata contestazione della violazione, pagamento in misura della sanzione pecuniaria). Nell'ambito di questo assetto normativo della confisca va collocata la disposizione dell'art. 7 della legge n. 689-81, secondo cui la obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione non si trasmette agli eredi. Se la confisca obbligatoria in modo rafforzato prescinde, come si è rilevato, dalla ordinanza - ingiunzione di pagamento, perché si tratta di res intrinsecamente illecite (quarto comma dell'art. 20) o perché è accertata la violazione specificata nell'art. 21, terzo comma della legge n. 689-81, la morte del soggetto obbligato (in via diretta o solidale) al pagamento della sanzione pecuniaria deve ritenersi priva di rilievo in ordine alla applicazione di detto tipo di confisca».

⁹⁹⁷ Per l'analisi del concetto di strumento dell'illecito si rinvia alle considerazioni effettuate per la confisca ordinaria nel Cap. V.

del terzo comma, se la cosa appartiene a persona estranea alla violazione amministrativa ovvero quando in relazione ad essa è consentita la messa a norma e quest'ultima risulta effettuata secondo le disposizioni vigenti.

La confisca è obbligatoria invece in due casi. In primo luogo nel caso in cui concerna il prodotto dell'illecito, salvo che le cose appartengano a terzi non attinti dall'ordinanza – ingiunzione di pagamento. Circa la nozione di prodotto la giurisprudenza tende a fornirne una ricostruzione omogenea a quella consolidatasi nell'ambito della confisca ordinaria. Si afferma dunque che il prodotto della violazione è il frutto diretto dell'attività illecita, ossia il risultato, che il colpevole ottiene direttamente dal compimento dell'attività antigiuridica. Si noti come l'art. 20 non preveda invece la confiscabilità del profitto derivato dalla violazione amministrativa. Nondimeno una parte della dottrina ha ritenuto che il profitto possa confiscarsi accedendo a una nozione ampia di prodotto, concepito come insieme delle conseguenze patrimoniali scaturite dall'illecito, costituendo queste pur sempre una trasformazione della realtà giuridica causata dalla violazione amministrativa⁹⁹⁸. In caso di violazioni gravi e reiterate della normativa antinfortunistica anche per il prodotto dell'illecito valgono le regole su esposte analizzando la confisca dei mezzi della violazione.

Ulteriore caso di confisca obbligatoria è infine quello che riguarda le cose intrinsecamente illecite (art. 20, comma 5). Tale confisca opera anche se non c'è l'adozione dell'ordinanza–ingiunzione di pagamento, sicché si tratta di un caso di confisca autonoma. Inoltre la coercizione reale colpisce anche persone estranee alla violazione, salvo vengano in rilievo cose la cui detenzione, porto, uso, ecc. siano autorizzabili astrattamente in via amministrativa (art. 20, comma 6).

La confisca – come già accennato – viene disposta ordinariamente con l'ordinanza–ingiunzione di cui all'art. 18 della legge n. 689, salvo che vengano in rilievo cose intrinsecamente illecite, nel qual caso la misura viene disposta con apposito provvedimento. Occorre ricordare che l'esecutività del provvedimento confiscatorio è esclusa fintanto che sia pendente il giudizio di opposizione contro il provvedimento di condanna o, nel caso di connessione di cui all'art. 24, fino a che il provvedimento stesso non sia divenuto esecutivo (art. 20, comma 2).

Conclusa l'analisi dei caratteri generali della confisca prevista dall'art. 20, occorre illustrare brevemente talune questioni problematiche su cui si è soffermata la giurisprudenza nella prassi.

In primo luogo si discute della regola applicabile nel caso in cui uno stesso fatto materiale integri sia un illecito amministrativo che un reato, con conseguente possibilità di disporre in astratto tanto la confisca amministrativa che quella penale. Secondo la giurisprudenza i due illeciti hanno procedimenti distinti, sanzioni distinte, sia principali che accessorie, giudici diversi, sicché il procedimento avente a oggetto l'illecito amministrativo va considerato autonomo dal processo penale. Ne deriva che nulla osta all'irrogazione della confisca amministrativa su un bene già sottoposto a

⁹⁹⁸ M. A. SANDULLI, voce *Confisca*, cit., p. 3.

sequestro preventivo penale. Se anche al termine del processo penale sarà disposta la confisca, i due provvedimenti si sovrappongono e comunque l'esecuzione non potrà che essere una; se invece si dovesse giungere a proscioglimento in sede penale, comunque avrà efficacia e validità la confisca disposta in sede amministrativa, fondata su di una diversa violazione di legge⁹⁹⁹.

Infine ulteriore questione è quella inerente alla assicurabilità del rischio di subire una confisca amministrativa. Sul punto risulta pacifica la illiceità della causa di un simile negozio. Invero il contratto di assicurazione garantirebbe al colpevole il recupero diretto del bene confiscato (laddove l'assicuratore si impegni a corrispondere un bene del medesimo genere) ovvero indiretto (laddove l'assicuratore versi il *tantundem*). Ciò frustrerebbe la funzione special preventiva della misura, sicché un siffatto contratto assicurativo andrebbe ritenuto nullo per causa illecita (artt. 1343, 1418 c.c.).

Non pone particolari problemi esegetici la confisca amministrativa prevista dall'art. 21, comma 1 della l. 24 novembre 1981, n. 689. Si prevede che «quando è accertata la violazione del primo comma dell'art. 32 della legge 24 dicembre 1969, n. 990, è sempre disposta la confisca del veicolo a motore o del natante che appartiene alla persona a cui è ingiunto il pagamento, se entro il termine fissato con l'ordinanza-ingiunzione non viene pagato, oltre alla sanzione pecuniaria applicata, anche il premio di assicurazione per almeno sei mesi». L'art. 32 suddetto è stato abrogato dal comma 1 dell'art. 354 del Codice delle assicurazioni private di cui al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, con i limiti e la decorrenza indicati nel comma 4 dello stesso articolo. L'art. 32 citato sanzionava il comportamento di chi poneva in circolazione veicoli o natanti per i quali vi era obbligo di assicurazione o consentiva alla circolazione dei medesimi senza che fossero coperti dall'assicurazione. Alla pena principale conseguiva per effetto dell'art. 21, comma 1 della legge n. 689 la confisca del veicolo laddove non fossero stati pagati la pena pecuniaria e il premio assicurativo per almeno sei mesi. Si trattava di due condizioni cumulative e non alternative. La confisca assumeva chiaramente connotazione punitiva, avendo lo scopo di reprimere la condotta inosservante dell'obbligo di pagamento della pena pecuniaria e del premio assicurativo.

La fattispecie concernente la guida di veicolo non assicurato è attualmente prevista dall'art. 193 C.d.S.. Si prevede che chiunque circola senza la copertura dell'assicurazione è soggetto alla sanzione amministrativa pecuniaria (comma 2). Nel caso in cui il veicolo intestato al conducente sia sprovvisto di copertura assicurativa e sia fatto circolare con documenti assicurativi falsi o contraffatti, è sempre disposta la confisca amministrativa del veicolo intestato al conducente sprovvisto, salvo che debba essere disposta confisca ai sensi dell'articolo 240 c.p.. Anche nella nuova fattispecie la confisca amministrativa assume una funzione punitiva, essendo volta a reprimere la più grave forma di circolazione di veicolo non assicurato, quella

⁹⁹⁹ GIOVAGNOLI – FRATINI, *op. ult. cit.*, p. 211.

effettuata avvalendosi di documenti falsi o contraffatti.

CONCLUSIONI

All'esito dell'analisi dell'istituto della confisca si ha la sensazione di essersi imbattuti in una materia davvero inesauribile e densa di risvolti problematici. Ciò induce a pensare che la materia della confisca lungi dal giungere a breve termine ad approdi sicuri, continuerà a destare forti curiosità negli interpreti e a costituire oggetto di nuove trattazioni scientifiche. Del resto l'istituto confiscatorio sta attraversando nei tempi recenti una nuova giovinezza, a fronte del forte interesse che sta suscitando presso il legislatore europeo e la comunità internazionale. La confisca tende sempre più a configurarsi come la misura patrimoniale privilegiata per il contrasto alla criminalità del profitto.

La vastità e la complessità della materia rendono sempre più indispensabile la ricerca di nuovi strumenti, di nuove chiavi di lettura che consentano all'operatore legale di utilizzare in modo critico l'istituto della confisca, in modo da renderlo funzionale alle esigenze della prassi.

Con il presente lavoro si è cercato di fornire un apporto originale alla ricostruzione del sistema delle confische, con l'intento di perseguire un duplice scopo: da un lato, quello di stimolare la riflessione scientifica sul tema e contribuire così a una sua maggiore chiarezza sistematica; dall'altro lato, quello di ricercare strumenti che consentano una semplificazione del sistema delle confische e una sua migliore fruibilità in sede applicativa.

Nel concludere il presente lavoro si intende pertanto elencare gli approdi interpretativi e sistematici che sono stati raggiunti e che si intende offrire al dibattito scientifico.

1. Un primo dato sistematico della cui certezza non pare potersi dubitare è quello dell'impossibilità di ricostruire un modello unitario, capace di abbracciare ogni possibile forma di manifestazione della misura confiscatoria. Si può evidenziare con ragionevole tranquillità come l'unico tratto comune a ogni forma di confisca sia rappresentato dall'effetto espropriativo in danno del destinatario della misura. La confisca comporta normalmente l'acquisto di un diritto in favore dell'ente statale,

con conseguente depauperamento del patrimonio del soggetto inciso. Dunque essa si configura come misura a carattere ablatorio e non invece obbligatorio. In ciò si condensa la sua estrema durezza ed efficacia, nonché la sua principale differenza rispetto alle misure pecuniarie.

2. Dall'analisi della disciplina positiva delle singole misure confiscatorie previste dalla legislazione italiana si è evinto che la confisca è assoggettata a uno statuto generale, che è composto da una duplice composizione di norme giuridiche.

Una prima parte della disciplina è formata da norme di derivazione costituzionale e assume pertanto carattere inderogabile per il legislatore. Si può denominare questa porzione di disciplina "statuto primario". Una seconda parte invece è composta da norme di derivazione legislativa ed è variamente modulabile dal legislatore in ragione delle diverse esigenze dell'ordinamento parziale in cui è destinata ad operare la singola misura confiscatoria. Si può denominare questa porzione di disciplina "statuto secondario". L'unione tra lo statuto primario e lo statuto secondario costituisce lo statuto generale cui è assoggettata la misura e su di esso si fonda l'eventuale disciplina speciale di carattere settoriale.

3. Lo "statuto primario" della confisca (e di ogni altra misura patrimoniale) è condizionato dalla funzione ad essa assegnata dal legislatore. In base a tale profilo, si è introdotta la distinzione fondamentale tra le misure di carattere sanzionatorio e quelle di carattere non sanzionatorio, in cui rientrano le misure meramente preventive.

Le prime costituiscono conseguenze sfavorevoli ricollegate dall'ordinamento giuridico a un fatto umano antidoveroso e si pongono come tecnica di regolazione delle condotte umane. Il connotato essenziale della sanzione giuridica – oltre a quello della coercibilità – è dato dalla circostanza di essere evitabile dal destinatario del precetto giuridico attraverso la tenuta del comportamento opposto a quello che condiziona la sanzione stessa. Ogni volta in cui una misura viene disposta in conseguenza di una situazione non evitabile dal soggetto del dovere o di una qualità individuale si esce fuori dall'ambito concettuale della sanzione giuridica.

Si è così proposta la ulteriore distinzione – essenziale per la ricostruzione dello statuto primario di una misura confiscatoria – tra sanzioni punitive e sanzioni esecutive. Queste ultime costituiscono strumento volto all'attuazione coercitiva del precetto inosservato e conducono alla costituzione della situazione identica o economicamente equivalente a quella che ci sarebbe stata se il precetto non fosse stato violato. Questo costituisce il loro limite contenutistico essenziale, che le connota in modo peculiare nel sistema delle sanzioni giuridiche. In quanto preordinate all'attuazione coattiva della volontà normativa, le sanzioni esecutive sono irrogabili anche in caso di fatti incolpevoli e anche per fatti altrui. Un rilievo centrale, ai fini della ricostruzione del sistema delle confische, è assunto dalla

misura ripristinatoria che elimina gli effetti favorevoli – materiali ed economici – che l'illecito ha prodotto nella sfera del colpevole, frustrando il movente economico dell'illecito. La confisca assume funzioni ripristinatorie quando aggredisce il profitto o il prezzo del reato, nel qual caso tende di solito a configurarsi come sanzione di carattere esecutivo.

Le sanzioni punitive (o pene) sono invece misure volte a provocare una diminuzione di beni giuridici nel patrimonio di un soggetto con carattere di afflittività. Essa mira alla prevenzione degli illeciti, agendo sulla motivazione a delinquere attraverso la minaccia legale della sua irrogazione in caso di commissione dell'illecito. La sua attuazione in caso di consumazione dell'illecito ha il duplice scopo di rafforzare la serietà della minaccia legale pro futuro e di prevenire forme private di vendetta contro l'autore dell'illecito.

Le misure meramente preventive invece sono preordinate al contrasto della pericolosità sociale di un individuo, rimuovendo uno o più fattori che la alimentano. Esse mirano dunque alla prevenzione speciale nella logica della profilassi sociale.

La natura punitiva, esecutiva o meramente preventiva condiziona lo statuto primario della confisca, il quale, avendo fondamento in norme costituzionali, si applica inderogabilmente a qualsiasi ipotesi di confisca prevista dall'ordinamento giuridico, a prescindere se esso sia o meno richiamato dalle leggi di riferimento. Così se una confisca ha natura punitiva, essa deve soggiacere alla regola costituzionale dell'irretroattività della legge sfavorevole (art. 25, comma 2 Cost.).

4. Lo “statuto secondario” della confisca (e di ogni altra misura patrimoniale) dipende invece dalla qualificazione come misura criminale, amministrativa o privatistica che ad essa è attribuita dal legislatore. Tradizionalmente si è sempre ritenuto che una misura penale non possa che consistere in una pena e precisamente in una delle tipologie di pena previste dal codice penale. Una misura civilistica non può che consistere in una misura restitutoria o riparatoria.

Con il presente lavoro si è proposta una diversa lettura della qualificazione penale, amministrativa o privatistica di una misura. In conformità alle indicazioni fornite da una parte della dottrina italiana, essa viene concepita come qualificazione in funzione di disciplina. Qualificare una misura come amministrativa non vuol dire riconoscerle natura punitiva, esecutiva o meramente preventiva, bensì che il legislatore l'ha assoggettata alla disciplina generale del potere amministrativo e alle connesse leggi amministrative speciali. Di conseguenza una misura “penale” può assumere i connotati di una pena, di una sanzione esecutiva o di una misura meramente preventiva. E altrettanto può affermarsi per le misure amministrative o privatistiche. Mutatis mutandis una sanzione punitiva può ricevere dal legislatore una qualificazione penale, amministrativa o privatistica, senza che ciò alteri la sua essenza di pena.

La qualificazione penale o amministrativa di una misura costituisce lo

strumento fondamentale attraverso cui il legislatore bilancia le diverse esigenze connesse a ciascun intervento sanzionatorio o meramente preventivo. Così si prediligerà la qualificazione “amministrativa” di una pena, laddove si intenda privilegiare l’esigenza di certezza ed effettività della misura (e, dunque, le esigenze della general prevenzione) oppure ove si voglia perseguire obiettivi di deflazione processuale. Diversamente si opterà per la qualificazione “penale” di essa, laddove si intenda assegnare un ruolo rilevante alle esigenze poste dalla special prevenzione o all’interesse alla piena difesa in giudizio dell’accusato (ad esempio a causa della rilevante entità della sanzione inflitta).

La qualificazione “penale” o “amministrativa” della confisca non costituisce dunque un vuoto formalismo del legislatore, ma rappresenta la radice su cui si innesta un’ulteriore porzione di disciplina della misura, appunto lo statuto secondario. Si tratta di uno statuto di fonte legislativa e come tale modificabile al mutare delle esigenze politiche del legislatore.

5. Il diritto europeo non pone in crisi il quadro appena delineato. Invero dall’analisi della giurisprudenza europea si evince che la concezione autonomista della “materia penale” che caratterizza l’approccio della Corte EDU al tema della confisca, non importa significativi scostamenti dal quadro costituzionale nazionale. In particolare il concetto di materia penale imposto dalla Corte di Strasburgo non deve essere riferito al diritto penale, quale complesso di norme che regolano il reato e le relative pene, bensì al diritto punitivo. Ciò è chiaro se solo si considera che la giurisprudenza EDU ha costruito la concezione di materia penale nell’ambito dell’art. 7 C.E.D.U. che disciplina la qualità e la modalità di applicazione delle norme in base alle quali taluno “è punito”. Dunque le garanzie poste dall’art. 7 C.E.D.U. devono considerarsi riferite non alle sanzioni penali – nell’accezione propria dell’ordinamento nazionale – bensì alle sanzioni punitive. I criteri Engel enucleati dalla Corte EDU servono al giudice nazionale per individuare le sanzioni di carattere punitivo, non le sanzioni da ritenere “penali” (o criminali).

Una volta chiarito tale aspetto, i principi posti dalla Corte di Strasburgo appaiono in linea con quelli previsti dalla Carta costituzionale italiana. E anzi come si è visto questa afferma principi più ampi e più precisi di quelli enunciati nella C.E.D.U.. Il merito della giurisprudenza europea è stato quello di aver riaperto il dibattito sullo statuto della sanzione “penale” e aver chiarito – non rileva se in modo più o meno consapevole – che i principi garantisti tradizionalmente ritenuti appannaggio del diritto penale, sono invece il nucleo essenziale dello statuto di ogni sanzione punitiva, sia essa penale, amministrativa o privatistica. Del resto si tratta di intuizione che già aveva fatto propria la Corte Costituzionale da alcuni decenni, pur senza giungere ad un orientamento costante sul punto.

La presa di coscienza circa la reale portata dell’art. 7 C.E.D.U. e dei criteri Engel consente all’operatore nazionale di recepire correttamente gli stessi e usarli criticamente in sede applicativa. Ciò nell’ottica di quel dialogo tra corti europee e

corti nazionali che la recente giurisprudenza costituzionale sta sempre più invocando e incentivando.

6. Seguendo il metodo di ricerca appena descritto, nel corso della presente analisi si sono individuati tre modelli fondamentali di confisca, cui possono essere ricondotte tutte le fattispecie previste dalla legge speciale. Si tratta di modelli aventi fondamento nel diritto positivo e a cui è ricollegabile una disciplina generale cui l'interprete può attingere per la regolazione delle misure confiscatorie previste dalle leggi speciali.

I modelli così individuati sono quello della confisca quale misura di sicurezza post delictum, quello della confisca come misura di sicurezza ante delictum (o misura di prevenzione) e quello della confisca come sanzione giuridica (punitiva o esecutiva).

La prima – la confisca di sicurezza post delictum – ha fondamento negli artt. 236 e 240 c.p. e ha natura di misura meramente preventiva. Essa ha per presupposto l'accertamento in un processo penale di un fatto di reato, il quale costituisce la base di partenza del giudizio di pericolosità sociale che è l'autentico presupposto della misura. La disciplina della confisca ordinaria è puntualmente delineata dal codice penale tramite il rinvio a quella delle misure di sicurezza personali ed è integrata dalle regole facenti parte dello statuto generale delle misure meramente preventive di natura penale.

La seconda – la confisca di sicurezza ante delictum – ha fondamento nell'art. 24 cod. antimafia e ha natura meramente preventiva. Essa si presenta funzionalmente omogenea alla confisca codicistica – mirando alla neutralizzazione della pericolosità sociale di un individuo – ma da questa si differenzia per la circostanza di prescindere dall'accertamento pieno di un reato, con i caratteri del processo penale ordinario. La disciplina di tale modello è posta dal codice antimafia e, residualmente, può seguirsi quella prevista per la confisca ordinaria, nei limiti in cui sia compatibile con il carattere ante delictum della misura.

La terza – la confisca per equivalente, "residuale" alla confisca di sicurezza post delictum – ha fondamento in una miriade di disposizioni sparse nel codice penale e nelle leggi speciali. Essa presenta carattere sanzionatorio, assumendo la conformazione di una pena, laddove venga commisurata agli strumenti dell'illecito o al prodotto di esso, o quella di una sanzione esecutiva, laddove venga ragguagliata al profitto o al prezzo dell'illecito. In quest'ultimo caso emerge con chiarezza la funzione ripristinatoria della misura, che mira all'eliminazione degli effetti favorevoli che l'illecito ha prodotto nel patrimonio del colpevole, riconducendolo nella situazione economicamente equivalente a quella che ci sarebbe stata in assenza del fatto antidoveroso.

Questi i risultati ermeneutici che si offrono alla scienza giuridica e alla giurisprudenza, con la speranza di aver gettato più luci che ombre su quel mistero affascinante che è la confisca.

Bibliografia

- ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella Cedu: profili sostanziali*, in MANES-ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.
- ALBANESE, *Ingiustizia del profitto ed arricchimento senza causa*, Padova, 2005.
- ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, p. 2103.
- ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV. *La responsabilità amministrativa degli enti. D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2003.
- ALESSANDRI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: osservazioni generali*, in SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla convenzione OCSE al Decreto n. 231 del 2001*, Milano, 2003, p. 149.
- AMATO, *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1955, p. 479.
- ANTONUCCI, *Manuale di diritto urbanistico*, Napoli, 2004.
- ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 2006.
- ARENA – CASSANO, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2007.
- ARENA – GRAZIANO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Profilo teorico applicativi del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Roma 2003.
- ASSINI – MARINARI, *Concessione edilizia e abusi*, Padova, 1994.
- AURIEMMA, *La confisca per equivalente*, in *Arch. pen. online*, n. 1, 2014.
- BALSAMO - CONTRAFATTO - NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010.
- BALZANI – TRINCI (a cura di), *I reati in materia di circolazione stradale*, s.l., 2016.
- BARGI, *L'accertamento della pericolosità nelle misure di prevenzione*, Napoli, 1988.

- BARGI-CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, II, Torino, 2011.
- BARLETTA, *La stabilità della vendita forzata*, Napoli, 2002.
- BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.
- BASSI – EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006.
- BATTELLI – CORTESE – GEMMA – MASSARO, *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017.
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Franco Venturi, Torino, 1994.
- BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008.
- BERTONI – LATTANZI – LUPO – VIOLANTE, *Modifiche al sistema penale*, I, Milano, 1982.
- BETTIOL, *Diritto penale*, Palermo, 1958.
- BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2015.
- BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962
- BORIA, *Diritto tributario*, Torino, 2016.
- BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007
- BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.
- BONOMO, *Infermità di mente e responsabilità civile*, Milano, 2012.
- BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961.
- BRICOLA, *Forme di tutela “ante-delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, atti del IX Convegno “Enrico De Nicola”, Milano, 1975, p. 59 ss.
- BRUNELLI-MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, 2007.
- CADOPPI, *Il codice penale parmense del 1820*, in VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1993.
- CADOPPI, *Storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato.*, s.l., 2014.
- CADOPPI – CANESTRARI – MANNA – PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte*

generale. La punibilità, III, Torino, 2014.

- CADOPPI – CANESTRARI – MANNA – PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale – Aggiornamento*, Torino, 2015.

- CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970.

- CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, I, Milano, 2011.

- CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015.

- CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo. Il procedimento amministrativo*, II, Roma 2012.

- CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Milano, 1863.

- CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, I,

- CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006.

- CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura 'sanzionatoria'*, Padova, 1996.

- CATENACCI, *I reati ambientali e il principio di offensività*, in M. CATENACCI – G. MARCONI (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009.

- CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, 1988

- CENTOFANTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2009.

- CENTOFANTI – MONDINI, *Il codice dell'edilizia, dell'urbanistica e delle espropriazioni*, Piacenza, 2004.

- CERQUETTI, voce *Misure di sicurezza*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, p. 3713.

- CIARDI, *Istituzioni di diritto penale militare*, Roma, 1950.

- CIVITARESE MATTEUCCI – URBANI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2004.

- COCO, *Teoria del falso d'arte* (l. 20-11-1971, n. 1062), Padova, 1988.

- G. CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in FIADACA – S. COSTANTINO (a cura di), *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986.

- CREPALDI – COMI, *Le sanzioni amministrative accessorie*, in TOSCHEI – CAGNAZZO, *La sanzione amministrativa*, Torino, 2012.
- F. CRISAFULLI, *La tutela del diritto di proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con particolare riguardo alle ipotesi di confisca di beni*, in TUCCI (a cura di), *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo*, Bari, 2009.
- D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, 1999.
- D'ANGELO, *Vigilanza, sanzioni e sanatorie nell'edilizia*, Rimini, 2006.
- DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004.
- DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.
- DE MARSICO, *Diritto penale (lezioni universitarie). Parte generale*, Napoli, 1935.
- DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Milano 2002.
- DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Milano, 2012.
- DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Roma, 2017.
- DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008.
- DI GIOVINE, *Commento all'art. 19 della legge n. 47/1985*, in PREDIERI (a cura di), *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, Roma, 1985.
- DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.
- DI PINTO, *La responsabilità amministrativa da reato degli enti*, Torino, 2003.
- DOLCINI – GIARDA – MUCCIARELLI – PALIERO – RIVA CRUGNOLA, *Commentario delle «Modifiche al sistema penale», sub. artt. 20-21*, Milano, 1982.
- ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962.
- FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, 2011.
- FIALE A. – FIALE E., *Diritto urbanistico*, Napoli, 2015.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009.
- FIANDACA-VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia*, Torino, 2010.
- FIANDACA - TESSITORE, *Diritto penale e tutela del territorio*, in AA. VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984.

- FILIPPI – CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, Torino, 2011.
- FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2011.
- FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale: ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007.
- FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997.
- FOSCHINI, *La natura e il procedimento per l'applicazione della "misura" di cui all'art. 12-sexies della Legge n. 356/1992*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale: diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996, p. 191.
- FRATINI, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011.
- FROSALI, *Sistema penale italiano*, Torino, 1958.
- M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, 1999.
- M. GALLO, *Appunti di diritto penale. Il reato. La fattispecie oggettiva*, Torino, 2007.
- M. GALLO, *La piccola frase di Mortara*, Torino, 2014.
- GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova 2002.
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007.
- GENNAI – TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2001.
- GERMANO' – BASILE – BRUNO – BENOZZO, *Commento al codice dell'ambiente*, Torino, 2013.
- GIALANELLA, *Patrimoni di mafia. La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli, 1998.
- GIALUZ, sub Art. 5, in BARTOLE-DE SENA-ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 106 e ss..
- M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988.
- M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.
- GIANNITI, *I diritti fondamentali nell'Unione europea. La carta di Nizza dopo il*

Trattato di Lisbona, Bologna-Roma, 2013.

- GIARDA – MANCUSO – SPANGHER, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2007.
- GIOIA, *Diritto internazionale*, Milano, 2015.
- GIOVAGNOLI-FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009.
- GIUFFRÈ, *Il «diritto penale» nell'esperienza romana*, Napoli, 1989
- GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli, 1997.
- GRASSO-SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007.
- GRASSO, sub *art. 240 c.p.*, in ROMANO – GRASSO - PADOVANI (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 2011, p. 618.
- GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1952.
- GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006.
- IACCARINO, *La confisca nel diritto amministrativo*, Bari, 1935.
- ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, Bologna, 1979.
- KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. Mario G. Losano, Torino, 1966.
- KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 2009.
- LA BRUNA - TROVATO, *Sequestro e confisca dei beni*, in *Manuale pratico dell'inchiesta penale*, Milano, 1986.
- LANCELLOTTI, *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Torino, 2003.
- LANZI, *La tutela del patrimonio artistico attraverso la repressione delle falsificazioni delle opere d'arte. Carenze e limiti della legislazione vigente*, in AA.VV., *La tutela penale del patrimonio artistico*, Milano, 1977.
- LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n.231*, Milano, 2005.
- LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano, 2004.
- LONGO-ZACCHÈ, sub *Art. 5*, in UBERTIS-VIGANO', *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 96 e ss..

- MACRI', *Reato associativo, misure di prevenzione e professionalità del giudice*, in BORRÈ - PEPINO (a cura di), *Mafia, 'ndrangheta e camorra. Analisi politica e intervento giudiziario*, Milano, 1983.
- MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, Torino, 2015, p. 325.
- MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, p. I, Torino, 1913.
- MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in CASSESE – FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.
- MANDRIOLI-CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, vol. III, Torino, 2015.
- MANNA (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, Milano, 2005.
- MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p. 937 ss..
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Torino, 1981.
- MANZINI, *Istituzioni di diritto penale italiano*, Torino, 1913.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012.
- MARTINI, *Il codice penale estense del 1855*, in VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1993.
- MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/1995: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, I parte – *La natura giuridica delle sanzioni comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 527.
- MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.
- MAUGERI (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008.
- O. MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea*, in COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino, 2005.
- MAZZA-VIGANO' (a cura di), *Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza*, Torino, 2008.
- F. MAZZACUVA, sub *art. 7*, in UBERTIS – VIGANO', *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016.

- MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, XX, Torino, 1985.
- MENDOZA-QUARTO, "Il reato di lottizzazione abusiva", in *Consiglio di Stato*, 1989.
- MOCCIA, *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del codice Zanardelli*, in VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1993.
- MOLINARI – PAPADIA, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge antiviolenza nelle manifestazioni sportive*, Milano, 2002.
- MOMMSEN, *Storia di Roma*, VI, Milano, 1973
- MONACO, *La guerra al commercio marittimo nemico*, Milano, 1942.
- MONESI (a cura), *I modelli organizzativi ex d. lg. n. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti collettivi*, Milano, 2005.
- MOSCATI, *Fonti legali, fonti «private» delle obbligazioni*, Padova, 1999
- MUZZIOLI, *Manuale della legislazione vigente, aggiornata e coordinata, in materia di requisizione*, Roma., 1941.
- NANULA, *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici. Strutture di coordinamento. Legislazione vigente*, Milano, 2009.
- NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2007.
- NUNZIATA, *La confisca nel codice penale italiano. Un'analisi critica per la riforma.*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2010.
- PADOVANI (a cura di), *Leggi penali complementari*, Milano, 2007.
- PAGLIARO, *Sanzione penale*, in *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008.*, III, Milano, 2009, p. 1019 ss..
- PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.
- PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest*, Padova, 2003.
- PALAZZO F. – PALIERO C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007.
- PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009.

- PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988.
- PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti amministrativi da reato (Dal d. lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, 2006.
- PECORARO – ALBANI, *L'estinzione delle situazioni soggettive*, Napoli, 1967.
- PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002.
- PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione* Torino, 2008.
- PICCIRILLO, *La confisca per sproporzione*, in TARTAGLIA (a cura di), *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi*, Roma, 2012.
- PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, p. 106.
- PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Padova, 1998.
- POLI, *sub Art. 44*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Il testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, p. 968.
- POMPEO, *La confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà*, Milano, 2013.
- PRADEL-CORSTENS, *Droit pénal européen*, Paris, 1999.
- PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008.
- L. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2009.
- RIVELLO, *Lezioni di diritto penale militare*, Torino, 2012.
- ROMAGNOSI, *La genesi del diritto penale*, Milano, 1857.
- G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015.
- R. ROSSI, *La tutela penale dei beni culturali e paesaggistici*, Napoli, 2005.
- RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2013.
- RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015.
- RUGGIERO G., *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione della teoria dei soggetti nel diritto penale*, Torino, 2004.

- SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1930
- G. SANTACROCE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2013*, in *www.cortedicassazione.it*.
- M. A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione*, Napoli, 1981.
- SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1989.
- SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in PALIERO – VIGANO' (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013.
- SGUBBI, *L'art. 12-quinquies della legge n. 356 del 1992, come ipotesi tipica di anticipazione: dalla Corte Costituzionale all'art. 12-sexies*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale: diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996, p. 26 ss..
- L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, 2007.
- SPAGNOLO, *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d. lg. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2007.
- F. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980.
- STILE, *Il codice penale del 1819 per lo Regno delle Due Sicilie*, in VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1993.
- STORELLI, *L'illecito amministrativo da reato degli enti nell'esperienza giurisprudenziale*, Torino, 2005.
- TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989.
- TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici. Guida ragionata*, Milano, 2009.
- TANDA, *I reati urbanistico – edilizi*, s.l., 2016.
- TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale.*, Milano, 2016.
- THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, trad. di Alessandro Levi, Padova, 1951.
- TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2015.
- TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, I, Torino, 2006.

- TRAPANI, *Considerazione su legittimazione e limiti del diritto penale*, in FALCHI-IACCARINO, *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici. XIV colloquio giuridico internazionale*. Città del Vaticano, 2012.
- VASSALLI, *La confisca dei beni*, Padova, 1951.
- VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi Petrocelli*, III, Milano, 1972, p. 1591.
- VERGINE, *Il “contrasto” all’illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012.
- VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009.
- VIGANO’, sub *Art. 2 Prot. n. 4*, in UBERTIS-VIGANO’, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 353 ss..
- VIGNERI, *La sanzione amministrativa*, Padova, 1984.
- VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*, Bari, 2016.
- VINCIGUERRA, *I codici sardo-piemontesi del 1839 e del 1859*, in ID. (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1993.
- VINCIGUERRA – CERESA GASTALDO – ROSSI, *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004.
- VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a cura di A. Calvi, Milano, 1962.
- ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES-ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.
- V. ZAGREBELSKY – CHENAL – TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016.

Riviste giuridiche:

- ABBAGNANO – TRIONE, *L’art. 12-sexies della L. n. 356/92: ancora una frode delle etichette*, in *Riv. pen. econ.*, 1995, 437.

- AGUGLIA, *La legge La Torre alla verifica della Corte Costituzionale*, in *Dir. fall.*, 1986, II, 447 ss..
- ALESSANDRI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989, p. 39 ss..
- AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio *societas delinquere non potest**, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 941.
- AMARELLI G., *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 151 ss..
- G. AMATO, *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, in *Guida al diritto*, 2001, n. 26, p. 76.
- G. AMATO, *La confisca "per equivalente" del profitto del reato nella responsabilità degli enti e delle persone fisiche: un sistema normativo non coordinato*, in *Resp. ammi. soc. enti*, 2009, n. 3, p. 147.
- G. AMATO, *Società: per applicare le misure interdittive ampliata la portata dell'"entità del profitto". Precisati i requisiti e le condizioni per sostenere la responsabilità degli enti*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 42, p. 69.
- AMISANO TESI, voce *Confisca per equivalente*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV-I, 2008
- M. ANNUNZIATA, *La repressione giudiziaria delle costruzioni abusive*, in *Riv. giur. edil.*, 1975, p. 549.
- ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, p. 120.
- ARDIZZONE, *Appunti in tema di confisca*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, I, 1942, p. 249 ss..
- ARDIZZONE, *Confisca e diritto di proprietà di terzi sulla cosa*, in *Giust. pen.*, II, 1948, p. 71 ss..
- ARDITURO, *Confisca obbligatoria in caso di condanna*, in *Guida dir.*, II, 2008, p. 92.
- AULETTA – SERPICO, *La natura giuridica della confisca e l'incidenza della Cedu*, in *Inn. e dir.*, 2010, 6, p. 207.
- BALSAMO, *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1396.
- BARBERA, *Sulla legittimità costituzionale di misure di prevenzione nei confronti di persone pericolose per la «pubblica moralità»*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 325.

- BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, in www.penalecontemporaneo.it.
- BARTOLINI, *Il codice delle violazioni amministrative*, Piacenza, 2005
- BASSI, *La determinazione del profitto confiscabile ai sensi dell'art. 19, d. lgs. 231/2001: commento alla sentenza della Corte di Cassazione dell'11.11.2011 n. 331*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, n. 3, p. 169.
- BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini*, XXXI, 2002, p. 461 ss..
- BERNASCONI, *La "speciale" confisca introdotta dal d.l. 20 giugno 1994, n. 399 conv. nella l. 8 agosto 1994, n. 501*, in *Dir. pen. proc.*, 1994, 1417.
- BERNASCONI, *L'ampio spettro di modifiche introdotte dalla L. n. 68/2015 ("Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente): i riflessi su eterogenei profili di disciplina*, in www.la legislazione penale.eu.
- BERNIERI, *Alcuni cenni sulla confisca nel nuovo codice*, in *Riv. pen.*, I, 1931, c. 521
- BERNIERI, *La confisca dei beni dei fascisti e dei collaborazionisti*, in *Arch. pen.*, II, 1946, p. 446.
- BERRA, *Brevi osservazioni in merito al reato di lottizzazione abusiva*, in *Riv. giur. edil.*, 1988, I, p. 481.
- BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in www.penalecontemporaneo.it.
- BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig.*, Torino, XVI, 1969, p. 530 ss..
- BOCHICCHIO, voce *Opere d'arte (Contraffazione o alterazione di)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980.
- BONELLI, *D. Lgs. 231/2001: tre sentenza in materia di "profitto" confiscabile/sequestrabile*, in www.penalecontemporaneo.it.
- BONO, *La distinzione tra sequestro preventivo ex art. 322-ter c.p. e art. 12-sexies D.L.306/1992*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 224.
- BORGHESE, *La disposizione XIII della Costituzione e la sorte dei beni dei Savoia*, in *Temi*, 1952, p. 553 ss..
- BOTTALICO F., *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1726.

- BRASIELLO, voce *Confisca (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 35 ss..
- BRESCIANO, *Sul reato di lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1156.
- BRICOLA, *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951.
- CARAVITA, *La confisca dei beni nelle leggi sulle sanzioni contro il fascismo*, in *Foro it.*, II, 1947, c. 163.
- CASSETTA, voce *Sanzioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, p. 599.
- CELENTANO, *La nuova particolare ipotesi di confisca obbligatoria dei proventi delle attività criminose*, in *Riv. pen. econ.*, 1994, p. 306.
- CERASE, *La confisca dei beni sproporzionati innanzi alle Sezioni unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 111.
- CHIARIELLO G., *Sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p. e 12 sexies l. n. 356 del 1992: misura di prevenzione o provvedimento cautelare?*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1629.
- CHITI, *L. 24-11-1981, n. 689 Modifiche al sistema penale*, *Leg. Pen.*, 1982, 264 ss..
- CIPOLLA, *I limiti soggettivi alla confiscabilità delle opere di pittura, scultura e grafica provento di falsificazione*, in *Cass. pen.*, 2, 2005, pag. 568.
- CIPOLLA, *L’«appartenenza a persona estranea al reato» come causa di preclusione della confisca di falsi d’arte, tra prassi giurisprudenziali e oscillazioni interpretative*, in *Giur. mer.*, 6, 2008, pag. 1699.
- CISTERNA, *Strumenti e tecniche di accertamento della confisca per sproporzione e della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, 2084.
- CIVELLO, *Le Sezioni unite “Lucci” sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l’inedito istituto della condanna “in senso sostanziale”*, in www.archiviopenale.it.
- CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Arch. pen. web*, 2015, I.
- COCCO G., *L’illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 91.
- COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n.*

49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta, in www.rivistaoidu.net.

- COMPAGNA, *L'interpretazione della nozione di profitto nella confisca per equivalente*, in *Dir. proc. pen.*, 2007, p. 1643 ss..

- COMPAGNA, *Dal ricavato dell'attività imprenditoriale vanno sottratte le spese estranee al reato*, in *Guida al dir.*, 2008, n. 10, p. 88.

- CONTI, voce *Opere d'arte (Contraffazione e alterazione di)*, in *Noviss. Dig. It., App.*, V, Torino, 1984.

- COTTA, *Il pensiero di Francesco Carrara nell'incontro tra filosofia e scienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 882 ss.

- CUOMO, *Problemi di giustizia penale tributaria: la confisca per equivalente del profitto*, in *Arch. pen. web*, 1, 2014.

- D'ALLORIO, *Osservazioni sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, p. 1.

- D'AURIA, *Le modifiche apportate alla materia della circolazione stradale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1274.

- DE CHIARA, *Confisca penale e confisca amministrativa*, *Giur. Mer.*, 1979, 722 ss..

- DIES, *La confisca del veicolo prevista dall'art. 186, commi 2 e 7 cod. str., tra disorientamenti interpretativi e caos normativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 2034 ss..

- DI CHIARA, *Modelli e standard probatori in tema di confisca dei proventi di reato nello "spazio giudiziario europeo": problemi e prospettive*, in *Foro it.*, 2002, p. 263.

- DI LENA, *Giudice dell'esecuzione e confisca di valori ingiustificati: un principio di diritto non "innocuo" dal punto di vista costituzionale*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 1215.

- DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1129.

- DORIA, *Sui recenti approdi della Cassazione in tema di lottizzazione abusiva*, in www.lexambiente.it.

- ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 938 e ss.

- FERRETTI, *La confisca di beni culturali può essere disposta anche in caso di estinzione del reato per prescrizione*, in *Dir. giust.*, 39, 2015, pag. 13.

- FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*,

VIII, Torino, 1994, p. 108 ss..

- FIDELBO, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies legge n. 356/1992: dall'esclusione dal nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1182.

- FONDAROLI, *La strana "coppia": sequestro e confisca per equivalente, c.d. solidarietà passiva tra i correi*, in *Arch. pen. web*, 2, 2011.

- FORNARI L., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 63.

- FORNASARI, *L'ultima forma di manifestazione della cultura del sospetto: il nuovo art. 12-sexies della L. n. 356 del 1992*, in *Crit. dir.*, 1996, p. 18.

- FURFARO, voce *Confisca*, in *Dig. dir. pen.*, agg. III-I, Torino, 2005, p. 201.

- GALANTE, *La non proporzionalità del trattamento sanzionatorio come limite all'operatività del principio convenzionale della retroattività in mitius*, in www.penalecontemporaneo.it.

- E. GALLO, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Enc. giur.*, XX, 1990, 1 ss..

- GALLUCCIO, *La "confisca urbanistica" ritorna alla Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it.

- GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 Cedu garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2020 ss..

- GATTA-VIGANÒ, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'influenza di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? Riflessi sostanziali e processuali*, in www.penalecontemporaneo.it.

- GIUNTA, *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 2, Milano, 2008, p. 1153.

- GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, fasc. 2, 2014, pag. 337

- GOTTI, voce *Confisca (dir. amm.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, p. 359 ss..

- GROSSO C.F., *Abusi edilizi: il nodo delle sanzioni penali*, in *Foro it.*, 1984, V, p.

299 ss..

- GUARNERI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 40 ss..

- GULLO, *La confisca*, in *Giust. pen.*, II, 1981, p. 38 ss..

- IACCARINO, voce *Confisca (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, 36 ss..

- IELO, *Confisca e prescrizione: nuovo vaglio delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1397.

- INZERILLO, *In tema di confisca di valori ingiustificati*, in *Giur. it.*, 1998, p. 1465.

- LANDI, voce *Requisizione*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1970, vol. XV, p. 487 ss..

- LAUDATI, *Dalle pene tradizionali alle misure di prevenzione e di sicurezza: i nuovi strumenti di contrasto alla criminalità economica e la crisi del modello punitivo classico*, in *Riv. pen. econ.*, 1994, p. 325.

- LAUDATI, *La criminalità economica e le prime applicazioni giurisprudenziali degli art. 12 quinquies e sexies della legge 356/92, relazione al 4° Congresso nazionale Associazione Internazionale De Droit Penal*, in *Riv. dir. pen. dell'econ.*, 1994, p. 327.

- LIGUORI, *Il legittimo affidamento del privato in materia di abusi edilizi: un richiamo improprio?*, in www.neldiritto.it (ultimo accesso in data 1 aprile 2017).

- LOSAPPIO, *La confisca "speciale"*, in *Riv. dir. pen. econ.*, 2008, p. 420.

- LUNGHINI, *Profitto del reato: problematica individuazione delle spese deducibili*, in *Corr. merito*, 2008, p. 88 ss..

- MAIELLO, *La prevenzione patrimoniale in trasformazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 805.

- MAIELLO, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in www.penalecontemporaneo.it.

- MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lg. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2002, 879 ss..

- MELCHIONDA, *LA disciplina penale degli abusi edilizi. Profili generali*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, p. 100.

- MONGILLO, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di*

legittimità, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, n. 3-4, p. 58.

- MANES, *La "confisca senza condanna": al crocevia tra Roma e Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it.

- MANGANO, *La confisca nella legislazione antimafia e i diritti dei terzi*, in *Ind. pen.*, 1987, 653.

- MANGIARACINA, *Cooperazione giudiziaria e forme di confisca*, in *dir. pen. e proc.*, 2013, p. 369.

- MANNA, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: il problema delle sanzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 919.

- MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista di un penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1101.

- MARIELLA, *L'aggressione ai patrimoni illeciti e ad alle attività economiche della criminalità organizzata: quadro normativo e tecniche di indagine*, in *Quaderni CSM*, 1998, 104, 590.

- MARUCCI, *Le misure giurisdizionali di prevenzione penale e l'appartenenza ad associazioni mafiose*, in *Giur. it.*, 1971, II, c. 105.

- MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, in www.penalecontemporaneo.it.

- MASSA, voce *Confisca (diritto e procedura penale)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 981 ss.

- MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penalE"*, in www.penalecontemporaneo.it.

- MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 261 ss..

- MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in www.penalecontemporaneo.it.

- MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?*, in www.penalecontemporaneo.it.

- MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"?*, in www.penalecontemporaneo.it.

- MAUGERI, *Le Sezioni unite devono prendere posizione: natura della confisca*

antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività; la necessità della "correlazione temporale", in www.penalecontemporaneo.it.

- MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim dir. pen. econ.*, 2013, n. 4, p. 669.

- MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in www.penalecontemporaneo.it.

- MAZZA, *Art. 12 sexies d.l. n. 306 del 1992; una particolare ipotesi di confisca a contraddittorio anticipato necessario*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3287.

- MAZZARELLA, voce *Vendita forzata*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993.

- MENDITTO, *Confisca penale e di prevenzione davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.questionegiustizia.it.

- MENDITTO, *La confisca allargata o per sproporzione di cui all'art. 12 sexies d.l. n. 356/92, conv. dalla l. n. 356/92*, in www.questionegiustizia.it.

- MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 27.

- MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.

- MONGILLO V., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1758.

- MONGILLO V., *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 6, p. 2332.

- MUSCO, *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Giusto processo*, 2002, n. 4, p. 118.

- MUZZICA, *Confisca dei beni culturali e prescrizione: contro o oltre Varvara?*, in www.penalecontemporaneo.it.

- NANULA, *Le nuove norme sul possesso ingiustificato di valori*, in *Il Fisco*, 1995, p. 10134.

- NAPOLITANO, *Problemi in tema di confisca: la "disponibilità" del bene in leasing e l'accertamento della "buona fede" del "terzo estraneo"*, in *Giur. it.*, 2011,

p. 917.

- NOVELLI, *Natura dell'avocazione dei beni dei Savoia e persone colpite*, in *Arch. ric. giur.*, 1950, p. 697 ss.

- NUVOLONE, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 79 ss..

- NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 631.

- NUVOLONE, voce *Pena*, in *Enc. dir.*, XXXII, 1982, p. 787.

- PADOVANI, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *Guida dir.*, 2015, P. 32 ss..

- PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss..

- PALIERO, *Il d. lg. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 845.

- M. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, p. 1691 ss..

- PARDOLESI, voce *Danni Punitivi*, in *Dig. Disc. Priv.* (Sezione Civile - Aggiornamento), Torino, 2007, I, p. 452.

- PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 183.

- P. PATRONO, *Il diritto penale dell'ambiente. Rilievi critici di politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 1147 ss..

- PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti: alla ricerca di un difficile equilibrio fra modelli "punitivi" e prospettive di efficienza*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 363.

- PERINI, *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2075 ss..

- PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 669.

- PICCIALI, *La confisca del veicolo in caso di rifiuto*, in *Corr. mer.*, 2010, p. 973.

- PICCIOTTO, *La confisca di cui all'art. 12 sexies D.L. n. 306 del 1992*, in *Giur.*

mer., 2009, p. 204.

- PIERDONATI, *Confisca e delitti ambientali*, in *Dir. pen. proc.*, n.1, 2017, p. 91 ss..

- PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 571.

- PIGNATONE, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

- PISCIONE, voce *Confisca (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 971 ss..

- PISTORELLI, *Natura della responsabilità degli enti e criteri di imputazione oggettiva al vaglio dei giudici di legittimità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 4, p. 121 ss..

- PIZZOTTI, *La natura della responsabilità delle società nel d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 898 ss..

- PROVENZANO, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

- PUGLIATTI, voce *Trasferimenti coattivi*, in *Nuovissimo digesto*, Vol. XII, 2, Torino, 1940, p. 301-311.

- PULITANO', *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1244 ss..

- PULITANO', *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 415.

- PULITANO', *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir.*, Agg., VI, 2002, p. 953.

- PULITANO', *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

- REVERDITI, *La responsabilità degli enti: la crocevia fra repressione e special prevenzione*, Napoli, 2009.

- ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Riv. dir. penit.*, 1930, p. 1245.

- ROCCO, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, in *Riv. pen.*, 1917, p. 329.

- M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it., dir.*

proc. pen., 2015, p. 1675 ss..

- M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 391.

- RONCO, *Responsabilità delle persone giuridiche*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 2002.

- ROSI, voce *Opere d'arte (contraffazione o alterazione di)*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, p. 5 ss..

- ROSSETTI A., *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1281.

- RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in www.penalecontemporaneo.it.

- RUGGIERO, *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e sull'efficacia dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti derivante da reato*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2004, 990.

- RUINI, *L'avocazione dei beni dei Savoia*, in *Riv. pubbl.*, I, 1949, p. 69 ss.

- RUSSO, *La gestione dei patrimoni sequestrati e la tutela dei terzi nel sistema della l. n. 646 del 1982*, in *Fall.*, 1985, 1009.

- M. A. SANDULLI, voce *Confisca (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Volume VIII, Roma, 1988, p. 1 ss..

- SANSÒ L., *La confisca nel diritto penale finanziario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1949, p. 395.

- SANTORIELLO, *La confisca del profitto del reato nel sistema punitivo nei confronti degli enti collettivi e delle persone giuridiche*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2089 ss..

- SANTORIELLO, *Redditi sottratti all'imposizione fiscale e possibilità di confisca dei beni ai sensi dell'art. 12 sexies del d.l. n. 306/1992*, in *Il fisco*, 2012, p. 199.

- SCUDIERO, *La confisca allargata. Caratteristiche e limiti di configurabilità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 1272.

- SFORZA, *Sulla natura della confisca ex all'art. 12 sexies d.l. 306/1992*, in *Nuovo dir.*, 1997, p. 1001.

- SILVESTRI, voce *Trasferimenti coattivi*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 979 ss..

- P. SILVESTRI, *La confisca diretta del profitto*, in www.questionegiustizia.it (ultimo accesso in data 6 marzo 2017).
- SOLARI, *Kant e la dottrina penale della retribuzione*, in *Riv. di filosofia*, 1929, p. 25 ss..
- SPASIANO, *Appunti sulla preda e la confisca bellica*, in AA. VV., *Studi in onore di B. Scorza*, Roma, 1940, p. 818 ss.;
- SPASIANO, voce *Preda bellica (Diritto interno)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, p. 916.
- SQUILLACI, *La confisca allargata quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 1525.
- STELLA, *Criminalità d'impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 459.
- STORTONI – TASSINARI, *La responsabilità degli enti: di quale natura? quali soggetti?*, in *Indice pen.*, 2006, p. 7.
- TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in www.forumcostituzionale.it.
- TRAPANI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, p. 1 ss..
- TRAPANI, voce *Legge penale. I. Fonti*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, p. 1.
- TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *Arch. pen. web*, 1, 2017.
- TRAVI, *Espropriazione forzata in genere*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992.
- TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni unite sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini della confisca di prevenzione*, in www.penalecontemporaneo.it.
- TRONCONE, *La tutela penale del patrimonio culturale italiano e il deterioramento strutturale del reato dell'art. 733 c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it.
- TURONE, *Strategie di contrasto dell'economia criminale*, in *Quest. giust.*, 1994, p. 42.

- UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen. web*, 1, 2012.
- VASSALLI, *Confisca con indennizzo?*, in *Giur. cost.*, 1971, I, p. 50 ss.
- VERBARI, voce *Requisizione*, in *Enc. Dir.*, Milano, vol. XXXIX, 1989.
- VERGINE, *Confisca*, in *Arch. pen. web*, 3, 2013.
- VERGINE, *La componente temporale della sproporzione quale fattore riequilibratore del sequestro finalizzato alla confisca ex art. 12 sexies d.l. n. 306 del 1992*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 619.
- VIGANO', *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it.
- VIGANO', *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in www.penalecontemporaneo.it.
- VIGANO', *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it.
- VIGLIONE, *Prescrizione del reato e confisca dei beni culturali, sanzione penale o misura amministrativa?*, in *Cass. pen.*, 11, 2016, p. 4180.
- VINCIGUERRA, *Appunti su lottizzazione abusiva e confisca*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1911.
- VISCONTI, *Dalla vecchia alle "nuove" confische penali: recenti tendenze di un istituto tornato alla ribalta*, in *Studium iuris*, 2002, p. 960.
- ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

