



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI REGGIO CALABRIA
“MEDITERRANEA”
Facoltà di Giurisprudenza

DOTTORATO IN DIRITTO ED ECONOMIA
CURRICULUM DI DIRITTO PUBBLICO
DELL’ECONOMIA
XXXI - CICLO

TESI DI DOTTORATO:

La confisca in assenza di condanna

Tutor:

Ch.mo Prof. Nicola Selvaggi

Autrice:

Rossana Delfino

Anno Accademico 2015-'18

Alla mia famiglia

Ai Proff.ri D'Ascola e Selvaggi

“Io non capisco come si possa parlare di delitto, senza che sia stata pronunciata una sentenza, né come sia possibile, sempre senza una precedente sentenza, infliggere una pena”.

[T. Hobbes, A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England (1681), trad. it. a cura di N. Bobbio, in T. Hobbes, Opere politiche, Torino, 1959, 533], citazione tratta da V. MANES, La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza, in D.P.C.

Ringraziamenti

Questa tesi, termine del mio corso di Dottorato, rappresenta il risultato di un percorso di crescita umana e scientifica.

Per tale ragione, ho il dovere di ringraziare la mia famiglia, sempre presente, nonché di supporto.

Grazie anche ai Proff.ri V. M. D. D'Ascola e Nicola Selvaggi. Il primo per aver continuamente profuso preziosi consigli di tipo personale e professionale. Il secondo per aver seguito instancabilmente la stesura del presente lavoro.

Un grande ringraziamento va anche al Prof. Matteo Caputo, della Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano presso la quale sono stata ospite e alla Prof.ssa Anne Weyembergh, della Université Libre de Bruxelles, per il periodo da *chercheuse visiteuse* presso *l'Institute of European Studies* concessomi.

Un ringraziamento particolare va anche a tutte le persone che rappresentano l'Università Mediterranea di Reggio Calabria, presso la quale sono cresciuta, sotto ogni aspetto, durante questo triennio. Tra tutte, devo ringraziare la Prof.ssa Carmela Salazar, coordinatrice del Dottorato, che ha costantemente seguito noi dottorandi, organizzando lezioni, seminari e convegni di estremo interesse.

INDICE

<i>Introduzione</i>	pag. 9
CAPITOLO 1 <i>STRUTTURA E MANIFESTAZIONI DELLA CONFISCA SENZA CONDANNA</i>	
1. LE ORIGINI STORICHE DELLA CONFISCA IN GENERALE	pag. 14
2. PRIME RIFLESSIONI INTORNO ALLA NATURA GIURIDICA DELLA CONFISCA, ANCHE SENZA CONDANNA	pag. 19
3. LA CONFISCA SENZA CONDANNA: UN PROBLEMA DEFINITORIO	pag. 23
4. LA CONFISCA SENZA CONDANNA NEL CODICE PENALE	pag. 26
5. LE COSE OBIETTIVAMENTE ILLECITE	pag. 33
6. CONFISCA DI PREVENZIONE	pag. 38
6.1. CONFISCA DI COSE APPARTENENTI A TERZI	pag. 51
7. PROCESSO PENALE E PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE	pag. 55
8. LA CONFISCA PER EQUIVALENTE SENZA CONDANNA NEL D.LGS. 159/11	pag. 58
9. L'ART. 240-BIS C.P.: UNA NUOVA CONFISCA PER SPROPORZIONE?	
a. I profili di confisca senza condanna insiti nell'istituto	pag. 63
10. LA CONFISCA SENZA CONDANNA NEL PROCESSO PENALE (art. 578-bis c.p.p.)	pag. 66
11. CONFISCA SENZA CONDANNA E GIUSTIZIA RIPARATIVA	pag. 71
12. CONFISCA SENZA CONDANNA E REATI AMBIENTALI	pag. 74
13. LA CONFISCA SENZA CONDANNA PER GLI ENTI	pag. 76
14. IL SEQUESTRO PREVENTIVO: UNA PENA SENZA PROCESSO	pag. 83
15. CONFISCA SENZA CONDANNA E LEGALITA' PENALE	

Alcuni approdi della giurisprudenza italiana pag. 86

CAPITOLO II

LO STATO DELL'ARTE IN EUROPA E LE ESPERIENZE STRANIERE

1. L'UE: STRUMENTI LEGISLATIVI IN MATERIA DI CONFISCA pag. 91
2. LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA DI
CONFISCA SENZA CONDANNA pag. 99
3. LA CONFISCA SENZA CONDANNA NELLA
DIRETTIVA 2014/42/UE pag. 110
4. ... E NEL REGOLAMENTO UE 10114/18 pag. 124
5. UNO SGUARDO ALLE ESPERIENZE NAZIONALI pag. 134
6. LA PROSPETTIVA TEDESCA pag. 138
7. LA CONFISCA SENZA CONDANNA NELL'ESPERIENZA
ANGLOSASSONE
- a. *Il confiscation in Inghilterra* pag. 146
- b. *Il confiscation in Irlanda* pag. 154
8. IL CIVIL FORFEITURE NEGLI USA pag. 158

CAPITOLO III

IL DIALOGO TRA LE CORTI IN MATERIA DI CONFISCA SENZA CONDANNA

1. DISPOSIZIONI RILEVANTI A LIVELLO INTERNO E
SOVRANAZIONALE pag. 176
2. LA CORTE EDU E LA CONFISCA SENZA
CONDANNA: I CRITERI ADOTTATI pag. 185
3. LE GARANZIE COSTITUZIONALI E LA CONFISCA
DI PREVENZIONE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA pag. 193

4. LA CONFISCA SENZA CONDANNA “PENALE”: APPRODI GIURISPRUDENZIALI INTERNI	pag.199
5. IL DIALOGO TRA LE CORTI SULLA CONFISCA DI PREVENZIONE	pag. 211
6. IL DIALOGO TRA LE CORTI SULLA CONFISCA SENZA CONDANNA “PENALE”: IL CASO DELLA CONFISCA DA "LOTTIZZAZIONE ABUSIVA"	pag. 220
7. LA GIURISPRUDENZA CEDU SULLE NON-CONVICTION BASED CONFISCATION(s) DEGLI STATI MEMBRI: RAFFRONTO UTILE PER L'ESPERIENZA ITALIANA?	pag. 231
8. CONSIDERAZIONI FINALI SULLA CONFISCA SENZA CONDANNA NELLA GIURISPRUDENZA INTERNA E SOVRANAZIONALE	pag. 244
9. ALCUNE SOLUZIONI: RISOLUTIVE?	pag. 245
<i>Note conclusive</i>	
<i>PROSPETTIVE DE IURE CONDENDO SULLA CONFISCA SENZA CONDANNA</i>	pag. 257
<i>Bibliografia</i>	pag. 286

Introduzione

La tesi si propone di esaminare il complesso istituto della c.d. “confisca in assenza di condanna”, provando a fare chiarezza sui suoi elementi strutturali, sulle diverse modalità di applicazione di questa confisca, alla luce dei più recenti approdi giurisprudenziali, e sui profili critici di compatibilità con i principi generali.

L’indagine prende avvio dal significato da attribuire alla parola confisca, misura definita concordemente “proteiforme” dalla dottrina¹, nonché del significato da

¹ Non è agevole dar conto di tutti i contributi dottrinari intervenuti sulla confisca. A titolo esemplificativo è possibile richiamare: A. ALESSANDRI, *La confisca*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di Alessandri A., Milano, 2002; Id., *La confisca nel diritto penale*, in *Digesto*, IV ed, Torino, 1989; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, p.te generale*, XVI ed., Milano, 2003; U. ARDIZZONE, *Appunti in tema di confisca*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942; A. BALSAMO, *Il "Codice antimafia" e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?* 20 luglio 2012, disponibile su *Dir. pen. cont.*; A. BARGI, *L'accertamento di pericolosità nelle misure di prevenzione, profili sistematici e rapporti con il processo penale*, Napoli, 1988; F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione - Atti del convegno tenutosi ad Alghero nel 1975*, Milano, 1975; V. N. D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Misure di Prevenzione*, S. FURFARO, *Diritto e processo penale*, Torino, 2013; T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, CEDAM, 2011; Id., G. VARRASO, *Il Codice delle confische*, Giuffrè editore, 2018; G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. penal.*, Torino, 1994; G. FIDELBO, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in *Cass. pen.*, 2004; S. FURFARO, *La confisca*, in *Dig. Penale agg.* 2005, Torino, 2005; V. MANES, *La confisca "punitiva" tra corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011; *Ib.*, *The Last Imperative of Criminal Policy: Nullum Crimen Sine Confiscatione*, «EUROPEAN CRIMINAL LAW REVIEW», 2016, 6, pp. 143 – 160; *Ib.*, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it; A. M. MAUGERI, *"L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie Cedu?"*, 17 luglio 2013, disponibile su *Dir. pen. cont.*; Id., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in *AA. VV.*, *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. MAZZA - F. VIGANÒ, Torino, 2009; Id., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, a cura di Giuffrè, Milano, 2001; F. MAZZACUVA., *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, disponibile su *D. P. C.*, 5 novembre 2013; Id., *Le pene nascoste, Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giuffrè editore, Torino, 2018; V. MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in *Giur. cost.*, 2015, fasc. 2; E. NICOSIA, *La confisca, le confische: funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, a cura di Giappichelli, 2012; P. NUVOLONE, *La confisca dei beni e la costituzione*, estr. da *Giur. Cost.*, 1961; C. E. PALIERO, F. VIGANO', F. BASILE, G. L. GATTA, *La pena ancora: fra attualità e tradizione*. Studi in onore di Emilio Dolcini, Giuffrè, 2018; M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010; M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015; J. R. RUI, U. SIEBER, *Non-Conviction-Based confiscation in Europe*, a cura di Duncker & Humblot- Berlin, 2015; N. SELVAGGI, *On instruments adopted in the area of freezing and confiscation*, in www.penalecontemporaneo.it; G. VASSALLI, *La confisca dei beni. Storia recente e profili dogmatici*, CEDAM, 1951; F. 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; Id., *Un'altra deludente*

attribuire alla pronuncia di condanna (o, se si vuole, all'accertamento 'sostanziale' di responsabilità), considerata la divergenza, non solo ontologica, tra la condanna in senso formale e quella in senso sostanziale.

Si procede, quindi, ad una ricognizione attenta di tutte le ipotesi di 'confisca senza condanna' ed al raccordo con i principi costituzionali e sovranazionali che possano venire in rilievo, spesso a rischio di essere violati a cagione della natura sostanzialmente afflittiva di molte confische formalmente e variamente definite dal legislatore sanzioni amministrative.

Si delineano, subito, all'interno del primo capitolo due principali tipologie di confisca: da un lato quella in assenza di condanna "penale" ossia la confisca che può essere pena, misura di sicurezza applicata all'interno del processo penale con sentenza di proscioglimento e la confisca di prevenzione di cui al Codice Antimafia, applicata sulla base di indizi e *standard* probatorio inadeguato.

L'analisi si spinge oltre, su altri tipi di confisca in assenza di condanna, dai contorni meno netti, e si guarda al sistema della responsabilità degli enti per poi terminare il primo capitolo con un'indagine sulla interazione tra processo penale e procedimento di prevenzione.

Il tutto, alla luce, delle ultime riforme che hanno riguardato tale materia, in costante evoluzione, quale quella condotta dalla legge n. 161 del 2017 che ha introdotto nuove ipotesi di confisca in assenza di condanna nel Codice Antimafia, quale quella per equivalente e nel codice di procedura penale con l'art. 578-bis c.p.p., che disciplina la confisca da estinzione del reato in casi particolari.

Passaggio obbligato di un'indagine completa sull'istituto, con l'obiettivo di verificare la compatibilità costituzionale del medesimo e in un'ottica di miglioramento del sistema interno, è stata l'analisi del panorama europeo. Il capitolo II, infatti, ha avuto oggetto l'approfondimento delle fonti legislative europee adottate in materia di confisca senza condanna, nonché degli organi impegnati in tale settore.

Quanto agli strumenti legislativi adottati, ci si riferisce, in particolare, alla direttiva 2014/12/UE e al regolamento 2018 sulla confisca in assenza di condanna di cui l'art. 578-bis c.p.p. è chiara attuazione. Ne risulta, quindi, da un lato l'opera di

pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'. C. cost., sent. 7 aprile 2017, n. 68, Pres. Grossi, Red. Lattanzi, in www.penalecontemporaneo.it

armonizzazione intentata dal legislatore con lo strumento della direttiva; dall'altro quella di mutuo riconoscimento tra Stati membri di provvedimenti di confisca in assenza di condanna, attraverso lo strumento del regolamento, direttamente applicabile.

L'indagine sugli interventi normativi europei consente di guardare alle esperienze straniere più avanzate nel campo della confisca in assenza di condanna e quindi: Germania, Inghilterra, Irlanda e America. Il tutto viene analizzato dall'angolo visuale della implementazione da parte degli Stati membri degli strumenti legislativi europei in detta materia.

La trattazione dell'esperienza di *civil forfeiture* statunitense discende dal profondo interesse che tale Nazione ha sviluppato in questa materia, nonché della secolare tradizione che la interessa. Si tratta, quindi, di modello di studio importante per analizzare, in maniera più lucida, le criticità del modello (o dei modelli) di confisca senza condanna italiana.

La scarsa attuazione della legislazione interna ed europea in materia di confisca senza condanna induce a soffermarsi, nel terzo capitolo, al dialogo tra le corti sull'argomento. Infatti, a fronte di interventi normativi scarsamente risolutivi delle problematiche che riguardano l'istituto, in punto di garanzie sostanziali e processuali, la giurisprudenza è dovuta intervenire plurime volte.

Il *focus* del terzo capitolo, infatti, riguarda lo stato della giurisprudenza sul punto sia per quanto concerne la c.d. confisca senza condanna "penale", che quella di prevenzione. Ci si concentra, soprattutto, sugli approdi giurisprudenziali interni e su quelli della Corte Edu, particolarmente interessata da ricorsi in materia di confisca. Quest'ultima, infatti, si è trovata plurime volte a pronunciarsi sulla confisca da reato di lottizzazione abusiva a seguito di sentenza di estinzione del reato per prescrizione. Si tratta di una ipotesi speciale di confisca in assenza di condanna "penale" che ha condotto la giurisprudenza interna ad individuare l'innovativo istituto della condanna sostanziale. Ed è proprio tale notazione a condurre l'indagine del lavoro, nelle note conclusive, alla indagine sulle prospettive *de iure condendo* in materia di confisca senza condanna, sotto il profilo dell'accertamento di responsabilità.

L'attenzione, infatti, viene concentrata, quanto alla confisca di prevenzione, sulla possibilità di costruire un illecito di prevenzione dal quale discenda l'applicazione

della confisca di cui all'art. 24 del D.lgs. 159/2011 e, quanto alla confisca senza condanna "penale" sull'accertamento sostanziale di responsabilità necessario per la sua applicazione, come da ultimo ribadito con la pronuncia della Corte Edu G.I.E.M. e altri c. Italia del 2018.

L'obiettivo che tale lavoro si propone, quindi, è quello di fare ordine all'interno di un istituto molto complesso, il quale, nel sistema italiano, racchiude sotto l'espressione *confisca senza condanna* varie tipologie di confische. Tutte, per aspetti diversi, pongono problemi con la Carta costituzionale e le fonti sovranazionali, per come interpretate dalla giurisprudenza.

Pertanto, l'esigenza di una indagine sistematica e mirata, quanto più possibile, alla individuazione di una soluzione *de iure condendo* è ormai sempre più pressante, specialmente sotto il profilo della riconduzione a garanzia di un istituto che conduce all'ablazione di ingenti beni patrimoniali in assenza delle garanzie del processo penale insite nel pronunciamento formale di condanna.

CAPITOLO I

STRUTTURA E MANIFESTAZIONI DELLA CONFISCA SENZA CONDANNA

1. LE ORIGINI STORICHE DELLA CONFISCA IN GENERALE

L'origine storica dell'istituto della confisca risale a tempi antichissimi.

Già il diritto romano la considerava pena accessoria alla pena di morte, in quanto, in un certo senso morte civile affiancata a quella fisica del condannato. Anche il diritto giustiniano la contemplava in seguito alla commissione dei delitti più gravi, quali quello di lesa maestà.

In questa fase storica, la confisca si connotava come pena, sostanzialmente e formalmente afflittiva, per cui era imprescindibile la presenza di una pronuncia di condanna, pur se in assenza di un qualsiasi legame tra il reato ed i beni confiscati. L'unico modello di confisca riconosciuto era, infatti, quello della confisca *generale* dei beni, intesa come ablazione totale e definitiva di tutti i beni del condannato: essa rappresentava la vera e propria perdita di *status* di soggetto di diritto, piuttosto che una mera misura di ablazione patrimoniale.

In taluni statuti medievali, infatti, si leggeva: "*Qui confisque le corps, confisque les biens*".²

Con la diffusione del pensiero illuminista, si iniziò a contestare la natura afflittiva della confisca generale dei beni, il cui carattere vessatorio pareva ingiustificato, considerata l'incidenza della stessa su persone estranee al reato, quali la famiglia del reo³. Ed effettivamente, la confisca intesa come confisca generale dei beni fu cancellata dal movimento riformatore⁴, verso la fine del XVIII secolo. Ciò, a cagione dell'emersione del concetto di proprietà del singolo, inteso alla stregua di un vero e proprio 'diritto naturale'⁵. L'affermazione della categoria dei diritti soggettivi, in effetti ha, in questa fase, fatto da contraltare al consolidamento della confisca speciale dei beni.

² C. CIVOLI, *Confisca* (Diritto penale), in Digesto Italiano, Torino, 1893, p. 900.

³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, § XXV.

⁴ Vedi ad es. Codice Criminale Toscano del 1786, par. XLV.

⁵ Vedi ad es. l'Atto Costituzionale Francese, 24.6.73, art.1.

Il periodo illuministico e post-illuministico è, infatti, dominato da un ridimensionamento dell'istituto della confisca, ormai limitata ad alcune cose collegate alla commissione del reato⁶.

Peraltro, né il Codice penale Zanardelli del 1889⁷, né il Codice Rocco a tutt'oggi vigente, contengono riferimenti di sorta alla confisca generale.

Il primo considerava la confisca speciale un effetto delle condanne penali, senza nulla dire in merito alla sua natura. Peculiare era il riferimento, all'art. 36, alla confisca in assenza di condanna. In effetti, il codice *de qua*, pur presupponendo la condanna, faceva salve le ipotesi particolari in cui essa era applicabile anche in assenza della previa condanna⁸.

Il codice Rocco, invece, cristallizzando nell'art. 240 c.p. un modello di confisca speciale, in quanto applicabile alle cose collegate a reato, la declinava in senso generale, non limitandone l'applicazione a reati previamente individuati. Si presupponeva, come vedremo più approfonditamente, la condanna, purché la confisca fosse stata definita misura di sicurezza e non pena.

Ma, a dispetto di ciò, si individuava nell'art. 240, co. 2 n. 2 c.p. l'unica ipotesi di confisca senza condanna prevista all'interno del codice penale, relativa alle cose obiettivamente illecite, che, in quanto tali, integrerebbero esse stesse reato.

Nel periodo fascista si è assistito alla reintroduzione della confisca generale dei beni, nonché ad un ampliamento delle ipotesi di confisca⁹.

Queste ultime, per definizione *ante delictum*, non presuppongono una condanna, ma colpiscono gli indiziati di reati, i cui beni vengono confiscati in presenza di determinati

⁶ G. VASSALLI, *La confisca dei beni. Storia recente e profili dogmatici*, CEDAM, 1951; Id., *Confisca con indennizzo*, in G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, vol. I, *La legge penale e la sua interpretazione, il reato e la responsabilità penale le pene e le misure di sicurezza*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 1570; G. GUARNIERI, voce *Confisca in diritto penale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, UTET, Torino, 1959, p.41; A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni penali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001; p.28 e ss.

⁷ L'art. 36 Codice Zanardelli si riferisce univocamente ad un'ipotesi di confisca speciale. Ivi, si legge: "Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il delitto, e delle cose che ne sono il prodotto, purché non appartengano a persone estranee al delitto (e. p. p. 606 s). Ove si tratti di cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o la vendita delle quali costituisca reato, *** la loro confisca è sempre ordinata, quand'anche non vi sia condanna, e ancorché esse non appartengano all'imputato".

⁸ Vedi in proposito A. ALESSANDRI, voce *Confisca*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1989, p. 43 e E. NICOSIA, *La confisca, le confische: funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, a cura di Giappichelli, 2012, p. 26.

⁹ Osservatorio Misure Patrimoniali dell'Unione Camere Penali Italiane, *L'arcipelago delle confische*, Pacini Giuridica, 2017, p 9 e ss.

requisiti. La *ratio* è quella di evitare la commissione di illeciti, in relazione ai quali sussiste fondato *periculum* di verifica e, in linea generale, quella di combattere la criminalità c.d. da profitto, operante, principalmente, attraverso lo schema dell'associazione mafiosa.

In realtà questa evoluzione precede risale al periodo ottocentesco.

Infatti, dapprima con la legge Galvagno del 1852 e poi con il Testo Unico Crispi del 1889, nonché con il regolamento ministeriale approvato con il decreto reale n.74 del 1881, le misure di prevenzione hanno trovato un'iniziale sintesi.

La preconditione legittimante tali misure, così lontane dal processo penale, è stata l'emergenza, talvolta strumentalizzata dai diversi movimenti politici al potere. Infatti, questi ultimi utilizzavano il grimaldello della prevenzione per propagandare la fazione di riferimento, di talché, all'epoca, erano definibili in un certo senso misure *bipartisan*. Ciononostante, costituivano utile strumento per contrastare brigantaggio e malandrino, fenomeni dilaganti, rispettivamente nel Sud e nel Nord Italia. Peraltro, venivano utilizzate per realizzare una vera e propria forma di lotta politica, ad esempio, attraverso l'attività di controllo e schedatura degli operai.

Si assiste, in questo periodo storico, al consolidamento di un vero e proprio diritto penale del tipo di autore – oggi si direbbe: “del nemico”¹⁰ - attraverso lo sviluppo di categorie di pericolosità soggettiva.

Anarchici, repubblicani, oziosi e vagabondi subivano le più disparate misure di prevenzione, in assenza di qualsivoglia garanzia, in un'ottica univocamente punitiva, all'interno della quale la prevenzione aveva le fattezze di pena esemplare.¹¹

Si trattava di misure quali l'ammonizione, il foglio di via obbligatorio ed il domicilio coatto, misura quest'ultima applicata ai ‘camorristi’ a mezzo della legge Pica del 1863, già un secolo prima di sequestro e confisca introdotti con la legge 646 del 1982.

In un'ottica di inquisizione dei potenziali nemici del fascio, la confisca generale dei beni trovava applicazione nei confronti degli oppositori politici del regime, con la legge 31 gennaio 1926, n. 108 e l. 29 novembre 1926 n. 2008, nonché contro le associazioni antifasciste, con il T.U. delle leggi di pubblica sicurezza del 1926 e del 1931. Proprio in questo periodo si registravano le prime applicazioni della c.d. confisca

¹⁰ L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, disponibile su <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/252>

¹¹ P. STELLA, *Pena e politica criminale. Aspetti teorici e casi pratici*, Giuffrè editore, 2008, p. 78

di prevenzione, in assenza di condanna, attraverso una sostanziale sostituzione del requisito di pericolosità sociale con quello di pericolosità politica¹². Misura che, già prevista nell'articolo 2-ter, co. 3 della legge 575 del 65, è oggi confluita nell'art. 24 c.d. Codice Antimafia, D.lgs. 159 del 2011.

Prima del 2011, e precisamente negli anni 2008 e 2009, il legislatore era intervenuto operando uno sganciamento dell'applicazione congiunta di misure di prevenzione personali e patrimoniali, nonché con l'introduzione della possibilità di disporre la confisca di prevenzione anche in ipotesi di morte del soggetto proposto per l'applicazione della summenzionata misura. In realtà, tale previsione risiedeva già nell'articolo 2-bis, co 6-bis della legge del 1965 ed ha trovato rinnovato contenuto nell'art. 18 del Codice in argomento¹³.

Mentre il modello generale di confisca trovava la sua *sedes materiae* nell'articolo 240 c.p., ritenuta dal legislatore misura di sicurezza da applicare in presenza di una condanna, salvo l'eccezione della confisca degli *instrumenta delictii*, proliferavano, nelle leggi speciali, ulteriori ipotesi di confisca, molte delle quali mancanti del requisito formale della condanna. Già, all'interno del codice, si rinveniva una particolare ipotesi applicativa della confisca, all'interno della quale non veniva specificata la necessità del requisito della condanna.

L'art. 722 c.p. disponeva la confisca obbligatoria del denaro e degli arnesi, utilizzati al fine della commissione del reato di esercizio dei giuochi d'azzardo. Tale fattispecie, come vedremo, è stata oggetto di forte dissidio giurisprudenziale, quanto a natura e procedura applicativa in seno al processo. Si era cercato, in sostanza, di argomentare circa la facoltatività della pronuncia di condanna, interpretando estensivamente l'art. 240 c.p.. Quest'ultimo prevede in via generale la condanna, e, ne esclude la doverosità in un'ipotesi espressamente prevista.

Conseguentemente, anche l'art. 722 c.p. avrebbe dovuto godere della medesima disciplina prevista dall'art. 240 co.2 n.2 c.p.. Tuttavia, dal momento che l'art. 722 c.p. è ipotesi speciale, un'applicazione automatica del 240 c.p. avrebbe configurato

¹² F. RAPINO, *La modernizzazione delle misure di prevenzione. Riflessioni a margine dell'applicazione di misure personali e patrimoniali all' "evasore fiscale socialmente pericoloso"*. Nota a Trib. di Cremona, 23 gennaio 2013, Pres. Massa, Est. Beluzzi e a Trib. Chieti, 12 luglio 2012, Pres. Spiniello, Est. Allieri, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1364206272RAPINO%202013a.pdf>

¹³ A. ALESSANDRI, op.cit.; E. NICOSIA, op. cit., p. 53.

un'analogia in *malam partem*, notoriamente preclusa in seno al diritto penale¹⁴. La giurisprudenza fu pertanto costretta ad evidenziare la sussistenza del requisito formale della condanna, per scongiurare un'estensione analogica peggiorativa vietata.

Al di là della ipotesi di specie, il periodo successivo all'entrata in vigore del Codice Rocco, che, seppur fascista è connotato da uno spirito positivista e, per certi versi, liberale, vede la introduzione di una serie di nuove ipotesi di confisca: la confisca in seguito a reato di associazione mafiosa, ex art. 416-bis co.7, c.p.; quella obbligatoria del profitto e del prezzo regolata dall'art. 322-ter c.p.; di quella delle cose collegate al reato di contrabbando, oggi art. 301, d.P.R. n. 43/73, al reato di immigrazione clandestina, ex art. 12, co 4 ter e 5 bis del dlgs. N.286/98, al reato di circolazione strada ex art. 186 co. 2 lett. c, e 187 co.1, dlgs. 5 febbraio 1992 n. 285; quella di terreni ed immobili collegati al reato di lottizzazione abusiva, ex art 44 co.2 d.P.R. n.380 del 2001¹⁵.

Le fattispecie anzidette presentano, a detta già di un'iniziale dottrina, profili di riconducibilità alla confisca senza condanna.

In aggiunta, nel 2001 con il decreto legislativo 231¹⁶, introducendo la responsabilità amministrativa da reato degli enti, il legislatore ha introdotto, tra le misure interdittive ivi previste, quella della confisca, disposta, anticipando quanto più in avanti si dirà, problematicamente anche in ipotesi di impossibilità di muovere un vero rimprovero di 'colpa di organizzazione' all'ente all'interno della quale la persona fisica che abbia commesso il reato operi. Le problematiche poste dagli articoli deputati alla disciplina della confisca agli enti sono, come vedremo, molteplici.

Il varo della Costituzione, nel 1948, pose, in seno al variegato sistema delle confische, ulteriori questioni, a tutt'oggi aperte, alla luce delle garanzie costituzionali ivi cristallizzate, messe sotto pressione da un legislatore poco incline a bilanciare

¹⁴ L. V. LO GIUDICE, *Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei contro-limiti*, in www.penalecontemporaneo.it

¹⁵ Per un approfondimento sui diversi tipi di confisca, previsti dalle leggi speciali: T. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova: CEDAM, cop. 2011, pp. 147-155; E. NICOSIA, *La confisca, le confische: funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, op. cit.

¹⁶ Si tratta del decreto legislativo che ha introdotto la responsabilità amministrativa da reato degli enti all'interno dell'ordinamento italiano, superando l'antico orientamento che negava responsabilità penale alle persone giuridiche.

equamente gli scopi di tutela perseguiti con i mezzi predisposti. Ne è evidente esemplificazione l'istituto della confisca in assenza di condanna.

Emerge, da quanto anzidetto, che la confisca, sin dalle prime applicazioni, e indipendentemente della natura di pena, misura di sicurezza o misura di prevenzione variamente attribuitagli da Dottrina e Giurisprudenza, nasce come misura afflittiva.

Il requisito della condanna, infatti, si poneva come presupposto imprescindibile della sua applicazione, sin dalla genesi dell'istituto.

2. PRIME RIFLESSIONI INTORNO ALLA NATURA GIURIDICA DELLA CONFISCA, ANCHE SENZA CONDANNA

All'indomani dell'entrata in vigore del codice penale, la dottrina¹⁷ si è interrogata sulla natura giuridica della confisca, come istituto unitario, senza tuttavia soffermarsi sulla pluralità di tipologie di confische presenti all'interno del sistema giuridico italiano.

Nonostante la confisca *ante codicem* fosse sempre stata ritenuta una vera e propria pena, la previsione all'interno del codice Rocco di una misura di ablazione patrimoniale denominata 'di sicurezza' aveva condotto taluni Autori¹⁸ a rinvenire nella confisca una natura *sui generis*.

Era stato sostenuto che, sebbene la pena sia un male inflitto al reo a seguito dell'accertamento della propria responsabilità penale, assistito dalle garanzie del processo penale, anche il diritto amministrativo potesse contemplare sanzioni analoghe. Le sanzioni amministrative, infatti, hanno natura afflittiva in concreto, tanto

¹⁷ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di P. NUVOLONE, G. D. PISAPIA, Torino, 1981 – 1986; F. CAVALLA, *La confisca di cose appartenenti all'estraneo al reato nella possibilità di revoca o modifica e l'intangibilità del giudicato* in *Giustizia penale*, 1964, III, 106; G. ARDIZZONE, *Considerazioni in tema di confisca obbligatoria* in *La giustizia penale*, 1947, II, 401 e F. CHIAROTTI, *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca* in *La giustizia penale*, 1956, II, pp. 637 – 638; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di P. NUVOLONE, G. D. PISAPIA, Torino, 1981 – 1986; M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 1994, p. 522; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., CEDAM, 2015; C. M. IACCARINO, *La confisca*, Cressati, Bari, 1935; C. SALTELLI, *voce Confisca in Nuovo digesto italiano*, III, 1938; G. VASSALLI, *La confisca dei beni. Storia recente e profili dogmatici*, CEDAM, 1951; A. MELCHIONDA, *Disorientamento giurisprudenziale in tema di confisca*, in *Riv. it.*, 1977, 334; A. ALESSANDRI, *voce Confisca nel diritto penale* in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989; A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni penali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale italiano*, Bononia University Press, Bologna, 2007; R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, DIKE, Roma, 2012.

¹⁸ U. ARDIZZONE, *Appunti in tema di confisca*, in *Riv. dir.publ.*, 1942, pp. 254 e ss.

che la dottrina parla di ‘diritto amministrativo penale’ (*Verwaltungsstrafrecht*). Tuttavia, la sanzione amministrativa deve essere distinta dalle misure di sicurezza; in quanto la prima è spesso applicata dalla p.a. al termine del procedimento amministrativo.

Le misure di sicurezza, invece, seguono alla commissione di un reato, anche se alle volte solo dal punto di vista dell’elemento oggettivo, come nel caso dell’infermo di mente che commetta un danno in senso materiale, o da quello dell’elemento soggettivo. Al proposito, possono porsi il caso del reato putativo, quello del reato impossibile ovvero dell’istigazione, o ancora dell’accordo per commettere un delitto. Il Rocco¹⁹ sostiene che il diritto amministrativo criminale, *id est* quello delle misure di sicurezza, guardi al “valore sintomatico speciale” dei reati, vale a dire come sintomi della pericolosità sociale della persona. Di talché le misure di sicurezza vengono ricondotte ad un mezzo di prevenzione e definite mezzi di difesa sociale rientranti nella particolare branca del diritto amministrativo che è la polizia di sicurezza. Quest’ultima presiede alla tutela della vita sociale da azioni di uomini pericolosi sebbene non intenzionati alla realizzazione del danno criminale. In ciò, starebbe peraltro la differenza tra sanzioni amministrative e misure di sicurezza, stante l’imprescindibilità della volontarietà dell’agente solo per le prime.

Dunque, unico presupposto applicativo della confisca-misura di sicurezza sarebbe quello della commissione del reato senza aver riguardo alla personalità del reo.

La confisca sarebbe, dunque, obbligatoria se la cosa è prezzo del reato, o se la sua alienazione, fabbricazione, uso o porto costituisce reato; facoltativa nel diverso caso di cosa destinata a commettere il reato o che ne sia profitto o prodotto. Ne deriverebbe un’automatica applicazione della confisca per presunzione di legge ovvero per accertamento giudiziale. Ciò, sulla base del disposto dell’art 240 c.p. e in disparte della attualità della pericolosità del proposto, requisito invero essenziale per le misure di sicurezza personali. Queste hanno uno scopo sociale e individuale; diversamente, la confisca è diretta alla sola eliminazione di cose che mantengono viva l’attrattiva del reato²⁰.

¹⁹ A. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Rivista di diritto penitenziario*, 1930, pagg. 1245-1283

²⁰ Contra JACCARINO, *La confisca*, Bari, Cressati, 1935 secondo il quale la confisca non può prescindere da un accertamento di pericolosità ma della cosa non della persona.

In dottrina si è anche evidenziato come la confisca non sia né misura di sicurezza, né pena. Invero, non figura negli artt. 17 e 19 c.p. dedicati dal codice alle pene. Inoltre, vi sono plurime norme speciali che prevedono un'applicazione della confisca che prescindano dall'esame della personalità del reo ovvero dalla proporzionalità tra trasgressione e sanzione.

Questa sarebbe, dunque, una sanzione amministrativa applicata anche da organi giurisdizionali che, in tale occasione, eserciterebbero un'attività amministrativa. Di tale guisa la confisca, anche penale, sarebbe assimilabile all'espropriazione per pubblica utilità, configurandosi come passaggio di proprietà della *res* dal privato alla PA, come retribuzione della violazione, scevra da valutazioni di pericolosità intrinseca della *res*. Non potrebbe, infatti, accertarsi la pericolosità di una cosa che può essere oggettivamente innocua ma rivestente in concreto carica lesiva a cagione della particolare *mens rea*.

Orbene, nonostante fosse comunque stata riconosciuta la natura afflittiva della confisca intesa come sanzione amministrativa, si era opinato che la confisca prevista dal codice seguiva comunque ad un giudizio penale, sorretto dalle garanzie all'uopo previste dal codice di procedura. Peraltro, proprio l'art. 240 c.p. denominava la misura di ablazione misura di sicurezza, prevedendone come necessari requisiti la pericolosità sociale e la pronuncia giudiziale da parte dell'autorità magistratuale penale, non già quella dell'autorità di pubblica sicurezza. Per tali ragioni, parte della dottrina aveva ritenuto la confisca, una misura di sicurezza²¹.

Tuttavia, questa statuizione necessita delle precisazioni.

Se tale misura di ablazione non può prescindere dalla pericolosità della cosa in relazione al fatto di reato e può applicarsi anche a fatti già incisi da un pronunciamento irrevocabile di condanna in relazione ai quali tale rimedio non era previsto, stante l'inapplicabilità alle misure di sicurezza del principio *nulla poena sine praevia lege penali*, la procedura giurisdizionale di carattere penale cui fa seguito l'applicazione di

²¹ G. SABATINI, *Il sistema processuale per la repressione dei crimini fascisti*, in Giust. Pen. 1946, III, 317, segg.; Sulla natura giuridica della confisca dei beni, in Giust. Pen., 1946, II, 728 segg. (nota alla sent. 23 novembre 1946 delle S.U. in cui viene sottoposta ad acuta e diffusa critica la tesi della confisca dei beni come sanzione civile): entrambi riprodotti in Vassalli-Sabatini, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica*, 1941, pag. 494 segg., Ancora sulla natura giuridica della confisca dei beni (nota alla sent. 14 febbraio 1948 delle S.U., in cui è vivacemente criticata la tesi della natura penale della confisca).

detta misura ne disvela una natura sostanzialmente afflittiva²². Ma, dal punto di vista formale, la dottrina²³ degli anni immediatamente successivi al codice Rocco, riteneva che di confisca vera e propria si potesse parlare solo in presenza di una condanna penale ovvero nei casi di estinzione del reato sopravvenuta alla condanna (ad esempio in ipotesi di amnistia impropria).

Vi è, di contro, confisca senza condanna (non penale), quando la misura ablatoria è disposta a seguito della morte del reo anche se dopo la condanna: in questo caso, si ritiene lo Stato, nell'impossibilità di ottenere la pena dal reo, imponga un obbligo *ad solvendum* ai suoi eredi. Si introduce, in questi anni il concetto di responsabilità civile (senza colpa) per il fatto penale del *de cuius*. Si riteneva che la confisca senza condanna ricorresse, inoltre e *a fortiori*, nel caso di estinzione del reato prima della condanna in quanto in tale caso sussisterebbe solo il *fumus criminis*. Si trattava di riflessione che condurranno poi legislatore alla previsione di confische senza condanna *ad hoc*, prima fra tutte quella di prevenzione.

Vi era, inoltre, chi²⁴, in linea con le pronunce giurisprudenziali dell'epoca²⁵ riteneva la confisca una sanzione civile specifica configurabile come un'obbligazione di con tutti o con una parte dei propri beni alla rifusione dei danni cagionati alla collettività dei cittadini, impersonati dallo Stato. Ciò, veniva in particolare sostenuto a riguardo dei delitti commessi dai membri del governo fascista, data l'impossibilità di verificare la compiuta incidenza della singola condotta illecita. Necessario corollario di ciò era non solo l'indipendenza dell'azione penale ma anche la sua incidenza sugli eredi del colpevole e la sua sopravvivenza a tutte le cause estintive del reato e della pena: anche

²² Secondo MIRTO, *Osservazioni sulla confisca prevista dalla legge sulla caccia*, in Riv. Dir. sportivo, 1949, n. 1-2, pag. 31 segg, la confisca preveduta dal codice penale non avrebbe tanto il carattere di misura di sicurezza quanto una natura propriamente penale. Si tratterebbe, di un 'effetto penale della condanna'.

²³ P. NUVOLONE, voce *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in Enc. Dir., vol. XXVI, Milano, 1976, p.635.

²⁴ F. CARAVITA, *La confisca dei beni nelle leggi sulle sanzioni contro il fascismo*, in Foro.it II, 1946, c. 161

²⁵ Cass. Sez. 2a, 10 aprile 1946, pres. De Ficchy, rel. Armao, p.m. Bernardi (conf.), ric. Ortalli, in Foro pen. 1947, pag. 378, sez. 2a, 18 giugno 1947, pres. Giuliano, rel. Ricciardelli, p.m. Perretti (conf.), ric. Linda, in Giust. Pen., 1947 II col. 740 n. 665, nonché l'importante sentenza della stessa sezione, 30 aprile 1947 (pres. e rel. Giuliano, p.m. Lattanzi (conf.), ric. Eredi Tringali Casanuova, pubbl. in Giur. Compl. Cassazione, Sez. Pen., Istituto di studi Legislativi, Roma, 1947, vol. XXVIII App., sent. N 3137, pag. 568, nella quale la Cassazione, riconfermando la natura di sanzione civile della confisca dei beni, soggiunge che "la morte del colpevole impedisce le sole sanzioni personali e non quelle patrimoniali, le quali sono trasmissibili nei loro effetti" e stabilisce che titolare del diritto di proporre la richiesta di confisca dopo la condanna o l'estinzione del reato è il ministro delle finanze".

qui, tutti elementi caratterizzanti la moderna confisca di prevenzione, prevista dal D.lvo 159/11.

Tuttavia, era stato opinato che la natura giuridica della confisca andava innanzitutto desunta dalla funzione specifica che la stessa era volta a perseguire.

La *summa divisio* più invalsa degli anni immediatamente posteriori al codice, considerate anche le plurime norme speciali di legislazione fascista in materia di confisca, distingueva tra confisca preventiva e confisca repressiva²⁶, riconducendo alla prima ipotesi la confisca del codice penale e alla seconda quella generale dei beni.

La tesi in esame non paventava la possibilità di riconoscere la misura in argomento quale sanzione civile, sull'assunto della connotazione illecita della *res*.

Invero, vi era chi²⁷, anche con riguardo alla confisca-misura di sicurezza del codice penale evidenziava come nonostante il *nomen iuris* la sanzione fosse da ritenere eminentemente repressiva. Si sosteneva, infatti, che la confisca dei beni fosse una pena criminale, deroga al moderno principio della personalità delle pene.

Ne emergeva, di conseguenza, un'aberrazione dai principi fondamentali del diritto penale più evoluto, tanto nel caso di confisca allora totale, quanto di confisca parziale. Pareva ancor più inconcepibile, in ipotesi di ablazione patrimoniale dei beni caduti in successione, immaginare il caso di eredi che fossero persone giuridiche e dunque ipotizzare la configurabilità di una sanzione penale contro gli enti.

Il risultato era molto confuso: la confisca assumeva le nature giuridiche più disparate e proprio l'interrogativo sulla natura giuridica della confisca aveva condotto alla teorizzazione di una misura ablatoria in assenza di condanna.

3. LA CONFISCA SENZA CONDANNA: UN PROBLEMA DEFINITORIO

In linea con i primi tentativi di inquadramento della natura giuridica della confisca²⁸, che hanno visto la stessa caratterizzarsi come sanzione amministrativa, sanzione civile,

²⁶ C. M. IACCARINO, *La confisca*, Bari, 1935, 181; nello stesso senso, M. MASSA, voce *Confisca in diritto e procedura penale*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, 981.

²⁷ G. VASSALI, *Confisca con indennizzo*, in G. Vassalli, *Scritti giuridici. La legge penale e la sua interpretazione, il reato e la responsabilità penale, le pene e le misure di sicurezza*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, 1570.

²⁸ P. NUVOLONE, *La confisca dei beni e la costituzione*, estr. da *Giur. Cost.*, 1961; *Ibid.*, *Presunzione di colpa nella confisca dei mezzi di trasporto non appartenenti all'esecutore del contrabbando?*, in *Riv.*

pena, misura di sicurezza, nonché misura di prevenzione - benchè quest'ultimo non fosse istituito ancora previsto – pare preliminare il tentativo di comprendere appieno quale sarà l'oggetto d'analisi di questo lavoro.

Il codice penale italiano sposa infatti il criterio formale di definizione degli istituti: è quindi reato ciò che viene definito tale per espressa previsione di legge.

Dunque, quantomeno in una prima fase di analisi dell'istituto si declinerà la confisca in assenza di condanna in senso formale.

La confisca altro non è che misura di ablazione patrimoniale che, all'interno del nostro codice penale è disciplinata nell'art. 240 c.p., 322-ter c.p. e in molteplici altre disposizioni di parte speciale. In tale ultimo caso, la confisca segue ad una pronuncia formale di condanna e come tale è pena.

Il presente lavoro non si occupa dei casi in cui la confisca segua ad una pronuncia formale di condanna, per tale intendendosi la sentenza del giudice penale con il quale, accertata la penale responsabilità dell'imputato, lo condanni applicando anche la misura ablatoria.

Di conseguenza, i casi di confisca *intra* ed *extra codicem* che rilevano, per la problematicità in punto di garanzie di tipo sostanziale e concernenti il processo penale e compatibilità costituzionali e sovranazionali, concernono i casi di ablazione patrimoniali in assenza di sentenza di condanna.

Orbene, si prenderanno in esame non solo i casi in cui manchi *in toto* una pronuncia giudiziale, emblematico il caso della sopracitata confisca di prevenzione e della confisca in assenza di condanna prevista all'interno del c.p. all'art. 240 co. 2 n 2)²⁹, ma anche i casi in cui il giudice si pronunci con formula di proscioglimento.

dir. fin. sc. fin., 1940, I, p. 392; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, p.te generale, XVI ed., Milano, 2003. U. ARDIZZONE, *Appunti in tema di confisca*, in Riv. dir. pubbl., 1942, p. 246; G. BERNIERI, *Alcuni cenni sulla confisca nel nuovo codice*, in Riv. pen., 1931, I, pp. 521 ss; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in Noviss. dig. ital., Torino, 1973, p. 7. L.G. BRUNO, *Il contrasto all'illecita accumulazione della ricchezza: dal sistema antiriciclaggio alle forme di confisca*, in Dir. pen. proc., 2009, p. 531; I. CACCIAVILLANI, R. GIUSTOZZI, *Sulla confisca*, in Giust. pen., 1974, p. 459. I CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970. Ibid, *Sul problema delle modifiche al sistema delle misure di sicurezza*, in Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma, a cura di G. VASSALLI, Milano, 1982, p. 137; E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1984m p. 589; G. GUARNERI, *La confisca*, in Nov. Digesto Penale, Torino, 1957; L. SANSO', *I rapporti tra l'amnistia e la confisca regolata dal c.p. e dalle leggi speciali*, estr. da Riv. pen., 1951, fasc. VII; M. SCARDIA, *Ancora in tema di rapporti tra confisca ed amnistia*, in Riv. pen., 1948, p. 614.

²⁹ E. NICOSIA., *La confisca, le confische: funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, a cura di Giappichelli, 2012, p. 26.

In questa ipotesi rientrano chiaramente i casi di estinzione per prescrizione del reato, in cui la penale responsabilità dell'imputato può non essere accertata.

La figura poi della confisca-misura di sicurezza disvela profili di confisca senza condanna, specie ove il soggetto attivo del reato non sia imputabile oppure in caso di operatività della previsione ex art. 202 co 2 c.p. nel caso in cui vi sia la possibilità di applicare misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato.

Desti ulteriori profili di problematicità la previsione di non applicabilità dell'art. 210 c.p. alla confisca-misura di sicurezza: ciò, implica, inequivocabilmente, che la confisca trovi applicazione nonostante l'estinzione del reato.

Le superiori considerazioni disvelano la loro problematicità solo considerando i plurimi casi di confische-misure di sicurezza presenti all'interno della legislazione speciale.

Senza pretesa di esaustività, si guardi alla confisca per il reato di giuoco di azzardo, a quella per i reati di contrabbando, per reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, per reati ambientali, per reati previsti dal Codice della Strada, per il reato di lottizzazione abusiva, per il reato di associazione mafiosa; ancora, si pensi alla confisca nei confronti degli enti.

Adottando poi, un criterio eminentemente sostanziale che, pur nelle ipotesi in cui il legislatore parli formalmente di confisca come pena, restino celati profili di confisca senza condanna pur latamente coperti dal giudicato, si possono, a fini che chiariremo più in avanti, rinvenire plurime criticità nella confisca c.d. allargata ex art. 12-sexies, d.l. 306/92 e nella confisca per equivalente, che taluna parte della dottrina³⁰ ritiene non essere pena. Ciò, in quanto non colpirebbe un bene in conseguenza di un reato ma determinerebbe univocamente la restituzione di qualcosa che non si ha diritto di detenere.

La dottrina *de qua* ritiene che la confisca per equivalente ha natura di sanzione amministrativa e non di pena se solo viene applicata applicata in modo proprio e quindi in modo conforme alla sua funzione surrogatoria.

Secondo le prime riflessioni qui svolte, dunque, la confisca senza condanna opera quando un'autorità giudiziaria o di pubblica sicurezza disponga l'applicazione della

³⁰ A. M. MAUGERI, Intervento nella sede dei Seminar lunch, Confisca in Europa, 28 aprile 2017, UniBocconi, Milano; A. M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, op. cit.

misura ablatoria determinante l'apprensione dei beni in favore dello Stato, in assenza di pronunciamento di condanna. Si può, per comodità di esposizione, distinguere, inoltre, tra confisca senza condanna in senso formale e in senso sostanziale³¹.

La prima si configura nei casi di cui al c.p. al n 2) del co 2 dell'art. 240 e nel caso della confisca di prevenzione, ipotesi in cui manca del tutto una pronuncia formale di condanna.

La seconda, invece, nei casi in cui, pur sussistendo una pronuncia giudiziale la stessa manchi di un pieno accertamento di responsabilità o non contenga *in toto* un accertamento siffatto per gli ulteriori reati, la cui commissione viene desunta da poco garantiste presunzioni, ipotesi quest'ultima che si configura nel caso della confisca per sproporzione (art. 240-bis c.p.) , non a caso, da taluni ricondotta alla confisca di prevenzione, quanto a natura, funzione ed effetti.

4. LA CONFISCA SENZA CONDANNA NEL CODICE PENALE

La confisca "ordinaria" è prevista dal legislatore nell'art. 240 c.p. In realtà, in dottrina è stato osservato come all'interno dell'articolo in questione ci siano una pluralità di confische, stante la loro diversa natura giuridica.

Si noti, inoltre, come la confisca disciplinata nel codice penale, definita generale in quanto applicabile a tutti i reati, sia "speciale". Ciò, è agevolmente desumibile dalla parzialità del suo raggio di applicazione.

Orbene, la medesima si applica solo a determinate cose direttamente e variamente collegate alla commissione del reato³². Si parla, infatti, di confiscabilità di *instrumenta delicti*, prodotto, profitto e prezzo del reato, nonché di 'cose obiettivamente illecite'. Ciononostante, non tutte le ipotesi di confisca ivi previste sono sussumibili all'interno di un unico *genus*.

³¹ Il *distinguo*, operato dalla giurisprudenza italiana è l'effetto dell'influenza del criterio 'affittivo in concreto' ed eminentemente elastico adottato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo in plurime pronunce, ex plurimis: Corte EDU, Öztürk c. Grecia, 21 febbraio 1984, in Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme 1985, Série A, vol. 231, pp. 41 ss., nonché in Riv. it. dir. proc. pen., 1985, pp. 894 ss., con nota di C. E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica ad una svolta radicale.

³² E. NICOSIA, *La confisca, le confische: funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, op. cit.

La funzione giuridica della confisca del comma 1 dell'articolo in questione pare essere special-preventiva.

Diversamente, le cose che costituiscono prezzo, del reato asseconderebbero una funzione general-preventiva.

Invero, l'intero articolo 240 c.p. è stato oggetto di un forte contrasto giurisprudenziale in punto di confiscabilità anche in assenza di condanna dei proventi del reato³³.

Si era argomentato, al proposito, che sebbene l'articolo 210, al comma 1, reciti che l'estinzione del reato determina la cessazione delle misure di sicurezza, ciò non involge la confisca. L'articolo 236 c.p., infatti, nel prevedere che: *“Si applicano anche alle misure di sicurezza patrimoniali le disposizioni degli articoli 199, 200, prima parte, 201, prima parte, 205, prima parte e n. 3 del capoverso, e, salvo che si tratti di confisca, le disposizioni del primo e secondo capoverso dell'articolo 200 e quelle dell'articolo 210”*, implicitamente ammette che la confisca debba essere applicata anche in ipotesi di sentenza di estinzione del reato per prescrizione.

Inoltre, l'articolo 240 c.p. che al comma 1 prevede le ipotesi di confisca facoltativa, in relazione alle quali il giudice può scegliere o meno di applicare la misura ablatoria, al comma 2 regola l'ipotesi della confisca obbligatoria.

A tal proposito, è stato osservato in dottrina e giurisprudenza che l'avverbio utilizzato dal comma sulla confisca obbligatoria indica l'opportunità che essa venga sempre applicata: quindi anche a prescindere da una pronuncia di condanna.

Altra giurisprudenza, invece, per non derogare del tutto alla lettera della legge, a meno di non voler violare il principio di legalità, ha sostenuto *che 'l'estinzione del reato non preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo, prevista come obbligatoria dall'art. 240 c.p., comma 2, n. 1, in conseguenza della condanna, poiché il riferimento a quest'ultima non evoca la categoria del giudicato formale, ma implica unicamente la necessità di un accertamento incidentale, equivalente rispetto all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso pertinenziale che i beni oggetto di confisca devono presentare rispetto al reato stesso, a prescindere dalla formula con la quale il giudizio viene ad essere formalmente definito*³⁴.

³³ Sul punto, G. MELILLO, *Estinzione del reato e confisca di cose diverse da quelle oggettivamente criminose, ovvero di mai sopiti contrasti giurisprudenziali*, in Cass. pen., 2002, p.1702 (nota a Cass., Sez. I, 25 settembre 2000, Todesco).

³⁴ Cass. Sez. 2, n. 39765 del 05/10/2001, CIANCIMINO; Sez. 5, n. 48680 del 23/10/2012, Abdelkhalki

Vengono utilizzate delle argomentazioni di respiro sovranazionale, in linea, come si vedrà nel prosieguo, con i criteri adottati dalla Corte Edu, a partire dal caso Engel³⁵ v. Paesi Bassi del 1976.

Le argomentazioni di cui sopra fanno capo, tuttavia, ad un orientamento di carattere minoritario. Ciò, per evidenti ragioni di carattere sistematico, nonché di giustizia sostanziale.

Orbene, quanto al mancato riferimento alla confisca contenuto nell'articolo 236 c.p., è stato correttamente osservato che tale norma dispone quali disposizioni sulle misure di sicurezza personali siano applicabili a quelle patrimoniali.

L'art. 240 c.p., invece, è norma *ad hoc* sulla confisca e, quindi, in virtù del principio di specialità ex art. 15 c.p., sarà questa quella applicabile in deroga alla disciplina generale.

Si noti, inoltre, come il riferimento al sintagma dell'art. 240 c.p., comma 2, "è sempre ordinata la confisca" indichi solo che, in presenza dei presupposti indicati, il giudice non può decidere sull'applicazione della confisca. Ciò, tuttavia, non ha riguardo alla possibilità di applicazione della misura in assenza di condanna.

Tali argomentazioni sono, infatti, in un primo momento, state recepite dalle Sezioni Unite³⁶ pronunciate nel 1993.

35 I criteri c.d. "Engel" sono dalla giurisprudenza sovranazionale utilizzati per disvelare misure sostanzialmente afflittive, in disparte dall'etichetta assegnata dal legislatore interno. Per un approfondimento, svedi: S. ZIRULIA, *La tutela del giudice amministrativo avverso le sanzioni "penali" dell'AGCM è conforme ai principi dell'equo processo sanciti dalla Convenzione EDU*, nota a Corte EDU, sez. II, sent. 27.9.2011, ric. n. 43509/08, Pres. Tulkens, Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia, 28 novembre 2011, disponibile in <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1055-la-tutela-del-giudice-amministrativo-avverso-le-sanzioni-penali-dell-agcm-e-conforme-ai-principi-de>.

L'Autore, in particolare, evidenzia che tali sono: "criteri stabiliti dalla sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi per la qualificazione delle misure sanzionatorie: infatti, benché le violazioni in materia concorrenziale costituiscano illeciti amministrativi ai sensi del diritto italiano (primo criterio Engels), la loro qualificazione in termini penali discende dalla natura pubblicistica degli interessi tutelati (secondo criterio), nonché dalla finalità repressiva e general-preventiva della sanzione inflitta, e dalla severità della stessa (terzo criterio) (cfr. C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 23 novembre 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi)"

36 Sulla imprescindibile necessità della pronuncia di condanna, salva l'ipotesi dell'art. 240 co 2 n. 2 per espressa previsione legislativa, si vedano le S.U. 25 marzo 1993, n. 5 (Carlea), C.E.D. Cass. 193120: "Anche nel caso di estinzione del reato, astrattamente non incompatibile con la confisca in forza del combinato disposto degli artt. 210 e 236, comma secondo, cod. pen., per stabilire se debba farsi luogo a confisca deve aversi riguardo alle previsioni di cui all'art. 240 cod. pen. e alle varie disposizioni speciali che prevedono i casi di confisca, potendo conseguentemente questa esser ordinata solo quando alla stregua di tali disposizioni la sua applicazione non presupponga la condanna e possa aver luogo anche in seguito al proscioglimento. (Nella specie, in cui veniva in rilievo il reato di partecipazione a giuoco d'azzardo, la Cassazione ha ritenuto che, essendo detto reato estinto per amnistia, non potesse

A distanza di più o meno dieci anni, tuttavia, la giurisprudenza³⁷ si è espressa in senso diametralmente opposto, evidenziando che il principio di diritto delle Sezioni Unite del 1993 aveva solo ad oggetto l'art. 722 c.p., ipotesi speciale di confisca obbligatoria la cui *ratio* risiederebbe nella necessità di sottrarre le cose che provengono dal gioco d'azzardo. Aveva, così, disposto la confisca del prezzo del delitto ex art. 240 co 1 n. 1 c.p. con un provvedimento di archiviazione per morte dell'indagato.

Veniva, in tale ipotesi, riutilizzata l'argomentazione fondata sulla lettura *a contrario* degli artt. 210 e 236 c.p.

Si era, perciò, reso necessario un nuovo intervento delle Sezioni Unite³⁸, a composizione del contrasto giurisprudenziale insorto.

Con la sentenza De Maio, la Cassazione ha, infatti, ribadito il precedente principio di diritto enunciato con la pronuncia del 1993, evidenziando che la confisca del prezzo del reato, disciplinata dall'art. 240 co. 2 n. 1 c.p., non possa prescindere da una pronuncia formale di condanna.

Infatti, sebbene la pronuncia del 1993 si riferisse solo all'art. 722 c.p., quanto lì enunciato poteva essere ritenuto applicabile anche alla generale ipotesi di confisca del prezzo, data la formula legislativa speculare "è sempre ordinata la confisca".

Tuttavia, giova precisare che, se gli esiti delle nuove Sezioni Unite sono stati i medesimi della sentenza a Sezioni Unite del 1993³⁹, vi è stato un notevole discostamento in punto di asseriti poteri di accertamento nel caso in cui si riscontrino cause di non punibilità e si pronunci sentenza ex art. 129 c.p.p.

Contrariamente a quanto affermato con la sentenza del 1993, le Sezioni Unite hanno implicitamente affermato la necessità di un'espressa tipizzazione della confisca senza condanna avente ad oggetto il prezzo del reato, mettendo in evidenza come al giudice penale siano riconosciuti ampi poteri di accertamento, anche nel caso di pronuncia con

esser disposta la confisca ex art. 722 cod. pen. del denaro esposto nel giuoco, presupponendo tale norma la condanna dell'imputato).

Successivamente a tale sentenza, si sono pronunciate nello stesso senso Cass., S.U., 19 febbraio 2008, Console, in Riv. pen., 2008, p. 1025 ss.

³⁷ Cass. pen., Sez. I, 25.09.2000, Todesco, in Cass. pen., 2002, pp. 1701 ss., con nota critica a cura di G. MELILLO, *Estinzione del reato e confisca di cose diverse da quelle oggettivamente criminose, ovvero di mai sopiti contrasti giurisprudenziali*, op. cit.

³⁸ Cass. pen., Sez. Un., 10.07.2008 n. 38834, De Maio, in Cass. pen., 2009, p. 1392, con nota di P. IELO, *Confisca e prescrizione: nuovo vaglio delle Sezioni Unite*.

³⁹ Cass., S.U., 25 marzo 1993, Carlea, in Giur. it., 1994, II, p. 575 s.; Cass., S.U., 19 febbraio 2008, Console, in Riv. pen., 2008, p. 1025 s

esito di proscioglimento, argomentando sulla base degli artt. 425 co 4, c.p.p. e 576 c.p.p. Le S.U. hanno inoltre rilevato come l'ordinamento già contempra casi di confisca senza condanna, richiamando espressamente la misura ablatoria da reati di lottizzazione abusiva e quella applicata per i reati di contrabbando.

Quindi, nonostante gli esiti condivisi, gli auspici di questa sentenza paiono orientarsi, ben consapevoli di non poter eludere il principio di legalità, in senso difforme dalle prime S.U., quasi avallando le argomentazioni della parte pubblica.

Questa aveva segnalato la possibilità di un provvedimento di confisca senza condanna sulla base della notazione per cui l'articolo 240 co 1 c.p. contenesse espressamente la necessità di condanna; nel silenzio della legge sul secondo comma, doveva desumersi la possibilità di prescindere dalla condanna, a meno di voler ritenere gli artt. 210 e 236 c.p. abrogati in via interpretativa. Si era anche sostenuto, forzando la lettera della legge, che il riferimento alla non necessità della condanna previsto nel n. 2 del comma 2 dovesse estendersi anche al co. 1, riferito alla confisca del prezzo del reato.

In disparte delle superiori argomentazioni, una diversa pronuncia⁴⁰, schierata su due fronti opposti, non aveva, infatti, sopito i contrasti giurisprudenziali. I giudici, infatti, avevano continuato ad applicare la confisca del prezzo a seguito di sentenze con esito di proscioglimento, specie in caso di estinzione del reato per prescrizione.

Piuttosto, le Sezioni Unite avevano accesso ancor più il dibattito circa l'opportunità di un intervento legislativo che prevedesse *expressis verbis* una confisca del prezzo in assenza di condanna, qualora l'esito della sentenza, benchè formalmente di proscioglimento, celasse un pieno accertamento di responsabilità.

Si insinuava così in giurisprudenza l'istituto della condanna in senso sostanziale, poi successivamente richiamato dalla giurisprudenza sovranazionale.

In particolare, con una successiva pronuncia del 2011⁴¹ la Cassazione aveva confermato la possibilità di confiscare il prezzo del reato con sentenza di estinzione del reato per prescrizione, evidenziando che, al di là della categoria del giudicato formale, la verifica circa la responsabilità operata dal giudice potesse ben sussistere

⁴⁰ Cass. S.U. 10 luglio 2008 n. 38834, De Maio, in Cass. pen., 2009, p. 1392, con nota di P. IELO, Confisca e prescrizione: nuovo vaglio delle Sezioni unite, disponibile su www.penalecontemporaneo.it

⁴¹ Cass. sent. sez. 2, n. 39756/11 (Ciancimino).

in presenza di un accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso di pertinenzialità tra beni confiscati e illecito penale.

A voler seguire tale filone interpretativo, ogni sentenza con esito liberatorio, ma recante preciso approfondimento giudiziale in punto di responsabilità potrebbe giustificare l'applicazione della confisca del prezzo di reato.

Così ragionando, anche la previsione dell'art. 12-sexies del D.L. 306/1990, che consente la confisca anche a seguito di applicazione di pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. legittimerebbe un tale esito.

Ciò, in quanto le sentenze di patteggiamento non consentono un pieno accertamento di responsabilità e quindi dovrebbe legittimarsi l'applicazione della misura ablatoria in argomento a seguito di sentenza in cui si dichiara il reato estinto per prescrizione.

In aggiunta, anche la previsione dell'art. 425, comma 4 c.p.p., a mente della quale la confisca è applicabile anche in ipotesi di sentenza di non luogo a procedere, potrebbe essere indice sintomatico della positiva applicabilità della confisca in caso di sentenza di estinzione del reato per prescrizione, nonché degli ampi poteri di accertamento del giudice.

Questi, infatti, potendo disporre la confisca nel caso di non luogo a procedere dovrà verificare, *incidenter tantum*, la responsabilità dell'imputato.

A voler diversamente argomentare, si dovrebbe riconoscere il potere giudiziale di confiscare in via automatica, in palese spregio della presunzione di innocenza di cui all'art. 27 della Carta costituzionale.

Anche l'art. 578 c.p.p., in effetti, prevedendo la condanna dell'imputato agli effetti civili a seguito di dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione e per amnistia, militerebbe a favore del riconoscimento di ampi poteri di accertamento giudiziali sulla responsabilità dell'imputato e, di conseguenza, della non irragionevolezza della confisca del prezzo in assenza di condanna.

Tuttavia, la questione che è stata oggetto del successivo pronunciamento delle Sezioni Unite del 2015⁴², per i profili qui di interesse, ha riguardato il quesito circa la possibilità di confiscare in assenza di condanna, quantomeno in secondo grado⁴³.

42 Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, Pres. Santacroce, Rel. Macchia, Ric. Lucci.

43 Tale orientamento non pare del tutto condivisibile: ciò, in quanto, confiscando in secondo grado sulla base di una pronuncia di estinzione del reato per prescrizione, sarebbe iniquo nei confronti

Più in chiaro, la Cassazione si è pronunciata sulla possibilità di confiscare il prezzo del reato in appello, a seguito di pronuncia di condanna in primo grado alla quale sia seguita la prescrizione del reato da dichiararsi nel successivo grado di giudizio.

Quanto, invece, alla possibilità di confiscare in primo grado a seguito di pronuncia di estinzione del reato per prescrizione, la Corte ha, in un *obiter dictum*, evidenziato che non sarebbe possibile confiscare in assenza di una condanna *in toto*, non essendo sufficiente un accertamento incidentale di responsabilità, a meno di non voler inserire surrettiziamente nel nostro sistema giuridico una vera e propria *actio in rem*, di matrice anglosassone.

Invero, ha sostenuto la Corte, nel suo più alto consesso, la confisca del prezzo non avrebbe connotazioni di tipo punitivo. Ciò, in quanto anche a non voler adottare il criterio definitorio formale del sistema nazionale, e quindi la natura giuridica attribuita alla confisca dal legislatore interno, i criteri individuati a livello convenzionale, già noti come criteri c.d. *Engels*⁴⁴, ne disvelerebbero una natura sanzionatoria di tipo preventivo, dovendo il giudice confiscare il *pretium sceleris*, mera retribuzione dell'illecito. Escludendone dunque la natura afflittiva, i giudici hanno evidenziato la non necessità di un giudicato formale di condanna.

La posizione della Corte pare, sul punto, poco chiara, da un lato negando la natura punitiva della confisca del prezzo; dall'altro evidenziando la imperatività di una condanna, alla quale potrà ben seguire una declaratoria di estinzione del reato per prescrizione in appello.

Tuttavia, applicando pedissequamente il ragionamento della Corte, dovrebbe escludersi la possibilità di una confisca in secondo grado nel caso di estinzione del reato per prescrizione, dovendosi, anche, in appello, garantire un pieno processo al reo. In altre parole, la prescrizione non dovrebbe legittimare la confisca *sic et simpliciter*, in spregio della tutela dell'imputato, il quale, chiede un maggior approfondimento del giudizio proprio a fine di ottenere un eventuale riforma della sentenza di primo grado. Sta di fatto, che con la pronuncia in questione la Corte ha introdotto, pur a livello giurisprudenziale, “una confisca senza condanna di prescrizione in secondo grado” legittimando, di fatto, i giudici a disporre la confisca del prezzo in tutti quei casi in cui

dell'imputato, il quale, anche ai fini della confisca, avrebbe diritto ad un pieno processo di secondo grado.

⁴⁴ C. Edu, Grande Camera, sent. 23 novembre 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi.

sussista un accertamento di responsabilità in primo grado, di tipo formale. Invero, tale pronuncia pare aprire il campo a pronunce con esito ablatorio anche in primo grado, nel caso di sentenze formalmente di proscioglimento, ma sostanzialmente di condanna. Non solo, quindi, di estinzione del reato per prescrizione, per amnistia, ma anche nei casi di operatività dell'art. 131-bis c.p. e, per espressa previsione di legge, nel caso di patteggiamento. Caso in cui, come anzidetto, non sarebbe possibile parlare di condanna in senso proprio.

5. LE COSE OBIETTIVAMENTE ILLECITE

La confisca diretta dei beni di per sé configuranti reato, è disciplinata dall'art. 240 co. 2 n.2 c.p.⁴⁵.

Per “cose obiettivamente illecite”, in relazione alle quali il legislatore prevede la possibilità di disporre confisca, anche in assenza di una pronuncia di condanna, la dottrina e la giurisprudenza hanno inteso le *res* che siano già di per sé illecite, suscettibili autonomamente di portare un reato a compimento, quali armi, banconote false, alimenti nocivi.

Si tratta invero di cose la cui fabbricazione, porto, uso, detenzione e alienazione sono inibiti ai privati. Secondo taluni⁴⁶, anche in tale caso la confisca avrebbe finalità preventiva.

Tuttavia, è stato rilevato⁴⁷ come la misura ablatoria sia solo conseguenza della natura intrinseca di tali cose.

La mancanza della condanna e la possibilità di un'applicazione della confisca anche nei confronti di persone estranee al reato, nei casi in cui, tuttavia, le cose non siano suscettibili di ottenere un'autorizzazione amministrativa, si porrebbero a conferma di ciò.

⁴⁵ G. VASSALLI, *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, in Giur. cost., 1977, I, p. 416, F. CHIAROTTI, *La nozione di appartenenza nel diritto penale*, Milano, 1950. F. CHIAROTTI, *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca*, in Giust. pen., 1956, II, c. 636, U. ARDIZZONE, *Confisca e diritto di proprietà di terzi sulla cosa*, in Giust. pen., 1948, II, p. 71.

⁴⁶ TRAPANI, 1988, p.2.

⁴⁷ G. GRASSO, 2011, pp. 608 e 610.

Tuttavia, tale ricostruzione non persuade, in quanto, sebbene formalmente misura di sicurezza, in linea con il disposto dell'intero art. 240 c.p. la misura *de qua* pare, in realtà, misura sostanzialmente afflittiva, nonché unico caso di confisca senza condanna presente all'interno del codice penale.

Si legge, infatti, nell'articolo in questione che, quanto alle cose obiettivamente illecite, è disposta la confisca anche in assenza del presupposto della condanna.

Invero, la confisca degli "*instrumenta delicti*" può, in concreto, avere effetti afflittivi e non meramente special-preventivi o compensativo-riparatori, in quanto, stanziando una presunzione *iuris tantum* di pericolosità in capo alla *res*, ben potrebbe sottrarre al reo cose legate al reato indagato solo da un nesso di mera occasionalità. Mancando, in effetti, un nesso di pertinenzialità con il reato, la confisca diventa conseguenza sanzionatoria della stessa, alla stregua della pena applicata con una sentenza di condanna⁴⁸.

In realtà, la *ratio* desumibile dalla Relazione al Codice Penale relativa all'articolo *de quo* conferma l'assunto di cui sopra, avendo voluto il legislatore prevedere una pena, con il mero *nomen* di misura di sicurezza.

I lavori preparatori al codice penale, infatti, nel capo relativo all'art. 240 c.p. a proposito della confisca obbligatoria delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o la alienazione delle quali costituisca reato, contengono una precisazione, ovvero che non si può dar luogo a questa confisca ove il reato difetti di un'autorizzazione di polizia, c.d. "*illicitezza relativa del fatto*" e la cosa appartenga a persona estranea a reato⁴⁹. Richiedendo, dunque, il duplice presupposto di regolarità

⁴⁸ Ibid. 28.

⁴⁹ Sul punto, si veda Cass. pen. Sez. 3[^] 11/01/2018 (Ud. 13/09/2017), Sentenza n. 809: "Venendo, infine, al quarto motivo di doglianza, relativo alla dedotta illegittimità della confisca, disposta su veicoli asseritamente appartenenti a terzi soggetti, ritiene il Collegio che la relativa censura sia manifestamente infondata. Va, infatti, osservato, in premessa, che la confisca di cui si discute è quella obbligatoria, disposta ai sensi dell'art. 240, comma 2, n. 2 cod. pen., a mente del quale "è sempre ordinata la confisca (...) 2) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna". In tali casi, secondo l'opinione accolta da questa Corte, il terzo estraneo al reato che, qualificandosi come proprietario o come titolare di altro diritto reale sul mezzo sottoposto a sequestro preventivo finalizzato alla confisca obbligatoria, ne invochi la restituzione in suo favore, ha l'onere di provare la propria buona fede, ovvero che l'uso illecito della res gli era ignoto e non collegabile ad un suo comportamento colpevole o negligente (Sez. 3, n. 12473 del 2/12/2015, dep.24/03/2016, Liguori, Rv. 266482). Ne consegue che ove si assumesse, secondo la stessa prospettazione difensiva, che i beni in questione appartenessero a terzi soggetti, l'imputato non potrebbe in ogni caso essere considerato legittimato a eccepire l'asserita illegittimità della confisca, non essendo egli proprietario dei veicoli e non avendo, dunque, uno specifico interesse a dolersi della misura ablativa. Nel caso in cui, invece, si ritenesse, secondo l'impostazione qui accolta, che i veicoli *de quibus*

procedurale, nonché di non confiscabilità della *res* a terzi, pare più avvicinarsi ad una pena piuttosto che ad una misura di sicurezza. Peraltro, la confisca in assenza di condanna di cui si argomenta, potrebbe celare la natura di pena, determinando la confisca di beni strumenti legittimamente acquisiti dal destinatario della misura ablatoria.

Si dovrebbe, dunque, stante quanto sino ad ora evidenziato, introdurre il requisito della pronuncia di formale di condanna anche per gli *instrumenta delicti*: non è presente, infatti, nel codice una definizione di cosa si debba effettivamente intendere per cose *obiettivamente* illecite e la giurisprudenza⁵⁰ non pare aver chiarito i parametri da cui inferirne la capacità criminogena.

Taluna parte della dottrina⁵¹ distingue tra cose vietate in modo assoluto e in modo relativo. Le prime sarebbero intrinsecamente illecite, come ad esempio le banconote false, una volta accertata la falsità delle medesime, seguirà automaticamente la confisca.

Ciò, anche a fronte di una sentenza di assoluzione da parte del giudice, perché il fatto non sussiste o non costituisce reato.

Quanto detto non può sostenersi in relazione alle cose solo relativamente illecite, ad esempio le armi. In relazione a queste, la verifica dell'obiettiva illecità, dovrà anche passare per l'accertamento della presenza o meno dell'autorizzazione ovvero licenza di utilizzo. Solo ove queste ultime manchino potrà procedersi alla confisca⁵².

non appartenessero a terzi soggetti, in quanto divenute *res nullius*, ovvero in quanto *res derelictae* di cui l'imputato si era appropriato successivamente al loro abbandono, verrebbe meno, in ogni caso, la possibilità di invocare le tutele che, anche in materia, di confisca obbligatoria, l'ordinamento riconosce al terzo estraneo all'attività criminosa.

⁵⁰ Si trovano, in giurisprudenza delle pronunce che in ipotesi di confisca di armi, ad esempio, concludono molto agilmente per la confiscabilità senza condanna, senza, però, argomentare esaustivamente circa l'ipotesi di armi regolarmente detenute. Sul punto, Cass. pen. 33982/16: "La confisca prevista dall'art. 6, l. 22 maggio 1975, n. 152, è obbligatoria per tutti i delitti e le contravvenzioni concernenti le armi anche in caso di declaratoria di estinzione del reato per oblazione, restando esclusa solo nelle ipotesi di assoluzione nel merito o di appartenenza dell'arma a persona estranea al reato medesimo". (In motivazione, la Corte ha osservato che, ai fini della applicabilità della predetta confisca, non rilevano i principi affermati dalla Corte EDU nella sentenza del 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, trattandosi di ablazione obbligatoria avente finalità essenzialmente preventiva e non sanzionatoria, posto che la circolazione non autorizzata delle armi è, in sé, vietata in ragione delle intrinseche caratteristiche di pericolosità della cosa).

⁵¹ P. VENEZIANI "Le confische" in Trattato di diritto penale, La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato, Milano, 2014, pp. 481-518.

⁵² In tema di armi, l'applicazione della confisca obbligatoria di cose illecite di reato vietate in modo relativo è particolarmente estesa. Sul punto, si veda Cass. n. 1140/2010: "Il principio è che la confisca è imposta per tutti i reati, anche contravvenzionali, concernenti le armi ed è obbligatoria anche in caso di estinzione del reato, restando esclusa solo in caso di assoluzione nel merito e di appartenenza

Più problematica appare, invece, l'ipotesi della confisca senza condanna di cose oggettivamente illecite in senso relativo nella particolare ipotesi in cui l'autorizzazione sia intervenuta dopo la commissione del fatto di reato e prima della pronuncia del giudice.

La giurisprudenza ne ha riconosciuto la positiva applicabilità benchè in tale caso al tempo della sentenza di assoluzione l'autorizzazione sussista e, dunque, non ricorra l'esigenza perpetrata dalla confisca senza condanna dell'art. 240 c.p., vale a dire quella di estromettere dal traffico dei beni giuridici cose che in sé costituiscano reato.

Quanto alla tutela delle persone estranee al reato, la giurisprudenza nega la *confiscabilità* senza condanna di cose anche solo suscettibili di autorizzazione⁵³. Sarebbe, infatti, iniquo confiscare cose di terzi che non abbiano commesso il reato e debbano solo regolarizzare una posizione giuridica soggettiva afferente al diritto amministrativo. Sul punto, giova evidenziare che altra parte della dottrina⁵⁴ sostiene che l'accertamento relativo alla sussistenza dell'autorizzazione debba essere valutato in concreto.

Questo è logico corollario dell'obbligatorietà della confisca, onde evitare la restituzione di cose a persona che, pur se estranea all'illecito penale per cui si procede, commette un reato per il solo fatto della detenzione in concreto non autorizzata.

Tutto ciò, fa capo alla considerazione della eterogeneità delle ipotesi di confische obbligatorie ricomprese nel 2 comma dell'art. 240 c.p., a meno di non volere riconoscere un'estensione generalizzata della confiscabilità in assenza di condanna⁵⁵.

dell'arma a persona estranea al reato (v. I, sent. n. 1264 del 10/11/06, rv. 235854, Pisciotta). A tutela dell'ordine pubblico l'art. 6 L n. 152/75 prevede la confisca obbligatoria per tutti i reati concernenti le armi, le munizioni, gli esplosivi ed ogni altro oggetto atto ad offendere, ciò in deroga alla disciplina ordinaria in tema di confisca (I, sent. n. 34042 del 22/9/06, rv. 234799, PG in proc. Bardino). Più specificamente, il rinvio dell'art. 6 al disposto del secondo comma dell'art. 240 cp riguarda la sola imposizione dell'obbligatorietà della confisca per tutti i reati concernenti le armi e non l'intera previsione normativa contenuta nel predetto comma secondo: ne consegue che tutti i materiali indicati nel citato art. 6 devono considerarsi aggiunti all'elenco delle cose confiscabili di cui alla su detta norma codicistica a prescindere dalla loro intrinseca criminosità, avendo il legislatore, con la norma speciale posta a tutela dell'ordine pubblico, inteso derogare, limitatamente alle armi, alla disciplina ordinaria in tema di confisca (I, sent. n. 5228 del 28/9/99, rv. 214433, Romeo).”

⁵³ G. GRASSO (a) in ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, art. 150-240, II ediz, Milano 2011.

⁵⁴ T. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, op. cit.

⁵⁵ Nel senso di un'estensione della giustizia preventiva a tutto tondo, di talchè bisognerà abituarsi ad un diritto penale sempre più orientato ad una protezione contro i pericoli, vedi: V. M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in Cass. pen., 2008, 3752.

Infatti, la possibilità di far conseguire la confisca ad una pronuncia con esito di proscioglimento concerne solo le cose intrinsecamente illecite.

Le altre ipotesi di confisca obbligatoria, disseminate all'interno di leggi speciali, necessitano di una valutazione *ad hoc* da parte del giudice. Ne consegue, che in tali ipotesi, al fine di non voler ritenere la misura afflittiva in assenza di una disciplina garantista, le cose appartenenti a terzi dovranno essere restituite⁵⁶. E ciò, non solo ove sia espressamente previsto dal legislatore⁵⁷, ma anche ove nulla sia specificato quanto alla tutela di persone estranee al reato.

Quanto detto, non riguarda l'ipotesi di cose intrinsecamente illecite oggetto di divieto penale assoluto appartenenti a terzi, perché, secondo, taluna parte della dottrina⁵⁸, non si potrebbe nemmeno ritenerle terze, in quanto la detenzione consuma di per sé il reato. Le cose illecite oggetto di divieto penale relativo necessiteranno, invece, dell'accertamento del nesso tra la cosa e il reo, che, ove positivamente accertato, determinerà l'innescarsi della presunzione legislativa fondante l'obbligatorietà della confisca.

Da quanto detto emerge che la confisca senza condanna *de qua*, per la quale il legislatore ha escluso *expressis verbis* una pronuncia di condanna, data la peculiarità delle cose intrinsecamente illecite, è eccezione ragionevole alla regola per cui la confisca-pena necessita imprescindibilmente dell'accertamento di responsabilità contenuto nella pronuncia formale di condanna.

Ciò, però deve valere per le cose illecite in modo assoluto. Quanto alle cose solo relativamente illecite, perché vincolate alla rimozione del vincolo pubblicistico alla loro legittima detenzione, sarebbe più prudente per il legislatore prevedere una condanna, e ciò anche al fine di irrobustire la tutela dei terzi.

⁵⁶ EPIDENDIO op. cit.

⁵⁷ L'art. 186 CdS, ai commi 2 e 7, ad esempio, prevedendo la confisca obbligatoria del veicolo, fa salvo il caso del veicolo appartenente a persona estranea al reato. Diversamente opinando, si darebbe vita ad un caso di confisca senza condanna, in quanto la sentenza di condanna dispiegherebbe i suoi effetti afflittivi nei confronti di un terzo, estraneo al reato oggetto della pronuncia giudiziale.

⁵⁸ Cfr. ad es. CACCIAVILLANI- GIUSTOZZI, *Sulla confisca*, p. 459; D. GULLO, *La confisca*, p. 383; MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 896.

6. CONFISCA DI PREVENZIONE

La confisca di prevenzione viene per la prima volta prevista con la legge n. 646/82 c.d. Rognoni/La Torre⁵⁹, con l'obiettivo di combattere in maniera più efficace la criminalità organizzata, attraverso l'applicazione di misure di prevenzione non solo personali⁶⁰, ma anche patrimoniali.

Si tratta del tipo di confisca senza condanna maggiormente peculiare nel nostro ordinamento, in quanto discende dall'applicazione delle misure del sequestro e, successivamente, della confisca a prescindere da un eventuale processo penale, nella sola ipotesi in cui si rientri in determinate categorie tipologiche e per evitare che i beni possano essere strumentali alla commissione di reati da parte del proposto.

La compiuta disciplina di suddetto tipo di confisca si è avuta con il D.lgs. 159/11 che, all'art. 24 ne ha previsto una regolamentazione *ad hoc*.

E' di preliminare importanza evidenziare che per la confisca di prevenzione, in quanto rientrante tra le misure di prevenzione patrimoniali, non opera il principio di irretroattività perché si applica la medesima disciplina delle misure di sicurezza⁶¹.

Diversamente da queste ultime, quelle di prevenzione non postulano la previa commissione del reato che è accertato dal giudice della prevenzione⁶².

⁵⁹ V. ALIQUO', G. FIANDACA, S COSTANTINO, *La legge Antimafia tre anni dopo il bilancio di un'esperienza applicativa*, Edizioni F Angeli, Milano, 1986, p. 57

⁶⁰ La legge n. 575/65, promulgata al fine di essere applicata agli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso perseguenti finalità ad esse riconducibili, aveva già regolamentato le misure di prevenzione, ma prevedendo solo quelle personali quali quella della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale. Con la legge Rognoni/La Torre si era previsto dell'affiancamento delle misure patrimoniali del sequestro e della confisca.

⁶¹ L'inapplicabilità del principio di irretroattività è stata oggetto di contestazione non solo a riguardo delle misure di prevenzione, ma anche delle misure di sicurezza. Quanto a queste ultime, è stato opinato che la loro retroattività sarebbe in contrasto con l'art. 7 CEDU alla luce dei criteri Engels concernenti la materia penale in prospettiva sostanziale. La Corte costituzionale, nelle pronunce n. 802/1968; n. 19/1979; n. 603/1974; n. 392/1987, ne ha, invece, sostenuto la conformità alla Carta costituzionale sull'assunto che nel caso delle misure di sicurezza debba sussistere un nesso pertinenziale tra la misura di sicurezza e la pericolosità sociale, peraltro attuale del suo destinatario. Sul punto, G. Grasso, Commento all'art. 200 c.p., in Romano, Grasso, Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano 2011, 455 ss. - 458; cfr. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, 2001, 303 ss.

⁶² F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione e la confisca allargata, il penalista*, Officina del diritto; Giuffrè editore, Milano, 2017, pp. 14 e ss.

La funzione di accertamento della pericolosità sociale⁶³, pur se non attuale, del proposto che potrebbe essere agevolata dall'utilizzo del patrimonio illecito è compendiata da quella di assoluta volontà di eliminazione dal mercato di un bene avente provenienza illecita.⁶⁴

Conseguentemente, la confisca in oggetto sarà regolata, a livello sovranazionale, non già dall'art. 7 CEDU, il quale si riferisce alle pene ma dall'art. 1 protocollo addizionale n.1 alla CEDU, che regola la limitazione al diritto di proprietà⁶⁵.

Come vedremo, tale inquadramento crea non pochi problemi ed è opinabile: infatti, la dottrina⁶⁶ che riconosce una natura *stricto sensu* afflittiva⁶⁷ alla confisca di prevenzione, ritiene debbano applicarsi gli articoli 6 e 7 CEDU, con le garanzie che ne conseguono. E anche la giurisprudenza⁶⁸ si è a lungo interrogata sulla reale natura della confisca di prevenzione, specie dal momento in cui è stato affermato il principio di applicazione disgiunta tra misure di prevenzione personali e patrimoniali,

⁶³ Cfr. ad es. MARINUCCI-DOLCINI 2009, 649: “presupposto della confisca è la pericolosità della cosa, da intendersi come probabilità che, ove lasciata nella disponibilità del reo, la cosa costituisca per lui un incentivo alla commissione di ulteriori illeciti”:

⁶⁴ S.U. 4880/15

⁶⁵ Commissione, 15 aprile 1991, Marandino c. Italia; Corte Edu, 22 febbraio 1994 Raimondo c. Italia; 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, successive conformi.

⁶⁶ F. MANTOVANI, *Diritto Penale*. Parte Generale, 2008, p. 713.

⁶⁷ Taluna parte della dottrina, ha equiparato la confisca di prevenzione alle medievali misure definite “*poenae extraordinariae*”, irrogabili a fronte di un quadro probatorio meno rigoroso di quello necessario per la inflizione della sanzione penale *stricto sensu* intesa. Sul punto, A. BARGI, *L'accertamento di pericolosità nelle misure di prevenzione, profili sistematici e rapporti con il processo penale*, Napoli, 1988, p. 27; nonché COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge antimafia*, in Riv. It. Dir. proc. Pen. 1985, p. 99 e ss. che accosta la confisca di prevenzione a quella generale dei beni. Ancora, sulle misure di prevenzione come misure che non accertano la pericolosità sociale del proposto, bensì gli indizi di commissione di un reato attuale, in aperta violazione con i principi di difesa, di non colpevolezza, e di responsabilità penale: MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995, p. 48 e ss. e ZAFFARONI, *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in MOCCIA, a cura di Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia, Napoli, 1999, p. 63 e ss.

⁶⁸ L'ordinanza 30 aprile 2014 con cui la VI sezione penale della Corte di Cassazione ha rimesso alle S.U. la questione concernente l'applicabilità del principio di irretroattività anche alla confisca di prevenzione, in disparte degli esiti negativi, è sintomatica dell'avvertita esigenza di rendere quanto più conformi a Costituzione queste misure. Prima di questa ordinanza, la sentenza nota con il nome Occhipinti n. 14044 del 2013 della Cassazione si era espressamente pronunciata sulla natura oggettivamente penale della confisca di prevenzione, evidenziando che non era neppure possibile assimilarla ad una misura di sicurezza, considerato il venir meno del requisito dell'attualità della pericolosità sociale del proposto. Peraltro, l'applicazione dei criteri sostanzialistici individuati dalla Corte Edu conduceva al medesimo esito. Per una più compiuta analisi, si veda A. Maugeri, *La resa dei conti: alle Sezioni Unite la questione sulla natura della confisca antimafia e sull'applicazione del principio di irretroattività*, in <https://www.penalecontemporaneo.it/d/2808-la-resa-dei-conti-alle-sezioni-unite-la-questione-sulla-natura-della-confisca-antimafia-e-sull-app>

richiedendo per le seconde solo l'accertamento dei presupposti delle prime e non l'applicazione delle misure personali.

Quanto ai presupposti soggettivi cui fa riferimento l'art. 16, co. 1, lett. a) del Codice Antimafia mediante espresso richiamo all'art. 4 del medesimo, capo dedicato alle misure personali, e prima di pervenire ad un'indagine circa l'elencazione contenuta nell'articolo in argomento, giova evidenziare che, ai fini dell'applicazione del sequestro prima e della confisca poi, il legislatore richiede che i soggetti proposti siano solo indiziati per alcuni tipi di delitti.

Si tratta di un requisito molto labile, distante da quello richiesto dall'art. 192 c.p.p., piuttosto che dall'art. 273 c.p.p.

La lettera dell'art. 4 richiedendo i meri indizi, non descrive in alcun modo quale debba essere la consistenza dei medesimi, lasciando all'interprete la decisione circa gli aspetti principali del procedimento di prevenzione.

L'art. 273 c.p.p., diversamente, richiede quale presupposto per l'applicazione delle misure cautelari la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, accertabili a mezzo delle disposizioni del co. 1 bis. Orbene, il riferimento è ad una significativa consistenza probatoria, che diverge dalla previgente formulazione riferentesi ai soli 'sufficienti indizi'. Ancora, ai fini della prova circa la 'colpevolezza', il legislatore chiarisce che gli indizi debbano essere contestualmente gravi, precisi e concordanti, tali da consentire una ricostruzione univoca dei fatti, in disparte di altri possibili scenari.

Ora, che la consistenza degli indizi debba essere tratta dal c.p.p. pare dubbio, specie perché non ricorrendo una qualificazione degli indizi, come invece ricorre nel 192 c.p.p., si è portati a ritenere che gli indizi necessari a fondare la misura ablatoria patrimoniale siano un *minus* rispetto a quelli oggetto di accertamento nel processo penale. Inoltre, l'autonomia di questo dal procedimento di prevenzione è espressamente statuita all'interno del D.lvo all'art. 29⁶⁹, nel quale si legge che l'azione di prevenzione può essere proposta indipendentemente da quella penale e, nella prassi, i due procedimenti hanno spesso andamento separato, tanto che il procedimento di prevenzione può venir celebrato senza che quello penale abbia mai corso. Ipotesi

⁶⁹ Peraltro, si noti come con la novella della legge n. 161/2017 il legislatore ha previsto, all'art. 30 del decreto, la prevalenza del sequestro preventivo su quello penale avente ad oggetto i medesimi beni. L'autonomia, sancita già prima della riforma, è compendiata, quindi, dalla prevalenza del procedimento di prevenzione su quello penale.

ancora più peculiare, ma non mero caso di scuola, è quella di un processo penale celebrato e concluso con pronuncia con esito assolutorio a seguito del quale si intenti un procedimento di prevenzione avverso alla medesima persona, sugli stessi fatti di reato che si concluda con la confisca definitiva dei beni⁷⁰.

Questa procedura non contravviene alla lettera della legge ma pare in contrasto con le garanzie costituzionali e del *favor rei* che si rinvergono sia all'interno del codice penale che in quello di procedura.

Ciò posto, la già corposa elencazione dei presupposti soggettivi di applicazione della confisca di prevenzione è stata estesa con la l. 161/2017, di riforma al Codice Antimafia.

Originariamente, erano previsti i c.d. 'indiziati di mafia'; i soggetti indiziati di aver commesso i gravi delitti di mafia previsti dall'art. 51 co-3 bis del c.p.p.⁷¹ ovvero di trasferimento fraudolento di valori ex art. 12-quinquies, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o del delitto di cui all'articolo 418 del codice penale.

Vi rientrano, inoltre, i soggetti caratterizzati da pericolosità generica, per tali intendendosi coloro i quali per tenore di vita ovvero elementi di fatto paiano dediti ai traffici delittuosi ovvero vivano dei proventi dei medesimi.

Tale categoria è altamente problematica perché sembra portare alla ribalta il tanto osteggiato diritto penale di autore, in palese violazione dei principi di responsabilità penale personale e di rieducazione, cristallizzati nell'art. 27 della Carta costituzionale. Un certo margine di garanzie, seppur insufficiente, viene recuperato in sede di accertamento. In tale sede, il giudice della prevenzione accerta la reiterazione delle condotte, di talché una manifestazione sporadica risulterà insufficiente a ritenere il presupposto soggettivo de qua.

La categoria soggettiva degli indiziati avvinti da pericolosità c.d. eversiva, invece, è rinvenibile all'articolo 4 co 1 lett d) del decreto in argomento. Tale articolo si riferisce

⁷⁰ Sul punto, si veda Cass. 25 settembre 2009- 19 ottobre 2010: "il proscioglimento da uno dei delitti per i quali il combinato disposto degli artt. 14 l. n. 55 del 1990 e 1, comma primo, n 2 l n. 1423 del 1956, prevede, per i soggetti che siano ritenuti vivere con il provento degli stessi, l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale, non esclude che il giudice della prevenzione possa comunque, a fronte del sistema probatorio attenuato del processo di prevenzione, pervenire a ritenere attribuibile detto delitto al proposto".

⁷¹ Queste due categorie, danno origine ai c.d. 'pericolosi qualificati', da distinguere dalle categorie tipologiche di pericolosità generica di cui all'art. 1 del medesimo Codice.

agli indiziati che compiano atti anche preparatori diretti a sovvertire lo Stato attraverso la commissione dei reati elencati nella lettera della norma, con finalità di terrorismo ovvero di ricostituzione del partito fascista.

Anche questo presupposto pone non pochi problemi di compatibilità costituzionale, specie con il principio di materialità, che la dottrina ha rinvenuto nell'art. 25 della Carta.

Invero, la previsione di applicazione della confisca di prevenzione a soggetti che compiano addirittura atti preparatori, senza voler approfondire la diatriba giurisprudenziale sorta circa il reale *distinguo* pratico tra atti preparatori ed esecutivi nel delitto tentato, determina un arretramento della tutela.

Ciò, specie se si consideri che il carattere preparatorio degli atti, previsto nel caso di impossibilità di accertamento sulla sussistenza di atti esecutivi, viene richiesto rispetto a reati che già di per sé rientrano in una categoria problematica in quanto noti alla stregua di delitti di attentato.

Si tratta di istituti che seppur giustificati da una veste non strettamente penalistica hanno in realtà una natura afflittiva e paiono sprovvisti delle garanzie penalistiche necessarie per dare dignità a una misura ablatoria che seppur giustificata da esigenze pratiche encomiabili, non può avere una tale latitudine applicativa.

Meno problematica pare, invero, la categoria delineata dalla lettera g). Ciò, sul presupposto che comporta l'applicazione della misura nel caso di condanna per precedente delitto in materia di armi, ove vi siano sufficienti indizi della commissione di un reato a scopo di eversione o di terrorismo internazionale. Più precisamente, in tale caso il legislatore riepuma la categoria dei proclivi a commettere delitti, che la giurisprudenza⁷², rilevatane la problematicità, riconduce alla pericolosità sociale.

⁷² Cfr. C. cost n. 177/80. Con tale pronuncia la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, n. 3, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, nella parte in cui elencava tra i soggetti passibili delle misure di prevenzione previste dalla legge medesima coloro che, < per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere>; in tale caso, però, la categoria era costruita sic et simpliciter senza fornire all'interprete ulteriori dati da cui inferire la commissione di particolari delitti. In disparte del caso specifico, la ricostruzione della Corte ci è utile per attribuire un significato preciso all'evanescente categoria dei proclivi a delinquere. Si legga in particolare, quanto segue: "La disposizione di legge in esame (a differenza ad esempio di quella di cui al n. 1 del medesimo art. 1), non descrive, infatti, né una o più condotte, né alcuna < manifestazione > cui riferire, senza mediazioni, un accertamento giudiziale. Quali < manifestazioni > vengano in rilievo è rimesso al giudice (e, prima di lui, al pubblico ministero ed alla autorità di polizia proponenti e segnalanti) già sul piano della definizione della fattispecie, prima che su quello dell'accertamento. I presupposti del giudizio di < proclività a delinquere > non hanno qui alcuna autonomia concettuale dal giudizio stesso. La formula legale non svolge, pertanto, la funzione di una autentica fattispecie, di

Rientrano nella categoria anche gli istigatori, mandanti e finanziatori dei reati appena esaminati.

Inoltre, il legislatore estende la misura ablatoria anche al caso della violenza dispiegata durante manifestazioni sportive: in questo caso, solo ove i beni nella disponibilità degli indiziati possano agevolare la condotta. Questa precisazione fornisce un aiuto all'interprete, evitando la confisca indiscriminata nel caso di paventata commissione di reati che nulla abbiano a che vedere con il fine di indebolimento della criminalità organizzata.

A questo proposito, giova evidenziare che l'estensione della elencazione dei destinatari delle misure patrimoniali, operata con la l. 161/17, ha subito molte critiche in dottrina. Si è, infatti, prevista, da un lato la confiscabilità di beni ad indiziati di essersi associati al fine di commettere delitti contro la PA ovvero di truffa aggravata per il conseguimento di pubbliche erogazioni e dall'altro ad indiziati del delitto di atti persecutori⁷³.

L'ultima ipotesi merita particolare approfondimento.

La questione maggiormente problematica che la riguarda è la medesima di quella afferente alla pericolosità generica di coloro che, in base alla lettera dell'art. 1 co. 1 lett c), *<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 pubblica⁷⁴>*. Si tratta, di soggetti indiziati o dediti a delitti che non ineriscono direttamente all'economia della criminalità. Quale che sia la soluzione giurisprudenziale per restituire rispondenza al principio di materialità, anche in tale caso sfugge l'estensione della confisca di prevenzione, già controversa nella sua

individuazione, cioè, dei < casi > (come vogliono sia l'art. 13, che l'art. 25, terzo comma, Cost.), ma offre agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità. Né per la ricostruzione della fattispecie può sovvenire il riferimento al o ai reati della cui prevenzione si tratterebbe. La espressione < proclivi a delinquere > usata dal legislatore del 1956 sembrerebbe richiamare l'istituto della < tendenza a delinquere > di cui all'art. 108 del codice penale, ma l'accostamento sul piano sostanziale non regge, posto che la dichiarazione prevista da quest'ultima norma presuppone l'avvenuto accertamento di un delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale e dei motivi a delinquere, tali da far emergere una speciale inclinazione al delitto; e l'indole particolarmente malvagia del colpevole.

Nel caso in esame la < proclività a delinquere > deve, invece, essere intesa come sinonimo di pericolosità sociale, con la conseguenza che l'intera disposizione normativa, consentendo l'adozione di misure restrittive della libertà personale senza l'individuazione né dei presupposti né dei fini specifici che le giustificano, si deve dichiarare costituzionalmente illegittima.

⁷³ F. MENDITTO, op.cit. 38, p. 42.

⁷⁴ Lettera così modificata dall' art. 15, comma 1, lett. a), D.L. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito, con modificazioni, dalla L. 18 aprile 2017, n. 48.

applicazione agli indiziati di mafia, a reati che sfuggono al campo di applicazione della misura in questione.

I presupposti oggettivi di applicazione della confisca di prevenzione contribuiscono alla sua caratterizzazione di confisca senza condanna, rivestente natura afflittiva.

Ciò è agevolmente desumibile dalla disciplina in punto di requisiti applicativi, di disponibilità della *res*, di *onus probandi*, di tutela delle persone estranee al reato e di confiscabilità dei beni nei confronti degli eredi del proposto, nonché nei confronti del proposto *eo ipso* anche ove affetto da incapacità irreversibile.

In punto di prova della sproporzione dei redditi dichiarati, emerge come sia l'accusa a dover provare la sproporzione dei redditi dichiarati, ma solo di quelli.

Non risulta chiaro, per converso, se spetti al proposto dimostrare l'origine lecita dei beni ovvero alla pubblica accusa dimostrarne la probabile origine lecita. Il sistema preventivo è ispirato ad una logica presuntiva.

Più precisamente, in relazione ai beni che sono presumibilmente frutto di attività illecite dell'interessato, il nesso non è oggetto di accertamento, è sufficiente provare che il soggetto all'epoca in cui il bene è stato acquistato probabilmente commetteva dei reati. Si tratta, chiaramente di un presupposto vago, che fa sfumare la connessione necessaria con l'origine illecita del bene.

Ne discende, dunque, una profonda incertezza sulla natura giuridica precipua della confisca di prevenzione. Benchè dottrina e giurisprudenza maggioritarie propendano per la natura di misura preventiva della confisca, con regime di disciplina assimilabile a quello delle misure di sicurezza⁷⁵, il quadro pare poco chiaro.

⁷⁵ Con Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, Pres. Santacroce, Rel. Bruno, ric. Spinelli e altro, il Supremo Consesso ha concluso per la natura non penale della confisca di prevenzione, ritenendola assimilabile alle misure di sicurezza. Tale exitus è stato avvalorato dalla giurisprudenza della Corte Edu, incline ad escluderne natura afflittiva, in una pluralità di pronunce. Senza pretesa di esaustività, si vedano la decisione Riela e a. c. Italia, 4-9-2001, § 2, in linea con la precedente pronuncia Guzzardi c. Italia, 6-11-1980, § 108, Ciancimino c. Italia, 27-5-1991, e Raimondo c. Italia, 22-2-1994, § 43. Più di recente, cfr. Cacucci e Sabatelli c. Italia, 17-6-2014; Capitani e Campanella c. Italia, 17-8-2011; Leone c. Italia, 2-2-2010; Bongiorno e a. c. Italia, 5-1-2010. Prima delle S.U. Spinelli, con la sentenza "Occhipinti", la Cass., 30-1-2014, n. 11752 si era pronunciata a favore del riconoscimento della natura afflittiva della confisca, con conseguente inammissibilità di ogni applicazione retroattiva. Sul punto, cfr. A. M. MAUGERI, *Le Sezioni Unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività: la necessità della correlazione temporale*, 7 aprile 2014, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/d/2952> e MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo "statuto" della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, 26 maggio 2014, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3096>. Ciò, specialmente a seguito del venir meno del principio di accessorialità tra misure di prevenzione personali e patrimoniali.

Taluna parte della dottrina, ha rilevato come sebbene il diritto di polizia *stricto sensu* inteso debba fondarsi sulla verifica circa l'attualità della pericolosità sociale da parte dell'autorità amministrativa, ciò non avvenga all'interno del sistema italiano. Gli accertamenti posti in essere da parte del giudice italiano, infatti, riguardano solo il passato⁷⁶.

La pericolosità attuale del soggetto proposto non è più requisito da accertare e ciò è avvalorato dal fatto che, come vedremo, la confisca di prevenzione può essere irrogata anche nei confronti degli eredi del proposto⁷⁷. Non convince l'opzione secondo la quale il giudice del procedimento di prevenzione dovrebbe accertare la pericolosità del proposto solo al momento dell'acquisizione del bene⁷⁸. Una pericolosità sociale non riferita al momento dell'applicazione e dell'esecuzione della misura, non è attuale, e dunque, a parere di scrive, non è neanche configurabile come tale. Né, pare, potrebbe avere senso parlare di pericolosità della *res*, perché il bene potrebbe essere reinvestito, alterando il mercato della concorrenza, oppure potrebbe essere usato per la commissione di nuovi reati. La giurisprudenza non avrebbe difficoltà a confiscare un immobile della cui origine illecita si sospetti, se il bene è sproporzionato agli ingressi leciti.

Potrebbe, quindi, essere meritevole di accoglimento la tesi, invero non prevalente in dottrina, che definisce la confisca di prevenzione alla stregua di una "pena mascherata", di una "pena del sospetto che guarda al passato". Ciò, anche sulla base delle argomentazioni suesposte, in punto di presupposti oggettivi e soggettivi.

Il vero scopo della confisca, per come strutturata all'interno del Codice Antimafia, infatti, pare proprio quello di privare il reo (definito, dato l'assenza della condanna formale, proposto) del guadagno illecito, lanciando ai consociati il messaggio general-preventivo che il reato non "paga"⁷⁹.

⁷⁶ Il principio di applicazione disgiunta delle misure di prevenzione patrimoniali e personali è stato introdotto con d.l. 92/08, conv. nella l. n. 125/08 ed è ora contenuto nell'art. 18 D.Lgs. n. 159/11. Ne è derivata la necessità di accertamento dell'attualità della pericolosità sociale solo per le misure di prevenzione personali.

⁷⁷ Tale è la lettera dell'art. 18 co. 2 del D.Lgs. n. 159/11, c.d. Codice Antimafia.

⁷⁸ Tale tesi è stata sostenuta da Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, Pres. Santacroce, Rel. Bruno, ric. Spinelli e altro, cit.

⁷⁹ In questi termini, V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in Riv. It. Dir. proc. Pen., 2015, 1260 ss.

Secondo questa tesi la confisca di prevenzione costituisce una misura sostanzialmente punitiva⁸⁰, in quanto il reato non viene accertato.

Inoltre, lo *standard* probatorio parrebbe insufficiente, anche a causa dell'inversione dell'*onus probandi* che sposta l'onere di assolvimento sul proposto.

L'applicabilità retroattiva e anche in caso di sospensione condizionale, nonché l'aumento delle categorie soggettive di cui all'art. 4 del Codice Antimafia, da ultimo con la novella n. 161 del 2017, sembra avvalorare un tale *exitus*⁸¹.

Peraltro, ingenti paiono i problemi di costituzionalità della confisca in argomento, rispetto al principio di proporzionalità, e all'assenza di una disciplina della prescrizione. È di fondamentale importanza notare come non venga posto un limite all'afflittività della confisca, nemmeno prevedendo uno *standard* accostabile allo *standard* civilistico che stanziava la prescrizione ad un massimo di venti anni per il consolidamento di qualsiasi situazione giuridica ancorché acquisita illecitamente.

L'idea secondo la quale essendo la confisca sanzione sul patrimonio necessiti di garanzie inferiori non merita, parimenti, accoglimento. Autorevole Dottrina⁸² ha, al proposito, sostenuto che i requisiti soggettivi ed oggettivi della confisca, nonché l'attuale conformazione del procedimento di prevenzione, determina che la confisca acquisti le fattezze più che di misura basata sul sospetto, di istituto fondato su mere congetture.

Nel fervore delle tesi circa la natura di tale confisca, taluno ha anche adottato una tesi intermedia, che, per le ragioni di seguito esposte, non pare possa essere condivisa.

80 Sulla natura punitiva della confisca in argomento, A. M. MAUGERI, *Principi e regole del sistema della prevenzione nel dialogo tra le Corti* in F. Cassano, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il pacchetto di sicurezza*, Nel diritto editore, Roma, 2009, p.120. L'Autrice sostiene, a ragione, l'afflittività di tale misura di prevenzione è agevolmente desumibile dal fatto che presupposto applicativo è la consumazione di precedenti attività criminose. La confisca dei beni che ne segue, peraltro, prescinde dalla prova del nesso di derivazione tra res e reato all'interno di un regolare processo "affidando alla prevenzione una funzione (afflittiva) che non le spetta", al chiaro fine "di sanzionare dei reati, dei quali non si riescono a fornire le prove, per lo meno nella forma minima della sottrazione del profitto". Ancora, del medesimo avviso sono: BRICOLA, *Forme di tutela 'ante-delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, in A.A.V.V., *Le misure di prevenzione*, Atti del IX Convegno "Enrico De Nicola", Milano, 1975, p. 59 e ss.; STORTONI, *Le misure di prevenzione contro la mafia*, in *Le misure di prevenzione. Teoria e prassi applicativa*, p. 371 e ss. ; TAORMINA, *Il procedimento di prevenzione nella legislazione antimafia*, Milano, 1988, p. 416 e ss.

⁸¹ Cfr. A. ALESSANDRI, voce *Confisca* nel diritto penale, op. cit. Nello stesso senso, anche G. GRASSO, *Art. 240*, in M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale- III – Art. 150-240*, Milano, 2011, 606 ss.

⁸² V. N. D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Misure di Prevenzione*, S. FURFARO, *Diritto e processo penale*, Torino, 2013, pp. 60 ss.

Secondo tale tesi⁸³, la confisca di prevenzione altro non sarebbe che una forma di legittima limitazione del diritto di proprietà. L'idea di base è che il reato non è un modo di acquisto legittimo della proprietà e non è protetto dal legislatore. La base giuridica, dunque, non sarebbe il codice penale, bensì il codice civile. Di conseguenza, l'aver acquistato un bene attraverso il compimento di attività illecita, fa sì che l'ordinamento non riconosca un tale rapporto, a meno che non lo si debba restituire ad un terzo in buona fede a cui è stato sottratto. Diversamente, il bene andrà allo Stato, con chiara destinazione pubblica.

Tale tesi ha il pregio di determinare “*la giurisdizionalizzazione*” del procedimento di prevenzione. Ciò, in quanto non troverebbero più applicazione gli artt. 25, 27 Cost., nonché gli artt. 6 e 7 della C.E.D.U.; bensì gli artt. 41 e 42 della Carta costituzionale, e l'art.1 del Protocollo Addizionale n. 1 della C.E.D.U. Tantomeno si applicherebbe l'art. 111 Cost. in punto di garanzie a fondamento del principio del giusto processo, tutelato solo a mezzo dell'art. 6 della Convenzione europea, in quanto rivolto ai giudizi amministrativi e civili.

La proposta è, in ultima analisi, quella di dare uno statuto civile alla confisca di prevenzione, trasformandola in una vera e propria *actio in rem*⁸⁴, di influenza statunitense, con propria base legale dotata dei canoni di accessibilità e prevedibilità, risolvendo, in tale maniera, le frizioni con il principio di proporzionalità della misura. La tesi in argomento, ritiene si debbano, inoltre, ripensare i presupposti applicativi di queste misure, relegando la *causa petendi* a probabile origine illecita del bene, nonché oggetto di accertamento al metro dello standard probatorio civilistico del più probabile che non, o del *clear and convincing evidence* di stampo statunitense⁸⁵. Si costruirebbe, invero, un procedimento di prevenzione utile a far valere i limiti del diritto di proprietà, alla stregua di un procedimento di espropriazione⁸⁶, la cui causa

83; F. 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, 30 marzo 2015, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3804-la-consulta-e-la-tela-di-penelope-osservazioni-a-primissima-lettura-su-c-cost-sent-26-marzo-2015-n>

⁸⁴ La tesi, pur se non condivisibile, non è peregrina. Stati diversi da quello italiano si sono dotati di simili strumenti. Si veda, ad esempio, il Sudamerica, in cui il modello è quello dell'*extension de dominio*, oppure le esperienze anglosassoni, in cui si parla di nei paesi *civil forfeiture, actio in rem*.

⁸⁵ Si tratta di standard probatorio che sta a metà tra quello del “più probabile che non” e del “oltre ogni ragionevole dubbio”. A mente di tale criterio, potrebbero essere ammesse talune inversioni dell'onus probandi.

⁸⁶ Aderiscono a tale tesi, le S.U. Cass. 28 gennaio 1998, Maiolo. Richiamano tale tesi giurisprudenziale, poi superata, le S.U. Cass. n. 57/2007, ricordando che le S.U. Maiolo avevano dedotto l'irrevocabilità

non sarebbe l'utilità sociale del bene⁸⁷, ma l'ablazione reale dell'indebito al proposto. La finalità continuerebbe ad essere di prevenzione generale, al pari della responsabilità civile, dei danni punitivi e delle nuove sanzioni civili⁸⁸.

Invero, questi istituti, non possono essere accostati a quelli punitivi, e, in specie, la confisca che è istituito con portata apertamente afflittiva⁸⁹. Non può, infatti, stravolgersi l'intero sistema delle confische e, specie quello di prevenzione, attribuendogli connotazioni civilistiche a fronte di una natura eminentemente afflittiva che andrebbe, più correttamente, controbilanciata con un rafforzamento dei principi del giusto processo, attraverso l'estensione dell'impianto del codice di procedura penale, eccettuate le regole incompatibili con l'aspetto preventivo. Mentre nel sistema di diritto e procedura civile si controverte di beni determinati, definitivi; il procedimento prima, e processo poi, di natura penale ha ad oggetto le confische di tutti i beni.

Sembra si stia tornando alla confisca generale dei beni di matrice storica; l'effetto pratico non cambia: l'ablazione di tutti i beni altro non è che stigmatizzazione sociale del proposto⁹⁰.

della confisca dal carattere istantaneo dei suoi effetti "cosa sottolineata da autorevole dottrina anche sulla base della considerazione che la misura in questione rappresenta, in sostanza, una sorta di espropriazione per pubblico interesse, identificato, quest'ultimo, nella generale finalità di prevenzione penale. Infatti, al provvedimento che la ordina consegue un trasferimento a titolo originario del bene sequestrato nel patrimonio dello Stato. Con il che si pone un suggello finale a una situazione che deve ritenersi ormai esaurita". Rileva, correttamente, ALESSANDRI, op. cit. che il paragone della confisca di prevenzione con l'espropriazione per pubblica utilità è senz'altro errato, perché la seconda non può prescindere da una verifica sull'utilità sociale. Quest'ultima non può essere rinvenuta nella finalità di prevenzione sociale, che nulla ha a che vedere con l'utilità sociale propedeutica all'espropriazione.

87 Rileva, G. MONTELEONE, *Effetti ultra partes delle misure patrimoniali antimafia*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1988, p. 574, come analogamente all'espropriazione per pubblica utilità, anche la confisca di prevenzione determina, in quanto atto di acquisto della proprietà a titolo originario, la estinzione dei diritti reali di garanzia esistenti sui beni acquisiti. Si dica, però, che sol per questo, non può affermarsi l'assimilazione tra confisca di prevenzione ed espropriazione di pubblica utilità. Evidenzia M. NUNZIATA, *La confisca nel codice penale italiano*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2010, p. 119 che l'espropriazione, in quanto mancante della finalità sanzionatoria e bisognevole di indennizzo a fronte della limitazione della proprietà del privato, è cosa diversa dalla confisca.

⁸⁸ Quest'ultime sono state introdotte con Decreto n. 7/16.

⁸⁹ F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste: topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 144., evidenzia come la responsabilità civile non possa essere realmente accostata agli istituti punitivi. La natura penale del risarcimento è stata esclusa da Autorevole dottrina. Cfr. M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in Riv. It. Dir. proc. Pen., 1993, 865 ss.; C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena* in Riv. it. dir. proc. pen., 1984, p. 17; M. PISANI (a cura di), *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, 284 ss.

90 Così, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G.D. PISAPIA, Milano, 1973, pp. 66 – 67: "una tale questione è suscettibile di differenti aspetti. Il perdere i beni è una pena maggiore di quella del bando: vi debbono dunque essere alcuni casi in cui, proporzionalmente a' delitti, vi sia la perdita di

Una nutrita fetta della dottrina⁹¹ ha parlato di nominalismi truffaldini attribuiti alla confisca di prevenzione, e, non a caso, una recente giurisprudenza ha definito la confisca “istituto neutro”, contenitore al quale la giurisprudenza può attribuire contenuti diversi a seconda dello scopo che vuole si persegua⁹².

Come si vedrà, anche le Corti sovranazionali hanno avuto un atteggiamento oltremodo cauto nei confronti della confisca di prevenzione, negandone la natura penale, ma univocamente per ragioni politiche, legate all'imperatività del contrasto alla criminalità mafiosa⁹³.

La giurisprudenza si pronuncia con frequenza insuperabile in materia di confisca, ma pare, talvolta, desumere dalla legge quanto non estrinsecabile *sic et simpliciter* dal dato letterale, con soluzioni spesso non concordanti⁹⁴.

tutto, o di una parte dei beni, ed alcuni no. [...] Ma non è per questa sottigliezza che oso disapprovare le confiscazioni dei beni. Se alcuni hanno sostenuto che le confiscazioni sieno state un freno alla vendette ed alle prepotenze private, non riflettono che, quantunque le pene producano un bene, non però sono sempre giuste, perché, per esser tali, debbono esser necessarie; ed una utile ingiustizia non può essere tollerata da quel legislatore che vuol chiudere tutte le porte alla vigilante tirannia, che lusinga col bene momentaneo, e colla felicità di alcuni illustri, sprezzando l'esterminio futuro e le lacrime di infiniti oscuri. Le confiscazioni mettono un prezzo sulle teste dei deboli, fanno soffrire all'innocente la pena del reo, e pongono gli innocenti medesimi nella disperata necessità di commettere i delitti. Qual più tristo spettacolo, che una famiglia trascinata all'infamia ed alla miseria dai delitti di un capo, alla quale la sottomissione ordinata dalle leggi, impedirebbe il prevenirli, quando anche vi fossero i mezzi per farlo!”

91 D. PIVA, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2013, 201 ss.; E. NICOSIA, op. cit.; G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. delle Disc. Pen.*, vol. VIII, Torino 1994, 123.; sulla natura apertamente penale della confisca di prevenzione, vedi: F. BRICOLA, *Forme di tutela “ante-delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, AA. VV., atti del IX Convegno “Enrico De Nicola”, Milano 1975, 59 ss.; E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma 1990, Appendice di aggiornamento, Roma 1996; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 386 ss.; L. FILIPPI, *La confisca di prevenzione: un'anomalia tutta italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 270; A.M. MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in AA. VV., *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, a cura di O. MAZZA - F. VIGANÒ, Torino, 2009, 476 ss.

⁹² Cass. S.U. Spinelli, n.4880/15, cit.

⁹³ La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (C.E.D.U.) nelle cause CEDU, Prisco c. Italia, n. 38662/97; 25 marzo 2003, Madonia, 55927/00; 20 giugno 2002, Andersson, 55504/00; 5 luglio 2001, Arcuri, 52024/99; 4 settembre 2001, Riela, 52439/99; Bocellari e Rizza, 399/02 ha riconosciuto la natura di misura di prevenzione della confisca del Codice Antimafia, affermandone una natura distinta da quella della sanzione penale. In tali pronunce, la CEDU ha evidenziato come la misura ablatoria non presupponga l'accertamento di un reato e la colpevolezza dell'imputato, prevenendone solo la commissione da parte di soggetti “pericolosi”. L'opzione non convince: ciò, in quanto applicando proprio i criteri di matrice sostanziale elaborati dalla Corte europea si arriva ad affermare il carattere *stricto sensu* penale delle sanzioni in esame.

94 E' il caso, ad esempio, di quanto affermato, in tema di applicabilità del principio di irretroattività, dalle pronunce, entrambe a Sezioni Unite, Cass., V Sez. pen., sent. 13 novembre 2012 (dep. 25 marzo 2013), n. 14044/13, Pres. Zecca, Rel. Micheli, Ric. Occhipinti con nota a commento di A. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio*

Dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità ha rilevato come la confisca in argomento comprenda ma ecceda la *ratio* delle misure di prevenzione⁹⁵: “*ciò si spiega per l'appunto perché la ratio della confisca, a differenza di quella delle misure di prevenzione in senso proprio, va al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di soggetti pericolosi determinati e sorregge dunque la misura anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso*”. Ne emerge la consapevolezza della giurisprudenza circa il carattere di definitività della misura ablatoria. E questo è confermato dalla disciplina positiva in materia di confisca, dalla quale ne è estrinsecabile la natura, non già dal solo scopo che si prefigge.

Si può, al momento, solo genericamente rilevare, come secondo l'attuale costruzione del modello di confisca, l'acquisto dei beni sia viziato da un'illiceità trasmessa o da chi abbia venduto la *res* o da chi l'abbia intestata fittiziamente.

Tuttavia, è bene chiedersi se risponda ad una reale esigenza preventiva la confisca, peraltro a seguito di un accertamento “*plausibilistico*”, non già probabilistico, del bene a chi, a seguito dell'acquisto illecito lo abbia utilizzato in modo lecito.

A ciò si aggiunga, il problema relativo alla nozione di profitto, quanto mai estesa, nei termini di qualsiasi utilità che sia conseguenza dell'attività criminosa.

La giurisprudenza⁹⁶ ha rilevato come il profitto sia termine indeterminato. Ma una siffatta asseverazione, da riempire caso per caso, si pone in contrasto con l'art. 25 Cost., *sub specie* di principio di tassatività in materia penale. Logico corollario di ciò

di irretroattività: una sentenza “storica”, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/d/2452>, 26 luglio 2013 e Cass., Sez. Un., c.c. 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), Pres. Santacroce, Rel. Bruno, Ric. Spinelli.

⁹⁵ C. cost. n. 335 del 1996.

⁹⁶ In part. Cass. S.U., 24.4.2014 (dep. 18.9.2014), n. 38343, Pres. Santacroce, Rel. Blaiotta, ric. Espenhahn e a. Quanto alla nozione di profitto, dice la Cassazione: “*In relazione all'art. 240 cod. pen., il “profitto” va tenuto distinto dal “prodotto” e dal “prezzo” del reato, e va individuato in qualsiasi “vantaggio economico” che costituisca un “beneficio aggiunto di tipo patrimoniale” che abbia una “diretta derivazione causale” dalla commissione dell'illecito (Sez. U, n. 9149 del 03/07/1996, Chabni, Rv. 205707)*”; e ancora, sulla nozione di profitto funzionale alla confisca: “*E' stata delineata una nozione di profitto funzionale alla confisca, capace di accogliere al suo interno non soltanto i beni appresi per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell'attività criminosa. La trasformazione che il denaro, profitto del reato, abbia subito in beni di altra natura, fungibili o infungibili, non è quindi di ostacolo al sequestro preventivo, il quale ben può avere ad oggetto il bene di investimento così acquisito. In conclusione, il concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa*”.

è stata quella giurisprudenza⁹⁷ che ha definito la confisca del denaro confisca diretta, con la conseguenza che possono essere confiscati anche vantaggi non immediati.

Emerge, con chiarezza, dalla disamina sin qui effettuata, la natura sostanzialmente penale della confisca di prevenzione, più simile ad una pena che a qualsivoglia altra misura, una pena, quindi, senza condanna, che pone una serie di ulteriori problematiche, di matrice e sostanziale e processuale. Si tratta, quindi, come taluno l'ha definita⁹⁸, una vera e propria "pena del sospetto", pena mascherata e quindi misura che guarda al passato, il cui scopo è quello di qualsiasi confisca, *id est* di togliere al reo il guadagno che gli sia derivato dal reato, lanciando ai consociati il messaggio preventivo che "il delitto non paga".

6.1. CONFISCA DI COSE APPARTENENTI A TERZI

La natura della confisca di prevenzione ricondotta dalla giurisprudenza maggioritaria all'interno dei canoni applicativi delle misure di sicurezza, reca con sé la conseguenza che la misura ablatoria *de qua* possa essere applicata, a determinate condizioni, anche a terzi⁹⁹.

Orbene, non si comprende, stante la *ratio* di neutralizzazione della pericolosità sociale, quale sia la finalità insita nella confisca a soggetti estranei rispetto alla commissione dei reati, sulla base dei quali indizi si procede con l'irrogazione della misura.

Tale affermazione, però, ha come necessario presupposto, alcune chiarificazioni circa la nozione di terzo, alla luce del Codice Antimafia.

97 Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, Pres. Santacroce, Rel. Macchia, Ric. Lucci

98 Tale espressione è stata utilizzata da A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, op. cit.

99 Quanto alle misure di sicurezza, l'art. 240 del c.p. prevede che: "Le disposizioni della prima parte e dei numeri 1 e 1 bis del capoverso precedente non si applicano se la cosa appartiene a persona estranea al reato... La disposizione del numero 2 non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa [c.p.p. 676]". Più in chiaro, sebbene l'art. in questione presupponga che la confisca, salvo il caso delle cose obiettivamente illecite, presupponga una condanna e di conseguenza escluda che la stessa possa colpire persone estranee al reato, bisogna intendersi sul significato da attribuire a tale categoria, potendosi, in tal modo, applicare la confisca a soggetti non autori dell'illecito penale per cui si procede che, però, siano in qualche modo coinvolti nel processo. Da un differente angolo prospettico, si noti come proprio l'esclusione dei terzi dall'applicazione della confisca-misura di sicurezza sarebbe sintomatica della natura sostanzialmente afflittiva della medesima.

Sono, infatti, riguardati dalla confisca non solo i titolari di diritti reali o personali di godimento, ma anche i partecipanti in comunione, i proprietari di beni di cui sono confiscati i diritti reali di godimento e coloro che sono parte del giudizio avente ad oggetto domande giudiziali trascritte prima del sequestro, ovvero a diritti reali sul bene sequestrato. Sono ricompresi indirettamente in tale categoria anche i terzi titolari di diritti di credito, garantiti o meno da diritti reali di garanzia. Si parla, a tal proposito, di terzi interessati¹⁰⁰.

Le ulteriori due sottocategorie di terzi sono quelle dei terzi intestatari di cui all'art. 23¹⁰¹, nonché quella degli aventi causa del *de cuius*¹⁰² in base all'art. 18 co. 2 e 3 del Codice Antimafia: entrambe pongono rilevanti problematiche.

In entrambi i casi, il maggiore nodo è quello relativo all'espletamento dell'*onus probandi*. Specie nel caso dei successori del proposto, si tratta, infatti, di confutare la provenienza illecita dei beni, nonché di dimostrare la liceità dell'attività economica dell'avente causa.

¹⁰⁰ F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione e la confisca allargata*. (l. 17 ottobre 2017, n. 161), Edizione 161, Officina del diritto. Il penalista, Giuffrè, 2017, p. 95; F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giuffrè, 2012, p. 279 e ss.

¹⁰¹ Il cui contenuto è il seguente: “1. Salvo che sia diversamente disposto, al procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dettate dal titolo I, capo II, sezione I. 2. I terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati, nei trenta giorni successivi all'esecuzione del sequestro, sono chiamati dal tribunale ad intervenire nel procedimento con decreto motivato che contiene la fissazione dell'udienza in camera di consiglio. 3. All'udienza gli interessati 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. Se non ricorre l'ipotesi di cui all'articolo 24 il tribunale ordina la restituzione dei beni ai proprietari. 4. Il comma 2 si applica anche nei confronti dei terzi che vantano diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro. Se non ricorre l'ipotesi di cui all'articolo 26, per la liquidazione dei relativi diritti si applicano le disposizioni di cui al titolo IV”.

¹⁰² Di rilevante importanza, a proposito della categoria degli eredi del proposto, il pensiero espresso dal Prof. Visconti: “La confisca *post mortem* è in sé un istituto in bilico sul piano costituzionale perché colpisce soggetti, cioè gli eredi, nei confronti dei quali non è formulata alcuna prognosi di pericolosità”, in C. VISCONTI, C. TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del Codice Antimafia*, 14 febbraio 2018, disponibile su <http://www.la-legislazionepenale.eu/nuove-pericolosita-e-nuove-misure-di-prevenzione-percorsi-contorti-e-prospettive-aperte-nella-riforma-del-codice-antimafia-giovanbattista-tona-costantino-visconti/>. Rileva, inoltre, A. M. MAUGERI in Riv. Cassazione penale, n. 1 del 2014, Giuffrè editore, p. 275, come già “la Corte costituzionale, con le pronunce n. 21 e 216 del 2012, ha ritenuto conforme ai principi costituzionali il procedimento in materia anche laddove coinvolge i successori del soggetto defunto prima dell'inizio del procedimento, dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale della l. n. 575/1965, art. 2-ter, comma 11, sollevate in relazione agli artt. 24 e 111 Cost.”. Ciò, in quanto, la giurisprudenza di legittimità riconosce la natura peculiare del giudizio di prevenzione. Non può, tuttavia, negarsi come in tale ipotesi, la confisca acquisiti le fattezze di una vera e propria *actio in rem*, “fondata su una sorta di pericolosità reale dello stesso derivante dalla sua origine illecita (indipendentemente da chi ne sia l'attuale proprietario), salva la prova dell'inquadrabilità del defunto nella categoria dei destinatari”.

La *probatio* risulta, in ogni caso, *diabolica*, dal momento che sarà oltremodo difficile per gli eredi dimostrare che il *de cuius* aveva acquisito i beni lecitamente, specie nel caso di cespiti patrimoniali acquisiti molti anni addietro.

La tutela nei confronti dei terzi è, sebbene la giurisprudenza sia sempre più orientata ad un rafforzamento¹⁰³, abbastanza debole, stante la necessità di arginare i rischi derivanti dalla costituzione di posizioni creditorie apparenti che siano strumentali ad aggirare l'operatività dell'azione di prevenzione¹⁰⁴. Tuttavia, tale evenienza che ha portato il legislatore a prevedere un sistema di presunzioni e maglie applicative di confisca a terzi molto ampie, determina un chiaro indebolimento dei diritti di questi¹⁰⁵ “con una sorta di chiamata di corresponsabilità morale o sociale per coloro che hanno avuto la ventura di immettersi nel traffico giuridico con l'imprenditore di sospetta appartenenza alla mafia.”¹⁰⁶

Diversa da tale ipotesi è quella dell'intestatario fittizio, regolata dall'art. 26 del Codice¹⁰⁷. Ciò, in quanto in tale ipotesi i beni sono in realtà del proposto, ma

¹⁰³ La giurisprudenza penale ha, a più riprese, sostenuto che nel bilanciamento tra salvaguardia dell'interesse pubblico e tutela del terzo in buona fede, titolare di un diritto reale o di garanzia, non si possa sacrificare la posizione del terzo, “protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico” (C. cost. n. 1/97; S.C. sent. nn. 47887/03, 12317/05; 13413/05, 34370/07; 2551/07). La tutela del terzo, in ultima analisi, era, prima del D.lgs. 159/11, garantita nella misura in cui egli versasse in buona fede e fosse trovato in una situazione di affidamento incolpevole. Già prima del Codice, infatti, la S.C. aveva evidenziato la necessità che il terzo dovesse poter partecipare al procedimento di prevenzione o proporre incidente di esecuzione, qualora non abbia partecipato al procedimento di ablazione reale. Ciò “corrisponde a quella maggiormente compatibile con precisi dati normativi, con le linee fondanti dell'ordinamento e con i valori protetti dalla Costituzione”; “quand'anche la confisca dovesse qualificarsi quale causa di acquisto a titolo originario, il trasferimento del diritto non può avere ad oggetto “un diritto di contenuto diverso e più ampio di quello che faceva capo al precedente titolare”, nè lo Stato può “legittimamente acquisire facoltà di cui il soggetto passivo della confisca aveva già perduto la titolarità” (Cass., Sez. Un., 28 aprile 1999, Bacherotti ed altri, cit.)”. E la linea della giurisprudenza non pare essersi modificata, in punto di tutela del terzo proprietario estraneo al procedimento: Cass. pen. S.U. n. 48126 del 2017, con la quale si è affermata la possibilità per il terzo di chiedere al giudice della cognizione, prima che la pronuncia di confisca del bene sia divenuta irrevocabile, la restituzione della res, cui può seguire, in caso di diniego, appello del terzo innanzi al tribunale del riesame. Maggiore problematicità si riscontra nel caso delle procedure concorsuali, di difficile conciliabilità col procedimento di prevenzione. In questo caso, prevale l'interesse pubblico e non quello creditorio, come evidenziato dalla S.C. nelle sent. nn. 18955/06 e 16797/11.

¹⁰⁴ F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giuffrè, 2012, op. cit. p. 550.

¹⁰⁵ A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione patrimoniale: tutela dei terzi e nozione di buona fede*, 12 settembre 2011, disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰⁶ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, op. cit. p. 140.

¹⁰⁷ L'art. 26 del Codice, rubricato “Intestazione fittizia”, recita quanto segue: “1. 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. 2. Ai fini di cui al comma 1, fino a prova contraria si presumono fittizi: a) i trasferimenti e le intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei

l'accertamento necessita comunque di uno *standard* probatorio adeguato. In tali casi, infatti, l'autorità giudiziaria ha l'obbligo di addurre, non solo indizi della fittizia intestazione del bene e della conseguente disponibilità dei beni da parte del solo proposto, ma, anche, fatti che si connotino per gravità, precisione e concordanza¹⁰⁸.

Invero, la confiscabilità delle cose appartenenti a terzi rende ancora più stigmatizzante una misura ablatoria che si pone in tensione con i parametri costituzionali. Se la vogliamo ritenere pena, allora non c'è necessità della pericolosità sociale e, quindi, dobbiamo riconoscerle una funzione di neutralizzazione.

Diversamente, se vogliamo negarne la natura afflittiva e, affermarne la *ratio* di pericolosità sociale, e di prevenzione del rischio di commissione di ulteriori reati, non si giustifica in alcun modo l'apprensione delle cose a terzi, anche se congiunti, sulla base di presunzione prevista nel Codice Antimafia nell'art 25.

Ciò, nonostante il tentativo di salvataggio operato dal giudice delle leggi¹⁰⁹, che non può giustificare un sistema sbilanciato a favore dell'interesse pubblico, lesivo dei terzi, destinatari di un provvedimento afflittivo senza condanna¹¹⁰.

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 prevenzione.

¹⁰⁸ Cass. pen. n. 605/2003.

¹⁰⁹ Il riferimento è alla C. cost. n. 94 del 2015, ad avviso della quale, la disciplina del Codice Antimafia in punto di tutela dei terzi: “rappresenta il frutto del bilanciamento legislativo tra i due interessi che in materia si contrappongono: da un lato, l'interesse dei creditori del proposto a non veder improvvisamente svanire la garanzia patrimoniale sulla cui base avevano concesso credito o effettuato prestazioni; dall'altro, l'interesse pubblico ad assicurare l'effettività della misura di prevenzione patrimoniale e il raggiungimento delle sue finalità, consistenti nel privare il destinatario dei risultati economici dell'attività illecita”. “In particolare, i requisiti di legittimazione stabiliti dall'art. 52 del d.lgs. n. 159 del 2011 rivelano come il legislatore abbia inteso, per un verso, escludere dalla tutela i crediti scaturiti da prestazioni connesse all'attività illecita o a quella di reimpiego dei suoi proventi (requisito della non strumentalità del credito rispetto a quest'ultima, salva la dimostrazione dell'incolpevole ignoranza di tale nesso da parte del creditore); per altro verso, evitare che il proposto possa eludere gli effetti della confisca preconstituendo delle posizioni creditorie di comodo o simulandone a posteriori l'esistenza (requisiti della “non astrattezza” del credito e della sua sicura anteriorità rispetto al sequestro); per altro verso ancora, impedire che la persona sottoposta al procedimento di prevenzione possa comunque giovare dei proventi delle attività illecite per “liberare” dai debiti il restante patrimonio personale (requisito della preventiva infruttuosa escussione degli altri beni del proposto)”. Sul punto, F. MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi*, 7 luglio 2015, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it>.

¹¹⁰ Giova, ad ogni modo, sottolineare che alcuni passi in avanti sono stati fatti con la l. n. 161 del 2017, che ha novellato gli articoli 20, 21 e 22 del Codice Antimafia, ma al contempo reso ancora più oneroso l'*onus probandi* del creditore, richiedendo che egli debba dimostrare la buona fede e consapevole affidamento. E la prova, diversamente dal diritto civile, non si presume, piuttosto si configura come rafforzata, anche per gli istituti di credito (Cass. nn. 2894/15; 6449/15; 39237/11); 23299/15; 37462/12).

La confisca di prevenzione si pone in tensione con il principio di proporzionalità¹¹¹. Quest'ultimo principio dovrebbe sempre orientare la compromissione del diritto costituzionale di tutela della proprietà ex art. 42 Cost. Peraltro, sostenendosi la natura afflittiva della confisca di prevenzione, si dovrebbe ritenere, altresì, violata la presunzione costituzionale di non colpevolezza¹¹².

Si tratta, per come emerso, di un sistema difficilmente tollerabile, a maggior ragione se si considera che non solo il proposto subisce la misura ablatoria in assenza di accertamento *ad hoc* e del giusto corredo garantistico, ma anche un terzo, spesso ignaro e certamente incapace di assolvere l'onere probatorio su di lui gravante¹¹³.

7. PROCESSO PENALE E PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE

L'art. 29 del Codice Antimafia sancisce l'indipendenza dell'azione di prevenzione dall'esercizio dell'azione penale. Si tratta, invero, del principio di autonomia del procedimento di prevenzione dal processo penale, di talchè il procedimento di prevenzione può essere iniziato indipendentemente da quello penale, e viceversa.

Ciononostante è innegabile un certo margine di interazione tra i due processi, specie se la celebrazione del processo penale faccia emergere un quadro probatorio che, se non sufficiente per il medesimo, possa ben essere utilizzabile per avviare il procedimento di prevenzione.

Infatti, la unità di misura di tale procedimento è il mero indizio¹¹⁴, che non deve essere grave, così come previsto all'interno del c.p.p.

¹¹¹ V. N. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità "patrimoniale"* in La giustizia patrimoniale penale, a cura di A. BARGI, A. CISTERNA, UTET giuridica, TORINO, 2011, p. 192.

¹¹² In questo senso, Corte EDU, 30.07.2007., Sud Fondi e altro.

¹¹³ Rileva, efficacemente, V. N. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità "patrimoniale"*, op. cit. che: "In conclusione è quindi del tutto evidente il vizio di irragionevolezza di una disciplina che, per un verso scarica sul terzo la prova liberatoria di pressoché impossibile assolvimento, così conferendogli una tutela solo apparente".

¹¹⁴ Taluna parte della dottrina, vedi F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali*, Milano, 2012 e T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, pp. 267 e ss., ritiene che lo stesso si collochi in una "zona grigia" tra il mero sospetto e l'oltre ragionevole dubbio, nonché i presupposti applicativi delle misure cautelari. Invero, pare arduo riuscire a comprenderne la portata pratica e parimenti fornire un *vademecum* per il giudice. Infatti, l'indizio presupposto dell'art. 4 del Codice Antimafia non è sussumibile all'interno della categoria degli indizi gravi, precisi e concordanti di cui all'art. 192 c.p.p. perché, in tale caso, si avrebbe impianto probatorio utile al promovimento

Più precisamente, se il processo penale si conclude con l'archiviazione, ciò non impedisce al P.M. di iniziare le indagini all'interno del procedimento di prevenzione. L'art 29 del Codice Antimafia parrebbe, in effetti, essere indice dell'attribuzione al giudice dei poteri per aggirare le garanzie del processo penale, in ipotesi di *standard* probatorio inadeguato, alla luce dei canoni del processo penale. E, come evidenziato, la prassi giudiziaria sul punto conferma questo dato.

Nonostante l'introduzione della possibilità che il procedimento di prevenzione venga celebrato in pubblica udienza¹¹⁵, vi sono sensibili differenze non giustificate¹¹⁶ dalla natura sostanzialmente afflittiva della confisca di prevenzione, che non solo manca della condanna ma altresì di un processo dotato delle garanzie penali cristallizzate nella Costituzione e previste nel c.p.p. Nel senso della sostanziale autonomia, si è espressa la giurisprudenza¹¹⁷.

Ciononostante, pare arduo sostenere una tale tesi: ciò, in quanto se formalmente non c'è interdipendenza tra i due processi, a livello pratico, la realtà processuale è riprova della forte connessione tra i medesimi. Al contrario, nel caso in cui non si riesca a provare la colpevole responsabilità dell'imputato nel processo, o addirittura quando il P.M. non possa concretamente promuovere l'azione penale, si utilizza, come risorsa residuale il procedimento di prevenzione. Talvolta, non è solo agile *èscamotage*, bensì prima e più facile risorsa, senza dover "scomodare" il processo penale, caratterizzato da meccanismi operativi sensibilmente più intricati.

dell'azione penale. Parimenti, non è possibile sovrapporre i "gravi indizi di colpevolezza", preliminari all'applicazione delle misure cautelari, perché la lettera della legge richiede meri indizi. Il confine tra indizio e sospetto è inequivocabilmente labile.

¹¹⁵ Se uno standard garantistico inferiore era, un tempo, giustificato dalla previsione del solo rito camerale per tali misure; con l'introduzione del principio di pubblicità dovrebbe conseguentemente innalzarsi la tutela per il proposto e i suoi eredi, in giudizio. In questo senso, V. N. D'ASCOLA, Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale, in *Misure di Prevenzione*, S. FURFARO, *Diritto e processo penale*, Torino, 2013, pp. 60 ss.

¹¹⁶ Sul punto, vedi CELENTANO; *Verso una giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione*, in Riv. Pen. Econ., 1992, p.519; MAUGERI, op. cit. p. 341 ss.; FERRARO, *Sui rapporti tra procedimento di prevenzione e procedimento penale per associazione di tipo mafioso*, in Cass. pen., 1986, p. 31 e ss.

¹¹⁷ Cass., Sez. I, sent. n. 2186/1992. Con tale pronuncia la Cass. sottolinea l'assenza di alcuna pregiudizialità tra procedimento di prevenzione e processo penale, avendo come presupposti, rispettivamente, i soli indizi e la prova certa. In precedenza, Cass., Sez. I, sent. n. 3248/1990, aveva, per converso, sostenuto la pregiudizialità tra i due processi, rilevando che: *"...quando la richiesta di misura di prevenzione e l'azione penale siano fondate in concreto sui medesimi elementi di fatto e, in particolare sulle medesime fonti probatorie – per evidenti esigenze di economia processuale e, soprattutto, al fine di evitare la formazione di giudicati contraddittori sugli stessi fatti – il processo di prevenzione deve essere sospeso fino alla definizione del processo penale"*. Avevano, invero, da ciò desunto la possibilità per il giudice di merito investito del procedimento di prevenzione la possibilità di sospendere il procedimento pendente innanzi a lui fino alla definizione del processo.

Taluna parte della Dottrina¹¹⁸ ha autorevolmente sostenuto, che il procedimento di prevenzione si rifaccia alle regole del processo penale, in un'ottica del tutto utilitaristica, attraverso il rinvio a regole utili ad agevolare la confisca di prevenzione, con uno *standard* probatorio di molto inferiore¹¹⁹. Ci si riferisce, senza pretesa di esaustività, al tentativo, istituto previsto solo per le ipotesi di cui all'art. 4, lett. d) e f); all'ampio spettro operativo delle circostanze aggravanti ex artt. 71 e ss.; alla previsione della riabilitazione (art. 70), della revocazione (art. 28, co 1); al fermo dei soggetti di cui all'art. 4 del medesimo Codice Antimafia e alla particolare ipotesi di intercettazioni prevista dall'art. 78.

L'utilizzo delle regole proprie di questo processo può giustificarsi solo nella misura di una coerente e piena applicazione dei canoni del giusto processo penale, cristallizzati specialmente nell'art. 111 della Cost.

Nell'ottica della sussistenza di regole che presiedono al giusto processo in generale e di talune altre, rafforzate, previste ad hoc per quello penale, deve evidenziarsi come il procedimento di prevenzione manchi anche di tutte le regole che governano un giusto processo giudiziario.

L'obiettivo, quindi, sarebbe quello dell'estensione, *in primis*, di principi generali e, in seconda analisi, anche di quelli del processo penale. Si è ben consci delle peculiarità e specificità di cui consta il procedimento di prevenzione, in cui vi sono: inversione dell'*onus probandi*, nonostante la giurisprudenza continui a sostenere che si tratti di un fisiologico onere di allegazione, indagini assolutamente non regolate, con possibilità di disposizione da parte di autorità giudiziarie *lato sensu* intese dell'ablazione reale praticamente *sine die*, il conferimento a persone estranee al reato dell'impropria qualifica di parti processuali¹²⁰.

Purtuttavia è bene, al di là del positivo passo in avanti effettuato con legge n. 161 del 2017 “*giurisdizionalizzare*” tale procedimento, nella ben consapevole assenza di prospettive di radicale eliminazione di tale sistema *sui generis* da parte del legislatore.

¹¹⁸ Così, D'ASCOLA, op. cit. p. 62. L'Autore rileva come il procedimento di prevenzione si regga: “*Su disposizioni appositamente prelevate dal sistema penale, modificandone alcuni istituti a suo esclusivo giovamento*”.

¹¹⁹ Cfr. A. MANGIONE in F. CASSANO, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il pacchetto di sicurezza*, Nel diritto editore, Roma, 2009, pp. 17-28.

¹²⁰ V. N. D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Misure di Prevenzione*, op. cit.

Si dovrebbe, a questo proposito, tentare di fermare e arginare l'estensione della categoria dei destinatari delle misure di prevenzione¹²¹, ricomprendendo tipologie soggettive distanti dai canoni e dalla ratio applicativa del Codice Antimafia.

Ciò, a meno di non voler determinare un ritorno, non più celabile, al tanto osteggiato, in quanto incostituzionale e senz'altro immorale, “*diritto penale d'Autore*”¹²².

8. LA CONFISCA PER EQUIVALENTE SENZA CONDANNA NEL D.LGS. 159/11

La confisca per equivalente senza condanna è prevista dal Codice Antimafia ed è misura preventiva sussidiaria alla confisca di prevenzione ex art. 24 D.Lgs. 159/11.

Diversamente, la confisca per equivalente di cui al c.p. è stata definita dalla giurisprudenza misura afflittiva, pena, ciò in quanto sarebbe sganciata dal nesso di derivazione con il reato. È misura di applicazione residuale per una serie di reati nella parte speciale del codice penale e nelle leggi speciali. È stata introdotta anche nel corpo dell'articolo 240 c.p., in ossequio ai desiderata della direttiva 2014/12/UE, con il D.lgs. n. 202 del 2016, ma solo per i reati informatici. La direttiva de qua in realtà chiedeva che la confisca di valore fosse estesa a tutti i casi di confisca diretta.

La definizione giurisprudenziale della sua natura giuridica non pone problemi di confisca ‘senza condanna’ in quanto opera, in via residuale, all'interno di un processo penale. Tuttavia, la dottrina non è assolutamente unanime circa la sua natura. Taluni¹²³ hanno criticato che si tratti solo di rimedio residuale, sull'assunto che confisca di valore e di prevenzione abbiano *ratio* unitaria, non sanzionatoria ma ripristinatoria.

¹²¹ Con le recenti riforme, la categoria dei destinatari delle misure di prevenzione è arrivata a ricomprendere coloro in relazione ai quali ci siano indizi di commissione del reato ex art. 612-bis c.p. (atti persecutori), nonché alcuni delitti contro la pubblica amministrazione, benché commessi in forma associata.

¹²² Rileva, efficacemente, V. N. D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Misure di Prevenzione*, p. 53 che: “Tuttavia la espansione soggettiva ed oggettiva del loro campo di applicazione (delle misure di prevenzione) le fa sempre più assomigliare ad una specie di anti-sistema che potrebbe, con maggiore frequenza, affiancarsi al sistema ordinario, addirittura sino a sostituirlo”.

¹²³ F. VIGANO', *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell'ordinamento italiano* in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione: Presentazione degli “Studi in onore di Emilio Dolcini”*, a cura di C. E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G. L. Gatta, Giuffrè, 2018.

Chiaramente, nel primo caso si pone una potenziale frizione con il principio di proporzionalità della pena. In realtà, attribuendo alla confisca di valore natura di confisca diretta rientrante nel novero delle misure di sicurezza, si dovrebbe limitarne l'applicazione al profitto netto¹²⁴. Ciò nonostante, in assenza di una disposizione normativa *ad hoc*, pare arduo ritenere paventabile una limitazione effettiva al solo profitto da reato netto. In realtà, buona parte della dottrina è concorde con la giurisprudenza nel ritenere, che confisca diretta e di valore abbiano natura diversa, *sub specie* di misura di sicurezza e di pena.

Quanto anzidetto può sostenersi a riguardo della confisca di valore prevista nel codice penale, tuttavia, già l'art. 25 del Codice Antimafia, e, a maggior ragione a seguito dell'estensione applicativa della confisca per equivalente con legge n. 161 del 2017, hanno sollevato maggiori problematiche, nonché nuove questioni.

Ci si riferisce, in particolare, alla *confisca per equivalente di prevenzione*, contenuta nel novello articolo 25¹²⁵, senza condanna, dal momento che il D.lgs. n. 159 del 2011 non presuppone che sia intervenuto un pronunciamento di condanna.

Il legislatore ha ivi previsto che nel caso in cui sia impossibile confiscare i beni derivanti da reato, sul solo presupposto che il proposto non ne abbia la disponibilità, il giudice possa disporre la confisca per equivalente di beni anche di legittima provenienza dei quali abbia disponibilità. Si procederà, inoltre, in egual misura, nel caso di morte del proposto, nei confronti degli eredi.

Nella precedente versione, si poteva procedere alla confisca di valore solo in ipotesi di dispersione o occultamento dei beni da parte del proposto.

¹²⁴ In tal senso, cfr.: Cass., 2.3.2011, n. 14225; Cass., 15.2.2011, n. 17604; Cass., 23.11.2010, n. 45505; Cass., 17.6.2010, n. 35748; Cass., 14.1.2010, n. 4064; Cass., 14.10.2009, n. 46215; Cass., 26.3.2009, n. 17897; Cass., 18.12.2008, n. 47983; Cass., 18.7.2008, n. 44032; Cass., 26.6.2008, n. 42300. In dottrina, ex plurimis, MARZULLO, *Ancora in tema di sequestro per equivalente funzionale alla confisca del profitto del reato: prime applicazioni (e stessi dubbi) dopo l'intervento delle Sezioni Unite Penali*, in Cass. pen., 2010, 7-8, 2717.

¹²⁵ Ai sensi dell'art. 25 del Codice Antimafia, per come modificato dalla legge n. 161 del 2017: «Art. 25. (Sequestro e confisca per equivalente). - 1. Dopo la presentazione della proposta, se non è possibile procedere al sequestro dei beni di cui all'articolo 20, comma 1, perché il proposto non ne ha la disponibilità, diretta o indiretta, anche ove trasferiti legittimamente in qualunque epoca a terzi in buona fede, il sequestro e la confisca hanno ad oggetto altri beni di valore equivalente e di legittima provenienza dei quali il proposto ha la disponibilità, anche per interposta persona. 2. Nei casi di cui all'articolo 18, commi 2 e 3, si procede con le modalità di cui al comma 1 del presente articolo nei riguardi dei soggetti nei cui confronti prosegue o inizia il procedimento con riferimento a beni di legittima provenienza loro pervenuti dal proposto».

L'allargamento delle maglie di applicabilità della confisca di valore, già istituito di dubbia compatibilità, in quanto sanzione afflittiva, con quello del sistema delle misure di prevenzione, aumenta la contraddittorietà di tutto l'impianto del Codice. Se da un lato, infatti, la confisca di valore non è applicabile in sede penale in difetto di una condanna formale, dall'altro, è ampiamente applicabile, alla stregua di misura residuale di natura preventiva, nei casi di inoperatività della confisca di prevenzione ex art. 24 del D.lgs. n. 159 del 2011¹²⁶.

Non si comprende, invero, la ragione dell'inserimento di tale misura, specie nella nuova versione, all'interno delle misure di prevenzione, le quali non richiedono un nesso di derivazione stringente tra *res* e reato, bensì attraverso una presunzione di sproporzione legittimano l'ablazione reale, in disparte della verifica puntuale del nesso di causalità. Non si può tollerare un siffatto tipo di confisca senza condanna, pena ma al contempo misura senza condanna applicata all'interno del Codice Antimafia, neppure chiedendo che si rispetti l'orientamento giurisprudenziale rigoroso in punto di

126 S. FINOCCHIARO, *La riforma del Codice antimafia e non solo: uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte* in Riv. dir. pen. cont. n. 10/17, p. 251 e ss., disponibile su https://www.penalecontemporaneo.it/d/5639-la-riforma-del-codice-antimafia-e-non-solo-uno-sguardo-dinsieme-alle-modifiche-appena-introdotte#_ftn2

presupposti oggettivi della confisca¹²⁷, come, per converso, sostenuto in Dottrina¹²⁸. Ciò, in quanto, pare poco realistico, stante lo stato dell'arte della giurisprudenza di merito, ritenere che la stessa possa disporre la confisca di valore, in seguito ad un accertamento puntuale del nesso di pertinenzialità tra bene e reato, pur nell'impossibilità di ritracciare il bene-provento del reato per cui si decide di proporre l'ablazione patrimoniale.

Parimenti problematica risulta la previsione circa la confiscabilità per equivalente dei beni passati in successione agli eredi del proposto, sulla base del disposto dell'art 18 commi 2 e 3 del Codice Antimafia. Si tratta, invero, del recepimento da parte del Legislatore dell'orientamento a Sezioni Unite della giurisprudenza di legittimità¹²⁹, in punto di confiscabilità dei beni nei confronti dei successori del proposto deceduto.

¹²⁷ Trattasi dell'orientamento che richiede un accertamento puntuale di derivazione di beni determinati dal reato, sulla base della sproporzione del patrimonio del proposto rispetto ai redditi legittimamente prodotti, nonché la correlazione temporale della pericolosità sociale del medesimo. Quest'ultimo è ben sintetizzato all'interno delle S.U. SPINELLI Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, ric. Spinelli, pubblicata in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2015, con nota di Fr. Mazzacuva, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*. In particolare, nel par. 10 della sentenza in argomento si evidenzia che: "sono suscettibili di ablazione soltanto i beni acquistati nell'arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, indipendentemente dalla persistente pericolosità del soggetto al momento della proposta di prevenzione". Tuttavia, deve evidenziarsi una tendenza dilatoria della giurisprudenza, orientata a vanificare, di fatto, il nesso di "correlazione temporale", in mancanza del quale, la confisca di prevenzione si caratterizza alla stregua di pena. A sostegno di ciò, si veda Cass. pen. Sez. II, n. 14165/2018, ad avviso della quale: "Il parametro della "ragionevolezza temporale" non esclude affatto la possibilità che siano acquisiti elementi di univoco spessore indiziante atti a ricondurre la genesi di accumulazioni patrimoniali o di singole possidenze, anche se materializzatesi in epoca di gran lunga successiva alla cessazione delle condizioni di pericolosità soggettiva, proprio all'epoca di permanenza di quelle stesse condizioni. Ove così non fosse, il dato temporale anziché fungere da indice della logicità di un costruito argomentativo sulla cui base dedurre l'esistenza dei presupposti, diverrebbe esso stesso parametro "scriminante" agli effetti dell'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale: ciò che né la lettera, né la ratio del sistema tollererebbero". In altre parole, sarebbero confiscabili anche beni la cui accumulazione sia ricollegabile ad un momento di cessata pericolosità sociale, purché frutto del reimpiego del frutto dell'originaria attività delittuosa. In tal modo, si vanifica *expressis verbis* il nesso di derivazione dei beni dal reato "indiziato", andando a far rientrare nel fuoco applicativo della confisca di prevenzione ex art. 24 beni che sarebbero già confiscabili a mezzo della confisca per equivalente, di cui al nuovo testo dell'art. 25 del Codice Antimafia. Cfr. D. ALBANESE, *Confisca di prevenzione: 'smussato' il requisito della correlazione temporale*, 19 aprile 2018, disponibile su https://www.penalecontemporaneo.it/d/5983-confisca-di-prevenzione-smussato-il-requisito-della-correlazione-temporale#_ftn1.

¹²⁸ C. VISCONTI, C. TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del Codice Antimafia*, op. cit.

¹²⁹ Cass. S. U. 22.12.2016, n. 12621. In particolare, rileva il passaggio motivazionale che si trascrive qui di seguito; «nella diversa ipotesi in cui il successore abbia realmente alienato il bene pervenutogli dal de cuius a terzi in buona fede, sostituendolo con il controvalore di un'effettiva operazione negoziale, la fuoriuscita del cespite dal compendio ereditario ne recide radicalmente il rapporto con la sua originaria provenienza illecita, escludendone l'apprensione per effetto di un provvedimento ablativo. Ciò, tuttavia, non comporta alcuna rinuncia all'obbiettivo di colpire l'illecito arricchimento a suo tempo maturato dal *de cuius*, che ben potrebbe essere conseguito, ricorrendone i presupposti, attraverso il

E' stato sostenuto che, tuttavia, la lettera della legge limita la confisca di valore ai beni oggetto della successione e, quindi, non si potrebbe confiscare 'ultra vires', con la conseguenza che in ipotesi di trasferimento dei beni a terzi in buona fede non sarebbe possibile aggredire, nella misura per equivalente, tali beni¹³⁰.

Tuttavia, risulta oltremodo chiaro che è intollerabile confiscare dei beni a soggetti, quali gli eredi, per i quali non sussiste la pericolosità sociale presupposta per la confisca di prevenzione, attraverso una misura ritenuta, ormai pacificamente, punitiva, cui la giurisprudenza ha applicato il principio di irretroattività ex. art. 2 c.p.¹³¹

Deve, altresì, osservarsi come il problema della previsione di una confisca per equivalente senza condanna inserita nel sistema delle misure di prevenzione stia a monte. Già di per sé applicare la misura ablatoria sulla base di un impianto indiziario che disveli la commissione di pregressi reati, al fine di evitarne la commissione di nuovi, a soggetti di diritto per i quali non sussistono ragioni di pericolosità specifica, né tantomeno generica, è irragionevole, nonché costituzionalmente incompatibile. L'incompatibilità suddetta, poi, diventa intollerabile nel caso in cui si legittimi la confisca agli eredi del *de cuius* nella forma per equivalente, sulla sola base della mancata disponibilità dei beni, anche solo indiretta.

ricorso all'istituto della confisca per equivalente prevista dall'art. 25, d.lgs. n. 159/2011, dovendo la stessa

ritenersi applicabile, oltre che al proposto, anche ai suoi successori». Sul punto, si veda: C. FORTE, Il "dialogo col morto" spiegato ai suoi eredi. La confisca di prevenzione in caso di decesso del soggetto pericoloso tra successione ereditaria, intestazione fittizia di beni e nullità degli atti di disposizione: dalle Sezioni Unite una soluzione equilibrata che assicura l'efficienza del sistema, 16.3.2017, disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

¹³⁰ C. VISCONTI, C. TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del Codice Antimafia*, op. cit. Il quale aggiunge che tale *exitus* inevitabile potrebbe condurre gli eredi del proposto, consci della provenienza delittuosa dei beni ricevuti, per successione ereditaria, dal proposto, a trasferire maliziosamente suddetti beni a terzi, proprio per rendere inoperativo l'art. 25 in combinato disposto con l'art. 18 del Codice Antimafia.

¹³¹ Il riferimento è alla Corte cost. n. 301 del 2009, con cui la Corte ha riconosciuto la natura punitiva della confisca per equivalente. La ratio di applicazione di una pena a soggetti non condannati e addirittura non pericolosi sfugge. Peraltro, anche in relazione all'art. 19 del D.lgs. 231 del 2001 la giurisprudenza ha confermato la natura afflittiva della confisca per equivalente. Si veda, al proposito, la Cass. n. 33371 del 2012: "Costituisce ormai consolidato principio di diritto che la confisca per equivalente assolve ad una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile. Tale misura ablatoria, pertanto, si connota per il carattere afflittivo e la consequenzialità con l'illecito proprie della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione, che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza. Dalla natura di sanzione penale della confisca per equivalente deriva altresì la inapplicabilità dell'istituto nei confronti di un soggetto diverso dall'autore del reato ex art. 27 Cost., comma 1, a nulla rilevando, con riferimento alle persone giuridiche, il cosiddetto rapporto di immedesimazione organica del reo con l'ente del quale con compiti o poteri vari fa parte".

Certo, il problema di compatibilità della confisca di valore con il sistema di prevenzione non si porrebbe se solo si negasse la sua natura punitiva¹³², ma si ritiene di non poterne escludere l'afflittività¹³³, data l'assenza di nesso di pertinenzialità con il reato, nonché di qualsiasi esigenza special-preventiva¹³⁴.

9. L'ART. 240-BIS C.P.: UNA NUOVA CONFISCA PER SPROPORZIONE?

a. I profili di confisca senza condanna insiti nell'istituto

L'art. 240-bis c.p.¹³⁵, inserito nel codice penale dall'art. 6, D. Lgs., n. 21 del 2018 e rubricato "confisca in casi particolari", riproduce, senza modifiche sostanziali, la disposizione del vecchio art. 12-sexies commi 1 e 2-ter del d.l. n. 306/92.

132 A. M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, 28 marzo 2018, disponibile su <http://www.archiviopenale.it/la-riforma-delle-misure-di-prevenzione-patrimoniali-ad-opera-della-l-161-2017-tra-istanze-efficientiste-e-tentativi-incompiuti-di-giurisdizionalizzazione-del-procedimento-di-prevenzione/articoli/15353>.

133 Cass., Sez. Unite, 31 gennaio 2013, n. 18734, Adami; Cass., Sez. Unite, 30 gennaio 2014, n. 10561, Gubert; Cass., Sez. Unite, 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci.

¹³⁴ P. BALDUCCI, *La confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 230.

¹³⁵ L'art. 240-bis c.p. recita: 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 previsti dall'articolo 51, comma 3 - bis, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 322, 322-bis, 325, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 453, 454, 455, 460, 461, 517-ter e 517-quater, nonché dagli articoli 452-quater, 452-octies, primo comma, 493-ter, 512-bis, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 600-quater.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, 603-bis, 629, 644, 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648-bis, 648-ter e 648-ter.1, dall'articolo 2635 del codice civile, o per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine costituzionale, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. In ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge. La confisca ai sensi delle disposizioni che precedono è ordinata in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta per i reati di cui agli articoli 617-quinquies, 617-sexies, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinquies quando le condotte ivi descritte riguardano tre o più sistemi.

Nei casi previsti dal primo comma, quando non è possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui allo stesso comma, il giudice ordina la confisca di altre somme di denaro, di beni e altre utilità di legittima provenienza per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona.

Come rilevato da S. BERNARDI, *Il nuovo principio della riserva di codice e le modifiche al codice penale: scheda informativa*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 aprile 2018: " il testo della norma (240-bis c.p.) non fa però più riferimento all'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, né all'art. 295 comma 2 d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43: infatti il legislatore delegato ha preferito inserire un rinvio all'art. 240-

Si tratta della c.d. “confisca allargata”¹³⁶ o per sproporzione, così definitiva dalla dottrina maggioritaria, la quale si applica in esito ad un processo penale conclusosi con sentenza di condanna, per taluni reati. Non si dovrebbe, quindi, stante tale precisazioni, inserire in una trattazione in materia di confisca senza condanna, una misura ablatoria che la presuppone.

Invero, sussistono dei profili di confiscabilità in assenza di condanna insiti nell’istituto, di talchè tale tipo di confisca viene spesso assimilata alla confisca di prevenzione.

Ciò, in quanto condividono una molteplicità di requisiti: *in primis*, il requisito della sproporzione tra beni e reddito dell’imputato, che, sulla base delle più recenti modifiche non può essere giustificato alla luce della commissione del reato di evasione fiscale; in secondo luogo, requisito comune è quello della impossibilità di addurre giustificazione relativamente alla provenienza di detti beni.

Orbene, la confisca allargata non si arresta alla confisca dei beni legati al nesso di derivazione con i reati per cui si procede, ma attraverso indizi della medesima portata di quelli sufficienti all’applicazione della confisca di prevenzione, relativi alla

bis c.p. direttamente all’interno dei due Testi Unici, introducendo un nuovo art. 85-bis nel T.U. stupefacenti del 1990 e un nuovo comma 5-bis nell’art. 301 del T.U. in materia doganale del 1973”.

136 Cfr. A. ALESSANDRI, *La confisca nel diritto penale*, in Digesto, IV ed, Torino, 1989; Ivi. Criminalità economica e confisca del profitto, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di DOLCINI E., PALIERO C.E., Milano, 2006, tomo III, p. 2103; E. SQUILLACI, *La confisca allargata quale fronte avanzato di neutralizzazione dell’allarme criminalità*, in Dir. pen. proc., 2009, p. 1525; G. FIDELBO, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92: dall’esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in Cass. pen., 2004, p. 1189; F. MENDITTO, *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice antimafia) e della confisca allargata*, in www.penalecontemporaneo.it; G. CHIARIELLO, *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. 1633; G. BATTAGLINI, *La natura giuridica delle misure di sicurezza*, Roma, 1930; E. BELFIORE, *Sub art. 12 sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in Commentario breve alle leggi penali complementari, a cura di PALAZZO F., PALIERO C.E., Padova, 2007, p. 827; G. FORNASARI, *L’ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12 sexies della legge n. 356 del 1992*, in Crit. dir., 1994, n. 3, p. 11; R.A. FROSALI, *Pena (dir. pen.)*, in Nov. dig. ital., Torino, 1969; R. ACQUAROLI, *L’estensione dell’art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione*, in Dir. Pen. Proc., 2008, 2, 251; S. FURFARO, *Le misure di prevenzione*, Torino, 2013; A. BARGI, A. CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011; 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, 363; T. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, op. cit.; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007; S. FURFARO, voce *Confisca*, in Dig. Pen., Agg. III, Torino, 2005, 202 ss; A. GIALANELLA, *Patrimoni di mafia La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli, 1998; E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, Milano, op. cit.; A. NOCETI, *Confisca e altre misure ablatorie patrimoniali*, Torino, 2011; F. SGUBBI, *L’art. 12 quinquies della legge n. 356 del 1992 come ipotesi tipica di anticipazione: dalla Corte costituzionale all’art. 12 sexies*, Torino, 1996.

commissione di ulteriori reati sullo sfondo procede alla confisca dei relativi beni, in assenza di una condanna ad hoc per tali ulteriori reati.

Ne emerge, di fatto, la configurazione di una più o meno nascosta confisca senza condanna¹³⁷, “*fondata su una sorta di presunzione iuris et de iure rivolta verso il passato*”¹³⁸ che, però, ha ad ogni buon conto il merito di venire applicata all’interno del processo penale, da parte dell’autorità magistratuale penale.

Ciononostante, anche in questo caso, non può tacersi sulle potenziali violazioni dei principi e garanzie costituzionali di matrice penale cagionate da un istituto la cui natura, sebbene ricondotta dalla giurisprudenza più recente a quella di misura di sicurezza atipica, pare essere assimilabile ad una pena.

La confisca ‘allargata’ che segue all’individuazione degli indizi da parte del giudice penale sfugge ad un accertamento pieno, secondo gli *standard* propri del processo, e l’imputato-proposto è gravato, anche in tale caso, dall’onere della prova, peraltro invertito.

Dovrà, in sostanza, assolvere l’onere della prova solo che il giudice ravvisi la sproporzione dei beni una legittima provenienza di beni in relazione ai quali i reati non sono pienamente provati.

Benché si proceda con modalità particolarmente afflittive in relazione a reati “presupposto” particolarmente gravi, la lista è in continua espansione.

Devono salutarsi con favore prospettive di riforma di modo da far venire meno la duplicazione tra confisca di prevenzione e confisca allargata: l’ambito applicativo della confisca di prevenzione è sicuramente più esteso, dal momento che i delitti cui

¹³⁷ Più in chiaro, dalla commissione di alcuni delitti, viene desunta la consumazione di ulteriori delitti, in relazione ai quali si procede parimenti alla confisca. Del resto, la finalità più marcatamente preventiva che penalistica della confisca ‘estesa’ è stata riconosciuta dalla Suprema Corte (S.U. 17 dicembre 2003, MONTELLA n. 920, rv. 226490, in Cass. pen. 2004, 1182), sull’assunto dell’operatività della presunzione nel caso di sproporzione la cui origine lecita non venisse provata dal condannato. E se tale presunzione preoccupa, specie perché in questo caso calata all’interno del processo penale, nel caso di confisca a seguito di condanna per il reato ordinariamente “presupposto” di associazione mafiosa, a fortiori devono manifestarsi perplessità nel caso di operatività di una confisca per reati sganciati dal circuito criminale mafioso, dalla cui commissione viene disposta l’ablazione patrimoniale per reati, non adeguatamente provati, che nulla avrebbero a che fare con il reato a monte. Osserva, acutamente, A. M. MAUGERI, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta al crimine, reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, op. cit., p. 130, che si tornerebbe, in sostanza, allo stanziamento di presunzioni quali quella che ha condotto alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 708 c.p., con sentenza n. 379 del 1996.

¹³⁸ A. M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, op. cit.

segue la confisca di cui all'ex. art 12-sexies d.l. 306/92, sono quelli tassativamente tipizzati nel novello 240-bis c.p., ma salvo ciò, le somiglianze sono evidenti¹³⁹. Nella confisca allargata la condanna funge da mero indizio per confiscare beni derivanti da reati diversi, non accertati e comunque la confisca allargata presuppone una condanna per la confisca di beni che sarebbero egualmente confiscabili anche semplicemente con la confisca di prevenzione. Ne emerge, la possibilità di valutare l'espunzione dal sistema dell'art. 240-bis c.p. Ma tale conclusione non pare meritevole di accoglimento, in quanto, come già rilevato, il sistema applicativo è più garantista e si colloca all'interno del codice penale. Sarebbe, per converso, preferibile il mantenimento del 240-bis c.p. e non quello della confisca di prevenzione, con adeguamento dei delitti 'presupposto' per l'irrogazione della misura ablatoria per sproporzione e rafforzamento delle garanzie che presiedono all'applicazione di detta confisca.

Ci si riferisce ai tre requisiti sopramenzionati degli indizi, della disponibilità, della sproporzione e della correlativa impossibilità di giustificare la provenienza dei beni. L'istituto della confisca di prevenzione senza condanna potrebbe ricondursi a legalità, penale e processuale, attraverso il rafforzamento delle dinamiche accertative ad opera del giudice penale; la richiesta di indizi di reato gravi, precisi e concordanti¹⁴⁰ ed eliminando la presunzione di sproporzione di cui all'art. 24 Cod. Antimafia.

10. LA CONFISCA SENZA CONDANNA NEL PROCESSO PENALE (art. 578-bis c.p.p.)

Si è già evidenziato che l'unico caso di confisca senza condanna codicistica è quello dell'art. 240 c.p. relativamente alle cose intrinsecamente illecite.

Orbene, il legislatore ha inserito una "nuova ipotesi" di confisca senza condanna con l'art. 578-bis c.p.p.¹⁴¹.

¹³⁹ Di diverso avviso la giurisprudenza che ha evidenziato la differente natura e ratio dei due istituti. Tra tutte, cfr.: Cass. S.U. n. 33451 del 2014 (S.U. Repaci) e C. cost. n. 106/2015.

¹⁴⁰ Il riferimento è al disposto dell'art. 192 c.p.p.: 1. Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati [546 1 lett. e]. 2. L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti [2729].

¹⁴¹ La disposizione in esame è stata inserita con l'art. 6, D.lgs. n. 21 del 2018.

Non si tratta, invero, di una nuova misura ablatoria, ma della possibilità da parte del giudice di applicare tipologie previgenti di confisca con sentenza di proscioglimento da estinzione del reato per prescrizione o amnistia, in determinati gradi di giudizio.

Infatti, l' art. 578-bis c.p.p., rubricato "Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione" recita: "*Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge il giudice di appello o la corte di cassazione, e non il giudice di primo grado, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato*".

Tale disposizione sta ad indicare che, nel caso in cui il giudice penale abbia in primo grado ovvero in grado di appello accertato la penale responsabilità dell'imputato, nonché già disposto l'applicazione della confisca all'interno della sentenza di condanna, l'intervento della prescrizione o di provvedimento di amnistia, registrato con pronuncia di estinzione del reato, almeno in grado di appello, non è preclusivo dell'applicazione della misura ablatoria reale da parte del giudice¹⁴². Ciò, stando alla lettera dell'articolo in esame, nel caso di confisca "in casi particolari" prevista dall'art. 240-bis co1 c.p., che si riferisce alla confisca allargata o per sproporzione, applicata per particolari delitti in quella sede elencati e nei casi di confisca previsti da altre disposizioni di legge.

Orbene, non sfugge come il riferimento alle altre disposizioni di legge in materia di confisca, ricomprendendosi nella stessa nozione di legge anche le leggi speciali e non

¹⁴² Rileva, efficacemente, A. M. MAUGERI, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione* (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018), 29 marzo 2018, disponibile su Archivio Penale, [http://www.archiviopenale.it/la-riforma-della-confisca-\(d.lgs-202-2016\)-lo-statuto-della-confisca-allargata-ex-art-240-bis-cp-spada-di-damocle-sine-die-sottratta-alla-pres/articoli/15351](http://www.archiviopenale.it/la-riforma-della-confisca-(d.lgs-202-2016)-lo-statuto-della-confisca-allargata-ex-art-240-bis-cp-spada-di-damocle-sine-die-sottratta-alla-pres/articoli/15351), che prima della tipizzazione dell'articolo in esame, la giurisprudenza estendeva, non senza problemi, la disciplina in materia di impugnazioni cristallizzata nell'art. 578 c.p.p., quest'ultimo solo agli effetti civili. "la precedente applicazione giurisprudenziale si poneva in contrasto con la lettera della legge, che ai fini dell'applicazione della confisca allargata pretende la condanna, e determinava una sorta di applicazione analogica della disciplina dell'art. 578 c.p. che non è consentita neanche ai fini della mera azione civile (poiché, da una parte, la deroga introdotta da tale norma al principio di accessorietà dell'azione civile nel processo penale è destinata ad operare in presenza di cause estintive specificamente previste e, dall'altra, le Sezioni Unite (con la pronuncia 7 novembre 2016, n. 46688) hanno contestato la pretesa possibilità di applicazione analogica dell'art. 578 c.p.p., poiché si ritiene che il precetto invocato costituisca un tipico esempio di "eccezione a regole generali o ad altra legge" rilevante ai sensi dell'art. 14 delle preleggi.

solo le disposizioni alla medesima riservate contenute all'interno del codice penale. Tale ampio riferimento spaventa, in quanto allarga oltremodo, la già estesa discrezionalità giudiziaria presente in punto di applicazione della confisca.

Taluna parte della dottrina¹⁴³ ha al proposito sostenuto che il riferimento sarebbe limitato -non senza problematicità- alla confisca allargata ex. art. 240-bis c.p., e, di conseguenza, ne resterebbe esclusa la confisca obbligatoria diretta, cui le Sezioni Unite¹⁴⁴ della Cassazione hanno riconosciuto piena operatività in secondo grado, a seguito di sentenza di estinzione del reato per prescrizione, corredata da accertamento di responsabilità.

E' stato, inoltre, sostenuto, che così argomentando ne sarebbero derivati profili discriminatori rispetto alla confisca per equivalente, c.d. confisca di valore, non applicabile in esito ad una pronuncia di prescrizione.

143 Ivi, pp. 30-32. L'Autrice ritiene che la confisca allargata, sia stata parzialmente tramutata, per mano dell'art. 578-bis c.p.p. in un actio in rem e che le S.U. Lucci nell'applicare la confisca in caso di estinzione del reato per prescrizione abbiano violato il principio di legalità, sub specie di articolo 240 co 2 n 2 c.p., unico caso di confisca senza condanna codicistica tollerata.

144 Così, Cass. S.U., luglio 2015, Lucci: "l'intervento della prescrizione per poter consentire il mantenimento della confisca deve rivelarsi quale formula terminativa del giudizio di responsabilità, finendo in tal modo di confermare la preesistente (e necessaria) pronuncia di condanna, secondo una prospettiva non dissimile da quella tracciata dall'art. 578 del codice di rito in tema di decisione sugli effetti civili nel caso di sopravvenuta declaratoria di estinzione del reato per prescrizione". Hanno ritenuto, dunque, che il pronunciamento di sentenza di condanna in primo grado fosse sufficiente all'applicazione di un provvedimento di confisca in seguito a sentenza di estinzione del reato per prescrizione in grado di appello. Non potendosi, per converso, disporre la confisca in primo grado sulla base di una pronuncia di estinzione del reato per prescrizione e, di conseguenza, su di un accertamento solo *incidenter tantum*, di responsabilità penale. Diversamente, Cass. pen. Sez. III, 20 novembre 2017, con nota di A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. L'ultima interpretazione abrogans della terza Sezione*, Dicembre 2017, disponibile su Archivio penale, [http://www.archiviopenale.it/confisca-prescrizione--cass-sez-iii-20-novembre-2017-\(cc-13-luglio-2017\)-martino-con-nota-di-a-dello-russo/contenuti/6723](http://www.archiviopenale.it/confisca-prescrizione--cass-sez-iii-20-novembre-2017-(cc-13-luglio-2017)-martino-con-nota-di-a-dello-russo/contenuti/6723) ha evidenziato che: "essendo detto accertamento richiesto dalla legge (art. 44, co. 2, d.p.r. n. 380 del 2001) e dovendo la disposizione essere interpretata da parte del giudice nazionale in senso convenzionalmente conforme nel senso che, anche in presenza di una causa estintiva del reato, è necessario, per disporre la confisca urbanistica, procedere all'accertamento del reato (nei suoi estremi oggettivi e soggettivi) e verificare la sussistenza di profili quanto meno di colpa nei soggetti incisi dalla misura – il principio generale risulta implicitamente derogato dalle disposizioni speciali che prevedono l'applicazione di misure le quali, per essere disposte, richiedono inevitabilmente la prosecuzione del processo e la conseguente acquisizione delle prove in funzione di quell'accertamento strumentale all'emanazione del provvedimento finale". Non sarebbe, quindi, necessario a detta della Cassazione, ottenere una pronuncia di condanna in secondo grado, ma sarebbe sufficiente un accertamento puntuale, non *incidenter tantum*, di responsabilità penale dell'imputato, per potersi applicare la confisca in esito ad una sentenza di estinzione del reato per prescrizione in primo grado.

Si noti, invero, che proprio il riferimento “alle altre disposizioni di legge” potrebbe legittimare i giudici, già forti delle recenti Sezioni Unite sul punto, a disporre la confisca, nella sua forma diretta, proprio sulla base del disposto dell’art. 578-bis c.p.p. Non così, invece, potrebbero operare rispetto alla confisca per equivalente, la cui natura dichiaratamente punitiva ne esclude un’applicabilità in assenza di condanna formale.

In tale ipotesi, ben potrebbero celarsi profili di discriminazione, costituzionalmente rilevanti, specie se si considera la natura punitiva e della confisca allargata e della confisca diretta.

Sebbene debba salutarsi con favore il tentativo di ricondurre la confisca in assenza di condanna al principio di legalità, *sub specie* di principio di tassatività, stante la richiesta di una pronuncia di condanna almeno in primo grado, non può negarsi la lesione della presunzione di innocenza. Ciò, in quanto, la sentenza di prescrizione legittima la confisca ed il reo avrebbe diritto ad un pieno processo di secondo grado.

Del resto, lo stimolo all’introduzione di un siffatto articolo all’interno del codice promana proprio dalle sopracitate S.U, all’esito dell’annoso dialogo tra le corti, nazionali e sovranazionali, originato dall’istituto della confisca urbanistica, di cui si dirà più approfonditamente nel *prosieguo* della trattazione.

Quanto al piano di rilevanza interno, non deve essere sottovalutata la portata applicativa di tale istituto, da un lato, in virtù della tipizzazione del novello principio di riserva di codice, dall’altro, come evidenziato, sembrerebbe estendere l’operatività della confisca senza condanna da estinzione del reato a tutti i casi di ablazione reale.¹⁴⁵

Peraltro, se ci si ferma all’analisi della confisca allargata senza condanna, si pongono rilevanti problematiche, in punto di disciplina di prescrizione.

Quest’ultima è istituto di diritto penale sostanziale¹⁴⁶, la cui *ratio* è legata all’affievolirsi della pretesa punitiva dello Stato col passare del tempo dalla commissione del reato.

¹⁴⁵ A. DELLO RUSSO, Prescrizione e confisca. L’ultima interpretazione *abrogans* della terza Sezione, Dicembre 2017, op. cit.

¹⁴⁶ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24; sentenza n. 143 del 2014; sentenza n. 23 del 2013; Cass., Sez. I, 24 giugno 1998, Negri e altro, n. 7442, in Mass. Uff. n. 210806: “il decorso del tempo non si limita ad estinguere l’azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva”. Ha recentemente ribadito il carattere sostanziale dell’istituto della prescrizione la C. cost. n. 115/18: “Il giudice a quo si riconosce nell’orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità, e che sarebbe stato ripetutamente avallato

Orbene, ciò non ha impedito al legislatore di prevedere una forma di confisca, sebbene definita dalla più recente giurisprudenza di legittimità¹⁴⁷ misura di sicurezza atipica, sostanzialmente afflittiva, fondata su presunti reati sommersi la cui commissione, non provata, viene desunta da altri reati, in totale assenza del nesso di derivazione dai reati a valle, soltanto sulla base di un non meglio precisato principio di “ragionevolezza temporale”¹⁴⁸.

pure da questa Corte, secondo cui la prescrizione è istituto di diritto penale sostanziale, anche con riferimento al regime degli atti interruttivi, posto che essa esprime una scelta sulle ragioni della punibilità, ovvero sulla cosiddetta meritevolezza della pena. Ne deriverebbe l’applicabilità delle garanzie proprie della legalità penale sostanziale”; “La prescrizione pertanto deve essere considerata un istituto sostanziale, che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all’oblio e l’interesse a perseguire i reati fino a quando l’allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno (potendosene anche escludere l’applicazione per delitti di estrema gravità), ma sempre nel rispetto di tale premessa costituzionale inderogabile (ex plurimis, sentenze n. 143 del 2014, n. 236 del 2011, n. 294 del 2010 e n. 393 del 2006; ordinanze n. 34 del 2009, n. 317 del 2000 e n. 288 del 1999)”.

¹⁴⁷ Il riferimento è alla Corte. Cost. n. 33 del 2018. Qui di seguito i passaggi salienti: “La speciale ipotesi di confisca regolata dall’art. 12-sexies del d.l. n. 306 del 1992 configurerebbe una misura di sicurezza patrimoniale atipica, modellata sulla falsariga della similare misura di prevenzione prevista dalla legislazione antimafia, della quale mutua la finalità preventiva. Il legislatore avrebbe individuato, in specie, delitti particolarmente allarmanti, potenzialmente idonei a creare un’accumulazione di ricchezza, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti, traendone una presunzione *iusuris tantum* di origine illecita del patrimonio a disposizione del condannato per tali delitti, non proporzionato al reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito o all’attività economica svolta: presunzione che può essere vinta dal condannato tramite l’allegazione di elementi che attestino la legittima provenienza dei beni”; “Al riguardo, costituisce, in effetti, approdo ermeneutico ampiamente consolidato nella giurisprudenza di legittimità – specie dopo l’intervento delle sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza 17 dicembre 2003-19 gennaio 2004, n. 920 – che, in presenza delle condizioni indicate dalla norma, il giudice non debba ricercare alcun nesso di derivazione tra i beni confiscabili ed il reato per cui è stata pronunciata condanna, e neppure tra i medesimi beni e una più generica attività criminosa del condannato.

Si rileva, infatti, che, se fosse richiesto il nesso di “pertinenzialità” al reato per cui si è proceduto, la norma risulterebbe priva di “valore aggiunto” rispetto alla generale previsione dell’art. 240 cod. pen., limitandosi a rendere obbligatoria la confisca di alcune cose che la disposizione del codice configura come facoltativa... la presunzione di illegittima acquisizione dei beni oggetto della misura resta circoscritta, comunque sia, in un ambito di cosiddetta «ragionevolezza temporale». Il momento di acquisizione del bene non dovrebbe risultare, cioè, talmente lontano dall’epoca di realizzazione del “reato spia” da rendere ictu oculi irragionevole la presunzione di derivazione del bene stesso da una attività illecita, sia pure diversa e complementare rispetto a quella per cui è intervenuta condanna.”

148 Ivi, par.11: “La ricordata tesi della «ragionevolezza temporale» risponde, in effetti, all’esigenza di evitare una abnorme dilatazione della sfera di operatività dell’istituto della confisca “allargata”, il quale legittimerebbe altrimenti – anche a fronte della condanna per un singolo reato compreso nella lista – un monitoraggio patrimoniale esteso all’intera vita del condannato. Risultato che – come la Corte rimettente pure denuncia – rischierebbe di rendere particolarmente problematico l’assolvimento dell’onere dell’interessato di giustificare la provenienza dei beni (ancorché inteso come di semplice allegazione), il quale tanto più si complica quanto più è retrodatato l’acquisto del bene da confiscare. In una simile prospettiva, la fascia di «ragionevolezza temporale», entro la quale la presunzione è destinata ad operare, andrebbe determinata tenendo conto anche delle diverse caratteristiche della singola vicenda concreta e, dunque, del grado di pericolosità sociale che il fatto rivela agli effetti della misura ablatoria”.

11. CONFISCA SENZA CONDANNA E GIUSTIZIA RIPARATIVA

Le recenti riforme legislative in materia penale sono state in buona parte connotate da un procedimento orientato al fenomeno della ‘*restaurative justice*’¹⁴⁹, afferente al *common law*.

Si tratta, invero, di istituto perfettamente in linea con l’art. 27 co 3 c.p., che anzi, anticipa prima dell’applicazione della pena, il fenomeno di risocializzazione dell’imputato, il quale collabora attivamente all’eliminazione delle conseguenze della propria condotta, in forma specifica, o, in via residuale, in forma per equivalente.

La tendenza dell’ordinamento a prevedere forme di collaborazione dell’imputato, in un’ottica riparatoria, risocializzante, ma anche premiale ha condotto all’introduzione nel codice penale da parte del legislatore dell’art. 162-ter c.p.¹⁵⁰, rubricato, non a caso, “Estinzione del reato per condotte riparatorie”.

¹⁴⁹ La nozione di ‘giustizia riparativa’ è contenuta nei ‘Basic principle on the use of restorative justice programmes in criminal matters’ (Nazioni Unite): “La giustizia riparativa è qualunque procedimento in cui la vittima e il reo e, laddove appropriato, ogni altro soggetto o comunità lesi da un reato, partecipano attivamente insieme alla risoluzione delle questioni emerse dall’illecito, generalmente con l’aiuto di un facilitatore. I procedimenti di giustizia riparativa possono includere la mediazione, la conciliazione, il dialogo esteso ai gruppi parentali [conferencing] e i consigli commisurativi [sentencing circles]” (“Restorative process” means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles”); ma anche nella Direttiva 29/2012/UE, nella quale si legge che per ‘giustizia riparativa’ deve intendersi “qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all’autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l’aiuto di un terzo imparziale”. Interessante, anche la Raccomandazione del 2010, redatta dal Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle Regole del Consiglio d’Europa: “La Giustizia riparativa comprende approcci e programmi basati su diversi postulati: la risposta portata al reato deve permettere di riparare, per quanto possibile, il danno provocato alla vittima; occorre portare gli autori di reato a comprendere che gli atti da loro commessi non sono accettabili e che hanno reali conseguenze per la vittima e per la società; gli autori di reato possono e devono assumersi la responsabilità delle loro azioni; le vittime devono avere la possibilità di esprimere i loro bisogni e di essere associate alle riflessioni che mirano a determinare come l’autore di reato deve riparare, al meglio, il danno che ha causato; la comunità è tenuta a contribuire a tale processo”.

¹⁵⁰ L’art. *de qua* recita: “Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l’imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall’imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo.

Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l’imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la

Orbene, tale articolo è stato ritenuto non particolarmente confacente all'obiettivo cui mira la giustizia riparativa, la quale comporta una sinergica collaborazione tra autore del reato, vittima e un terzo imparziale. Le riforme occorse sotto il segno della giustizia riparativa, invero, sono state ispirate da una logica convulsa, con *rationes* diseguali, al precipuo scopo di deflazione del contenzioso e di collaborazione del solo autore del reato¹⁵¹.

L'art. in oggetto riflette un tale atteggiamento, consistendo nella riparazione da parte dell'autore del reato delle conseguenze della sua condotta *contra legem*, mediante restituzioni, ovvero il risarcimento del danno, prima della conclusione del processo, con concessione, nel caso di impossibilità di immediata riparazione, di una sospensione per provvedervi. Oltre a ciò, viene richiesto all'imputato l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Ancora, "si applica l'articolo 240, co 2 c.p."¹⁵².

Questa previsione detta non poche perplessità. Il legislatore dispone che il giudice provveda con l'applicazione della confisca obbligatoria ai sensi dei nn. 1, 1-bis e 2 del co 2 dell'articolo *de qua*. Non può, invero, sostenersi che il riferimento sia solo al n. 2), il quale già di per sé dispone la confisca in assenza di condanna di cose intrinsecamente illecite. Diversamente opinando, la disposizione de qua sarebbe stata superflua, data l'automatica operatività del n. 2 del co 2 dell'art. 240.

Tuttavia, quanto esposto determina che l'imputato possa ottenere una sentenza di estinzione del reato per condotte riparatorie dopo aver, non solo restituito *l'an debeatur* o risarcito il danno, ma anche aver subito la confisca del prezzo o anche per equivalente nei casi di commissione dei delitti informatici, per come previsto dal n. 1-bis c.p.

successiva udienza alla scadenza del termine stabilito e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso. Si applica l'articolo 240, secondo comma.

Il giudice dichiara l'estinzione del reato, di cui al primo comma, all'esito positivo delle condotte riparatorie".

¹⁵¹ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in Studi in onore di Franco Coppi, vol. II, a cura di Brunelli, Napoli, 2011, 889 ss., T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze, "Premio" e "Corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1986, 398 ss.,

¹⁵² F. CAPOROTUNDO, *Estinzione del reato per condotte riparatorie e "confisca senza condanna": problemi applicativi alla luce dei più recenti approdi della giurisprudenza*, Riv. giur. online Giurisprudenza penale, disponibile su http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2018/03/Caporotundo162_gp_2018_3-.pdf.

Quindi, non solo l'art. 162- ter c.p. desta perplessità perché non si conforma ai modelli tipici di giustizia riparativa, sottendendo a sole esigenze di deflazione del contenzioso e di riparazione, che non coinvolgono, peraltro, la persona offesa del reato, ma ha anche un risvolto punitivo-afflittivo. Questo è il prodotto della previsione di una confisca in assenza di condanna da condotte riparatorie, applicata con la condanna di estinzione del reato a seguito di condotte riparative.

La riparazione integrale, infatti, deve essere occorsa entro il termine massimo di apertura del dibattimento, entro il quale, è agevolmente desumibile, la penale responsabilità dell'imputato non può essere ragionevolmente stata accertata, a meno di non voler aderire all'inedito istituto della condanna sostanziale¹⁵³, in contrapposizione a quello storico della condanna formale¹⁵⁴.

Pare, in tale caso, violata la presunzione di non colpevolezza che non giustifica una confisca a seguito del risarcimento o delle restituzioni, le quali si sono proporzionate e ispirate ad una finalità compensativo-riparatoria. Non così, la confisca disposta ex.

153 Parla apertamente di 'condanna sostanziale' la C. cost. n. 49 del 15 riferendosi all'accertamento sostanziale che potrebbe, ad avviso della Corte, essere contenuto nella sentenza che accerta la prescrizione di un reato e al quale si riferirebbe la Corte Edu richiedendo un accertamento di responsabilità, in seno al dialogo delle Corti iniziato con la C.E.D.U. Sud Fondi, prima, e Varvara poi. Sul punto, la richiamata Corte cost.: "La questione da risolvere, secondo i criteri appena enunciati dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, consiste allora nel decidere se il giudice europeo, quando ragiona espressamente in termini di "condanna", abbia a mente la forma del pronunciamento del giudice, ovvero la sostanza che necessariamente si accompagna a tale pronuncia, laddove essa infligga una sanzione criminale ai sensi dell'art. 7 della CEDU, vale a dire l'accertamento della responsabilità"; "Né va tralasciato che il giudice europeo deve essere messo nella condizione di valutare con cognizione la natura della sentenza dichiarativa della prescrizione, affinché sia posto in luce il contenuto di accertamento che essa può assumere (ed ha eventualmente assunto nel caso a giudizio) ove il legislatore lo richieda quale condizione per applicare contestualmente una sanzione amministrativa. Si tratta quindi non della forma della pronuncia, ma della sostanza dell'accertamento." Ma, già la Cass. pen., sez. VI. N. 31957/13, ric. Cordaro aveva affermato che la nozione di condanna contenuta nell'art- 240 avesse contenuto meramente 'evocativo', con ciò implicando che la confisca potesse essere applicabile in seguito ad un accertamento incidenter tantum di responsabilità in esito a sentenza di proscioglimento. Sulla possibilità che un accertamento sostanziale di condanna possa ben essere contenuto anche all'interno di una sentenza di proscioglimento: Cass., Sez. III pen., 5 luglio 2017, n. 32363, in C.E.D. Cass., rv. 270443; Cass., Sez. II pen., 25 maggio 2010, n. 32273, in C.E.D. Cass., rv. 248409. Contra S. TREGLIA, *Brevi osservazioni*, cit., 19 ss.; G. CIVELLO, *Le Sezioni Unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale"*, in Arch. pen., 2015, 2, 12 ss. L'Autore afferma: "Nel nostro ordinamento, per fortuna, c'è un unico modo per accertare la sussistenza di reati e responsabilità penali, ovvero sia il giudizio penale destinato a chiudersi, ove la notizia criminis sia fondata, con sentenza di condanna irrevocabile".

¹⁵⁴ Sul principio della legalità processuale e sulla ineliminabile componente anche processuale di ogni istituto sostanziale: M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, cit., 17 ss., 56 s.; M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in Arch. pen., 1, 2017, 16 (nota 36); A. MASSARO, *Dalle criticità del diritto penale a quelle del "diritto penale europeo": chi è causa del suo mal pianga se stesso? Riflessioni su Taricco e dintorni*, in Arch. pen., 3, 2017, 5.

art. 240 co 2 c.p., che, sebbene formalmente misura di sicurezza, ha una natura punitiva. Ciò, non solo in quanto va generalmente ritenuta tale¹⁵⁵, ma anche perché, nel caso specifico dell'art. 162-ter c.p., segue a condotte riparative poste in essere da parte dell'imputato. Quanto anzidetto non cambia anche nella prospettiva di voler limitare l'applicazione del 2 co dell'art. 240 c.p. al 2 co dell'art. 162-ter c.p., dal momento che la disposizione si pone, stando al dato letterale, a chiusura della previsione circa la possibilità dell'imputato di chiedere un termine al giudice per poter provvedere alla riparazione, nel caso di impossibilità materiale di immediato ristoro del danno.

Nell'ottica di una paventabile questione di legittimità sull'art. 162-ter c.p., *in parte qua*, sarebbe auspicabile che, per prima la giurisprudenza evitasse un'applicazione in senso ampio di tale norma, con risvolti *in malam partem*, e il legislatore poi, provveda all'espunzione di tale ulteriore modello di confisca senza condanna.

12. CONFISCA SENZA CONDANNA E REATI AMBIENTALI

L'art. 6 co 1 bis del d.l. n. 172/2008¹⁵⁶ dispone che nel caso di commissione dei reati ambientali disciplinati all'interno del medesimo decreto, debba seguire la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per la commissione del reato, applicata con sentenza di condanna.

Negli ultimi anni si assiste ad una progressiva applicazione della misura all'esito di sentenze di proscioglimento. Si tratta di una nuova giurisprudenza che, facendo leva sull'art 131 bis c.p.¹⁵⁷ del codice penale, istituito di carattere sostanziale della non

¹⁵⁵ Sulla natura penale delle misure di sicurezza, e, quindi, della confisca ex art. 240 c.p. cfr.: M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, 1999, I, 203 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 9^a ed., 833 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 7^a ed., 861 ss.; A. PAGLIARO, voce *Sanzione (Sanzione penale)*, in *Enc. Giur.*, XXVIII, Roma, 1994, 5.

¹⁵⁶ L'art. 6 co 1-bis sopracitato recita: "Per tutte le fattispecie penali di cui al presente articolo, poste in essere con l'uso di un veicolo, si procede, nel corso delle indagini preliminari, al sequestro preventivo del medesimo veicolo. Alla sentenza di condanna consegue la confisca del veicolo".

¹⁵⁷ Il quale dispone che: "Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale. L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della

punibilità del fatto, consente l'applicazione della confisca anche in ipotesi di esito proscioglimento¹⁵⁸.

L'utilizzo di tale istituto, in virtù del quale il fatto di reato si ritiene commesso ma solo non punito, potrebbe aprire a scenari di estesa applicazione della confisca contrari alla lettera della legge, richiedente la condanna.

Il principio di tassatività non consentirebbe l'interpretazione in senso sostanziale della pronuncia di condanna richiesta dalla norma.

Una parte della dottrina ha sostenuto che la sentenza di proscioglimento possa produrre effetti penali diversi dalla condanna e, quindi, consentire anche l'applicazione della confisca. Tuttavia, tale tesi non giustifica la violazione del disposto dell'art. 6 del decreto che richiede una condanna in senso formale, in ipotesi anche di patteggiamento, pronuncia equiparata a quella di condanna dalla giurisprudenza unanime ma non di proscioglimento.

L'art. 531 c.p.p., infatti, prevede che la sentenza sia di proscioglimento anche nel caso in cui ricorra una causa di non punibilità e, sebbene, l'art. 651-bis c.p.p. dia dignità di cosa giudicata all'accertamento del fatto nel caso di applicazione dell'art. 131-bis c.p.p., ciò non consente di contravvenire alla disposizione della norma in esame.

Quanto detto, del resto pare in linea con i più recenti approdi della giurisprudenza, che, conformemente alle pronunce dei giudici transazionali, hanno negato l'applicabilità della confisca ove il giudice abbia accertato solo *incidenter tantum* la responsabilità

stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona. Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69. La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante”.

¹⁵⁸ Nella pronuncia Cass. sez. V, 25 settembre 2009 – 19 ottobre 2009, Gerotti, in CED n. 244678, la Corte ha ritenuto di procedere alla confisca di prevenzione, nonostante il proscioglimento dell'imputato, sulla base del minore standard probatorio richiesto. In particolare, la Corte evidenzia che: “*il proscioglimento da uno dei delitti per i quali il combinato disposto degli artt. 14 L. n. 55 del 1990 e 1, comma primo, n.2 L. n. 1423 del 1956, prevede, per i soggetti che siano ritenuti di vivere con il provento degli stessi, l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale, non esclude che il giudice della prevenzione possa comunque, a fronte del sistema probatorio attenuato del processo di prevenzione, pervenire a ritenere attribuibile detto delitto al proposto*”.

dell'imputato, configurandosi, diversamente, una sanzione afflittiva che necessita di apposita pronuncia di condanna¹⁵⁹.

13. LA CONFISCA SENZA CONDANNA PER GLI ENTI

Il D.lgs. n. 231 del 2001 ha introdotto la c.d. "responsabilità amministrativa da reato" dell'ente, ponendo fine alle discussioni sviluppatesi in dottrina attorno all'antico brocardo "societas delinquere non potest".

Le maggiori questioni che hanno interessato il sistema delineato dal decreto concernono la natura giuridica da attribuire a tale responsabilità. Prima di affrontare il tema della confisca, o meglio delle confische, all'interno del "Decreto 231", è di preliminare importanza chiarirne la natura penale, civile o, come spesso sostenuto non solo in dottrina, di *tertium genus*, a cavallo tra responsabilità penale e amministrativa¹⁶⁰.

Orbene, l'espressione "responsabilità amministrativa" da reato aveva persuaso parte della dottrina a ritenerne la natura amministrativa. Ciò, anche sulla base della disciplina concernente le vicende modificative dell'ente, distante da quella penale.

Ciononostante, non può accogliersi una tale prospettiva, al pari di quella di una responsabilità mista, la quale, invero, non risolve i problemi di disciplina, di matrice assolutamente pratica. La responsabilità degli enti è indubbiamente penale¹⁶¹,

159 Cfr. Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2017 (c.c. 13 luglio 2017), – FIALE, Presidente – DI NICOLA, Relatore – P.G., – Martino, ricorrente, nella quale distingue tra accertamento pieno di responsabilità e accertamento solo *incidenter tantum*.

¹⁶⁰ Sulla vexata quaestio della natura giuridica della responsabilità amministrativa degli enti, cfr.: G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, p. 151 ss.; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2001, p. 879 ss.; S. PIZZOTTI, *La natura della responsabilità delle società, nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in Resp. civ. prev., 2002, p. 898 ss.

¹⁶¹ Tra i tanti che ne sostengono la natura pena, cfr.: G. AMARELLI, *Mito giuridico*, p. 967 ss.; ID., *Profili*, cit., p. 167 e 170 ss.; M. BARBUTO, *Responsabilità amministrativa della società per reati commessi a suo vantaggio*, in *Impresa c.i.*, 2001, p. 932; A. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Cedam, Padova, 2002, p. 208; L. CONTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio societas delinquere non potest?*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2001, p. 866; T.E. EPIDENDIO, *I principi costituzionali e internazionali e la disciplina punitiva degli enti*, in A. BASSI/T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 454 ss.; G. FIANDACA/E. MUSCO, *Diritto penale*, pt. gen., 6a ediz., Zanichelli, Bologna, 2009, p. 165; A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in G. LANCELOTTI (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 85 s.; ID., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Giuffrè, Milano,

nonostante la giurisprudenza maggioritaria sia di contrario avviso¹⁶² per evidenti ragioni sistematiche, e ciò è sostenibile sulla base di una molteplicità di evidenze.

In primis, il presupposto applicativo della disciplina è il reato o almeno un fatto tipico e antigiusuridico; in secondo luogo l'autorità competente a svolgere le indagini è il PM, così come è il giudice penale ad avere la cognizione dell'illecito commesso dall'ente¹⁶³, in relazione al quale pronuncia sentenza di condanna o decreto penale di condanna. Il procedimento è quello penale, con le correlative garanzie cui il decreto fa, in quanto compatibili, espresso rinvio. Si noti, inoltre, come il giudice resti competente anche ove il reato si sia estinto per causa diversa dall'amnistia¹⁶⁴. Ciò che maggiormente rileva, ai nostri fini, è l'afflittività¹⁶⁵ dei meccanismi sanzionatori previsti nel decreto; condizione, questa, che contribuisce a delineare la natura sostanzialmente penale della responsabilità in esame.

Orbene, il D.lgs. in argomento, pone accanto alle sanzioni pecuniarie, alla pubblicazione della sentenza di condanna e alle sanzioni interdittive¹⁶⁶, la confisca. In

2006, p. 5101 (responsabilità quantomeno “para-penale”); E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 23, p. 8 s.; ID., C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 845; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002a, p. 598; ID., *Societas delinquere et puniri non potest. Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma*, in *Quest. giust.*, 2002b, p. 1103; A. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. n. 231/2000: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Soc.*, 2001, p. 1305 s.

¹⁶² Diversamente da Cass. pen, sez. un., 27 marzo 2008 (2 luglio 2008), n. 26654, Fisia Italimpianti e altri (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1746, con note di V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, *ivi*, p. 1758 ss. e di E. LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, *ivi*, p. 1788, la quale non si è espressa sulla responsabilità degli enti, affermando soltanto che “il sistema sanzionatorio proposto dal d.lgs. 231 fuoriesce dagli schemi tradizionali del diritto penale – per così dire – “nucleare”, incentrati sulla distinzione tra pene e misure di sicurezza, tra pene principali e pene accessorie, ed è rapportato alle nuove costanti criminologiche delineate nel citato decreto”, Cass. S.U. n. 10561 del 2014, imp. Gubert, hanno evidenziato che nell'ordinamento giuridico vigente esiste solo una responsabilità amministrativa e non penale, sicché l'ente non può essere né autore del reato, né tantomeno concorrente.

¹⁶³ Art. 36 co. 1 D.lgs. 231 del 2001.

¹⁶⁴ Art. 8 D.lgs. cit.

¹⁶⁵ Sul punto, cfr.: G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 151 ss.

¹⁶⁶ Le sanzioni interdittive potrebbero essere lette come misure di sicurezza, dal momento che l'art. 13 co 1 lett a) del D.lgs. potrebbe sottendere ad una più accentuata pericolosità oggettiva dell'ente; al pari della lett.b) del medesimo decreto. Anche la possibilità di adozione di un modello di organizzazione e gestione ex post per scongiurare l'applicazione delle sanzioni interdittive potrebbe essere letto in tali termini. Ciò vale per le sanzioni interdittive ma non per la confisca, indice sintomatico del suo carattere marcatamente punitivo. Tuttavia, deve evidenziarsi che la funzione di tali sanzioni interdittive è generalpreventiva, nel segno della deterrenza, ne consegue una maggiore sussumibilità all'interno del genus della pena. Così, G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri*

verità, sono molteplici le tipologie di confisca, denominate generalmente sanzioni amministrative¹⁶⁷ dal “Codice degli enti”, variamente previste agli artt. 6, 9, 15, 17, 19, 23 del D.lgs. 159/11.

L’art. 19¹⁶⁸, rubricato “*Confisca*”, prevede un caso di confisca obbligatoria, anche per equivalente, applicata alla persona giuridica con la condanna formale. La dottrina, ne ha riconosciuto la natura di pena, e di conseguenza, tale disposizione non sembra porre particolari problemi in punto di garanzie penalistiche, che sembrano tutelate dalla necessità del pronunciamento di condanna.

Semmai, tale tipo di confisca pone i medesimi problemi che si sono visti nel caso della ‘confisca allargata’ nei termini del *quantum* da confiscare.

Più precisamente, la giurisprudenza si è da sempre interrogata sulla nozione di profitto confiscabile. Come già evidenziato, sussiste estrema difficoltà nell’accertamento del nesso di pertinenzialità del provento del reato e del risultato dell’attività lecita di grandi realtà societarie, solo contaminate da traffici delittuosi. Si tratta, invero, del problema circa la confiscabilità del profitto netto da reato, teoria superata dalla Corte di Cassazione, la quale ha fornito una nozione più lucida di profitto¹⁶⁹, pur nella complessità dell’accertamento giudiziale.

oggettivi di imputazione, 28 ottobre 2012, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1351253564De%20Simone%20definitivo.pdf>

¹⁶⁷ Art. 9 D.lgs. cit.

¹⁶⁸ Art. 19 del D.lgs. cit: “1. 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.2. 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.”

¹⁶⁹ Le S.U. 2 luglio 2008 definiscono il profitto come qualsiasi vantaggio economico immediatamente derivante dal reato, ma “a tale 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”. La giurisprudenza successiva si è allineata alla posizione del Supremo Consesso, cfr.; Cass., 14.10.2009, n. 46215, secondo cui si deve “differenziare il vantaggio economico derivante direttamente dal reato (profitto confiscabile) e il corrispettivo incamerato per una prestazione lecita eseguita in favore della controparte, pur nell’ambito di un affare che trova la sua genesi nell’illecito (profitto non confiscabile)”; Cass. Pen., S.U., 25.6.2009, n. 38691, per la quale il “profitto del reato deve essere identificato col vantaggio economico ricavato in via immediata dal reato” e a tale vantaggio “non va attribuito il significato di utile netto o di reddito, bensì di beneficio aggiunto di tipo patrimoniale”; la sentenza sottolinea inoltre che “occorre ...una correlazione diretta del profitto con il reato ed 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”; Cass., 13.1.2009, n. 7718, secondo cui “per «profitto» deve intendersi il vantaggio economico direttamente ed effettivamente conseguito con l’illecito”, con la conseguenza che “l’imputazione a profitto di semplici crediti, anche se liquidi ed esigibili, non può essere condivisa poiché, in effetti, trattasi di utilità non ancora percepite, ma solo attese”; Trib. Palermo, Sez. Riesame, 14.10.2008, secondo la quale nelle ipotesi di “attività

In sostanza, la commistione tra “*incomes*” leciti ed illeciti risulta particolarmente complicata, di talchè, nella prassi giudiziaria, si finisce per confiscare anche il risultato economico favorevole derivante da un’attività lecita¹⁷⁰.

Di conseguenza, può affermarsi che si celano profili di confisca senza condanna dietro la nozione di profitto¹⁷¹.

La questione del profitto netto è inscindibilmente legata alla natura dell’attività produttiva del profitto. Sebbene, sul punto sia stata risolutiva la Cassazione a Sezioni Unite intervenuta nel 2008¹⁷², sono di particolare interesse le riflessioni sviluppati dal Supremo Consesso nel 2014, nella specifica materia dei reati tributari¹⁷³.

Si è, infatti, posto il problema relativo alla confiscabilità per equivalente dei proventi di reati non previsti nel catalogo dei reati presupposti alla 231, quali quelli tributari. La Corte ha concluso per la non confiscabilità dei proventi di reati tributari.

Invero, la materia dei reati tributari non pone particolari questioni, e, piuttosto, con l’introduzione dell’art. 12-bis nel D.lgs 74/2000¹⁷⁴, merita condivisione. Con tale articolo, infatti, è stata prevista l’applicazione della misura della confisca subordinata alla condanna formale, la quale non viene applicata nel caso di pagamento *ex post* da parte del contribuente¹⁷⁵. Ciò, disvela la natura punitiva di tale tipologia di confisca.

Non così, il sistema delineato dal D.lgs. 231/01, il quale alle condotte riparatorie dell’ente fa seguire l’applicazione della misura ablatoria reale¹⁷⁶, in assenza di

economica...che opera lecitamente e soltanto in via episodica deborda nella commissione di un delitto”, “l’individuazione del profitto deve essere adeguata alla concreta situazione che viene in considerazione e presuppone la distinzione di quelle parti di profitto lecito, rispetto a quelle che hanno una genesi illecita”.

¹⁷⁰ M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015, 1675 ss..

¹⁷¹ Il profitto viene dalla giurisprudenza definito come vantaggio direttamente ed immediatamente derivante dal reato, e in tale nozione vengono ricompresi i risparmi d’impresa.

¹⁷² Cass. pen, sez. un., 27 marzo 2008 (2 luglio 2008), n. 26654, Fisia Italimpianti e altri, approfondita da: T. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, op cit., p. 112-113.

¹⁷³ M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, cit.; G. DELLA VOLPE La confisca nei reati tributari: ermeneutici correttivi e problemi irrisolti, in Giurisprudenza penale, disponibile su www.giurisprudenzapenale.com; L. D’AGOSTINO, *L’operatività della confisca e le sorti del sequestro preventivo in presenza di impegno al pagamento del debito tributario: in dubio pro reo?* in Rivista Trimestrale di diritto tributario, 2017, 2, 367 ss.;

¹⁷⁴ La riforma dei reati tributari che ha portato all’introduzione dell’art. in argomento è stata portata a compimento con il d.lgs. n. 158/15.

¹⁷⁵ La previsione è quella del co. 2 dell’art. 12-bis.

¹⁷⁶ Ci si riferisce alla misura prevista dall’art. 17 co 1 lett c).

condanna. Peraltro, la logica è quella dell'art. 162-ter c.p. e non merita accoglimento, per come già evidenziato.

Taluna parte della dottrina ritiene che la confisca introdotta dal decreto, nelle forme dell'art. 19, non sia pena ma sanzione, sull'assunto che solo la sanzione pecuniaria sia pena e che la confisca per equivalente assuma il medesimo *quantum* della confisca diretta.

Orbene, la presenza di una sanzione che sia pena, secondo la lettera del decreto, non impone si riconosca la medesima natura ad altra misura prevista. Inoltre, la proporzionalità della confisca in argomento va contestata, sulla base della considerazione che per la stessa non sono previsti limiti edittali dal D.lgs. 231 del 2001 e che il profitto sfugge al nesso pertinenziale con il reato cui si riferisce¹⁷⁷.

Di conseguenza, è di fondamentale importanza il riconoscimento, per via legislativa¹⁷⁸, di un limite ragionevole alla confisca: deve essere sottratto all'ente, attraverso una pronuncia di condanna, ciò che deriva dal reato o l'equivalente del valore, senza andare oltre.

Il "sistema 231" conosce ulteriori tipi di confisca, quale quella prevista nel caso di inosservanza delle sanzioni interdittive di cui all'art. 23, comma 2; la confisca ex art. 15 co 4, la quale consegue alla gestione commissariale disposta dal giudice, in sostituzione dell'applicazione di una misura interdittiva; nonché la confisca da condotte riparatorie e da fatto altrui di cui, rispettivamente, agli artt. 17 e 6 co 5.

¹⁷⁷ Nella misura in cui la confisca deve essere limitata ai soli vantaggi dipendenti da reato, a meno di non voler legittimare un'aperta discrezionalità quanto all'individuazione del profitto confiscabile, i chiarimenti svolti dalla Cassazione a Sezioni Unite in punto di ricavi lordi-ricavi netti, di distinzione tra reati contratto e reati in contratto necessitano di criteri normativi. Ciò, al precipuo fine di evitare che la confisca all'impresa esondi rispetto a quanto derivante dal reato. Le medesime considerazioni possono valere per i contratti di impresa: sul punto la Corte di Cassazione ha ribadito che possono intendersi solo come ricavo effettivo. Ebbene, pare quantomeno discutibile la rilevanza dei risparmi di spesa nel caso di violazioni colpose. Sul punto, vedi S.U. n. 38343/14 Tyssenkrup. In tale pronuncia, il profitto confiscabile è stato ritenuto il quantum non speso dall'ente per acquisto di impianto di rilevazione dell'incendio. L'argomento non pare accettabile. L'oggetto della confisca viene individuato nel vantaggio di quanto non speso e non, a ragione, nel costo della mancata adozione del modello di organizzazione e gestione che avrebbe scongiurato il reato, diversamente stanziando la colpa di organizzazione dell'impresa. Ne risulta un'ampia discrezionalità giudiziaria e la confisca diventa pena imprevedibile, che si aggiunge alla sanzione pecuniaria. Sul punto, vedi più approfonditamente: M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, op.cit.

¹⁷⁸ La necessità di un'espressa tutela e di una maggiore perimetrazione degli effetti punitivi è anche confermata dalla Cass. civ. S.U. n. 16601/17 sui danni punitivi, con la quale la Corte ha consentito il risarcimento punitivo solo ove previsto da una legge o disposizione di legge ad hoc.

Preme soffermarsi sulle confische in assenza di condanna previste dal Codice e, in particolare sulla confisca senza responsabilità e senza condanna prevista nell'art.6.

Preliminarmente, è bene evidenziare che la misura prevista nell'art. 23, dato il rinvio all'art. 19 non pone particolari problemi in quanto presuppone una condanna.

Non così le altre misure: la prosecuzione dell'impresa da parte del commissario giudiziale ex art. 15 porta poi alla confisca del profitto derivante da attività lecite. Parimenti, l'articolo 17, prevedendo la confisca senza condanna, con espressa esclusione delle altre sanzioni per l'ente che abbia adottato condotte riparatorie conferma la natura afflittiva di questa misura e ne acuisce la problematicità.

Inoltre, l'art. 6 co. 5 il quale prevede l'applicazione della confisca per fatto altrui, vale a dire quello commesso dai soggetti in posizione apicale che operano all'interno dell'ente, sul presupposto dell'assenza di responsabilità dell'ente, non convince.

La previsione di un tale tipo di confisca, senza condanna ma anche senza responsabilità, definitiva, eccezione alla regola generale della condanna, fa emergere una natura *stricto sensu* sanzionatoria che, sebbene prevista espressamente dalla legge, necessita di essere munita di garanzie apposite.

In definitiva la misura della confisca in tal caso si traduce in una pena senza responsabilità per l'ente. Pare qui emergere l'istituto dell'ingiustificato arricchimento di matrice civilistica che, però, non ha ragione d'essere all'interno del sistema penale. Né si comprende, come invece sostenuto dalla Cassazione¹⁷⁹, perché la confisca-pena debba "ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto", in relazione ad "un profitto geneticamente illecito"¹⁸⁰, quasi a voler implicare una pericolosità

¹⁷⁹ L'orientamento giurisprudenziale è consolidato: *ex plurimis* Cass. n. 52179/14, la quale afferma che la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato ex art. 6 co 5 del D.lgs. in esame, rispecchia una prospettiva non di tipo sanzionatorio (non ricorrendo un'ipotesi di responsabilità amministrativa dell'ente) ma di ripristino dell'ordine economico turbato dal reato, che ha determinato un'illegittima locupletazione per l'ente, a vantaggio del quale il reato è stato commesso dai suoi rappresentanti. Tale Cass. recepisce l'orientamento delle già citate S.U. 2 luglio 2008, Fisia Italimpianti Srl, in CED n. 239925. Sulla diversa natura tra confisca ex artt. 9 e 19 rispetto a quella dell'art. 6 co 5, vedi Cass.VI sez. pen. n. 3635/14.

¹⁸⁰ Le S.U. 2008, a proposito della natura giuridica dell'art. 6 co. 5 del D.lgs. 159/11, evidenziano quanto segue: "L'art. 6/5° prevede, però, la confisca del profitto del reato, commesso da persone che rivestono funzioni apicali, anche nell'ipotesi particolare in cui l'ente vada esente da responsabilità, per avere validamente adottato e attuato i modelli organizzativi (compliance programs) previsti e disciplinati dalla stessa norma.

In questa ipotesi, 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. Una parte della dottrina ha ritenuto di ravvisare in tale tipo di confisca una finalità squisitamente preventiva, collegata alla pericolosità del profitto di provenienza criminale. Ritiene la Corte che, in questo specifico

soggettiva *pro futuro* dell'ente, stimolata dal profitto ingiustificato nella sua disponibilità. Il rischio della commissione di reati non sussiste in capo all'ente in quanto lo stesso ha adottato i M.O.G. e vigilato sulla liceità dell'attività posta in essere. L'art. 6 co. 5, in ultima analisi, si configura come misura preventiva, che arretra la soglia di rilevanza penale ancor più della confisca di prevenzione. Per questa, infatti, devono sussistere quanto meno gli indizi, per la confisca da responsabilità oggettiva dell'ente, invece, la condotta conforme e lecita dello stesso legittima la misura ablatoria reale.

Per ricondurre a legalità tale misura va recuperata, e non in via meramente interpretativa, una dimensione di responsabilità soggettiva dell'ente, quale, se non una colpa di organizzazione *ex ante*, peraltro in contraddizione con la lettera della legge, una responsabilità *ex post*, nei termini di un'utilizzazione consapevole da parte dell'ente, delle risorse illecite nella sua disponibilità, solo inizialmente 'inconsapevole'.

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. 6/5°, 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”.

14. IL SEQUESTRO PREVENTIVO: UNA PENA SENZA PROCESSO

Al termine della trattazione delle ipotesi di confisca senza condanna disseminate all'interno del sistema giuridico penale italiano, è opportuno approfondire un ulteriore profilo problematico.

La misura del sequestro preventivo, applicata all'interno del procedimento penale¹⁸¹ e di prevenzione¹⁸², infatti, nonostante non venga applicata con un provvedimento di condanna per sua *ratio* applicativa, viene da taluni definita una pena senza processo.

Non si tratta di argomento tanto distante dalla confisca, innanzitutto perché è misura applicata prima della confisca stessa e poi perché gli indizi di commissione di un reato sono presupposto applicativo anche del sequestro.

Orbene, il sequestro è misura cautelare, che nella sua declinazione reale, viene applicato nel caso in cui vi sia pericolo che la libera disponibilità della cosa pertinente al reato possa portare alla commissione di ulteriori reati ovvero aggravarne le conseguenze.

181 Ci si riferisce all'art. 321 c.p.p., il quale recita: "1. Quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato [253 1] possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato [262 3]. Prima dell'esercizio dell'azione penale [405] provvede il giudice per le indagini preliminari.

2. Il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca[c.p. 240].

2 bis. Nel corso del procedimento penale relativo a delitti previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale il giudice dispone il sequestro dei beni di cui è consentita la confisca.

3. Il sequestro è immediatamente revocato a richiesta del pubblico ministero o dell'interessato quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dal comma 1. Nel corso delle indagini preliminari provvede il pubblico ministero con decreto motivato, che è notificato a coloro che hanno diritto di proporre impugnazione. Se vi è richiesta di revoca dell'interessato, il pubblico ministero, quando ritiene che essa vada anche in parte respinta, la trasmette al giudice, cui presenta richieste specifiche nonché gli elementi sui quali fonda le sue valutazioni. La richiesta è trasmessa non oltre il giorno successivo a quello del deposito nella segreteria.

3 bis. Nel corso delle indagini preliminari, quando non è possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del giudice, il sequestro è disposto con decreto motivato dal pubblico ministero. Negli stessi casi, prima dell'intervento del pubblico ministero, al sequestro procedono ufficiali di polizia giudiziaria, i quali, nelle quarantotto ore successive, trasmettono il verbale al pubblico ministero del luogo in cui il sequestro è stato eseguito [386]. Questi, se non dispone la restituzione delle cose sequestrate, richiede al giudice la convalida e l'emissione del decreto previsto dal comma 1 entro quarantotto ore dal sequestro, se disposto dallo stesso pubblico ministero, o dalla ricezione del verbale, se il sequestro è stato eseguito di iniziativa dalla polizia giudiziaria.

3 ter. Il sequestro perde efficacia se non sono osservati i termini previsti dal comma 3 bis ovvero se il giudice non emette l'ordinanza di convalida entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta. Copia dell'ordinanza è immediatamente notificata alla persona alla quale le cose sono state sequestrate".

¹⁸² A tal proposito, meritano particolare attenzione l'istituto del sequestro preventivo finalizzato alla confisca nel sistema delle misure di prevenzione e della responsabilità amministrativa da reato, rispettivamente artt. 20 co 1 e 22 del D.lgs. 159/11; art. 53 del D.lgs. 231/01.

Preliminarmente, si osservi come tale misura diverga da quella delle misure cautelari personali, dato il generico riferimento al reato, e non già ai ‘gravi indizi di colpevolezza’ richiesti dall’art. 273 c.p.p. Parimenti assente è il riferimento al *fumus commissi delicti*, sebbene sia stato ricondotto in via ermeneutica alle esigenze cautelari¹⁸³. Il tenore letterale della disposizione ne conferma la pratica applicativa, ad opera della giurisprudenza¹⁸⁴, la quale è pervenuta all’applicazione del sequestro, nel caso previsto dal co. 1 dell’articolo in oggetto, sulla base di semplici indizi di reità e, ai nostri fini, all’applicazione del sequestro delle cose cui è consentita la confisca sulla base di sillogismi giudiziali, automatismi ricostruttivi che inferiscono dall’astratta commissione di un reato¹⁸⁵. Il risultato è quello di rendere il sequestro preventivo una sanzione anticipata¹⁸⁶ a tutti gli effetti.

E, nella misura in cui si sostiene che la confisca, nelle sue diverse articolazioni, abbia una natura giuridica afflittiva, il sequestro fungerebbe da pena in assenza condanna, legislativamente prevista e, di conseguenza legittimata *a priori* dall’ordinamento penale.

Invero, nei fatti, l’autorità giudiziaria fonda la misura cautelare su presunzioni *iuris tantum*, con evidente *probatio diabolica* per la parte ‘indiziata’ di appartenenza del bene al soggetto indagato, in evidente spregio della presunzione di innocenza¹⁸⁷. Ne

183 G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 1965, p.509; Cfr. G. TODARO, *Sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente e reati tributari: analisi e prospettive*, in *Giurisprudenza delle imposte*, 2014, 3, p. 5, secondo cui “appartiene alla grammatica del diritto che la misura cautelare possa trovare applicazione solo in previsione della tutela finale, anticipando provvisoriamente un risultato al cui conseguimento tende l’accertamento definitivo.

184 Cfr., ex plurimis, Cass. pen., sez. III, 6 marzo 2003, n. 20213, in *Guida dir.*, 2005, n. 2, p. 97; Cass. pen., sez. un., 23 febbraio 2000, n. 7, Mariano, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, p. 255 ss.; Cass. pen., sez. un., 24 marzo 1995, n. 5, Barbuto, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 420 ss.; Cass. pen., sez. un., 25 marzo 1993, n. 4, Gifuni, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1969 ss., con nota di R. MENDOZA, *L’incidenza dei vincoli paesistici su opere in corso alla data del 7 settembre 1985 che abbiano alterato lo stato dei luoghi*; da ultimo si v. Sez. II, 28 gennaio 2014, n. 5656, Rv. 258279 ove la Cassazione identifica letteralmente il requisito del *fumus commissi delicti* con “la astratta sussumibilità in una determinata ipotesi di reato del fatto contestato”.

¹⁸⁵ Sul punto, Cass. pen. n. 7078 del 13, la quale evidenzia, ai fini dell’applicazione del sequestro, la “sufficiente esistenza del *fumus delicti* secondo la prospettazione della pubblica accusa sulla base della indicazione di dati fattuali che si configurino coerenti con l’ipotesi criminosa”.

¹⁸⁶ Rileva, condivisibilmente, B. AGOSTINI, *Riflessi processuali dell’evoluzione della confisca*, in *Riv. Trim. Dir. pen. Cont.* n. 3/15, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/foto/4129rivista0315.pdf#page=107&view=Fit>

“Il rischio che ne consegue è, allora, e più in generale, quello per cui, attraverso l’impoverimento dei requisiti applicativi dell’istituto del sequestro, la sede cautelare venga sottomessa ad esigenze di punizione anticipata”.

¹⁸⁷ Parla di presunzione di innocenza: A. BERNASCONI, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, in *Rivista* 231, n.3, p.212.

consegue che la confisca senza condanna, applicata, in esito a pronunce di archiviazione ovvero di proscioglimento *sub specie* di estinzione, come vedremo, può essere dotata delle garanzie del giusto processo, ma la prospettiva di riforma deve anche avere oggetto il sequestro.

Si tratta, infatti, dell'istituto prodromico alla confisca che, nonostante trovi la *sua sedes naturae* all'interno della fase cautelare del procedimento penale necessita di un irrobustimento delle garanzie¹⁸⁸. Risultato, questo, che può essere raggiunto con una riforma legislativa sui presupposti applicativi del sequestro, sebbene la giurisprudenza abbia timidamente segnalato la necessità di un accertamento *ad hoc* del *fumus commissi delicti*¹⁸⁹, nei termini di concreta fondatezza dell'accusa.

Se ciò vale per il sequestro che opera nel processo penale, lo stesso può dirsi, anche se con minore rigore, a riguardo del sequestro finalizzato alla confisca di prevenzione¹⁹⁰, e a quello in materia di responsabilità amministrativa.

Invero, in questo ultimo caso, l'elaborazione giurisprudenziale del requisito del '*fumus allargato*'¹⁹¹ è utile modello per il processo penale, cui il micro-sistema delle persone giuridiche fa rinvio, quanto a disciplina applicativa.

¹⁸⁸ M. CERESA-GASTALDO, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in Cass. pen., 2010, p. 4439; G. VARRASO, *Il sequestro ai fini della confisca: dalle scelte del Codice del 1988 alla legge n. 161 del 17*, relazione svolta dall'Autore a Modena, il 1 aprile 2017, al Convegno su La 'materia penale' fra diritto nazionale ed europeo, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia e dalla Sezione italiana dell'Association Internationale de droit pénal (AIDP), di prossima pubblicazione negli atti del Convegno, disponibile su www.penalecontemporaneo.it

¹⁸⁹ Sul punto, Cass. pen. n. 34505 del 12, Codelfa S.p.a., con nota di M. AURIEMMA, *Sequestro preventivo ai fini della confisca nella responsabilità da reato degli enti collettivi*" in Giur. it.

¹⁹⁰ L'articolo 20 del Codice, richiede, alternativamente i requisiti applicativi della confisca ovvero i sufficienti indizi di commissione del reato, presupposto quest'ultimo poco puntuale: "1. Il tribunale, anche d'ufficio, ordina con decreto motivato il sequestro dei beni dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. 2. Il sequestro è revocato dal tribunale quando è respinta la proposta di applicazione della misura di prevenzione o quando risulta che esso ha per oggetto beni di legittima provenienza o dei quali l'indiziato non poteva disporre direttamente o indirettamente. 3. L'eventuale revoca del provvedimento non preclude l'utilizzazione ai fini fiscali degli elementi acquisiti nel corso degli accertamenti svolti ai sensi dell'articolo 19." L'articolo 22 dello stesso Codice, invece, disciplina il sequestro anticipato, applicabile: "Quando vi sia concreto pericolo che i beni di cui si prevede debba essere disposta la confisca vengano dispersi, sottratti od alienati...".

¹⁹¹ Per tale intendendosi: "con quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, anche indiretti, che sebbene non valgono di per sé a dimostrare oltre ogni dubbio l'attribuibilità dell'illecito all'ente con la certezza propria del giudizio di cognizione, tuttavia globalmente apprezzati nella loro consistenza e nella loro concatenazione logica, consentono di fondare, allo stato, una qualificata probabilità di colpevolezza". Così, Cass. n. 34505/12 (Codelfa S.P.A.), la quale conclude: "L'apprezzamento dei gravi indizi deve quindi portare il giudice a ritenere l'esistenza di una ragionevole

L'opportunità di un rafforzamento dei requisiti applicativi, presupposti della misura cautelare reale in argomento, del resto, discende dal suo indissolubile legame con il provvedimento di confisca¹⁹².

15. CONFISCA SENZA CONDANNA E LEGALITA' PENALE

Alcuni approdi della giurisprudenza italiana

Il principio di stretta legalità è cardine del diritto penale e gode di copertura costituzionale.

Quest'ultimo consta di una serie di imprescindibili corollari quali la riserva di legge, la tassatività, la irretroattività della norma penale, a garanzia del principio di prevedibilità.

Orbene, la confisca è nata come pena privilegiata nel diritto penale, come massima pena legata alla commissione dei reati capitali, destinata a classi privilegiate che subivano la confisca piuttosto che il carcere.

Al momento, la confisca se non può ritenersi massima pena come in passato è misura indiscutibilmente afflittiva per chi la subisce.

La sua struttura parrebbe integrare un modello repressivo integrato a formazione progressiva, con una doppia valenza: da un lato, pena anticipata nel sequestro; dall'altro, sanzione interdittiva piuttosto che pena patrimoniale in fase di sequestro.

Si è variamente parlato di confisca come 'proteiforme', 'variegata', ma tali definizioni non consentono di fornire una giustificazione al principio di legalità che deve sorreggere tutte le varie tipologie di confisca.

La giurisprudenza ha, al proposito, adottato una concezione della legalità, per così dire "allargata", proprio per giustificare la pregnante invasione dei diritti che essa opera. Purtroppo, la legalità penale non può prescindere dal rispetto del *nullum crimen sub specie* di principio di irretroattività, né dal '*due process of law*', in virtù del quale non

e consistente probabilità di responsabilità, in un procedimento che avvicina la prognosi sempre più ad un giudizio sulla colpevolezza, sebbene presuntivo in quanto condotto allo stato degli atti, ma riferito alla complessa fattispecie di illecito amministrativo attribuita all'ente indagato".

¹⁹² Teme che il sequestro possa essere tramutato in *sedes* di anticipazione della sanzione definitiva: F. MAZZACUVA, *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale "classico" e diritto penale "moderno"*, in Bargi – Cisterna, *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011, Tomo I, p. 245.

può esserci pena senza condanna, e, infine, da quello di colpevolezza, non solo nell'*an*, ma anche nel *quantum* di pena. Sono questi, i principali principi del diritto penale con cui l'attuale modello di confisca di prevenzione pare porsi in tensione. Ciò, anche se attraverso una diversificata qualificazione della sua natura, si miri ad aggirare tale problematica.

E la giurisprudenza di legittimità, nonostante plurimi tentativi, come rilevato, di giustificare la natura preventiva di tale misura, pare sempre più prendere coscienza, anche a fronte delle recenti riforme¹⁹³, della natura afflittiva¹⁹⁴ della confisca in argomento.

La Corte di Cassazione ha recentemente sancito una dicotomia tra confisca diretta e confisca per equivalente, cercando di allargare le maglie applicative della confisca diretta, misura di sicurezza, a dispetto della confisca per equivalente, pena.

È difficile comprendere l'attribuzione di statuti di legalità diversi alle summenzionate confische. Lo statuto penale, infatti, compete solo alla confisca di valore.

A mente di questa giurisprudenza sarebbe diretta solo la confisca che cada sul risparmio di spesa, ma, come noto, il profitto non coincide sempre con un risparmio di spesa. Precedente giurisprudenza aveva sposato una nozione di profitto completamente diversa, richiedendo la materialità del profitto, in termini di tracciabilità della sua provenienza e relativa pertinenzialità.

¹⁹³ Ci si riferisce, al D.lgs n. 202/2016 e alla l. n. 161 del 2017, le quali hanno innovato il c.p., il c.p.p., nonché il Codice Antimafia, sebbene in materia insoddisfacente, sotto il punto di vista dell'insufficiente statuto garantistico, dell'appesantimento dell'onus probandi, dell'estensione dell'applicabilità della confisca per equivalente, delle categorie dei soggetti destinatari delle misure di prevenzione patrimoniali. Sul punto, efficacemente, A. M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, op. cit.

Coglie nel segno la sentenza della Suprema Corte n. 349/18 nella quale la medesima riconosce il carattere punitivo delle misure di prevenzione, nonostante si perseveri in un timido tentativo di ribadire la natura "anticipatoria (rispetto agli esiti dei giudizi penali correlati) e di verifica 'complessiva' della condotta tenuta dal soggetto in un determinato arco temporale, specie ai fini di eventuale applicazione della confisca disgiunta, misura di prevenzione patrimoniale che appare correlata - come il caso in esame dimostra - ad un giudizio constatativo di pericolosità" di tipo storico, data la mancanza di attualità della condizione". Di particolare interesse, il passaggio che si riporta qui di seguito: "trattandosi, infatti, di applicare in via giurisdizionale misure tese a delimitare la fruibilità di diritti della persona costituzionalmente garantiti, o ad incidere pesantemente e in via definitiva sul diritto di proprietà (si veda quanto affermato da Corte Cost. n. 93 del 2010), le misure di prevenzione, pur se sprovviste di natura sanzionatoria in senso stretto, rientrano in una accezione lata di provvedimenti con portata afflittiva (in chiave preventiva), il che impone di ritenere applicabile il generale principio di tassatività e determinatezza della descrizione normativa dei comportamenti presi in considerazione come 'fonte giustificatrice' di dette limitazioni".

Il problema concerne la sussunzione da parte della giurisprudenza della confisca del denaro all'interno della confisca diretta, con automatico sganciamento della medesima dal principio di irretroattività.

Un'ulteriore rilevante questione concerne l'assenza di una disciplina in punto di prescrizione sulla confisca di prevenzione, applicabile anche a rilevante distanza di tempo dal fatto di reato per il quale si decida di procedere sulla base di soli indizi.

La dottrina si è interrogata sulla conciliabilità della mancata prescrizione con una confisca applicata senza processo e senza consenso, quale quella di prevenzione.

Si noti, al proposito, come nel caso di patteggiamento il giudice possa *ex officio* decidere sulla confisca. Nei casi di confisca obbligatoria, infatti, il giudice dell'esecuzione potrà applicare la confisca, sulla base del solo consenso prestato dalla parte, unica fonte di legittimazione. Di fatto, specie nel problematico caso del patteggiamento, si assiste ad una confisca senza condanna.

Un'ulteriore frizione con i principi di matrice penale si ha avuto riguardo al meccanismo di solidarietà dei concorrenti nel reato. Il meccanismo operativo dell'art. 110 c.p. fa sì che ciascuno dei concorrenti nel reato possa subire per intero la confisca del profitto derivante dal reato associativo.

Si tratta, anche in questo caso, di una confisca senza condanna, nella misura in cui la parte di responsabilità di ciascun correo non viene rispettata, in spregio al principio di proporzionalità di matrice penalistica.

Siffatta problematica acquista maggiore complessità con riguardo alla confisca nei confronti degli enti ex. D.lgs. 231/01¹⁹⁵, in ossequio al principio di solidarietà passiva, operante in tema di responsabilità concorsuale¹⁹⁶. Il sequestro prima, e la confisca poi dell'intero profitto ad uno degli enti in concorso si configura alla stregua di una vera e propria confisca senza condanna e lo stesso può affermarsi nel caso di concorso tra

¹⁹⁵ Ci si riferisce al noto principio di diritto espresso dalla Cass., SS. UU., 27.3.2008 (dep. 2.7.2008), n. 26654, Fisia Impianti s.p.a. e altri, a mente del quale: "In tema di responsabilità da reato degli enti, nel caso di illecito plurisoggettivo deve applicarsi il principio solidaristico che implica l'imputazione dell'intera azione e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente e pertanto, una volta perduta l'individualità storica del profitto illecito, la sua confisca e il sequestro preventivo ad essa finalizzato possono interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, ma l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel "quantum" l'ammontare complessivo dello stesso".

¹⁹⁶ S. SANTINI, *Concorso di persone e c.d. solidarietà passiva tra correi nel sequestro a carico degli enti*, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/d/4630-concorso-di-persone-e-cd-solidarieta-passiva-tra-correi-nel-sequestro-a-carico-degli-enti>

persona fisica e giuridica, ove il profitto ottenuto dalla persona fisica venga confiscato alla persona giuridica¹⁹⁷. In entrambi i casi, la misura ablatoria incide su beni non legati da un nesso di derivazione con il reato: sarebbe quindi opportuno differenziare tra profitto lordo e profitto netto.

Diversamente opinando, nel caso della confisca per equivalente di cui all'art. 19 del D.lgs 231/01 si attribuirebbe alla medesima natura di pena. Del resto, la giurisprudenza pare orientata in questo senso¹⁹⁸, anche se non mancano i casi di eccessiva difficoltà nell'individuazione del profitto derivante dal reato, in relazione ai quali i giudici procedono ugualmente alla confisca.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono successivamente atteggiate su posizioni diverse, richiedendo la confisca del profitto che sia complessivamente derivato all'ente, al netto delle utilità future e dei corrispettivi di prestazioni contrattuali lecite¹⁹⁹. Pare difficile operare, in seno al processo, una tale operazione che finisce poi, per condurre alla confisca del profitto in ossequio al principio del lordo, di dubbia compatibilità con le garanzie costituzionali.

Parimenti, nel caso di applicazione congiunta della confisca ex artt. 322-ter c.p. e 19 D.lgs. 231 del 2001 alle persone giuridiche e fisiche, si pone il problema della violazione del principio del *ne bis in idem*, con conseguente duplicazione sanzionatoria.

Se da un lato, è conforme al vero che si tratta di soggetti ontologicamente e giuridicamente diversi per responsabilità l'una a titolo penale, l'altra a titolo di illecito amministrativo, la persona fisica destinataria della misura ablatoria ha commesso l'illecito nell'interesse o a vantaggio dell'ente, che ne trae profitto e non può, pertanto,

¹⁹⁷ Con ordinanza n. 46726 del 2013 era stata rimessa la questione alle S.U. circa la possibilità o meno di aggredire direttamente i beni di una persona giuridica per le violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante della stessa; le S.U. Gubert avevano risposto positivamente al quesito, ritenendo che la confisca diretta del profitto del reato sia applicabile anche all'ente, nei casi in cui i beni oggetto della misura ablatoria siano rimasti nella disponibilità della persona giuridica. Diversamente, nel caso della confisca per equivalente per reati tributari, la mancata ricomprensione della stessa nel disposto dell'art. 19 nel D.lgs. n. 231 del 2001, e la sua natura marcatamente afflittiva, determina l'impossibilità di un'estensione semantica che si tradurrebbe in un'inammissibile analogia *in malam partem*.

¹⁹⁸ Appare rilevante il seguente principio elaborato dalla giurisprudenza di merito: «nel silenzio della legge [...] appare doversi aver riguardo al profitto netto, trattandosi dell'utilità effettivamente conseguita, e ciò anche al fine di salvaguardare il principio della proporzione della sanzione» (Trib. Milano, Sez. X, 31.07.2007, n. 300).»

¹⁹⁹ Così, Sez. Un., 27.03.2008, n. 26654.

ritenersi persona estranea al reato²⁰⁰: trattasi, nella maggior parte dei casi del legale rappresentante dell'ente.

Accedendo alla teoria della immedesimazione organica, ne deriva una “doppia condanna”, di evidente natura afflittivo-punitiva.

Il medesimo rischio si palesa nel caso di ablazione duale del profitto derivante dai reati societari ex artt. 2641 c.c., 19-25-ter D.lgs. 231 del 2001²⁰¹.

Ne emerge, un quadro di particolare allarme per i principi costituzionali, specie per quello di legalità e i suoi corollari, di matrice e sostanziale e processuale.

Le ulteriori problematicità verranno approfondite nella parte successiva della disamina. Basti, qui, evidenziare che la differenziazione tra legalità sostanziale e formale²⁰², operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, specie sovranazionale, non vale a dissipare i dubbi sulla più o meno mascherata natura afflittiva della confisca in assenza di condanna.

200 Cass., Sez. un., 30 gennaio 2014, imp. Gubert, in Mass. Uff., n. 258647, rileva quanto segue: “in caso di commissione di un reato tributario da parte di amministratori o legali rappresentati di società ed enti, è possibile procedere nei confronti della persona giuridica al sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario in due sole ipotesi, ovvero 1) se la società o l'ente ha effettivamente maturato tale profitto a seguito del reato; 2) se la persona giuridica è solo uno schermo fittizio; diversamente, nessun provvedimento cautelare può essere adottato nei confronti della società, dovendosi invece agire nei confronti delle persone fisiche che hanno materialmente realizzato l'illecito ed in particolare non può procedersi all'adozione di un sequestro preventivo per equivalente”. Sul punto, cfr. P. CORSO, *Reato non presupposto di responsabilità amministrativa e limiti del sequestro/confisca nei confronti dell'ente*, in Giur. it., 2014, 990; L. SOANA, *Le Sezioni Unite pongono limiti alla confisca nei confronti delle persone giuridiche per i reati tributari*, in Riv. giur. trib., 2014, 388; V. CARDONE, F. PONTIERI, *Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca dei beni della società per delitti tributari commessi dal legale rappresentante*, in Riv. dir. trib., 2014, 3, 53; C. SANTORIELLO, *Confiscabilità “limitata” dei beni della società per i reati commessi dall'amministratore*, in Fisco, 2014, 1249.

²⁰¹ E. MEZZETTI, *Profitto e prezzo confiscabile e confisca per equivalente nei reati contro la pubblica amministrazione*, 21 febbraio 2014, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1392819551MEZZETTI%202014a.pdf>

²⁰² Ci riferisce alla continua frizione tra la c.d. legalità ‘costituzionale’ e quella ‘convenzionale’ emersa in seno al dialogo tra le corti, nazionale ed europea. Per approfondire, si veda: F. VIGANO, *Il nullum crimen conteso: ‘legalità costituzionale’ vs ‘legalità convenzionale’*, in S. TORDINI CAGLI (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, Atti del convegno su “Giurisprudenza legalità e diritto penale” svoltosi presso l'Università degli Studi di Bologna il 5 novembre 2015, Bup Editore, Bologna, 2017.

CAPITOLO II

LO STATO DELL'ARTE IN EUROPA E LE ESPERIENZE STRANIERE

1. L'UE: STRUMENTI LEGISLATIVI IN MATERIA DI CONFISCA

Il tema della confisca senza condanna non può prescindere da un'analisi approfondita degli strumenti adottati a livello sovranazionale dal legislatore e dagli organi europei al fine di pervenire ad una quanto più efficace lotta alla criminalità economica.

Sebbene il *focus* del presente capitolo sia quello relativo alle tipologie di strumenti legislativi adottati dal legislatore europeo nella delicata materia della confisca senza condanna pare imprescindibile una rassegna degli strumenti di diritto internazionale adottati, prima e in parallelo rispetto agli interventi degli organi comunitari. Ciò, al fine di comprendere l'evoluzione normativa in materia di confisca e i differenti approcci legislativi tra convenzioni internazionali e provvedimenti europei. Le prime sono, infatti, state sicuramente molto importanti per il legislatore europeo nella costruzione di direttive, decisioni-quadro e, adesso anche regolamenti sempre più efficaci per la confisca degli *assets* di provenienza delittuosa ma, come rilevato, utilizzano una tecnica normativa assai diversa.

Le convenzioni adottate dalle Nazioni Unite²⁰³, infatti, pur invitando gli Stati Parte alla predisposizione di strumenti orientati al sequestro e alla confisca di patrimoni illeciti, al pari dei provvedimenti adottati dal legislatore europeo, richiedono la previsione della confisca per precisi reati. Il legislatore europeo, invece, mira, e ciò è confermato anche dalla recente proposta di regolamento, all'adozione di strumenti che portino alla confisca per una pluralità di reati, e quindi non solo c.d. "*eurocrimes*", attraverso un approccio più ampio e generalizzato²⁰⁴. Peraltro, il legislatore europeo non è solo orientato alla cooperazione tra Stati, ma ha l'obiettivo di incidere

²⁰³ Ci si riferisce, in particolare alla Convenzione Europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 (ETS n. 30) e i suoi due protocolli aggiuntivi (ETS n. 99 e 182), nonché la Convenzione del 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato (ETS n. 141), la Convenzione del 2005 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo (CETS n. 198) e vari strumenti delle Nazioni Unite (tra cui la Convenzione del 1988 contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope, la Convenzione del 2000 contro la criminalità organizzata transnazionale e la Convenzione del 2003 contro la corruzione).

²⁰⁴ Così, M. SIMONATO, Directive 2014/42/UE And Non-Conviction Based Confiscation- A Step Forward On Asset Recovery, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2015, Vol. 6, Issue 2, pp. 213-228.

direttamente sulle legislazioni degli Stati Membri²⁰⁵, attraverso un'opera di armonizzazione e in maniera cogente. A riprova di ciò, si pensi al regolamento di recente adottato in materia di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca tra Stati membri.

A livello internazionale il primo strumento di lotta al fine della *confiscation degli illicit assets* è stato la Convenzione di Vienna contro il narcotraffico del 1988 del Consiglio d'Europa, la quale all'art. 5 comma 7 prevedeva la confisca dei proventi del traffico di droga, stanziando in capo all'imputato l'onere della prova. Solo due anni dopo, veniva stipulata la Convenzione di Strasburgo del 1990 del Consiglio d'Europa²⁰⁶, utile strumento al fine di avviare un'efficace cooperazione giudiziaria in materia di confisca. Nella relazione introduttiva alla Convenzione si faceva altresì riferimento all'*actio in rem*, ma solo in ipotesi di confisca pronunciata da un giudice e avente oggetto i proventi del reato. Si tratta, invero, del testo normativo in cui si fa espressa menzione della confisca senza condanna, benchè con un margine applicativo ridotto. Di fondamentale importanza anche la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transazionale adottata a Palermo nel 2000, la quale già invitava gli Stati Parte a *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*²⁰⁷.

L'esigenza di disporre la confisca in assenza di condanna, già avvertita negli strumenti di diritto pubblico internazionale, è stata profondamente recepita e condivisa dal legislatore europeo, il quale ha, in una vera e propria *climax* normativa adottato prima direttive, poi decisioni-quadro²⁰⁸ e, al momento sembra stia seguendo la strada del

²⁰⁵ Da ora S.M. La direttiva 2014/42/UE che verrà analizzata nel prosieguo del presente lavoro è dimostrativa di quanto appena rilevato.

²⁰⁶ E' di fondamentale importanza rilevare come i primi casi giurisprudenziali di applicazione della confisca senza condanna originino proprio dalla Convenzione di Strasburgo del 1980. Nel primo caso in assoluto, noto come "caso Crisafulli" la Cassazione francese, sebbene avesse negato l'esistenza all'interno dell'ordinamento francese di modelli riconducibili alla confisca senza condanna, aveva poi riconosciuto la presenza, per taluni reati, della confisca come pena accessoria e dunque aveva concluso per la eseguibilità, all'interno del territorio francese, di un provvedimento di confisca adottato in Italia. Ciò, attraverso l'operatività del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra Stati membri.

²⁰⁷ Art. 12 co. 7 Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transazionale sottoscritta nel corso della Conferenza di Palermo (12 - 15 dicembre 2000).

²⁰⁸ Tra i più importanti strumenti adottati dal legislatore europeo, prima della nota direttiva 2014/42/UE si annoverano: l'azione comune 98/699/GAI sul riciclaggio di denaro e l'individuazione, il

regolamento²⁰⁹. La crescente invasività con cui il legislatore europeo richiede la predisposizione, da parte degli Stati membri, di una pluralità di tipologie di confisca ha influenzato il fiorire di ipotesi ablatorie nell'ordinamento italiano²¹⁰, e in negli Stati membri dell'Unione Europea, come verrà dimostrato nel *prosieguo* della trattazione. Del resto, l'Unione Europea svolge un ruolo fondamentale nella lotta alla criminalità transazionale, il cui livello di complessità e di organizzazione è vertiginosamente aumentato negli ultimi anni.

A fronte di ciò, si è reso necessario intervenire su più fronti: da un lato con il meno invasivo strumento del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e di confisca tra gli Stati; dall'altro, con la più efficace, sebbene di difficile attuazione, armonizzazione tra le legislazioni degli Stati membri in materia di *non-conviction based confiscation*²¹¹.

I maggiori strumenti adottati in tale ambito di applicazione sono, innanzitutto, l'azione comune 1998/699/GAI del 3 dicembre 1998 adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K. 3 del Trattato sull'Unione europea sul riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato e la decisione quadro 2001/500/GAI, del 26 giugno

rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato; la decisione quadro 2001/500/GAI, che obbliga gli Stati membri a consentire la confisca, a consentire la confisca di valori quando i proventi diretti del reato non possono essere sequestrati e a garantire che le richieste provenienti da altri Stati membri siano trattate con la stessa priorità dei procedimenti nazionali; la decisione-quadro 2003/577/GAI, che impone il riconoscimento reciproco dei provvedimenti di blocco o di sequestro per un lungo elenco di reati punibili con una pena detentiva di tre anni o se è soddisfatto il principio della "doppia incriminazione"; la decisione-quadro 2005/212/GAI, che armonizza le leggi in materia di confisca. La confisca ordinaria, compresa la confisca di valore, deve essere disponibile per tutti i reati punibili con 1 anno di reclusione. La confisca estesa deve essere disponibile per alcuni reati gravi, quando "sono commessi nell'ambito di un'organizzazione criminale"; la decisione-quadro 2006/783/GAI, che rispecchia tali disposizioni per il reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca; la decisione 2007/845/GAI del Consiglio concernente lo scambio di informazioni e la cooperazione tra gli uffici per il recupero dei beni.

²⁰⁹ Ci si riferisce al regolamento in materia di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e di confisca recentemente adottato. Per un primo commento della iniziale proposta, si veda A. M. MAUGERI, *Prime osservazioni sulla nuova "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>

²¹⁰ La ricognizione delle varie ipotesi di confisca senza condanna è stata effettuata nel primo capitolo del presente lavoro.

²¹¹ La scelta circa l'utilizzo della formula in inglese discende, sul piano meramente formale, dal taglio europeo e internazionale che si cerca di dare a tale capitolo, nonchè, sul piano sostanziale, alla viva necessità di studiare l'istituto alla stregua del legislatore europeo, tentando di fornire una classificazione quanto più generalista, anche alla luce delle esperienze transazionali.

2001, concernente il riciclaggio di denaro e l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato.

Si tratta di strumenti precedenti alla direttiva 2014/42/UE²¹², primo vero strumento di armonizzazione in materia di non-conviction based confiscation, ancora in vigore, la quale ha tentato di superare le difficoltà incontrate dai provvedimenti antecedenti, che non affrontano la questione relativa alla confisca in assenza di provvedimento penale di condanna²¹³.

La decisione del 2001 rappresenta sostanziale applicazione della Convenzione di Strasburgo del 1990 e si limita a richiedere agli Stati membri l'applicazione della confisca, anche nella forma equivalente, nei limiti delle peculiarità del proprio ordinamento nazionale. Alla stregua di tale decisione, la confisca è un provvedimento adottato dall'autorità giudiziaria a seguito di un procedimento per uno o più reati²¹⁴. L'impianto della direttiva non ha portato gli Stati membri a implementare in modo soddisfacente le proprie normative interne, a cagione, soprattutto del carattere poco incisivo dello strumento in esame.

²¹²N. SELVAGGI, *On instruments adopted in the area of freezing and confiscation*, in www.penalecontemporaneo.it; ID., *Le conclusioni del consultative forum dei pubblici ministeri degli Stati membri UE in materia di confisca dei proventi di reato e traffico di esseri umani*, in www.penalecontemporaneo.it; A.M. MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in Riv. dir. pen. cont. n. 1/2015; A. BALSAMO, *Il "Codice antimafia" e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?* 20 luglio 2012, disponibile su Dir. pen. cont., F. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, 16 luglio 2013, disponibile su Dir. pen. cont.; A.M. MAUGERI, *"L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie Cedu?"*, 17 luglio 2013, disponibile su Dir. pen. cont.

²¹³ Ci si riferisce, in particolare alla risoluzione del Parlamento europeo del 1997, nonché alla decisione-quadro n. 2001/500/GAI all'interno della quale si parla solo di confisca e, in particolare, si richiede agli Stati membri di adottare le misure necessarie al fine di pervenire alla confisca per equivalente dei proventi del reato, ove il bene derivante dal reato non sia rintracciabile. Lo strumento è lo sviluppo delle politiche intraprese dall'azione comune 98/699/GAI, orientate al riavvicinamento delle legislazioni in materia particolarmente delicate. Per un approfondimento, vedi: E. CALVANESE, *L'esecuzione delle decisioni di confisca*, in Manuale di procedura penale europea, Giuffrè, 2015. Parimenti, la decisione-quadro n. 2003/577/GAI, attuata nello Stato italiano con il d.Lgs. n. 35 del 2016, non si affronta il sempre più pressante problema della confisca non seguita da pronuncia formale di condanna. Diversamente, tale decisione ha il precipuo fine di incentivare una più pregnante applicazione del principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e di confisca tra Stati membri. Sul punto, vedi G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale: verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giuridiziarie*, Giuffrè, 2007 e G. MELILLO, *L'esecuzione all'estero delle misure di prevenzione patrimoniali (Una interessante pronuncia della Corte di cassazione francese)*, Rielaborazione della relazione su 'Accertamenti patrimoniali, sequestro e confisca all'estero', tenuta nell'ambito dell'Incontro di studi - dedicato alla memoria di Rosario Livatino - organizzato dal Cons. Sup. Mag. su 'Le misure di prevenzione patrimoniali', Roma, 26 novembre 2003, in *Questione giustizia* - 2004.

²¹⁴ Art. 3 della Direttiva in argomento.

Peraltro, quest'ultimo si occupa solo di confisca e solo marginalmente.

Non così la decisione-quadro 2005/2012/GAI²¹⁵, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, poi superata dalla direttiva 2014/42/UE, si è affrontato il relativo problema. La decisione-quadro in argomento ha il merito di invitare gli Stati Membri a concentrarsi sulla prevenzione del crimine da profitto, rilevando, al contempo le differenze normative tra di essi e per tale ragione tentando di operare un'azione di armonizzazione. La ragione di tale intervento discende dall'inefficace mutua collaborazione tra gli Stati membri: il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca ha maggiore possibilità di successo nella misura in cui le legislazioni degli Stati membri siano sufficientemente armonizzate.

Si tratta del primo vero intervento del legislatore europeo in materia di non-conviction based confiscation.

L'art. 3 co. 2 e 3 della decisione in argomento riferendosi all'utilizzo da parte dell'autorità nazionale dello Stato membro di volta in volta riguardato dei c.d. "poteri estesi" di confisca diretta, allargata ma anche nei confronti dei terzi, invita gli Stati a prevedere misure di confisca anche senza condanna, richiedendo che la misura sia applicata all'interno di un procedimento penale, indipendentemente dal suo esito²¹⁶. Fornisce, in particolare, le condizioni minime alla luce delle quali ciascuno Stati membri deve adottare le misure necessarie a garantire la confisca²¹⁷, le quali, ricalcano

²¹⁵ Per un esame approfondito della direttiva in commento, si vedano: D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali*, cit., pp. 120 e ss.; G. IUZZOLINO, *L'armonizzazione della confisca*, in AA. VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006, pp. 353 e ss.; G. TONA, *La confisca nella legislazione in materia di criminalità organizzata: normativa italiana e diritto europeo*, in *Il merito*, 2005, n. 9, p. 54.

²¹⁶ Questa decisione si è interessata in particolare alla previsione di ipotesi di confisca allargata, e non solo di tipo diretto, da parte degli Stati membri, i quali hanno "un obbligo di consentire la confisca per i vantaggi economici derivanti dai suddetti reati, che resta subordinato semplicemente allo svolgimento, davanti all'autorità giudiziaria, di un procedimento penale, a prescindere dalla sua conclusione con una sentenza di condanna o di proscioglimento (ad esempio, per estinzione del reato dovuta alla prescrizione ovvero alla morte del reo)". Così, A. BALSAMO, *Voce Codice Antimafia*, in *Digesto delle discipline penalistiche-Aggiornamento*, Torino, 2014.

²¹⁷ Art. 3 co. 2: "Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie a consentire la confisca ai sensi del presente articolo perlomeno: a) quando 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, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie; oppure b) quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di analoghe attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie; oppure c) 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.

in buona parte la disciplina italiana relativa alla confisca di prevenzione e "per sproporzione", con la particolare differenza che il legislatore europeo richiede la "piena convizione" circa la provenienza delittuosa dei beni.

E si spinge anche oltre, consentendo agli Stati di confiscare senza condanna anche al di fuori del procedimento penale²¹⁸.

Tuttavia le divergenze legislative tra Stati membri e la loro correlativa scarsa inclinazione a modificare le rispettive legislazioni al fine di pervenire all'ablazione di beni all'interno di un procedimento penale ma in assenza di condanna hanno condotto il legislatore europeo a percorrere la strada del "mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca"²¹⁹. Sebbene sia senz'altro vero che l'armonizzazione è funzionale al mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca, questo secondo strumento è senz'altro di più agevole attuazione da parte del legislatore europeo.

Sebbene questi sia già intervenuto in tal senso con la decisione-quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, è solo con la decisione-quadro n. 2006/783/GAI, che il legislatore europeo richiede la puntuale applicazione del principio del "mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca" tra Stati.

Orbene, tale decisione si pone come obiettivo, al considerando n. 8, quello di "facilitare la cooperazione tra gli Stati membri in materia di reciproco riconoscimento ed esecuzione delle decisioni di confisca dei proventi, in modo che uno Stato membro riconosca ed esegua nel proprio territorio le decisioni di confisca prese da un Tribunale competente in materia penale".

Sebbene preveda che i provvedimenti di confisca oggetto di mutuo riconoscimento debbano essere solo quelli pronunciati da uno Stato, sulla base di quelli che sono stati definiti "poteri ulteriori" rispetto a quelli previsti, altrimenti lo stato richiesto del riconoscimento dovrebbe opporre il rifiuto, l'interpretazione prevalente ne restringe la portata applicativa, negandone l'applicabilità in ipotesi provvedimenti di confisca senza condanna. Sarà, dunque, solo possibile il mutuo riconoscimento a parità di

²¹⁸ Così dispone l'art. 3 comma 4: "Gli Stati membri possono ricorrere a procedure diverse dalle procedure penali per privare l'autore del reato del godimento del bene in questione".

²¹⁹ Tentativo perseguito altresì con la decisione del Consiglio 2007/845/GAI in materia di scambio di informazione e di cooperazione tra autorità competenti per i processi di "asset recovery", commentata da L. KLIMEK, (2017). *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*. Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-44377-5>

condizioni²²⁰, il ché risulta in una confiscabilità in assenza di condanna in casi-limite, al di fuori dei quali il provvedimento formale è imprescindibile, in quanto regola generale.

Ne consegue la scarsa operatività del principio del mutuo riconoscimento in tale materia, che ha determinato il legislatore europeo all'adozione del regolamento 10114/18, di recente adottato. Quest'ultimo, come verrà successivamente evidenziato, opera sulla base della direttiva armonizzatrice 2014/42/UE ma ha un campo applicativo più vasto, non limitando la non-conviction based confiscation ai meri casi di pericolo di fuga o malattia.

La presente rassegna degli strumenti legislativi adottati dal legislatore europeo è frutto di una ricognizione dei modelli di confisca esistenti negli Stati, di modo da poter pervenire all'individuazione di un minimo comune determinatore tra i medesimi²²¹, al fine ultimo della individuazione di un modello comune di confisca europea.

²²⁰ Si potrà, ad esempio, dare esecuzione ad un provvedimento di civil forfeiture irlandese all'interno dello stato italiano, solo ove l'Irlanda abbia riconosciuto un provvedimento di applicazione della confisca di prevenzione italiana.

²²¹ Di particolare interesse, a tal proposito è la sistematica delle confische realizzata da taluna parte della dottrina: A. M. MAUGERI, voce *confisca*, Enc. Dir. annali, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p.188 (sebbene il legislatore europeo non abbia, allo stato, adottato alcuna classificazione, nè tantomeno modello definitivo), la quale ha individuato quattro maggiori modelli di confisca, sussumibili all'interno di quattro categorie. In primis, la confisca viene intesa come vera e propria pena patrimoniale, senza che si debba parlare di inversione dell'onere probatorio, dal momento che la condanna è il presupposto di applicazione della misura ablatoria. Ci si riferisce, in particolare alla confisca generale dei beni prevista dall'ordinamento francese, da ultimo, e precisamente nel 2016 estesa al traffico d'armi; ma anche, quella dell'ordinamento nordamericano nota come "criminal forfeiture", la quale pone, invero, problemi di proporzione ma anche, quanto al caso italiano, all'art. 3 comma 36 della legge in materia di lotta al terrorismo, introdotta con il pacchetto sicurezza del 2009. Un secondo modello, invece, concerne tutti i casi di confisca basati sulla presunzione di destinazione illecita in seguito alla commissione di determinati reati, dai quali deriva la confisca di altri beni riconducibili a reati diversi, questi ultimi non accertati e per i quali si pone, invero, un problema di confiscabilità in assenza di condanna. Esempi di un tale tipo di modello di confisca si rinvencono all'interno dell'art. 72 dell'ordinamento svizzero, così come nell'ordinamento inglese a riguardo della lotta al terrorismo e, quanto al caso italiano, nell'art 416-bis co. 6 c.p., laddove la confisca ivi prevista è stata estesa ad intere imprese. Tale modello di confisca pone, invero, una presunzione difficile da scalfire. La dottrina ha rilevato come in realtà determini una vera e propria inversione dell'onus probandi ma la giurisprudenza ne ha vagliato positivamente la conformità al principio di proporzione. Un terzo paradigma della misura ablatoria in esame concerne quei casi di confisca di profitti basata sulla presunzione di provenienza illecita coadiuvata da una duplice presunzione. Quest'ultima conduce l'autorità giudiziaria a ritenere che il soggetto abbia compiuto altri reati, e non solo quelli per cui si procede, e dai primi abbia dedotto ulteriori profitti. Sebbene in taluni paesi si cerchi di riportare tale tipo di confisca entro le maglie della legalità, attraverso una delimitazione temporale dell'operatività della presunzione, sembra porsi, allo stesso modo, un problema di violazione dei principi di innocenza e di proporzione. Caso emblematico di tale tipo di confisca è quello del confiscation inglese, in relazione alla quale si parla di confisca per lo stile di vita nonché della c.d. confisca allargata italiana, di cui all'art. 12-sexies d.l. n. 306/92 ore art. 240-bis c.p. Inoltre, gli ordinamenti svizzero e austriaco prevedono un procedimento contro il patrimonio direttamente in assenza di condanna, ma con le garanzie del processo penale. Quarto ed

Riservando la trattazione di tale paradigma generale al quarto capitolo del presente lavoro, si dica solo che la creazione di un modello comune²²² di confisca in assenza di condanna europea consentirebbe un più spedito mutuo riconoscimento di provvedimenti senza confisca, libero da formalità ed eccessive proceduralizzazioni.

Tuttavia, l'esistenza all'interno degli Stati membri di modelli di confisca profondamente divergenti, rende l'obiettivo della creazione di tale modello comune di confisca in assenza di condanna, particolarmente difficoltoso.

Se la maggioranza degli Stati che adottano un modello di common law è profondamente incline all'adozione di modelli di confisca civile²²³, senza condanna, all'interno di procedimenti di natura non penale, una buona parte degli Stati di civil law sono dotati di un impianto estremamente garantista, all'interno del quale la confisca necessita di una condanna e di essere applicata al termine di un processo penale.

Per tali ragioni e per la poca chiarezza con cui sembrerebbero connotarsi alcuni provvedimenti europei²²⁴, ma anche nell'attesa della costruzione di un modello europeo di confisca senza condanna veramente efficace, in parallelo e, per alcuni

ultimo modello è quello della c.d. "actio in rem", ipotesi più controversa di confisca, perché in assenza di condanna e applicata in assenza delle garanzie del processo penale.

²²² Una interessante proposta circa la realizzazione di un modello comune di non-conviction based confiscation, sebbene alquanto problematica in relazione all'ordinamento interno, dati i risvolti di natura prettamente civilistica viene effettuata dagli autori: J. R. RUI, U. SIEBER, *Non-Conviction-Based confiscation in Europe*, Duncker & Humblot- Berlin, 2015, pp. 245 e ss. Il riferimento è, in particolare, al paragrafo 10 "non-conviction based confiscation in Europe: Bringing the Picture Together", che verrà approfondito nel prosieguo della trattazione.

²²³ Per confisca civile deve intendersi quel modello ablatorio dei beni di provenienza illecita che vede l'applicazione di un provvedimento di confisca fuori dal procedimento e dal processo penale. Più in chiaro, può trattarsi di una confisca applicata o a seguito di un procedimento interamente civilistico che si rifaccia ad un parallelo, ma indipendente processo penale, o che venga avviato in via del tutto autonoma. L'autorità che emette il provvedimento di confisca non è, in molti casi, il giudice penale ma quello civile o l'autorità di pubblica sicurezza. Ci si riferisce, in particolare, ai modelli di confisca adottati dall'ordinamento inglese, irlandese (UE) e americano (non-UE) che verranno indagati al termine del presente capitolo. Non rientra nel modello di confisca strettamente civile né la confisca di prevenzione italiana né quella tedesca. Quest'ultima, pur avendo adottato un modello di confisca senza condanna, prevede che il relativo provvedimento sia adottato all'interno di un procedimento penale dall'autorità giudiziaria penale.

²²⁴ Lo rilevano J. FORSAITH, B. IRVING, E. NANOPOULOS, M. FAZEKAS, *Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets*, disponibile su http://mihalyfazeakas.eu/wp-content/uploads/2015/08/Forsaith-et-al_Asset-confiscation-IA_2012.pdf e L. SALAZAR, *L'applicazione del principio del reciproco riconoscimento nel settore della confisca e del congelamento dei patrimoni criminali*; in A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, op. cit.

aspetti, in sostituzione degli strumenti legislativi adottati, gli Stati membri hanno perseguito il *tunnel* della cooperazione giudiziaria²²⁵, sia nella fase investigativa che in quella giudiziaria²²⁶.

Il risultato è stato raggiunto anche e soprattutto attraverso il lavoro costante dell'Europol, agenzia finalizzata alla lotta della criminalità da profitto nell'Unione Europea, che attraverso reports²²⁷, *impact assessments*, stime valutative annuali dei beni confiscati e attività di supporto della rete di interagenzie CAMDEN per il recupero dei beni (CARIN), è di fondamentale importanza per il rafforzamento della cooperazione giudiziaria tra Stati e dell'Eurojust, agenzia europea di collaborazione giudiziaria tra Stati membri, i cui obiettivi, metodi e risultati provvisori nel campo applicativo della confisca senza condanna verranno approfonditi nel *prosieguo* della trattazione.

2. LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA DI CONFISCA SENZA CONDANNA

Lo sviluppo della cooperazione giudiziaria²²⁸ tra Stati membri è stato una sorta di passaggio obbligato per i motivi già illustrati nel precedente paragrafo, specie nel caso della confisca in assenza di condanna.

Il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca non può prescindere dalla cooperazione giudiziaria tra Stati proprio dal momento che fino a prima dell'adozione del regolamento 10114/18, non ancora applicato nella prassi, non esisteva alcuna normativa europea che specificamente prevedesse il mutuo riconoscimento tra Stati di

²²⁵ Per questa espressione, N. SELVAGGI, *Direttiva 2014/42, Il codice della Confische*, Giuffrè, 2018.

²²⁶ A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, p. 596 e ss. Rilevano, inoltre, G. FURCINITI, D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione Europea*, Wolters Kluwers, 2016, che la cooperazione giudiziaria tra Stati, in parallelo ai tentativi di armonizzazione e mutuo riconoscimento, è stata perseguita in primis con la decisione-quadro 2007/845/GAI in materia di cooperazione giudiziaria per il recupero dei beni nel settore del reperimento e della identificazione dei proventi di reato o altri beni connessi. Di fondamentale aiuto alla cooperazione è stata, inoltre, la creazione di squadre investigative comuni ai sensi della decisione-quadro 2002/565/GAI recepita nell'ordinamento interno con il D.Lgs. n. 34 del 2016.

²²⁷ Di particolare rilievo il Report Europol non-conviction based confiscation 2 aprile 2013, disponibile su http://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/EUROJUST_20130402_NCBC_Report.pdf.

²²⁸ In argomento: G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale: verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giuridiziarie*, Giuffrè, 2007.

provvedimenti di confisca in assenza di condanna, per cui il dialogo inter-istituzionale era, e rimane, imprescindibile.

Non così a livello internazionale ove vi è un impianto normativo di regolazione della cooperazione giudiziaria tra Stati costituito dalla Convenzione del Consiglio d'Europa in materia di estradizione del 1957 e la Convenzione relativa alla collaborazione giudiziaria in materia penale del 1959.

In particolare, la necessità di un'attenta cooperazione giudiziaria²²⁹ che favorisse il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna veniva già prevista dalle Convenzioni di Vienna²³⁰, Strasburgo²³¹ e delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale del 2000²³².

La Convenzione di Strasburgo pare specificamente riferirsi alla cooperazione giudiziaria in materia di confisca senza condanna, invitando gli Stati a favorire il mutuo riconoscimento anche nel caso sia stata pronunciata una decisione giudiziaria, non per forza di condanna. Richiede, quindi, un provvedimento penale pronunciato da un'autorità giudiziaria, concernente beni di provenienza delittuosa. Tale Convenzione, quindi, sembrerebbe legittimare la cooperazione giudiziaria in materia di mutuo riconoscimento di provvedimenti di confisca senza condanna che verranno definiti "spuri" perché legati ad un procedimento penale, come nel caso italiano della confisca di prevenzione, ad esclusione della confisca civile, seppur brevemente, descritta nel precedente paragrafo.

Tuttavia, la profonda diversità tra le legislazioni degli Stati aderenti, una generale sfiducia nei provvedimenti adottati da altri Stati, i quali necessitano spesso, un rinnovato controllo giudiziario da parte dello Stato richiesto che spesso si traduce nella opposizione dell'ampia lista dei motivi di rifiuto previsti dalle Convenzioni, sono risultate nella scarsa efficacia della cooperazione giudiziaria a livello internazionale.

²²⁹ Per un approfondimento sulla cooperazione giudiziaria, si veda, in particolare: A. M. MAUGERI, op. cit. p. 596 e ss.

²³⁰ In particolare, la Convenzione di Vienna al comma 7 dell'art. 5 invita gli Stati aderenti ad introdurre, in materia di confisca, l'inversione dell'onus probandi per una più efficace ablazione.

²³¹ La Convenzione di Strasburgo caldeggia la cooperazione giudiziaria tra Stati in materia di indagini, sequestro e confisca di proventi illeciti provenienti da qualunque reato.

²³² Tale Convenzione prevede la possibilità di introdurre l'inversione dell'onere della prova non solo per i proventi derivanti dal reato, ma anche per qualsiasi bene di provenienza illecita.

L'Unione Europea ha, per tale ragione, ritenuto di dover strutturare una più efficace cooperazione giudiziaria in punto di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca in assenza di condanna all'interno dei propri Stati membri.

Da un lato intervenendo con strumenti legislativi puntuali che, però, soffrono della difficile opera di armonizzazione dei modelli di confisca previsti dagli Stati membri, i quali, peraltro, non adottano tutti tipologie aderenti alla confisca senza condanna; dall'altro, irrobustendo e stimolando la cooperazione tra le agenzie investigative.

Quanto al primo punto, nella specifica materia della cooperazione giudiziaria, rilevano, in particolare - oltre la già citata decisione-quadro 2006/783/GAI²³³ relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca - la numero 2007/845/GAI in materia di attività di cooperazione tra Stati membri per il recupero dei beni nel settore del reperimento e dell'identificazione dei proventi di reato o altri beni connessi e la decisione-quadro 2002/465/GAI con la quale si sono istituite le c.d. squadre investigative comuni. Quest'ultima è stata recepita nel nostro ordinamento con il D.Lgs. n. 34 del 2016.

Entrambi gli strumenti legislativi si pongono in una fase preliminare e strumentale all'emanazione del provvedimento di confisca, anche senza condanna. Riguardano, infatti, la fase della cooperazione giudiziaria inter-informativa, facilitando lo scambio di informazioni tra autorità investigative degli Stati membri. La decisione-quadro del 2007, inoltre, si rivolge anche alla fase esecutiva di collaborazione nella esecuzione dei provvedimenti di confisca anche senza condanna²³⁴. Si tratta di strumenti legislativi di fondamentale importanza al fine del rafforzamento della cooperazione giudiziaria orientata al mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca, anche in assenza di condanna²³⁵ ma che necessitano di essere supportati da un apparato

²³³ La decisione-quadro in argomento è stata attuata, in Italia, con il D.lgs. n. 137 del 2015. Per un approfondimento, vedi M. MONTAGNA, *Reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca* in A. MARANDOLA, *Cooperazione giudiziaria penale in Le fonti del diritto italiano*, Giuffrè editore, 2018, parte V Confisca, p. 713 e ss.

²³⁴ Per un approfondimento, G. FURCINITI, D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione Europea*, Cedam, 2016, p. 209 e ss.

²³⁵ Quanto al caso italiano, rilevano in particolare la legge n. 108 del 2017, di recepimento della direttiva 2014/41/UE in materia di ordine di indagine europeo e la legge n. 149 del 2017, la quale determina l'introduzione del titolo I-bis nel codice di procedura penale italiano. Si prevede, quanto alla prima novità legislativa, la possibilità della emissione dell'ordine di indagine europeo anche con riguardo a beni confiscabili ex art. 24 D.lgs. 159/2011. Inoltre, l'inserimento nel codice di una serie di articoli concernenti i "Principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti fra Stati membri dell'Unione europea", determina un rafforzamento del principio della "mutual recognition" all'interno del sistema nazionale italiano inerente alla confisca senza condanna

normativo adeguato anche in materia di mutuo riconoscimento. In attesa degli sviluppi applicativi del regolamento sul punto adottato nel 2018 risulta difficile prevedere gli esiti migliorativi della reciproca esecuzione dei provvedimenti ablatori.

Permane, infatti, una forte disparità tra quanto incamerato dalla criminalità organizzata a seguito dei reati commessi²³⁶ e quanto effettivamente confiscato dalle autorità nazionali²³⁷.

Parallelamente, il legislatore europeo ha istituito una pluralità di agenzie, organi di supporto che perseguono lo specifico fine di rafforzare la cooperazione giudiziaria, specialmente nel caso della non-conviction based confiscation. La difficoltà, infatti, data dall'assenza di un provvedimento formale di condanna, rende estremamente

sub specie di confisca di prevenzione. Per maggiori approfondimenti, si veda: N. PIACENTE, *Overview of Italian legislation and case law on judicial cooperation*, in Riv. Dir. pen. cont. n. 9/2018, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/6617-piacente2018a.pdf>

²³⁶ “Organised criminals and criminal organisations have illegally accumulated huge assets – sometimes larger than the gross domestic product (GDP) of many countries. Estimates by the United Nations place the annual total amount of criminal profits at about US\$2.1 trillion in 2009 (or 3.6% of global GDP in the same year).⁴ In Italy alone, annual organised crime revenues were estimated at €150 billion in 2011. For the United Kingdom, the estimate for 2006 was £15 billion. According to the United Nations, the global drug trade alone generated US\$321 billion in 2005 in illegal profits. The Council of Europe places revenue from trafficking in human beings at US\$42.5 billion annually. The global profits from counterfeit goods were estimated at up to US\$250 billion per year by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). The main illicit markets in the European Union – drugs and fraud – alone generate about €110 billion per year – approximately 1% of GDP.⁵ The accumulation of these amounts over 5, 10 or 20 years generates almost unimaginable wealth – such is the financial “firepower” of organised criminal groups worldwide that the resources available to all but the largest States look insignificant in comparison. As the motion for a resolution underlying this report rightly stresses, such wealth under the control of crime groups and corrupt individuals threatens democracy and the rule of law as we know them, everywhere. In comparison with the huge profits generated by crime, the criminal assets actually confiscated by member States look modest, if not insignificant. For example, in the United Kingdom in 2006 £125 million were recovered by the State. In 2009, confiscated assets for example amounted to €185 million in France, £154 million in the United Kingdom, €50 million in the Netherlands – this figure has increased to €402 million in 2016:⁶ and €281 million in Germany.⁷ According to Europol, European Union agencies freeze an estimated €2.4 billion worth of criminal assets on average each year, out of a total value of illicit crime markets of €110 billion. A report published by Europol’s Criminal Assets Bureau in 2016 indicates that while around €2.4 billion (2.2% of the estimated total) was provisionally seized annually, only about half of this was ultimately confiscated. Europol noted that “the amount of money currently being recovered in the European Union is only a small proportion of the estimated criminal proceeds: 98.9% of estimated criminal profits are not confiscated and remain at the disposal of criminals”, Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Fighting organised crime by facilitating the confiscation of illegal assets, report, Doc. 14516, 26 March 2018. Report 2018 “Committee on Legal Affairs and Human rights.

²³⁷ Il dato più aggiornato è quello contenuto nella *Draft resolution adopted unanimously by the Committee on 24 January 2018*, nella quale si legge che il 98,9 % di proventi criminali stimati non sono confiscati e rimangono a disposizione dei criminali. Ne consegue la confisca di beni delittuosi appartenenti a piccoli gruppi criminali, mentre gli *assets* del crimine organizzato transazionale rimangono sommersi.

arduo rintracciare i beni di provenienza illecita specie se localizzati all'interno di Stati membri diversi.

Come già brevemente evidenziato, risulta di estrema importanza l'attività svolta dalle agenzie investigative europee.

Risultano particolarmente rilevanti l'agenzia EUROPOL²³⁸, EUROJUST²³⁹ e la rete dei procuratori europei²⁴⁰. I tre organismi in questione, attraverso una pluralità di *report* e relazioni lavorano per pervenire alla creazione di un modello comune di non-conviction based confiscation, e per verificare quali siano le criticità riscontrate dagli Stati membri più garantisti nel prevedere un modello di non-conviction based confiscation all'interno del proprio ordinamento. Inoltre, attraverso una pluralità di *impact assessments* monitorano i miglioramenti effettuati nell'ablazione degli *assets* di provenienza illecita in assenza di condanna, approfondendo le metodiche degli Stati membri che adottano modelli più efficaci di *civil forfeiture*²⁴¹.

L'acquisto della piena operatività da parte del "Procuratore europeo" c.d. European Public Prosecutor's Office ('the EPPO'), in quanto ente europeo deputato alla interazione investigativa tra le procure degli Stati membri, attraverso il regolamento del Consiglio 2017/1939/UE potrebbe razionalizzare l'attività delle agenzie investigative europee, determinando così l'aumento dell'efficienza della cooperazione giudiziaria tra Stati non solo quanto all'esecuzione di provvedimenti senza condanna, ma in una fase preliminare e propedeutica all'ablazione patrimoniale, alla ricerca degli

²³⁸ European Union Agency for Law Enforcement Cooperation.

²³⁹ European Union's Judicial Cooperation Unit.

²⁴⁰ La Rete dei Procuratori generali delle Corti supreme (Network of European General Prosecutors) è stata fondata nel 2009 ed esprime pareri su questioni concernenti la criminalità in Europa su richiesta del Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa nella sua formazione di Consiglio consultivo dei Procuratori europei (CCPE *Consultative Council of European Prosecutors*).

²⁴¹ Eurojust (2010). Annual Report. <http://eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202010/Annual-Report-2010-EN.pdf>; Eurojust (2012a). Annual Report. <http://eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202012/Annual-Report-2012-EN.pdf>; ; Eurojust (2012b). Opinion on the Proposal of the European Commission for a Directive on the Freezing and Confiscation of the Proceeds of Crime in the European Union. <http://www.statewatch.org/news/2012/nov/eu-eurojust-opinion-confiscation.pdf>; EUROPOL (2013). SOCTA – EU Serious and Organized Crime Threat Assessment. <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/socta2013.pdf>. Di particolare interesse è il report sulla non-conviction based confiscation realizzato da Europol nel 2017 "Report on non-conviction-based confiscation (General Case 751/NMSK – 2012)" disponibile su http://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/EUROJUST_20130402_non-conviction_based_confiscation_Report.pdf.

assets di provenienza criminosa e al relativo congelamento. Tuttavia, l'incisività di un tale ente discende, a parere di scrive, in una più incisiva armonizzazione.

Il legislatore europeo ha altresì provveduto, negli anni, alla promozione di reti internazionali di professionisti competenti, quali la CARIN²⁴² e la piattaforma ARO²⁴³ o altri *forum* pertinenti che garantiscono un sistema investigativo efficace ed efficiente attraverso l'assistenza di *Eurojust* ed *Europol*, e la promozione di un maggiore coinvolgimento dei paesi terzi dell'Unione europea in tali squadre.

L'intervento rafforzativo in materia di cooperazione giudiziaria viene realizzato anche attraverso la creazione di enti deputati allo studio delle problematiche concernenti la creazione di modelli di non-conviction based confiscation negli Stati membri. Ciò, principalmente attraverso il c.d. COPEN, organismo europeo deputato a fornire pareri sugli strumenti legislativi concernenti la cooperazione tra Stati membri nel diritto penale "europeo"²⁴⁴ e la *Committee on Legal Affairs and Human Rights*²⁴⁵.

Quest'ultima, nel report del 26 marzo 2018, ha formulato ulteriori osservazioni per l'implementazione del sistema della non-conviction based confiscation, prendendo spunto dalle *best practices* dei vari Stati membri, che includano adeguate tutele ma anche misure pratiche per sviluppare una più efficace cooperazione giudiziaria in questo settore.

In particolare, le *best practises* individuate concernono: da un lato, il pieno controllo giurisdizionale, da parte di un tribunale indipendente e imparziale, entro un termine

²⁴² Camden Asset Recovery Inter-Agency Network: CARIN è una rete informale di contatti e un gruppo cooperativo che si occupa di tutti gli aspetti della confisca dei proventi di reato. La sua rete comprende operatori di 53 giurisdizioni e nove organizzazioni internazionali. Si è affermata come centro di competenza in questo campo, promuovendo lo scambio di informazioni e di buone pratiche, e formula raccomandazioni agli organismi internazionali quali la Commissione europea e il Gruppo di azione finanziaria internazionale (GAFI); fornisce inoltre consulenza alle altre autorità competenti e facilita la formazione in tutti gli aspetti della confisca dei proventi di reato, raccomandando che tutti gli Stati istituiscano uffici per il recupero dei beni.

²⁴³ Asset Recovery Offices: All'interno dell'Unione europea, la piattaforma ARO incoraggia la cooperazione tra gli organismi competenti dell'Unione europea e alcuni Stati terzi interessati (tra cui gli Stati Uniti, Israele, la Serbia, la Federazione russa e la Turchia). Piattaforme e strutture simili esistono in altre parti del mondo, come fortemente incoraggiato dall'iniziativa "Recupero dei beni rubati" (Stolen Assets Recovery - StAR) promossa dalla Banca mondiale.

²⁴⁴ Council's Working party Cooperation in Criminal matters (COPEN). Durante il Council of the European Union, Summary of discussions of the COPEN meeting on 13 January 2017 (presentation and general comments). Working Party on Cooperation in Criminal Matters (COPEN) - Mutual recognition of freezing and confiscation orders, 25 January 2017, il COPEN si è focalizzato sulla individuazione di regole comuni in materia di confisca in assenza di condanna.

²⁴⁵ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Fighting organised crime by facilitating the confiscation of illegal assets, report, Doc. 14516, 26 March 2018. Report 2018 "Committee on Legal Affairs and Human rights".

ragionevole, di qualsiasi decisione di congelamento o confisca di beni illeciti, anche senza condanna; dall'altro, la concessione di indennizzi alle persone i cui beni sono stati congelati o confiscati per errore, nonché la previsione del patrocinio a spese dello Stato per i ricorsi giurisdizionali e le procedure di risarcimento per le persone che non possono permettersi un rappresentante legale.

E', inoltre, di eccezionale importanza la creazione di un organismo specializzato per il congelamento e la confisca dei beni illeciti, con un personale professionale e multidisciplinare che abbia accesso alle informazioni pertinenti in possesso degli organismi preposti all'applicazione della legge (in particolare polizia e dogane) e delle autorità fiscali e sociali.

Un'ulteriore soluzione allo scarso successo dell'ablazione di patrimoni illeciti in assenza di condanna consiste nell'implementazione della trasparenza, attraverso una costante informazione al pubblico²⁴⁶ delle operazioni realizzate con successo e ai problemi incontrati, di modo che anche la comunità possa collaborare con le autorità all'individuazione di *assets* di provenienza illecita.

La presente rassegna dimostra come le istituzioni europee siano largamente impegnate nella predisposizione di strumenti adeguati per il ritrovamento di beni di provenienza illecita, di modo da poter ottenere indizi consistenti tali da poter supplire all'assenza di una pronuncia formale di condanna.

Tuttavia, in assenza di un apparato legislativo soddisfacente le agenzie investigative, i forum e tutte le nuove entità create non possono ovviare alla disomogeneità legislativa e giudiziaria tra Stati. Quindi il mutuo riconoscimento non può, allo stato, prescindere da una valutazione caso per caso, provvedimento per provvedimento delle autorità giudiziarie degli Stati membri²⁴⁷.

²⁴⁶ Report, p. 14: "Last but not least, asset recovery offices should regularly inform the general public both of operations successfully carried out and of problems encountered. Detailed statistics should be kept and regularly published by asset recovery offices, notably on target persons and their affiliations, on the types of predicate offences and the categories and quantities of assets frozen or confiscated. This would help the competent authorities target operations more effectively and adjust priorities and tactics in good time". The lack of reliable data has been noted with regret by an important research project funded by the European Commission (Project OCP – From illegal markets to legitimate businesses: the portfolio of organised crime in Europe). Vedi E. U. SAVONA e M. RICCARDI, "From illegal markets to legitimate businesses: the portfolio of organized crime in Europe", Final Report of project OCP – organised crime portfolio (www.ocportfolio.eu), 2015, p. 7.

²⁴⁷ Rileva, al proposito, G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale in Quaderni di diritto penale, internazionale ed europeo*, Giuffrè editore, 2007, che: "nell'ambito di un ordine giuridico globale in fieri, ... la produzione giurisprudenziale assume un ruolo decisivo, formante, nella dinamica delle fonti di diritto penale internazionale".

A tal proposito, è di particolare interesse la vicenda italiana con il c.d. "caso Crisafulli", in quanto primo caso di mutuo riconoscimento di provvedimenti applicativi della confisca senza condanna; nonché il caso giudiziario risolto dalla Confederazione Elvetica nel 2011. La prima vicenda prende avvio dalla richiesta da parte dell'Italia, alla Francia, sulla base della Convenzione di Strasburgo, di eseguire una decisione di confisca non basata sulla condanna di un immobile sito in Francia²⁴⁸. È interessante rilevare come nel caso di specie si sia pervenuti all'esecuzione del provvedimento di confisca di prevenzione italiana sulla base della considerazione da parte della Cassazione francese della definitività della misura ablatoria, sulla confiscabilità del bene anche secondo la legge francese e dell'assenza di violazione del principio dell'ordine pubblico. Orbene, nonostante in Francia si possa confiscare soltanto all'esito di un procedimento penale, la Corte aveva concluso per l'eseguibilità del provvedimento per l'impianto di garanzie a monte²⁴⁹. Più in chiaro, il proposto era già stato condannato in un parallelo processo penale e la misura ablatoria aveva oggetto beni di provenienza illecita, accertata con condanna penale²⁵⁰. Ne consegue, che il mutuo riconoscimento di provvedimenti di confisca senza condanna tra gli Stati membri può essere portato a termine solo attraverso un irrobustimento delle garanzie sostanziali, procedurali e processuali delle confische nei diversi ordinamenti giuridici.

Anche nel secondo caso oggetto di analisi, la Corte questa volta svizzera²⁵¹, ha ritenuto la confisca di prevenzione italiana conforme al suo sistema giuridico, accogliendo una richiesta di rogatoria della procura di Milano. Ciò, sulla base della considerazione della natura della confisca *ante delictum* italiana, che, ancorché sostanzialmente penale in

²⁴⁸ L'imputato Crisafulli era stato condannato in Italia per associazione a delinquere finalizzata al traffico di droga (Tribunale di Milano, 1999). Crisafulli possedeva una villa in Francia. La villa non era direttamente collegata al traffico di droga del sig. Crisafulli, ma la Corte italiana aveva dimostrato che la villa era stata acquistata sulla base dei proventi del traffico di droga. La "Cour de cassation" francese ha accettato di eseguire l'ordinanza italiana pur non avendo previsto la confisca non basata sulla condanna nel suo diritto nazionale (2003). La villa è stata sequestrata e confiscata. Per un approfondimento circa i risvolti pratici della decisione in punto di cooperazione giudiziaria nel mutuo riconoscimento: G. MELILLO, *L'esecuzione all'estero delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Quest. giustizia* 2004 n. 4, p. 771.

²⁴⁹ Nello stesso senso, Cour de Cassation, chambre criminelle, 4 giugno 2009, *Sci Zanoro – Villa Kismet* 2011.

²⁵⁰ Cour de Cassation, chambre criminelle, 13 novembre 2003, n. 03-80.371, vdi Cour de Cassation, chambre civile, 4 giugno 2009, n. 08-16142; Cour de cassation, chambre criminelle, 19 ottobre 2011, n. 11-80147).

²⁵¹ Trib. penale federale svizzero, sez. II, 21 gennaio 2011, Pres. Cova, ric. A.

quanto collegata ad un procedimento penale, parrebbe conforme ai principi e garanzie enunciati dalla Corte Edu.

I casi giudiziari sopracitati dimostrano che il giudice dello Stato richiesto, al fine di una più efficace cooperazione giudiziaria nel mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna, deve prescindere da un approccio formalista, adottando una visione sostanzialistica del provvedimento²⁵², in disparte della natura civile, penale, amministrativa o di prevenzione della confisca che si chiede di eseguire.

Però tale approccio non è sufficiente perché non ha una base normativa e dipende integralmente dalla discrezionalità giudiziaria delle autorità dei vari Stati Membri. Peraltro, l'esito usuale di richieste di mutuo riconoscimento di provvedimenti di confisca senza condanna tra Stati membri, specie se dotati di un modello di confisca senza condanna civilistica "pura", non è positivo²⁵³. Lo Stato richiesto, infatti, è solito

²⁵² Viene rilevato nel Report Europol non-conviction based confiscation 2 aprile 2013 che la cooperazione non deve dipendere dalla condizione che lo stato richiesto abbia nel suo ordinamento lo stesso tipo di confisca senza condanna ma dall'esistenza dei "*minimum requirements regarding fairness of proceedings and judicial review*". E deve essere compendiata da investigazioni transazionali con l'aiuto di *join investigation teams*, i quali possano anche monitorare in tempo reale le informazioni finanziarie della cui provenienza lecita si abbia motivo di dubitare. Ciò, è stato fatto in Spagna con il "financial products file", strumento che permette ai giudici interni di avere accesso alle informazioni aggiornate concernenti strumenti finanziari di presumibile provenienza illecita.

²⁵³ Particolarmente interessante è, infatti, il caso giurisprudenziale bulgaro, iniziato nel 2016 e non ancora concluso. In Bulgaria l'autorità statale designata per il recupero dei beni è la Commissione per la confisca dei beni illegali (CIAF), che è un organismo amministrativo indipendente. La Bulgaria ha un sistema di confisca senza condanna civile in vigore dal 2012. Il 29 febbraio 2016 il CIAF ha presentato al tribunale della città di Sofia una domanda di confisca di beni illegali per un importo di 2 203 445 038 BGN, pari a 1 126 603 558 EUR contro un cittadino bulgaro, i membri della sua famiglia e le persone giuridiche sotto il suo controllo. Le parti convenute contro la domanda civile presentata sono ventisette persone fisiche e giuridiche, collegate all'azionista di maggioranza del capitale di una società fallita. Alcuni dei soggetti giuridici, che compaiono come convenuti, sono registrati in diversi paesi europei e zone offshore. Oggetto della richiesta di confisca sono i beni situati nella Repubblica di Bulgaria, nella Confederazione Svizzera, nel Granducato di Lussemburgo e nella Repubblica di Grecia. Avendo individuato beni in giurisdizioni straniere, il CIAF ha cercato di imporre misure provvisorie nei loro confronti. Questo processo è stato turbato dal fatto che l'attuale quadro giuridico dell'UE si applica solo ai procedimenti penali e l'esecuzione delle decisioni di confisca richiede una condanna penale preventiva. Senza la possibilità di utilizzare gli strumenti giuridici esistenti per garantire la cooperazione giudiziaria in materia penale, il CIAF ha dovuto avventurarsi in altre opportunità giuridiche. Gli strumenti giuridici utilizzati in questo caso sono la Convenzione di Lugano del 2007 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (per quanto riguarda le giurisdizioni al di fuori dell'UE, come la Confederazione svizzera) e il regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. L'esperienza attuale del CIAF è che l'esecuzione degli ordini di congelamento è più facile al di fuori dell'UE, utilizzando la Convenzione di Lugano del 2007, piuttosto che all'interno dell'UE, applicando il Regolamento UE 1215/2012. Il primo tentativo di esecuzione di un ordine di congelamento è stato fatto nella Confederazione Svizzera, dove è stato eseguito con successo un ordine di congelamento, emesso dal tribunale della città di Sofia, che ha portato al congelamento di diversi conti bancari e di un bene immobile (il cui valore è stimato a circa 25 milioni di euro). D'altro canto, la

opporre il rifiuto per svariati motivi, tra cui l'assenza, nel proprio ordinamento, di un modello analogo di confisca senza condanna²⁵⁴.

Pertanto, pare senza dubbio alcuno necessario vagliare altre possibili soluzioni.

Per pervenire alla creazione di un vero e proprio “Spazio Unico europeo di giustizia”²⁵⁵ sarebbe invece auspicabile un rafforzamento dei diritti fondamentali dei soggetti interessati dal provvedimento di confisca in assenza di condanna²⁵⁶, con conseguente rafforzamento del ruolo del giudice penale, come garante della compatibilità comunitaria della legislazione, ma anche degli esiti delle indagini di rilievo transazionale.

CIAF ha cercato di eseguire i provvedimenti di congelamento nel Granducato di Lussemburgo e in Grecia, ma finora non ha avuto successo (sono state avviate procedure anche in altre giurisdizioni straniere, attualmente pendenti, ma per motivi di riservatezza non è possibile divulgare i dettagli). Una volta ottenuti i documenti necessari ai sensi del Regolamento (UE) 1215/2012, il CIAF ha inviato una richiesta alle autorità lussemburghesi competenti per l'esecuzione e l'imposizione di misure di congelamento delle azioni di società registrate nel Granducato. Le autorità lussemburghesi hanno rifiutato per il motivo formale che il CIAF non era rappresentato da un avvocato locale o da un rappresentante ad litem. Secondo le norme procedurali, si tratta di un prerequisito obbligatorio prima che il procedimento giudiziario possa iniziare. Secondo il CIAF, questo ostacolo è molto difficile da superare, a causa dell'alto rischio che accompagna la divulgazione di informazioni altamente riservate a privati in un procedimento civile, come dimostrano gli avvocati. In questo caso il CIAF ha quasi rischiato di rivelare informazioni agli avvocati, collegati alla persona indagata, a causa della loro mancanza di capacità di rintracciare i collegamenti tra le diverse parti al di fuori del territorio della Repubblica di Bulgaria. Un'altra parte del problema è strettamente finanziario: la CIAF ha cercato di imporre ordini di congelamento delle azioni della società, che alla fine si è rivelata inferiore al compenso richiesto dagli studi legali lussemburghesi contattati. Questo rende l'intero processo finanziariamente svantaggioso. Per l'esecuzione di un altro ordine di congelamento in Grecia, la CIAF aveva nuovamente bisogno di un avvocato locale, che in questo caso si è rivelato più facile da superare, tenendo presente che la Grecia è un paese confinante. È stato identificato un avvocato greco di fiducia, ma la procedura è inciampata quando gli ordini di esecuzione dovevano essere iscritti nei registri locali del commercio e delle imprese. L'ufficiale giudiziario non ha iscritto gli ordini di congelamento a causa di una modifica della legislazione locale, che gli ha impedito di valutare correttamente il valore dei beni, quindi il processo non poteva continuare. Ciononostante, la CIAF è in un processo di chiarificazione dei prossimi passi per superare gli ostacoli, nel rispetto delle procedure legali locali: <http://www.ciaf.government.bg/pages/view/project-on-improving-the-asset-recovery-system-in-bulgaria-109/>

²⁵⁴ La Spagna, ad esempio, è sistematicamente solita rifiutare l'esecuzione di provvedimenti di confisca senza condanna di tipo civilistico: ERA, Presentation made by Rosa Ana Moran Martinez, Spanish Chief Prosecutor, 19.5.2016.

²⁵⁵ Per un'analisi sullo stato dell'arte, si vedano gli approdi descritti alla Conferenza su “Mutual recognition of judicial decisions and confiscation 15 years after Tampere: an additional tool for depriving criminals of their illicit assets all over the Union”, organizzata dalla Presidenza italiana del Consiglio dell'Unione europea in collaborazione con la Commissione europea e il Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it

²⁵⁶ N. SELVAGGI, in Disposizioni dell'Unione Europea, *Direttiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 “relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi del reato nell'Unione Europea”*, in T. EPIDENDIO, G. VARRASO, *Codice delle confische penali*, Giuffrè, 2018.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella della costituzionalizzazione del mutuo riconoscimento, per prevenire e/o contrastare la possibile opposizione dei controlimiti da parte degli Stati membri. E ciò, potrebbe risultare nel consolidamento della *confiance mutuelle* che è alla base del principio del mutuo riconoscimento, specie quando si tratti di decisioni penali e *a fortiori* nel caso di provvedimenti di confisca, pronunciati da uno stato, in assenza di condanna, al fine di voler scongiurare l'opposizione di motivi di rifiuto da parte di uno stato maggiormente garantista. Però, resta il fatto che se prima non ci si accorda su cosa si debba intendere su procedimento e provvedimento in assenza di condanna sarà difficile per gli Stati pervenire ad un'esecuzione "informale".

A tal proposito, parrebbe utile differenziare tra i casi di provvedimenti di confisca senza condanna pura e confisca senza condanna che siano esito di un accertamento penale di condanna all'interno di un diverso procedimento ma nei confronti del medesimo soggetto²⁵⁷, anche se celebrato all'interno di un diverso Stato membro²⁵⁸. Infatti, se, allo stato la cooperazione giudiziaria in materia penale di provvedimenti di non-conviction based confiscation pura ha scarse possibilità di successo, data la totale assenza di una pronuncia formale di condanna; nei casi di non-conviction based confiscation "spuria", vale a dire nei casi di confisca disposta anche sulla base di sentenze di condanna, ancorché per diversi reati emesse a seguito di processi penali, il maggior quadro di garanzie in punto di provenienza illecita dei beni è spesso per lo stato richiesto motivo di esecuzione del provvedimento straniero, come dimostrato dai casi giurisprudenziali sopracitati.

Da quanto sopra, emerge che la cooperazione giudiziaria svolge, al fine del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna un ruolo di primaria importanza ma deve essere compendiata da adeguati strumenti normativi e, in seconda

²⁵⁷ Così, A. M. MAUGERI, *"L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie Cedu?"*, op. cit.; F. LO VOI, *Intervento durante la Conferenza su "Mutual recognition of judicial decisions and confiscation 15 years after Tampere: an additional tool for depriving criminals of their illicit assets all over the Union"*, organizzata dalla Presidenza italiana del Consiglio dell'Unione europea in collaborazione con la Commissione europea e il Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it

²⁵⁸ Di particolare interesse è la vicenda giudiziaria che ha interessato un soggetto olandese al quale sono stati confiscati 450 mila euro, all'interno del quale Eurojust ha svolto un ruolo fondamentale. Il soggetto in questione, nell'impossibilità di giustificare la legittima provenienza dei beni, ha subito dapprima il sequestro da parte delle autorità olandesi e, successivamente, attraverso una attiva cooperazione giudiziaria con le autorità italiane, la confisca degli stessi beni. .

analisi, la sua piena operatività discende, dalla predisposizione da parte degli Stati membri di una normativa quanto più chiara in materia di non-conviction based confiscation, dotata di un impianto di garanzie quanto più adeguato.

Inoltre, il perseguimento di un'efficace armonizzazione delle legislazioni tra Stati membri dell'Unione Europea, assieme ad una legge che disciplini il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna si pongono come presupposti ineliminabili ad un pieno contrasto alla criminalità da profitto. Tale obiettivo è stato perseguito con la direttiva 2014/42/UE, quanto al tentativo di armonizzazione, e con la proposta di regolamento 2016/0412, quanto a quello di realizzare il mutuo riconoscimento. Si tratta, come vedremo, dei primi interventi che apertamente affrontano il problema della confisca senza condanna, con un pregevole, seppure per taluni versi insoddisfacente sforzo, di pervenire ad una *reductio ad unum* del sistema in soggetta materia.

3. LA CONFISCA SENZA CONDANNA NELLA DIRETTIVA 2014/42/UE

Nel 2014 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato la direttiva 2014/42/UE²⁵⁹ relativa al congelamento e alla confisca degli strumenti e dei proventi del reato nell'Unione europea. In base a tale direttiva, gli Stati membri dovrebbero

²⁵⁹ L'ambito di applicazione della direttiva, quanto ai reati-presupposto, è piuttosto ampio. L'art. 3 prevede che la direttiva si applichi ai reati contemplati: a) dalla «Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari»; dalla decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro; c) dalla decisione quadro 2001/413/GAI del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti; d) dalla decisione quadro 2001/500/GAI del Consiglio, del 26 giugno 2001, concernenti il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato; e) dalla decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo; f) dalla decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato; g) dalla decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti; h) dalla decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata; i) dalla direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI; j) dalla direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio; k) dalla direttiva 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 agosto 2013, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio.

consentire la confisca di tali strumenti e proventi (o beni dello stesso valore), previa condanna penale definitiva o, nei casi in cui non risulti possibile, anche senza condanna.

Ciò, in quanto è spesso molto difficile stabilire un legame diretto tra i proventi e i reati specifici e sussiste quindi il rischio che i proventi di reato si disperdano²⁶⁰.

Pertanto, alcuni Stati membri²⁶¹ consentono la confisca di beni senza una condanna penale preventiva, mediante una decisione giudiziaria amministrativa o civile. Ma molti altri non prevedono alcun modello di confisca senza condanna, pura né tantomeno spuria²⁶².

Per tale ragione il legislatore europeo ha sentito l'esigenza di armonizzare le legislazioni degli Stati membri²⁶³ con la direttiva 2014/42/UE²⁶⁴ in un settore molto delicato come quello della confisca, specie in assenza di condanna²⁶⁵.

²⁶⁰ La finalità principale della direttiva è infatti quella di estinguere le attrattive del reato da parte della criminalità organizzata. Sul punto, vedi N. SELVAGGI, *Disposizioni dell'Unione Europea, Direttiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 "relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi del reato nell'Unione Europea"*, op. cit.

²⁶¹ Non esistono norme comuni a livello dell'UE ed esistono differenze sostanziali al riguardo tra gli Stati membri dell'UE. Molti non prevedono alcun modello di confisca senza condanna. Per tale ragione, in una risoluzione sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro del giugno 2013, il Parlamento ha invitato gli Stati membri a prendere in considerazione l'attuazione di modelli di confisca dei beni modellati sulle regole e garanzie del diritto civile, sicuramente meno rigide di quelle previste nel diritto penale. Tale eventualità doveva essere limitata ai casi in cui, in base al principio del "più probabile che non" e previa autorizzazione di un tribunale, si possa stabilire che i beni siano il risultato di attività criminali o siano utilizzati per tali attività. Il Parlamento Europeo ha espresso parere favorevole alla utilizzazione, da parte degli Stati membri, di modelli preventivi di confisca a seguito di una decisione giudiziaria, nel rispetto delle garanzie costituzionali nazionali e fatti salvi il diritto di proprietà e quello di difesa. A seguito di una richiesta dei co-legislatori, la Commissione europea ha annunciato, nel quadro dell'agenda europea per la sicurezza presentata il 28 aprile 2015, che avrebbe pubblicato uno studio di fattibilità su norme comuni per la confisca non basata sulla condanna dei beni derivanti da attività criminali. La Commissione ha successivamente precisato che intendeva pubblicarlo nel 2017 e nel settembre e novembre 2016 ha organizzato riunioni di esperti sull'argomento.

²⁶² La confisca senza condanna pura è misura ablatoria civilistica, sganciata dal processo penale; quella spuria, viene applicata all'interno del processo penale o dipende da esso. Per esemplificare si pensi nell'un caso alla confisca civilistica applicata nei paesi anglosassoni; nell'altro alla confisca da estinzione del reato per prescrizione e alla confisca di prevenzione di cui al Codice Antimafia.

²⁶³ Ciò, anche a ragione delle pluralità di legislazioni esistenti in materia di confische, recanti natura giuridica diversa, nonché funzioni precipuamente diverse. In argomento: E. NICOSIA, op. cit.; A. M. MAUGERI, *Le sanzioni patrimoniali*, spec. 451 ss. (per i profili di diritto comparato) e 511 ss. (per il diritto europeo), op. cit; C. KING; C. WALKER, *Dirty assets : emerging issues in the regulation of criminal and terrorist assets*, Farnham : Ashgate, 2014, pp. 355.

²⁶⁴ La direttiva in analisi si fonda sugli artt. 82 par. 2 e 83 par. 1 del TFUE.

²⁶⁵ Ciò, in quanto, come rilevato dal considerando n. 1 della Direttiva 2014/42/UE: "Il motore principale della criminalità organizzata transfrontaliera, comprese le organizzazioni criminali di stampo mafioso, è il profitto economico. Di conseguenza, le autorità competenti dovrebbero disporre dei mezzi per rintracciare, congelare, gestire e confiscare i proventi da reato. Tuttavia, la prevenzione e la lotta efficaci contro la criminalità organizzata dovrebbero essere conseguite neutralizzando i proventi da

L'obiettivo di armonizzazione non collide con quello di un più agile mutuo riconoscimento di provvedimenti tra Stati membri. Al contrario, il raggiungimento di un impianto comune di regole in punto di non-conviction based confiscation produce l'effetto di una maggiore eseguibilità all'estero di pronunce ablatorie.

La confisca senza condanna di cui gli Stati membri devono dotarsi rappresenta la novità più significativa della legislazione europea in analisi, nonché il modello di confisca più problematica, a causa della mancanza di una pronuncia di condanna rispetto ad un provvedimento sostanzialmente afflittivo²⁶⁶.

La definizione di confisca senza condanna "minima" che emerge dalla direttiva può essere desunta dall'art. 2 co 1 n. 4) del regolamento in combinato disposto con l'art. 4 comma 2 della direttiva.

La confisca senza condanna viene definita come la privazione definitiva di beni strumentali o proventi del reato ordinata da un'autorità giudiziaria in relazione a un reato alla quale si ricorre nel caso in cui non sia possibile procedere a confisca ordinaria sulla base di pronuncia formale definitiva a causa della malattia o fuga²⁶⁷ dell'indagato o imputato. Ciò, soltanto nel caso in cui sia stato già avviato un procedimento penale che, ove concluso, avrebbe avuto esito condannatorio per

reato e dovrebbero essere estese, in alcuni casi, a qualsiasi bene derivante da attività di natura criminosa".

²⁶⁶ La confisca ordinaria, infatti, presuppone la condanna e pone soltanto delle questioni in punto di confiscabilità del profitto. *Così, M. ROMANO, Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, op. cit. Parimenti, la confisca per equivalente è stata riconosciuta afflittiva a tutti gli effetti e quindi necessita anch'essa della condanna formale. Corte EDU, Grayson e altri c. Regno Unito, 23 settembre 2008, n. 19955/05; tenendo conto della corrente qualificazione come 'sanzione', nella giurisprudenza di legittimità nazionale, ex multis, C. III n. 6047/16; C. VI, n. 12653/16; C. VI, n. 33226/15; C. II, n. 24785/15; C. III, n. 45189/13; C. III, n. 17610/12. Ulteriore tipo di confisca particolarmente problematico è quello della c.d. confisca allargata, soprattutto con riguardo alla larga spettro di applicazione della presunzione di provenienza illecita dei beni e di sproporzione. Sul punto: A.M. MAUGERI, *Confisca "allargata"*, op. cit; pp. 63 ss.; E. SQUILLACI, pp. 1525 ss.

²⁶⁶ La necessità di dare un'impronta garantista in materia di confisca è stata messa in rilievo all'interno del Programma di Stoccolma-Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, Gazzetta Ufficiale C115 del 4 maggio 2010, è disponibile all'indirizzo: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:en:PDF>.

²⁶⁷ Si intende per malattia l'impedimento dell'indagato o dell'imputato a comparire nel procedimento penale per un periodo prolungato e, di conseguenza, il procedimento non può proseguire in condizioni normali. L'indagato o l'imputato può essere chiamato a provare lo stato di malattia, ad esempio con un certificato medico, di cui l'autorità giudiziaria dovrebbe poter non tener conto qualora lo ritenga insoddisfacente. E' opportuno che il diritto dell'interessato di farsi rappresentare nel procedimento da un difensore non sia messo in pericolo (considerando n. 16 della direttiva).

l'indagato o per l'imputato²⁶⁸. Ne risulta una nozione di confisca senza condanna dalla portata applicativa alquanto ridotta.

Ma, si noti come la direttiva si limiti solo a fissare norme minime per la confisca senza condanna. Gli Stati possono, dunque, prevedere che venga disposta anche al di fuori delle limitate condizioni previste, come evidenziato nel considerando n. 22 dello strumento normativo²⁶⁹.

Ciononostante, buona parte della Dottrina²⁷⁰ ne ha criticato la tecnica legislativa, nonché i risultati applicativi in punto di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri.

Per riuscire a comprendere in quale modo il legislatore europeo possa, nella futura attività normativa, strutturare un modello di confisca senza condanna più soddisfacente ai fini dell'armonizzazione delle discipline statali, è preliminare l'indagine circa le note sia positive che negative del modello di confisca senza condanna delineato nella direttiva, soffermandosi poi sull'attuazione che la confisca senza condanna ha avuto nell'ordinamento italiano a seguito della sua adozione.

Quanto al primo punto, la direttiva rappresenta il primo tentativo di fornire un *minimum standard* di confisca senza condanna che fosse omogeneo per tutti gli Stati membri. Peraltro, compendiato dalla richiesta agli Stati membri dell'aderenza di tale istituto al principio di proporzionalità, anche se nei considerando²⁷¹ e non

²⁶⁸ Articolo 4, Direttiva 2014/42/UE: "1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, di beni strumentali e proventi da reato, o di beni di valore corrispondente a detti beni strumentali o proventi, in base a una condanna penale definitiva, che può anche essere pronunciata a seguito di un procedimento in contumacia. 2. Qualora la confisca sulla base del paragrafo 1 non sia possibile, almeno nei casi in cui tale impossibilità risulti da malattia o da fuga dell'indagato o imputato, gli Stati membri adottano le misure necessarie per consentire la confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato laddove sia stato avviato un procedimento penale per un reato che può produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico e detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato".

²⁶⁹ Per un commento sulla direttiva del 2014, si veda: G. FURCINITI, D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione Europea*, Cedam, 2016, pp. 235 e ss.

²⁷⁰ In particolare, F. ALAGNA, *Non-conviction Based Confiscation: Why the EU Directive is a Missed Opportunity*, Eur J Crim Policy Res (2015) 21:447-461, Springer Science+Business Media Dordrecht 2014.

²⁷¹ Il cui testo è il seguente: 17) Nell'attuazione della presente direttiva con riguardo alla confisca di beni di valore corrispondente ai beni strumentali al reato, le pertinenti disposizioni potrebbero essere applicate se, alla luce delle circostanze particolari del caso di specie, tale misura è proporzionata, considerato, in particolare, il valore dei beni strumentali interessati. Gli Stati membri possono anche considerare se, e in che misura, il condannato sia responsabile di rendere impossibile la confisca dei beni strumentali; 18) Nell'attuazione della presente direttiva, gli Stati membri possono prevedere che, in circostanze eccezionali, la confisca non sia ordinata qualora, conformemente al diritto nazionale, essa rappresenti una privazione eccessiva per l'interessato, sulla base delle circostanze del singolo caso, che dovrebbero essere determinanti. È opportuno che gli Stati membri facciano un ricorso molto limitato a

nell'articolato della direttiva. Si tratta di una specificazione di particolare importanza in quanto, l'assenza di una pronuncia di condanna per questo tipo di confisca necessita di essere controbilanciata da un impianto di garanzie adeguato.

Particolare attenzione, inoltre, viene dedicata ai terzi proprietari o che vantino diritti di natura reale nei confronti dei beni oggetto di ablazione reale. Diritti che necessitano di una tutela strutturata nel caso delle confische in assenza di condanna: ciò, in quanto proprio in relazione a tali casi la Corte Edu ha rinvenuto la violazione da parte di taluni Stati degli *standard* garantistici minimi delineati dall'art. 6 par. 1 della Carta convenzionale.

Risultano, tuttavia, molto più consistenti le note negative di tale direttiva rispetto al modello di confisca senza condanna che va a delineare.

In prima analisi, la lettera dell'art. 4 comma 2 della medesima esclude la confiscabilità in assenza di condanna di tipo civilistico, richiedendo che il procedimento penale sia iniziato prima che si possa procedere alla confisca in assenza di condanna.

Né si potrebbe sostenere, a parere di scrive, che la direttiva andrebbe interpretata come forma di legittimazione della confisca senza condanna per le misure ablatorie previste dalle direttive e decisioni-quadro precedentemente adottate. Ciò, in quanto, il dato letterale dell'art. 4 comma 2 è oltremodo chiaro e, come rilevato, richiede una forte interdipendenza tra procedimento penale e *in rem*, nonché la necessità che il giudice, sulla base di uno *standard* civilistico rafforzato, si convinta del nesso di derivazione dei beni dal reato accertato, benchè in assenza di una condanna.

Orbene, superando, per il momento le perplessità concernenti il significato "processuale" da attribuire allo *standard* civilistico rafforzato richiesto per l'operatività della non-conviction based confiscation, la direttiva in commento delinea un modello di confisca "fittiziamente" senza condanna, in quanto esclude, come già rilevato, l'autonomia tra procedimento penale e *in rem*, in casi così tanto isolati – fuga e malattia – che rendono, nella pratica, tale confisca una misura ablatoria interdipendente e sussidiaria al procedimento penale: lontana, dunque, dalla civil forfeiture, dall'*actio in rem* e dalla confiscation, modelli *in rem par excellence* previsti nei diversi ordinamenti statuali.

questa possibilità e abbiano la possibilità di non ordinare la confisca solo quando essa determinerebbe per l'interessato una situazione critica di sussistenza.

E' stato tuttavia rilevato che sebbene questo risultato mini all'efficienza della misura e ad un fluido mutuo riconoscimento, ostacola quel consolidamento del procedimento *in rem* alla stregua di un doppio binario, indipendente e autonomo, talvolta sostitutivo del processo penale. Opzione aspramente criticata dalla dottrina più garantistica, in quanto determinante una vera e propria scorciatoia processuale²⁷², nonché un aggiramento delle garanzie attraverso l'utilizzo della *fictio iuris* della colpevolezza del bene di provenienza illecita²⁷³.

L'opzione relativa alla costruzione di un modello di confisca di condanna civilistica era, invero, stata accolta dalla c.d. Proposta Libe.

La direttiva non accoglie la proposta formulata dalla *Commissione del Parlamento europeo per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (nel prosieguo la Commissione Libe)*, con la quale si delineava un modello di vera e propria *actio in*

²⁷² V. N. D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Misure di Prevenzione*, S. FURFARO, Diritto e processo penale, Torino, 2013, pp. 60 ss.

²⁷³ Rileva, condivisibilmente, A. M. MAUGERI, *Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*. Note alla proposta della Commissione COM/2012/085 final - 2012/0036 (COD) 12 marzo 2012, disponibile su www.penalecontemporaneo.it: "Tale opzione sembra più garantista della scelta fatta invece in molti ordinamenti in cui l'*actio in rem*, destinata all'applicazione anche di forme allargate di confisca, è divenuta una sostanziale alternativa all'azione penale in personam e viene considerata preferibile in termini di efficienza perché consente di aggredire i patrimoni con minori garanzie (richiedendo spesso un più basso onere della prova o comunque l'accesso a prove non utilizzabili nel processo penale, o in seguito ad assoluzione laddove gli indizi non siano sufficienti per una condanna). Nell'ordinamento nordamericano, ad esempio, il procedimento della confisca *in rem* è diretto contro la "tainted property" (proprietà contaminata) come tale, davanti all'autorità giudiziaria del luogo in cui il bene è situato; si ricorre ad una sorta di *fictio iuris* in base alla quale è colpevole il bene e quindi è irrillevante la colpevolezza del proprietario. E proprio questa finzione, in base alla quale si colpiscono le cose e non le persone, ha consentito di non applicare molte delle garanzie dell'imputato – come il diritto a un processo dinanzi ad una giuria, l'inammissibilità di certe tipologie di prove (come le testimonianze de relato), il double jeopardy (ne bis in idem) – e di abbassare l'onere della prova (probable cause o by preponderance of evidence) nei forfeiture procedimenti. Nella stessa direzione il POCA 2002 inglese ha introdotto dei meccanismi di sottrazione dei profitti illeciti di carattere civile ("civil recovery" e "cash forfeiture") che sono pronunciati dalla giurisdizione civile (la High Court) e destinati alla realizzazione in favore dello Stato di un valore la cui provenienza diretta o indiretta da un'attività illecita può ragionevolmente essere supposta; tale procedura di carattere civile è sussidiaria rispetto a quella penale e viene in considerazione se non è più possibile agire contro l'autore sul piano penale, perché non può essere identificato, è morto, non è sottoposto alla giurisdizione britannica o, semplicemente, perché le prove non sono sufficienti ai fini di una pronuncia in sede penale. L'onere della prova dell'esistenza di un'attività illecita e della provenienza dei beni da questa, deve essere fornita dal Director dell'Asset Recovery Agency (le cui funzioni sono state trasferite, in seguito all'entrata in vigore del Serious Crime Act 2007, al SOCA - Serious Organized Crime Agency - e al National Policing Improvement Agency) in base allo standard ordinario applicabile in materia civile, al di sopra del "bilancio delle probabilità" (art. 241 n. 3 POCA), lo stesso utilizzato ai fini della confisca penale; non opera alcuna inversione dell'onere della prova". E, nella stessa direzione sembra andare la confisca di prevenzione italiana, anche attraverso una interpretazione degli istituti del Codice Antimafia troppo indulgente, attraverso, per esempio, al riferimento alla pericolosità intrinseca della res.

rem, configurando un processo al patrimonio, attraverso, però, il riconoscimento della natura penale della confisca senza condanna e della conseguente applicazione delle garanzie all'uopo previste²⁷⁴.

Sebbene le intenzioni della proposta della Commissione siano astrattamente condivisibili, il mancato recepimento deriva, probabilmente dalla consapevolezza da parte del legislatore europeo della eccessiva divergenza della disciplina degli Stati che prevedono modelli di confisca senza condanna, sia nei termini di una *civil forfeiture*, prescelta dai modelli di common law, che di una confisca ibrida tra il penale e il civile. L'acceso dialogo tra la Corte Edu e le corti nazionali su queste tematiche conforta, in un certo senso, la scelta "prudente" del legislatore europeo.

Si dica, per sommi capi²⁷⁵, che, guardando al caso italiano, la giurisprudenza di Strasburgo ha contestato plurime volte la natura giuridica sostanziale della confisca urbanistica di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 380/11 evidenziandone la indiscussa *afflittività*, peraltro di recente confermata²⁷⁶, di talchè una confisca senza condanna a

²⁷⁴ Rileva, a tal proposito, A. M. 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"*, Riv. Trim. Dir. Pen. Contemporaneo, 1/15, p. 327: "La Commissione proponeva, però, un modello giurisdizionalizzato e garantistico, qualificando la confisca senza condanna come "sanzione penale" da sottoporre alle garanzie previste dalla CEDU (in particolare artt. 6 e 7); una scelta assolutamente corretta, seppure stridente con talune opzioni legislative nazionali volte a ricomprendere le forme di confisca senza condanna nell'ambito delle misure amministrative e civili proprio per sottrarle alle garanzie penalistiche. In accoglimento alle sollecitazioni espresse nella FRA Opinion si pretendeva, in particolare, un alto standard della prova dell'origine illecita dei beni da confiscare, richiedendo che "l'autorità giudiziaria, sulla base di fatti specifici e dopo aver esperito tutti i mezzi di prova disponibili, sia convinta che tali beni derivano da attività di natura criminale rispettando, al contempo, pienamente le disposizioni dell'articolo 6 della CEDU e della Carta europea dei diritti fondamentali" (art. 48). Non ci si accontentava dello standard civilistico, seppur rafforzato, previsto per la confisca estesa in seguito a condanna (art. 4 della Proposta, 5 Direttiva), ma piuttosto si pretendeva correttamente che l'autorità giudiziaria fosse "convinta" dell'origine criminale. Il legislatore europeo sembra non aver creduto nella possibilità di realizzare questa sorta di magica quadratura del cerchio cui aspirava la Commissione LIBE, consistente nella previsione di una vera e propria *actio in rem*, capace di conciliare le esigenze dell'efficienza con le garanzie della materia penale. Forse si poteva credere di più nella magia di tale proposta, da una parte inducendo gli Stati membri all'adozione dell'*actio in rem* quale efficace modello di confisca degli assetti patrimoniali accumulati nel tempo, anche in mancanza di una condanna, imponendone il mutuo riconoscimento, dall'altra richiedendo le garanzie della materia penale, e innanzitutto un più pregnante standard probatorio dell'origine illecita dei proventi, agli Stati membri che già conoscono l'*actio in rem*".

²⁷⁵ La questione verrà affrontata in maniera approfondita nel capitolo III del presente elaborato.

²⁷⁶ Sent. Corte EDU, Grande Camera, G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia, 28 giugno 2018 (ricorsi nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11), con la quale la Corte rileva come, nonostante la confisca da lottizzazione abusiva debba ritenersi di natura sostanzialmente penale, la corretta applicazione delle garanzie previste dalla CEDU da parte degli Stati membri li autorizza alla applicazione della medesima anche a mezzo di sentenze che non siano di formale condanna. Infatti, l'adozione di una sentenza di estinzione del reato per estinzione non implica, per ciò solo, la violazione delle garanzie CEDU cristallizzate negli artt. 6 e 7 della Convenzione.

mezzo di sentenza di estinzione del reato per prescrizione doveva essere ripensata da parte dei giudici interni. Tuttavia la Corte sovranazionale non aveva, a tal proposito escluso, la ipotizzabilità di effettuare un accertamento della penale responsabilità dell'imputato ai soli fini della applicazione della misura ablatoria, anche a seguito di un serrato dialogo con la Corte costituzionale e di Cassazione italiana.

Lo stesso si dica in relazione all'ordinamento olandese, il cui modello di confisca estesa²⁷⁷ è stato oggetto del pronunciamento della Corte di Strasburgo nel caso Geerings. Ciò, in quanto l'accertamento di tale misura ablatoria mancava di compiutezza: da un lato la confisca veniva applicata sulla base della sola stima effettuata da parte della polizia giudiziaria relativa ai proventi derivati dai reati all'interno di un processo poi conclusosi con esito assolutorio, dall'altro la Corte olandese non aveva verificato la situazione patrimoniale dell'imputato, né motivato sul corretto assolvimento dell'onere probatorio invertito gravante sul medesimo.

Tuttavia, deve ritenersi che proprio le rilevate diversità tra i modelli di confisca presenti negli Stati membri, nonché la vasta giurisprudenza convenzionale sul punto, avrebbero dovuto condurre il legislatore europeo a configurare una confisca senza condanna dai margini applicativi più ampi di modo da poter pervenire al risultato dell'armonizzazione.

Da un lato, estendendo l'operatività della confisca senza condanna ai casi di prescrizione e morte dell'indagato o dell'imputato, dall'altro prevedendo in maniera più compiuta l'istituto della confisca allargata.

In relazione ai casi non previsti di morte e prescrizione, si dica come la *non-conviction based confiscation* in caso di morte era prevista dalla proposta di direttiva ed era stata accolta con favore dai tecnici, specie interni, in quanto sembrava rispondere ad esigenze importanti e andava prevista soprattutto nel caso in cui il proposto fosse morto nel corso del procedimento, a seguito dell'accertamento della provenienza delittuosa dei beni da confiscare, ancorché con provvedimento non definitivo. La confisca senza condanna in caso di estinzione²⁷⁸, come già rilevato, rappresenta una

²⁷⁷ Al contempo, però, la Corte Edu ha spesso sostenuto la compatibilità con il sistema convenzionale del sistema di prevenzione, ovvero civilistico in materia di confisca, alla luce dell'art. 1 par. 2 del Protocollo n. 1 della CEDU. La Corte, infatti, ne ha spesso attestato la conformità all'interesse generale e la conseguente legittimità della restrizione del diritto di proprietà di cui ogni consociato beneficia.

²⁷⁸ Quanto al caso italiano, si vedano: V. MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la*

ipotesi di confisca meno problematica in quanto la sua *sedes* naturale è il processo penale.

La inclusione della confisca allargata nella direttiva sembrerebbe rientrare nella previsione dei poteri estesi di confisca²⁷⁹, per tali intendendosi la possibilità di confiscare al di là del reato per cui si procede e per il quale è emessa condanna, anche nel caso in cui l'autorità giudiziaria possa ragionevolmente presumere la provenienza illecita dei beni per i quali si procede, come evidenziato dal considerando n. 21.

Tuttavia, la precisazione contenuta nel considerando *de qua* non consente di poter ritenere effettivamente armonizzate le confische allargate “senza condanna”²⁸⁰ previste nei vari Stati membri a causa, soprattutto, del ristretto margine applicativo dell'art. 5, applicabile ad una serie limitata di reati²⁸¹.

presunzione di innocenza, in Giur. cost., 2015, fasc. 2, pp. 421 ss; V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it; A. M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, Riv. It. Dir. e proc. Penale, 2015, pp. 942-974.

²⁷⁹ La confisca estesa è introdotta dal considerando n. 19, il quale recita: “I gruppi criminali si dedicano ad una vasta gamma di attività criminose. Allo scopo di contrastare efficacemente le attività della criminalità organizzata, vi possono essere situazioni in cui è opportuno che la condanna penale sia seguita dalla confisca non solo dei beni associati a un dato reato, ma anche di ulteriori beni che l'autorità giudiziaria stabilisca costituire proventi da altri reati. Questo approccio è definito come confisca estesa. La decisione quadro 2005/212/GAI prevede tre diverse serie di condizioni minime tra cui gli Stati membri possono scegliere per applicare la confisca estesa. Conseguentemente, in sede di recepimento di tale decisione quadro, gli Stati membri hanno scelto opzioni diverse, da cui sono derivati concetti diversi di confisca estesa nelle giurisdizioni nazionali. Tale divergenza ostacola la cooperazione transfrontaliera nei casi di confisca. È pertanto necessario armonizzare ulteriormente le disposizioni relative alla confisca estesa definendo un unico insieme di norme minime” e precisata nel considerando n. 21: “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”.

²⁸⁰ Per i profili “senza condanna” della confisca allargata italiana si rinvia al Capitolo I.

²⁸¹ Art. 5 comma 2 della direttiva: Ai fini del paragrafo 1 del presente articolo, il concetto di «reato» comprende almeno le seguenti fattispecie: a) corruzione attiva e passiva nel settore privato, ai sensi dell'articolo 2 della decisione quadro 2003/568/GAI, nonché corruzione attiva e passiva nella quale sono coinvolti funzionari delle istituzioni dell'Unione o degli Stati membri, ai sensi, rispettivamente, degli articoli 2 e 3 della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari; b) reati relativi alla partecipazione ad un'organizzazione criminale, ai sensi dell'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI, almeno nei casi in cui il reato ha prodotto vantaggi economici; c) indurre un minore a partecipare a spettacoli pornografici, ovvero reclutarlo o trarne profitto o altrimenti sfruttarlo a tali fini, se il minore ha raggiunto l'età del consenso sessuale, ai sensi dell'articolo

Anche il comparto di garanzie richiesto dalla direttiva deve essere ritenuto insufficiente. Il legislatore europeo, infatti, sembra richiedere soltanto il comparto minimo previsto dall'art. 6 della CEDU per la parte relativa ai procedimenti civili²⁸². La *non-conviction based confiscation*, che allo stato della giurisprudenza attuale non si pone in contrasto con il sistema europeo,²⁸³ sembra essere ricondotta dal legislatore

4, paragrafo 2, della direttiva 2011/93/UE; la distribuzione, la diffusione o la trasmissione di materiale pedopornografico, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, di tale direttiva; l'offerta, la fornitura o la messa a disposizione di materiale pedopornografico, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 5, di tale direttiva; la produzione di materiale pedopornografico, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 6, di tale direttiva; d) interferenza illecita relativamente ai sistemi e interferenza illecita relativamente ai dati, ai sensi, rispettivamente, degli articoli 4 e 5 della direttiva 2013/40/UE, se un numero significativo di sistemi di informazione è stato colpito avvalendosi di uno strumento, di cui all'articolo 7 di tale direttiva, destinato o modificato principalmente a tal fine; la fabbricazione, la vendita, l'approvvigionamento per l'uso, l'importazione, la distribuzione o la messa a disposizione in altro modo intenzionali degli strumenti utilizzati al fine di commettere un reato, almeno per i casi che non sono di minore gravità, ai sensi dell'articolo 7 della suddetta direttiva; e) un reato punibile, ai sensi del pertinente strumento di cui all'articolo 3 o, se lo strumento in questione non precisa una soglia di punibilità, ai sensi del diritto nazionale in materia, con una pena detentiva pari, nel massimo, ad almeno quattro anni.

²⁸² Corte Edu, *Agosi v. The United Kingdom*, 24 ottobre 1986; *Air Canada v. The United Kingdom*, 5 maggio 1995; *C.M. v France*, 26 giugno 2001.

²⁸³ In realtà la questione è ancora aperta, sebbene gli organi istituzionali europei neghino la rilevanza della questione e la ormai pacifica giurisprudenza sul punto. Al proposito, durante la Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Fighting organised crime by facilitating the confiscation of illegal assets*, report, Doc. 14516, 26 March 2018. Report 2018 "Committee on Legal Affairs and Human rights" è stato rilevato che gli oppositori di regimi di confisca non basati sulla condanna o di confisca di tipo civile mettono in dubbio la loro compatibilità, in particolare, con l'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (presunzione di innocenza, requisiti rigorosi in materia di diritto penale "al di là di ogni ragionevole dubbio") e con l'articolo 1 del protocollo n.1 della convenzione (ETS n. 9) (pacifico godimento dei beni). La giurisprudenza della Corte in materia è piuttosto accomodante, al punto che alcune domande presentate da persone i cui beni sono stati sequestrati in base a tali leggi sono state respinte in quanto inammissibili per manifesta infondatezza. A partire da una causa degli anni '70 (*Engel c. Paesi Bassi*), la Corte si è avvalsa di una serie di "test" per determinare se le misure restrittive adottate dallo Stato avessero o meno carattere penale. In base a tali test, la confisca, civile o non, dei proventi di reato non ha tale carattere e non deve pertanto essere soggetta a rigorose norme probatorie di diritto penale. Per quanto riguarda il diritto al pacifico godimento dei beni (articolo 1 del protocollo n. 1), la Corte ha concesso agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità nel determinare la necessaria proporzionalità tra l'ingerenza nel diritto di proprietà e l'interesse generale perseguito dall'ingerenza. Nella sentenza *Arcuri c. Italia*, la Corte "ricorda che il provvedimento impugnato rientra in una politica di prevenzione dei reati; ritiene che nell'attuare tale politica il legislatore debba disporre di un ampio margine di discrezionalità, sia per quanto riguarda l'esistenza di un problema di interesse generale che richiede misure di controllo, sia in ordine al modo appropriato di applicarle". La Corte osserva inoltre che in Italia il problema della criminalità organizzata ha raggiunto un livello molto preoccupante. Gli enormi profitti che queste organizzazioni traggono dalle loro attività illecite conferiscono loro un livello di potere che mette a repentaglio lo Stato di diritto all'interno dello Stato. I mezzi adottati per combattere questo potere economico, in particolare la misura di confisca contestata, possono apparire essenziali per il buon esito della lotta contro gli organismi, per cui il Tribunale non può sottovalutare le circostanze specifiche che hanno determinato l'azione del legislatore italiano". Un'esperta del Consiglio d'Europa, in un documento di ricerca preparato per un progetto congiunto dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa sul recupero dei proventi di reato in Serbia, ha concluso che "il consenso generale dei tribunali nazionali e della [Corte europea dei diritti dell'uomo] è che la confisca civile è compatibile con il diritto in materia di diritti dell'uomo". Finché la confisca richiede che l'autorità competente operi un ragionevole ricorso al fatto che i beni in questione sono prodotti o strumenti di un'attività criminosa e dia alla persona

europeo nella direttiva ad uno strumento non penale, e quindi necessitante di un comparto di garanzie inferiori a quelle previste per il relativo processo.

Il considerando n. 33, nonché l'art. 8 della direttiva²⁸⁴, infatti, delineano un quadro di garanzie votate all'attuazione da parte degli Stati membri dei principi del giusto processo, quali il diritto ad un ricorso effettivo; ad un giudice imparziale; alla comunicazione del provvedimento di confisca e alla possibilità concreta di difesa da parte dell'indagato o imputato, a mezzo di avvocato.

interessata la possibilità, in un procedimento equo dinanzi a un tribunale indipendente e imparziale, di confutare la presunzione fattuale che i beni siano effettivamente derivati da attività criminali, la confisca non viola né la presunzione di innocenza (articolo 6 della Convenzione) né la tutela dei diritti di proprietà (articolo 1 del Protocollo n. 1).

²⁸⁴ Nel considerando n. 33 si legge: «La presente direttiva ha conseguenze rilevanti sui diritti delle persone, non solo degli indagati o degli imputati, ma anche di terzi che non sono coinvolti in un procedimento penale. È pertanto necessario prevedere specifiche garanzie e mezzi di ricorso al fine di salvaguardare i loro diritti fondamentali nell'attuazione della presente direttiva. Ciò comprende il diritto di essere ascoltati per i terzi che sostengono di essere proprietari del bene in questione o di godere di altri diritti patrimoniali («diritti reali», «ius in re»), quale il diritto di usufrutto. La decisione di congelamento di beni dovrebbe essere comunicata all'interessato il prima possibile dopo la relativa esecuzione. Tuttavia, le autorità competenti possono rinviare la comunicazione di tali decisioni all'interessato in ragione delle esigenze investigative»; l'art. 8, invece, recita: «1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie a garantire che, al fine di salvaguardare i propri diritti, le persone colpite dai provvedimenti previsti nella presente direttiva godano del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. 2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie a garantire che, dopo la sua esecuzione, il provvedimento di congelamento dei beni sia comunicato quanto prima all'interessato. La comunicazione indica, almeno sommariamente, il motivo o i motivi del provvedimento. Se necessario per evitare di pregiudicare un'indagine penale, le autorità competenti possono ritardare la comunicazione del provvedimento di congelamento dei beni all'interessato. 3. Il provvedimento di congelamento dei beni resta in vigore solo per il tempo necessario a conservare i beni in vista di un'eventuale successiva confisca. 4. Gli Stati membri dispongono che vi sia l'effettiva possibilità di contestare il provvedimento di congelamento in sede giurisdizionale da parte delle persone i cui beni ne sono l'oggetto, in conformità delle procedure del diritto nazionale. Tali procedure possono prevedere che il provvedimento iniziale di congelamento emesso da un'autorità competente diversa da un'autorità giudiziaria sia sottoposto alla convalida o al riesame da parte di un'autorità giudiziaria prima di poter essere impugnato dinanzi a un organo giudiziario. 5. I beni sottoposti a congelamento che non sono successivamente confiscati sono restituiti immediatamente. Le condizioni o le norme procedurali in base alle quali tali beni sono restituiti sono stabilite dal diritto nazionale. 6. Gli Stati membri adottano le misure necessarie a garantire che ciascun provvedimento di confisca sia motivato e comunicato all'interessato. Gli Stati membri dispongono che vi sia l'effettiva possibilità per il soggetto nei confronti del quale è stata disposta la confisca di impugnare il provvedimento dinanzi a un organo giudiziario. 7. Fatte salve la direttiva 2012/13/UE e la direttiva 2013/48/UE, le persone i cui beni sono oggetto del provvedimento di confisca hanno diritto a un avvocato durante l'intero procedimento di confisca, al fine di esercitare i propri diritti relativamente all'identificazione dei beni strumentali e dei proventi. Le persone interessate sono informate di tale diritto. 8. Nei procedimenti di cui all'articolo 5, l'interessato ha l'effettiva possibilità di impugnare le circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili in base ai quali i beni in questione sono considerati come derivanti da condotte criminose. 9. I terzi possono far valere un diritto di proprietà o altri diritti patrimoniali, anche nei casi di cui all'articolo 6. 10. Ove, a seguito di un reato, sussistano diritti di risarcimento delle vittime nei confronti della persona oggetto di un provvedimento di confisca previsto dalla presente direttiva, gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che il provvedimento di confisca non impedisca a tali vittime di far valere i loro diritti.

Proprio con riferimento al caso italiano, sebbene la confisca di prevenzione sia ritenuta dalla Corte misura non penale per funzione²⁸⁵, data la *ratio* di prevenzione del pericolo di commissione di reati in futuro, il Giudice di Strasburgo non ha mancato di condannare l'Italia per la violazione del principio del giusto processo *sub specie* di diritto ad una pubblica udienza da parte del proposto. Il monito della Corte, come già rilevato, ha avuto effetto diretto sull'ordinamento italiano, di talchè a seguito di una celebre e particolarmente lucida pronuncia della Corte costituzionale²⁸⁶ si è pervenuti ad una modifica della relativa disciplina per adeguarla agli standard garantistici richiesti²⁸⁷.

Parimenti, anche nel caso della presunzione di innocenza, la Corte si è trovata a contestarne la violazione da parte di alcuni modelli di non-conviction based confiscation presenti negli Stati membri²⁸⁸. Tale problematica non sembra invero risolta dalla direttiva, la quale legittimando gli Stati a prevedere forme di confisca

285 La Corte ha, infatti, ritenuto chela confisca di prevenzione sia compatibile con il sistema della Carta, attraverso l'applicazione delle garanzie "under its civil heads". Così, in: Corte Edu Arcuri c. Italia, appl. n. 52024/99, pp. 64-65; Raimondo c. Italia, 22 febbraio 1994, Serie A n. 281-A, p. 17, § 30; Editions Périscope c. France, 26 marzo 1992, Serie A n. 234-B, p. 66, § 40; Butler v. The United Kingdom, 27 giugno 2002; Corte Edu, Riela e altri v. Italia, 4 settembre 2001; Corte Edu, Cacucci e Sabatelli v. Italia, 17 giugno 2014; Corte Edu, Capitani e Campanella v. Italia, 17 agosto 2011; Corte Edu, Leone v. Italia, 2 febbraio 2010).

²⁸⁶ Rileva, N. SELVAGGI, *Il codice delle confische*, 2018, op. cit.: "La presa di posizione della Corte Edu non ha mancato di suscitare dirette ricadute anche nell'ordinamento italiano, come all'evidenza conferma la nota sentenza costituzionale n. 93/2010, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità degli artt. 4 l. n. 1423/1956 e 2-ter l. n. 575/1965 nella parte in cui non consentivano che, quanto meno su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolgesse, dinnanzi al Tribunale e alla Corte d'appello, nelle forme della udienza pubblica. Inoltre va ricordato che, anche di recente, la Corte Edu ha confermato che viola il diritto di accesso a un giudice l'assenza di una forma di ricorso nazionale avverso la confisca definitiva dei beni congelati (Corte Edu Sez. II, 26/11/2013, n. 5807/09 Al-Dulimi and Montana Management Inc. c. Svizzera) e, per altro verso, che l'esercizio pieno del diritto di difesa deve essere garantito anche nella procedura di esecuzione di un provvedimento di confisca straniero (Corte Edu Sez. I, 18/12/2008 Saccoccia c. Austria).

²⁸⁷ Quanto al procedimento di prevenzione, il rispetto dell'art. 6 par. 1 della Convenzione Edu impone, da parte dello Stato italiano: "che le persone [...] coinvolte [...] si vedano almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello" (Corte Edu, Bongiorno v. Italia, 5 gennaio 2010). La Corte EDU aveva invero già affermato tali principi nella pronuncia: Corte Edu, Riepan v. Austria, 14 novembre 2000 e in quella Corte Edu, Tierce e altri v. San Marino, 25 luglio 2000, in seno alla quale era stata rimarcata l'importanza di garantire lo statuto del giusto processo.

288 La Corte ha, nel caso *Paraoniaris v. Greece*, 25 settembre 2008, dichiarato la violazione della confisca per equivalente senza condanna a cagione della sua applicabilità sulla base di un mero accertamento oggettivo di commissione del reato. Parimenti, la violazione degli standard civilistici del giusto processo è stata rilevata dalla Corte in relazione ad una confisca ritenuta «misura non appropriata per dei beni di cui non si sapeva se fossero mai stati nel possesso della persona interessata, a fortiori se la misura in causa si riferiva a un atto delittuoso di cui la persona in questione non era stata in realtà riconosciuta colpevole» (Corte Edu, *Geerings v. The Netherlands*, 1 marzo 2007).

senza condanna basate sulla presunzione di illegittima provenienza, sembra non richiedere il rispetto di tale fondamentale principio.

Ne emerge un modello di confisca senza condanna poco soddisfacente, che, per i limitati contenuti e per la veste giuridica utilizzata, quella della direttiva, non ha determinato significativi miglioramenti nella armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri.

L'utilizzo di uno strumento non invasivo quanto quello del regolamento, in una materia così delicata, ha condotto il legislatore italiano ad un'attuazione soltanto formale della direttiva.

La confiscabilità in assenza di condanna è stata inserita solo in relazione a determinati reati informatici, con una scelta ben precisa, benchè irrazionale e che determina una ingiustificata discriminazione, con la modifica dell'art. 240 c.p.

Questo va in controtendenza con la pluralità di riforme da cui le confische senza condanna italiane, specie quella di prevenzione, sono state interessate negli ultimi anni.

Per ovviare alle lacune del modello di confisca senza condanna delineato dalla direttiva, la dottrina si è interrogata sulla attuabilità pratica del modello imperfetto di confisca senza condanna proposto nello strumento *de qua*. È stato, da un lato, rilevato che la nozione estesa di profitto si pone in contrasto con il dettato della Cassazione a S.U. Caruso del 2009²⁸⁹, a mente della quale si devono confiscare solo ai surrogati e non alle ulteriori utilità.

Inoltre, il considerando n. 11 della direttiva²⁹⁰ precisa che la confisca deve avere oggetto solo l'illegittimo arricchimento. La previsione della confiscabilità dei soli proventi illeciti è di difficile attuazione all'interno dell'ordinamento italiano: ciò, in quanto nella confisca di prevenzione spesso si confondono proventi leciti ed illeciti. Le procure finiscono, così, con il confiscare l'intera impresa, a fronte della

289 Cass. pen., sez. un., 25 giugno 2009 (dep. 6 ottobre 2009), n. 38691, Pres. Gemelli, Rel. Fiale, Imp. Caruso, in Dir. pen. e proc., 2010, 433 ss..

²⁹⁰ Il considerando n. 11 recita: Occorre chiarire l'attuale concetto di proventi da reato al fine di includervi i proventi diretti delle attività criminali e tutti i vantaggi indiretti, compresi il reinvestimento o la trasformazione successivi di proventi diretti. Pertanto, i proventi possono comprendere qualsiasi bene, anche trasformato o convertito, in tutto o in parte, in un altro bene, ovvero confuso con beni acquisiti da fonte legittima, fino al valore stimato dei proventi confusi. Possono inoltre comprendere introiti o altri vantaggi derivanti dai proventi da reato o da beni nei quali i proventi da reato sono stati trasformati o convertiti o da beni con i quali i proventi da reato sono stati confusi.

impossibilità di una verifica circa la natura dei profitti aziendali. Ne deriva una chiara violazione dei diritti di proprietà ma anche di libertà nella iniziativa economica, che può essere arginata solo da una maggiore attenzione al rispetto dei principi costituzionali²⁹¹.

Peraltro, il procedimento di prevenzione sembra non rientrare nel campo applicativo della direttiva dal momento che può ben iniziare prima e senza che il procedimento penale abbia inizio, contrariamente alla lettera dell'art. 4 comma 2 della direttiva.

Non solo la tecnica legislativa, ma anche la insoddisfacente attuazione – non solo da parte dello Stato italiano - del modello di confisca di confisca senza condanna tratteggiato dalla direttiva hanno condotto la Commissione Europea ad evidenziare la necessità di prevedere un nuovo strumento di confisca senza condanna per pervenire al mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca ovvero per l'armonizzazione delle legislazioni in soggetta materia.

E' stata scelta la prima strada. Infatti, il 21 dicembre del 2016²⁹² è stata redatta una proposta di regolamento, per garantire il mutuo riconoscimento di tutti i provvedimenti di sequestro e confisca senza condanna, la cui versione definitiva è stata approvata il 18 giugno 2018.

Tuttavia, si ritiene che l'adozione di un nuovo strumento legislativo di armonizzazione della confisca senza condanna prima di procedere nel senso del mutuo riconoscimento avrebbe rappresentato un intervento più accorto. Ciò, in quanto operando il mutuo riconoscimento sulla base normativa della direttiva di armonizzazione, la sua lacunosità mina alla compiuta attuazione del regolamento.

E' dunque auspicabile che il legislatore europeo intervenga con un nuovo atto normativo di armonizzazione che introduca un modello di confisca senza condanna con portata applicativa maggiore, il quale, se anche di tipo univocamente penale, non sia limitato dai presupposti applicativi dell'art. 4 comma 2 della direttiva.

291 Il rilievo è effettuato da: Cass. pen., sez. V, 17 dicembre 2013 (dep. 17 marzo 2014), n. 12493, Pres. Marasca, Rel. Settembre, Imp. Cinà.

292 Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul mutuo riconoscimento degli ordini di congelamento e confisca dei proventi di reato

4. ... E NEL REGOLAMENTO UE 10114/18

Il modello di confisca senza condanna che emerge dal regolamento approvato nel 2018²⁹³ non risente dei limiti applicativi della direttiva del 2014, ma, come evidenziato, persegue scopi diversi da quest'ultima²⁹⁴. Il primo, infatti, ha oggetto il mutuo riconoscimento²⁹⁵ dei provvedimenti di congelamento e di confisca e non la definizione di un modello comune di confisca senza condanna per gli Stati membri. Ciò, a seguito del fallimento delle decisioni-quadro 2003/577 e 2006/783²⁹⁶.

Il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca, tra Stati membri, concerne anche quelli di confisca senza condanna e, pertanto, quest'ultimo sarà il focus della trattazione.

²⁹³ Il regolamento concerne, ai nostri fini, il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna tra Stati membri e si applica a tutti i reati. Ciò, in quanto, la lettera dell'art. 82 TFUE non ne limita l'applicabilità ai gravi crimini transazionali noti come "Eurocrimes". Quindi non solo alle confische previste dalle decisioni-quadro già in vigore, quali la confisca ordinaria e la confisca estesa, ma anche alla confisca nei confronti dei terzi e alla non-conviction based confiscation. Di particolare interesse anche la riduzione della discrezionalità nel rifiuto all'esecuzione da parte dell'autorità giudiziaria nei casi di confisca estesa. Queste ultime sono altresì rafforzate dalla richiesta di previsione di termini brevi certi; dell'utilizzo di un certificato per il mutuo riconoscimento dei provvedimenti ablatori e di un modello standard recante la medesima finalità. Entrambi devono essere allegati alla proposta e, attraverso la previsione di un obbligo di intensa, agevole e rapida comunicazione tra le autorità competenti degli Stati richiedente e richiesto, accelerano il riconoscimento dei provvedimenti, peraltro, aiutando l'autorità richiesta ad individuare precisamente i beni da confiscare. N. SELVAGGI, in Codice delle confische, Giuffrè, 2018, op. cit.

²⁹⁴ L'obiettivo del regolamento è quello di un adeguamento con il sistema della direttiva del 2014, in quanto: "Mentre la direttiva migliora le possibilità nazionali per congelare e confiscare i beni, la proposta mira a migliorare l'esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti di congelamento e di confisca. Insieme, i due strumenti dovrebbero contribuire al recupero effettivo dei beni nell'Unione europea".

²⁹⁵ Per mutuo riconoscimento deve intendersi l'esecuzione del provvedimento da parte dello Stato richiesto senza particolari formalità (considerando n. 22), attraverso lo stesso procedimento previsto dallo Stato per l'applicazione di un provvedimento di confisca adottato da parte dei giudici interni. Così, A. M. MAUGERI, Prime osservazioni sulla nuova "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca", op. cit.

²⁹⁶ L'art. 39 del regolamento ne dispone l'abrogazione a seguito della sua entrata in vigore. Il considerando 37, però, prevede che il regolamento sostituisca le decisioni-quadro richiamate limitatamente alla fase del sequestro dei beni: (37) Provisions of Framework Decision 2003/577/JHA have already been replaced by Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council as regards the freezing of evidence for the Member States bound by that Directive. Provisions of Framework Decision 2003/577/JHA should be replaced by this Regulation between Member States bound by it as regards freezing with a view to the subsequent confiscation of property. This Regulation should also replace Framework Decision 2006/783/JHA as between Member States bound by it. The provisions of Framework Decision 2003/577/JHA as regards freezing with a view to the subsequent confiscation of property, as well as those of Framework Decision 2006/783/JHA, should therefore continue to apply not only between the Member States that are not bound by this Regulation, but also between any Member State that is not bound by this Regulation and any Member State that is bound by this Regulation.

Ai fini del presente lavoro, due sono i punti che necessitano di particolare approfondimento: da un lato gli approdi cui il regolamento perviene nel delineare i trattamenti essenziali della *non-conviction based confiscation*, il cui margine applicativo è stato oltremodo allargato²⁹⁷; dall'altro, quali confische senza condanna previste nei diversi ordinamenti debbano ritenersi inclusi nello spazio di operatività del regolamento, specie a seguito della modifica operata, in seguito alla quale il regolamento non si applica solo ai provvedimenti di confisca assunti “nel quadro di un procedimento penale”²⁹⁸, ma anche in procedimenti che abbiano a che fare con questioni di rilevanza penale²⁹⁹.

²⁹⁷ Si legge, nel testo del regolamento: “Il regolamento proposto si applicherà al riconoscimento reciproco di tutti i tipi di provvedimenti di congelamento e di confisca contemplati dalla direttiva, nonché ai provvedimenti di confisca non basata sulla condanna emessi nell’ambito di un procedimento penale: in caso di morte, immunità, prescrizione, impossibilità di identificare l’autore del reato o altri casi in cui l’autorità giudiziaria penale può confiscare beni senza condanna qualora abbia deciso che tali beni sono proventi da reato, il che implica che l’autorità giudiziaria accerti che un vantaggio è derivato da un reato; per rientrare nell’ambito di applicazione del regolamento, questi tipi di provvedimenti di confisca devono essere emessi nell’ambito di un procedimento penale, pertanto tutte le garanzie applicabili a tale procedimento dovranno essere rispettate nello Stato di emissione”.

²⁹⁸ Art. 1 Regolamento.

²⁹⁹ La prima versione del regolamento, infatti, richiedeva che si trattasse di “criminal proceedings”. Per tale ragione, gli Stati membri sono stati molto impegnati in un acceso dialogo sugli emendamenti da apportare alla iniziale proposta di regolamento. Ci si riferisce, in particolare, alla Germania. Si veda, al proposito, lo: Statement for the minutes by Germany on its rejection of the general approach of the proposal for a Regulation on the mutual recognition of freezing and confiscation orders, all’accordo dell’8 dicembre 2017 “In order to counter organised crime and prevent the financing of terrorism, it is of critical importance to confiscate the proceeds of their crimes from offenders. Because organised groups are often active across borders and – no doubt quite intentionally – increasingly investing their assets across and beyond national borders, effective instruments are necessary in order to trace, freeze, confiscate and, where appropriate, return those assets to the victims of the offences. This is currently accomplished on the basis of the framework decisions on the application of the principle of mutual recognition to confiscation orders (2006/783/JHA) and on the execution of orders freezing property or evidence (2003/577/JHA). The aims of the new regulatory initiative include creating a uniform and more effective legal instrument to improve cross-border asset recovery. Guaranteeing cross-border asset recovery as comprehensively as possible is consistent with the principle of mutual trust. However, cooperation reaches its limits when, in altogether exceptional cases, fundamental rights are no longer safeguarded. From the outset of the negotiations, Germany has therefore advocated drafting a Regulation text that is not only precise and easy to implement in practice, but also includes clear and transparent wording emphasising compliance with fundamental rights in the recognition and enforcement of decisions. Germany's various suggestions to the Member States and the Commission for compromise, some of which were quite far-reaching, were made not least to take account of the most recent case-law of the European Court of Justice. Although the text is otherwise successful in creating a good and practicable legal basis for effective cross-border asset recovery, unfortunately a majority could not be found for anchoring fundamental rights in the text. We will not do justice to the great importance of fundamental rights if we do not clearly and unequivocally emphasise their importance, as we have done in the Directive on the European Investigation Order. Although Germany, like the other Member States, sees the need to improve cross-border cooperation in the area of asset recovery, in light of the above Germany is not in a position to agree to the general approach contained in the current text of the Regulation. ”. Nell’ultima versione riformata dal Consiglio in seguito all’accordo dell’8 dicembre 2016, confermata dalla versione definitiva, è sufficiente che il provvedimento ablatorio sia stato assunto all’interno di “*proceedings in criminal matters*”. Il

La trattazione di queste preliminari questioni sarà utile per comprendere se tale regolamento, di recente approvato, determinerà un'armonizzazione indiretta delle confische senza condanna presenti negli Stati membri, determinando, al contempo, gli Stati che ne sono privi alla introduzione di modelli di ablazione in assenza di condanna o se, invece, come parzialmente anticipato, sia necessario un nuovo intervento di armonizzazione sostitutivo della direttiva 2014/42/UE.

Inoltre, quanto allo scopo principale del regolamento, nei termini di una più fluida esecuzione dei provvedimenti senza condanna tra Stati membri, sarà utile interrogarsi sui prevedibili esiti applicativi di questo strumento legislativo. Quesito particolarmente complesso se sol si considera che tale regolamento interviene a fronte di una direttiva di armonizzazione che, come rilevato, mira ad una armonizzazione limitata della confisca senza condanna tra Stati.

Quanto al primo punto, si dica, che il regolamento dà vita, anche se ai limitati fini del mutuo riconoscimento, ad un nuovo modello di confisca senza condanna il quale concerne anche *“other types of orders issued without final conviction within the framework of criminal proceedings”*, adesso *“proceedings in criminal matters”*.

Il mutuo riconoscimento, quindi, deve essere garantito in relazione ai provvedimenti di confisca in assenza di condanna non solo adottati in un procedimento penale, ma anche in un procedimento ad esso parallelo, o comunque che si riferisca a questioni concernenti il diritto penale. Potrebbe, in ipotesi, essere anche un procedimento autonomo rispetto a quello penale, purché non civile o amministrativo. Ciò, in quanto, il regolamento non si applica a tali procedimenti, in base al disposto dell'art. 1, nel quale si legge: *“Il regolamento non si applica ai provvedimenti di congelamento e di confisca emessi nel quadro di un procedimento civile o amministrativo”*.

Con riserva di approfondire in seguito quali siano i procedimenti concernenti questioni penali ricompresi nel regolamento, si dica che la definizione di confisca senza condanna fornita dal regolamento è speculare a quella della direttiva 2014/42/UE richiedendosi una misura definitiva applicata da una corte a seguito di un procedimento concernente un'offesa penale, che risulti nella privazione definitiva della proprietà di una persona fisica o giuridica³⁰⁰.

riferimento è ai procedimenti che hanno a che vedere con gli affari criminali e non a quelli *stricto sensu* intesi. Sono state dunque accolte le doglianze di cui sopra.

³⁰⁰ Art. 2 comma 2.

Tuttavia, l'oggetto è molto più ampio rispetto a quello della direttiva di armonizzazione. Sono, infatti, confiscabili il provento di un reato, o l'equivalente in tutto o in parte al valore di tale provento; gli strumenti del reato, o il loro valore equivalente e qualsiasi bene che secondo l'autorità di emissione è passibile di confisca a seguito dell'applicazione da parte dello Stato di emissione di uno dei poteri di confisca previsti dalla direttiva 2014/42/UE ovvero confiscabile ai sensi di altre disposizioni relative ai poteri di confisca, inclusa la confisca senza condanna in base alla legge dello Stato di emissione presso il quale si è tenuto il procedimento concernente il reato³⁰¹.

Il concetto di proprietà confiscabile in assenza di condanna abbraccia, dunque, un oggetto molto ampio, diversamente da quello dei precedenti strumenti legislativi adottati dall'Unione Europea.

Quanto ai casi di *confiscabilità* in assenza di condanna, se la direttiva del 2014 richiede solo la malattia o fuga dell'indagato o dell'imputato, il regolamento del 2018 non si pronuncia apertamente sul punto. All'art. 1 comma 1 evidenzia come si debbano eseguire provvedimenti concernenti "*proceedings in criminal matters*". E' solo al considerando n. 13 che si comprende che i casi in cui si deve procedere all'esecuzione possano essere non solo quelli di cui alla direttiva 2014 di malattia o fuga, ma anche "*other types of orders issued without a final conviction*". E ciò, si precisa anche quando lo Stato richiesto non prevede, all'interno del proprio ordinamento, quel tipo di provvedimento di confisca in assenza di condanna³⁰².

Tuttavia, non emerge dalla lettera del regolamento cosa si intenda per "altri tipi di provvedimenti di confisca emessi in assenza di condanna". In tal senso, però, ci aiuta la relazione introduttiva alla proposta di regolamento – valida anche per il regolamento

³⁰¹ Art. 2 comma 1 n (3).

³⁰² Il considerando n. 13 del regolamento, infatti, recita: (13) This Regulation should apply to all freezing orders and to all confiscation orders issued within the framework of proceedings in criminal matters. 'Proceedings in criminal matters' is an autonomous concept of Union law interpreted by the Court of Justice of the European Union, notwithstanding the case-law of the European Court of Human Rights. It should therefore cover all types of freezing orders and confiscation orders issued following proceedings in relation to a criminal offence, not only orders covered by Directive 2014/42/EU, but also other types of orders issued without a final conviction. While such orders might not exist in the legal system of a Member State, the Member State concerned should be able to recognise and execute the order issued by another Member State. Proceedings in criminal matters could also encompass criminal investigations by the police and other law enforcement authorities. Freezing orders and confiscation orders that are issued within the framework of proceedings in civil or administrative matters are excluded from the scope of this Regulation.

- nella quale si legge che la confisca senza condanna disposta da un dato provvedimento oggetto di esecuzione deve essere applicata nei casi di morte, prescrizione, immunità, autore non identificato e *non-conviction based confiscation* in generale.

Tale ultimo caso merita particolare attenzione in quanto quando la convinzione di una corte penale circa la provenienza delittuosa di beni, assieme alla ulteriore condizione della possibilità di disporre tale tipo di confisca secondo l'ordinamento interno, rientra nei casi di mutuo riconoscimento in assenza di condanna.

La portata applicativa di tale disposizione della relazione introduttiva è molto estesa. Pare che il legislatore europeo, dopo un'elencazione, per così dire tassativa, delle ipotesi di *confiscabilità* senza condanna, abbia introdotto una clausola elastica, residuale, volta a ricomprendere tutti i possibili casi di *non-conviction based confiscation* previsti. Anche se, è opportuno evidenziare che lo stato di *convinzione* richiesto per la corte penale di volta in volta interessata dall'esecuzione del provvedimento di confisca appare oltremodo generica.

La corte dovrebbe in sostanza verificare che il provvedimento abbia oggetto un provento del reato e che la misura sia stata adottata all'interno di un procedimento per il quale si applichino tutte le garanzie della materia penale previste per lo Stato di riferimento.

Deve essere, altresì rispettato l'impianto garantistico previsto dal regolamento che prevede, per la confisca senza condanna, il rispetto delle garanzie previste per i procedimenti penali.

Devono essere assicurate ai procedimenti concernenti gli affari criminali previsti dal regolamento, tutte le tutele essenziali previste per i procedimenti penali.

Dalla lettera del considerando n. 18 della proposta³⁰³, per come modificato in seguito all'accordo dell'8 dicembre 2017, e confermato nella versione definitiva del regolamento, si evince che i procedimenti di confisca senza condanna devono essere

³⁰³ Considerando n. 18. The procedural rights set out in Directives 2010/64/EU 2012/13/EU, 2013/48/EU, 2016/343, 2016/800 and 2016/1919 of the European Parliament and of the Council should apply, within the scope of application of these Directives, to criminal proceedings covered by this Regulation as regards the Member States bound by these Directives. In any case, the safeguards under the Charter should apply to all proceedings covered by this Regulation. In particular, the essential safeguards of criminal proceedings set out in the Charter should apply to proceedings in criminal matters covered by this Regulation, which are not criminal proceedings.

celebrati, ai fini del mutuo riconoscimento, in ossequio alla Carta convenzionale europea, o meglio, è necessario che si rispetti la tutela penale minima ivi prevista.

Risulta, invero, poco chiaro cosa ciò stia a significare dal momento che la tutela penale prevista nella Carta non viene differenziata secondo gradi di tutela divergenti.

Se da un lato il legislatore europeo sembra estendere le stesse garanzie del processo penale al procedimento in assenza di condanna finalizzato all'approvazione della confisca, dall'altro consente agli Stati di eseguire provvedimenti di confisca senza condanna emessi in contumacia³⁰⁴.

E' difficile prevedere se il regolamento determinerà o meno un rafforzamento delle garanzie che assistono il procedimento di applicazione della confisca senza condanna. Il procedimento di prevenzione italiano, che rientra nel campo di applicazione del regolamento, ad esempio, ha sicuramente uno *standard* di garanzie inferiore rispetto alle tutele minime previste per il procedimento penale. E, in effetti, neppure la confisca allargata gode di tale *standard*.

Il regolamento, quindi, potrebbe avere l'effetto di indurre il legislatore italiano ad un rafforzamento delle garanzie³⁰⁵ per la confisca di cui al Codice Antimafia, al precipuo fine di una maggiore ablazione degli *assets* di provenienza delittuosa.

Tuttavia, come rilevato, il generico riferimento alle *essential safeguards* previste per i procedimenti penali potrebbe ostacolare l'effetto desiderato, considerata, peraltro, la finalità non armonizzatrice perseguita dal regolamento.

³⁰⁴ Considerando 26 (a): There should be a ground for non-recognition of confiscation orders based on the fact that the person did not appear in person at the trial resulting in a confiscation order linked to a final conviction. This ground for non-recognition only applies to trials resulting in confiscation orders linked to a final conviction and does not apply to proceedings resulting in non-conviction based confiscation orders. However, in order for such ground to be able to apply, one or more hearings should be held. The ground cannot apply if the relevant national rules of procedure do not provide for a hearing. Such national rules should comply with the Charter and with the ECHR, in particular with regard to the right to a fair trial. This is the case, for example, where the proceedings are conducted in a simplified manner following, solely or in part, a written procedure or a procedure in which no hearing is provided for.

³⁰⁵ A favore di un rafforzamento delle garanzie: A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione antimafia al vaglio dei principi del giusto processo: riflettendo sull'art. 111 Cost.*, in CASSANO (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, Nel Diritto editore 2009, 20 ss.; FILIPPI-CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, Giappichelli, 2011, 111 ss.; A. M. MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE, cit., 329 ss. sulla necessità di adeguamento alle garanzie previste dall'art. 8 della Direttiva 42/2014 e ai principi della Corte Edu in materia di giusto processo*. V. MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in *Giur. cost.*, n. 2/15, pp. 421 ss.

Il secondo problema relativo alla *confiscabilità* in assenza di condanna propedeutica al mutuo riconoscimento tra Stati concerne i tipi di provvedimenti di confisca senza condanna in esso ricompresi³⁰⁶, dal momento che devono originare da procedimenti concernenti questioni di rilevanza penale, non civili né amministrativi.

Per tali ragioni, non pare che rientrino nel regolamento i modelli di *non-conviction based confiscation* per così dire pura, vale a dire quelli formalmente e sostanzialmente civili o amministrative, mentre, potrebbero rientrarvi i modelli di confisca la cui natura è “speciale”³⁰⁷.

Si pensi alla confisca di prevenzione italiana: se nella versione iniziale della proposta il riferimento ai procedimenti in materia penale ne escludeva l'applicabilità, la modifica apportata in sede di negoziazione – confermata dalla versione definitiva del regolamento- e la riconosciuta estensione ai procedimenti afferenti questioni penali, rende sostenibile una possibile inclusione della confisca del Codice Antimafia all'interno delle maglie di operatività del regolamento.

Rientrerebbero nel sistema in argomento, tutti i casi di *preventive confiscation*, purché in presenza di un legame con il reato per cui procede. A fortiori, il regolamento si riferisce alla confisca ex. art. 12-sexies, ora 240-bis c.p. che presuppone una condanna e dunque si pone al di fuori dello spettro applicativo della proposta. Quanto ai casi di confisca di estinzione del reato per prescrizione o mancanza di imputabilità, specie dopo le Sezioni Unite Lucci e l'introduzione dell'art. 578-bis c.p.p., in quanto casi di confisca senza condanna che traggono la loro esistenza da un procedimento penale, la loro *sussumibilità* all'interno del regolamento parrebbe innegabile. Peraltro, il regolamento riguarda anche la confisca allargata nei casi di estinzione del reato per prescrizione. La giurisprudenza non ha mancato di applicare la misura ablatoria, nonostante la sentenza incompatibile con un accertamento formale di condanna.

³⁰⁶ Si è interrogata sul punto A. M. MAUGERI, *Prime osservazioni sulla nuova proposta di regolamento* op.cit., la quale ha paventato la possibilità di includere la confisca di prevenzione nel campo applicativo del regolamento e ha, inoltre, affermato che la confisca senza condanna di cui al regolamento deve essere una confisca-misura ripristinatoria e dunque non recante natura di pena, sanzione penale, benché applicata in un procedimento penale, con le relative garanzie.

³⁰⁷ Esclusi i casi di procedimenti puramente civili o amministrativi, il quadro applicativo della confisca senza condanna, anche se ai limitati fini del mutuo riconoscimento, si allarga ulteriormente sol che si consideri che per procedimento penale, per il detto regolamento, non deve intendersi solo il procedimento formale, ma, per come la Corte Edu ha sempre affermato, anche quello sostanziale, che, in altri termini possa ritenersi afflittivo per natura del reato e grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere.

Addirittura, la confisca viene applicata agli eredi dell'imputato morto durante il processo, condannato in primo grado.

E' chiaro che se riteniamo la confisca di prevenzione, caso problematico di confisca in assenza di condanna *par excellence*, rientrano nel regolamento le ipotesi di *non-conviction based confiscation* meno complesse perché applicate in seno al processo penale, con le garanzie per questo previste.

Resterebbero, invece, escluse dallo spazio applicativo della disciplina le ipotesi di actio in rem previste dai vari ordinamenti, quali il *civil forfeiture* anglosassone, per tale intendendosi quello previsto nei vari sistemi di *common law* e *i casi di confiscation of assets of illicit origin* previsti in Bulgaria, Slovenia e Slovacchia.

Rientrano, sicuramente, nel modello di *non-conviction based confiscation* delineato, i casi di confisca in assenza di condanna tedeschi. Invero la proposta trae la sua "legittimazione" dal disegno di legge in materia di *non-conviction based confiscation*, ora legge, nato in Germania. Ma anche le ipotesi in cui il procedimento in rem sia effetto dell'impossibilità di procedere *in personam*, o della chiusura anticipata del processo penale, come nel caso dell'art. 76 *a Selbständige Anordnung*; degli artt. 70-72 del *StGB* svizzero; del *Verfall e Erweiterter Verfall*, di cui all'art. § 20b *StGB* austriaco. Ciò, in quanto in tal caso i procedimenti in rem si riferiscono a questioni criminali, dalle quali peraltro prendono avvio.

Più controversa è invece la *sussumibilità* nel regolamento dei casi di procedimento *in rem* "accessorio", che, originariamente parte di un procedimento penale, abbiano avuto autonomo corso all'interno di un procedimento in rem, data l'autosufficienza della questione trattata. Il riferimento è alla confisca ex artt. 70 e ss. *StGB* svizzero e al *confiscation* inglese, ma anche al *criminal forfeiture* statunitense. La natura civile di tali misure ne escluderebbe l'applicazione al modello di *non-conviction based confiscation* previsto dal regolamento.

Parimenti controversa è la possibilità di ascrivere al regolamento le ipotesi di procedimenti ibridi *in rem* ma autonomi rispetto al processo penale, necessari ad esempio quando il proposto sia già morto o non si conosca la sua residenza o lo Stato presso cui ha operato non vuole iniziare il procedimento penale. Si pensi al caso svizzero della confisca contro le organizzazioni criminali, di cui all'art. 72 *sStGB*, configurato alla stregua di procedimento autonomo in cui il giudice deve verificare

solo che i beni siano presenti in Svizzera e appartengano alla criminalità organizzata, senza che sia necessario l'accertamento del reato di cui i beni rappresentano il provento, commessi dal proposto o dalla organizzazione criminale.

La medesima questione interessa l'ordinamento austriaco, all'interno del quale la confisca dei profitti ex art. § 20b *oStGB (Eirweiterter Verfall)* può essere applicata in un procedimento penale in rem, definito "oggettivo", così come la confisca degli strumenti del delitto di cui all'art. 19a *StGB* è può essere inflitta senza condanna, ove il proposto sia fuggito o sia malato, per come previsto dal disposto dell'art. 445 *StPO* (2a).

Le prospettive aperte dai due preliminari quesiti concernenti la tipologia di confisca senza condanna delineata dal regolamento e i tipi di procedimenti ivi inclusi, favoriscono la riflessione circa l'eventuale effetto di armonizzazione indiretta che il regolamento può produrre, quanto la previsione degli effetti applicativi sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna.

Sicuramente ne emerge una innovativa nozione di confisca senza condanna propedeutica al mutuo riconoscimento che, però, viene oltremodo limitata dall'ampia lista dei motivi di rifiuto³⁰⁸ all'esecuzione dei provvedimenti di confisca senza condanna e per la precisazione in virtù della quale l'individuazione di norme comuni per la confisca non basata sulla condanna deve rispettare le differenti tradizioni degli Stati membri.

E' dunque dubbia la portata di armonizzazione indiretta che tale regolamento opererà sulle legislazioni degli Stati membri.

Potrebbe, invero, essere opinato che la diretta applicabilità del regolamento indurrà comunque stati che non prevedono all'interno della propria legislazione tipi di confisca in assenza di condanna a disporre l'esecuzione di provvedimenti che la contengono³⁰⁹ e

³⁰⁸ Più in chiaro, la previsione di cui all'articolo 9 – paragrafo 1 bis (c) circa la possibilità dello stato richiesto di rifiutare l'esecuzione dei provvedimenti che non costituiscono reato nel proprio ordinamento potrebbe dare spazio a rifiuti "ingiustificati" anche determinati da erronea comprensione del reato di cui allo stato richiedente. Inoltre, l'obbligo di rifiuto dell'esecuzione del provvedimento di confisca nel caso di seri motivi per incompatibilità con l'art. 6 TUE potrebbe essere d'ostacolo ad un efficace mutuo riconoscimento, se utilizzato come "pretesto" per opporre il rifiuto, anche considerata la carenza di determinatezza insita nella formula "seri motivi".

³⁰⁹ Non va, inoltre, trascurato che il mutuo di riconoscimento incide sull'armonizzazione e quindi sulle legislazioni particolaristiche degli Stati membri. Così S. MANACORDA, *Diritto penale europeo*, disponibile su www.treccani.it; G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA a cura di, *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Paris, 2005.

ad intervenire sui modelli di *non-conviction based confiscation* presenti nei propri ordinamenti, addirittura dotandosi di istituti simili.

In effetti, la scelta dell'utilizzo di uno strumento direttamente applicabile, potrebbe condurre gli Stati membri ad ampie riforme. Il regolamento, diversamente dalla direttiva è direttamente applicabile e, dunque, il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna potrà prevedibilmente avere un'applicazione diversa tra Stati membri³¹⁰.

Tuttavia, le perplessità sono molte principalmente a causa della presenza di uno strumento di armonizzazione incompleto come quello della direttiva del 2014 che pare non riuscire a "sorreggere" adeguatamente l'impianto del regolamento recentemente adottato³¹¹.

Sarebbe, dunque, auspicabile intervenire con una nuova armonizzazione che abbia la medesima portata applicativa del regolamento in argomento per poter confidare nel consolidamento di un modello di *non-conviction based confiscation* "europeo" veramente utile al mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna tra Stati. Per il futuro potrebbe essere, ad esempio vagliata la strada dell'inclusione nei

³¹⁰ Rileva, a tal proposito il legislatore europeo nel considerando n. 11 che: "Per garantire l'efficacia del riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca è opportuno che le norme in materia di riconoscimento ed esecuzione di tali provvedimenti siano stabilite da un atto giuridico dell'Unione giuridicamente vincolante e direttamente applicabile, che abbia un ambito di applicazione più ampio rispetto ad altri atti giuridici sinora in vigore e che contenga disposizioni chiare per imporre provvedimenti di congelamento e confisca. Un unico strumento per il riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca contenente un certificato e un modulo standard, congiuntamente a norme direttamente applicabili e termini precisi, garantirà che i provvedimenti siano riconosciuti ed eseguiti senza ritardo all'interno dell'Unione. Il regolamento offre maggiore chiarezza e certezza giuridica, elimina le difficoltà connesse al recepimento nei sistemi nazionali e consente così un'esecuzione più rapida ed efficace dei provvedimenti di congelamento e di confisca". L'abbandono delle direttive ovvero delle decisioni-quadro nasce dalla mancata o incompleta attuazione da parte degli Stati membri di tali strumenti. Nella relazione illustrativa, a pag. 7 si legge, infatti: "Poiché la proposta riguarda procedure transfrontaliere, in cui sono necessarie norme uniformi, non vi è alcuna necessità di lasciare un margine agli Stati membri per recepire tali norme. Il regolamento è direttamente applicabile, offre chiarezza e una maggiore certezza giuridica e consente di evitare i problemi di recepimento che hanno incontrato le decisioni quadro sul riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca. Per questi motivi, la forma più appropriata per questo strumento di riconoscimento reciproco è il regolamento".

³¹¹ Infatti, a seguito del regolamento, il dialogo in materia di *non-conviction based confiscation* non si è sopito. Il legislatore europeo è attualmente impegnato nella individuazione di regole comuni in materia di confisca senza condanna. I progressi effettuati nello spazio di giustizia e dei diritti fondamentali europeo, quanto all'individuazione di regole comuni in materia di *non-conviction based confiscation* sono disponibili su: <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-common-rules-for-non-conviction-based-confiscation>

provvedimenti *unionali* dei tipi di confisca senza condanna non penale, e quindi civile e amministrativa. Si tratta, in effetti, di misure ablatorie sostanzialmente afflittive che, dunque, necessitano di essere armonizzate al pari di quelle penali, anche e soprattutto al fine di un rafforzamento delle relative garanzie che gli Stati membri difficilmente riescono ad implementare in via autonoma.

5. UNO SGUARDO ALLE ESPERIENZE NAZIONALI

Il legislatore europeo ha, specie negli ultimi anni, richiesto una incalzante attività di implementazione agli Stati membri in materia di *non-conviction based confiscation*, i quali, si sono dovuti misurare con le peculiarità dei propri sistemi, specie se *di civil law*, con lo scetticismo degli operatori giudiziari interni e, specialmente, con i principi di diritto e procedura penale recanti copertura costituzionale.

Come già rilevato la prevalenza degli Stati non ricorre, né riconosce modelli di *non-conviction based confiscation* a tutto tondo, come ad esempio, il Belgio³¹² il quale esclude dal proprio sistema la confisca non irrogata con condanna formale e definitiva e riconosce solo la confisca allargata, non senza un acceso dibattito contrario al suo mantenimento all'interno del codice penale belga.

Tuttavia, taluni Stati membri riconoscono l'istituto della confisca senza condanna, espressione onnicomprensiva che va ad includere sia i provvedimenti di confisca irrogati all'interno di un procedimento che all'interno di un procedimento civile.

312 La "EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS (CDPC) COMMITTEE OF EXPERTS ON THE OPERATION OF EUROPEAN CONVENTIONS ON CO-OPERATION IN CRIMINAL MATTERS COMITE D'EXPERTS SUR LE FONCTIONNEMENT DES CONVENTIONS EUROPEENNES SUR LA COOPERATION DANS LE DOMAINE PENAL (PC-OC)" in un report del 19 maggio del 2016 ha indagato circa la configurabilità di un sistema comune di *non-conviction based confiscation*. Le autorità belghe hanno evidenziato come il proprio sistema configuri la confisca univocamente come pena: "Belgian still only provides for confiscation as a penalty, i.e. a pecuniary sanction that is imposed by the criminal court convicting and sentencing the persons (also legal persons) for the offences they have committed. NCB is, for the time being, non-existent in Belgian law. EU instruments however may well offer a solution by recognizing the judicial measure that qualifies as NCB in accordance with the law of the 'emitting' MS. Since mutual recognition overcomes (or rather tries to ignore) the differences between the MS systems, the mere legal fact that a judicial authority decided to confiscate proceeds without a preceding criminal conviction, and then issues a confiscation certificate on the basis of the NCB order, requires the executing MS to entertain the certificate if all conditions are fulfilled and no ground for refusal applies. France recently did execute an Italian confiscation certificate, although the Italian confiscation order was essentially and NCB confiscation order on the basis of specific anti-mafia legislation that allows proceeds of alleged mafia members to be confiscated. In this case, the asset was a villa located in the better parts of the south of France".

Per comprendere meglio come quantomeno provare a delineare un modello comune di *non-conviction based confiscation* europea pare opportuno adottare la classificazione adottata da Europol³¹³ nel suo *report* relativo alla *non-conviction based confiscation*. Vengono, a tal proposito individuati due modelli di confisca in assenza di condanna, rientranti rispettivamente in un procedimento penale o civile. All'interno di queste due macroaree il provvedimento di *non-conviction based confiscation* dei proventi da reato può essere adottato perché il processo penale non può essere concluso o, nella seconda sottocategoria, perché vi è sospetto di commissione di ulteriori reati c.d. confisca allargata.

³¹³ Rileva Europol nel report sulla non-conviction based confiscation 2 aprile 2013: "Based on analysis of the information obtained, four confiscation systems in the Member States allow for the confiscation of proceeds of crime without a criminal conviction. However, in some Member States, a clear link between the legislation relating to confiscation without a criminal conviction and a particular confiscation system is difficult to establish. The first system (system no. 1) refers to non-conviction-based (NCB) confiscation linked to criminal proceedings. Legal regulations applied in a few Member States anticipate situations where criminal proceedings for an offence are instituted against an offender but not concluded because the offender cannot be brought before a court or convicted due to a lack of evidence. These situations occur when the relevant authorities fail to identify an offender or fail to prove a particular person at fault. In practice, these situations may also arise for other reasons, for example when suspects enjoy immunity, die in the course of criminal proceedings or are declared dead, are under the age of criminal responsibility, etc.¹⁶ Despite these circumstances, the legal regulations applied in certain Member States allow for the confiscation of property without a criminal conviction. The second system (system no. 2) refers to extended confiscation. In this situation, a court convicts a particular person of a crime and also awards a decision on the confiscation of property, when either a) the national court believes that the property was obtained through similar unlawful conduct of the person convicted, committed before the actual conviction, or b) the value of the property of the person convicted is disproportionate to the person's legal income and the national court concludes that the property has been obtained through unlawful conduct of the person convicted. Establishing a direct link between the property and the offence is not necessary if the court concludes that part of the person's property was obtained through other unlawful conduct, for which the court finds the person guilty. These two systems fall within criminal non-conviction-based confiscation systems. The other two systems described below fall within *civil non-confiscation-based confiscation* systems, meaning that decisions on the satisfaction of requirements to order confiscation of property by the State are not awarded by criminal courts in criminal proceedings but by civil courts, regardless of the outcome of criminal proceedings. The third system can be designated as standard civil forfeiture or confiscation (system no. 3). This system applies to civil proceedings in which courts conclude that property has been obtained through unlawful conduct. Sufficient evidence to instigate criminal proceedings or establish a link between the property and a related crime or criminality in general is lacking. Therefore, the confiscation is civil by nature but with an indirect link to a crime or criminality. This system requires that, initially, the Member State must prove the indirect link before a court. The Member State may then allow the burden of proof that the asset has been obtained legally to "shift" to the respondent. The fourth system (system no. 4) refers to *non-conviction based confiscation* based on "unexplained wealth". This system is applied solely within civil proceedings, where a comparison of the actual property of a person is made against the income declared by that person so as to establish a clear disproportion between the actual and declared property. Establishing an indirect link to a crime is unnecessary. In these cases, the burden of proof that the property has been obtained lawfully lies with the defendant, meaning that the relevant civil court considers in this case whether the person has obtained the property lawfully".

Diversamente, la confisca senza condanna civile può venire applicata o nei casi in cui vi sia un nesso di derivazione tra bene e reato secondo lo *standard del balance of probabilities* oppure, nella problematica ipotesi degli *unexplained orders*, in base ai quali la confisca senza condanna discende dalla mera ingiustificata sproporzione tra beni e redditi dichiarati.

Molti degli Stati membri hanno adottato modelli di *non-conviction based confiscation* misti - si pensi all'Italia che prevede un modello di *non-conviction based confiscation* penale e, nel caso della confisca di prevenzione, simil civile - ma un efficace mutuo riconoscimento non può prescindere dalla individuazione delle linee essenziali, e quindi da una scomposizione analitica dei requisiti delle confische presenti nei vari ordinamenti. La difficoltà incontrata dagli Stati membri, specie di *civil law*, nel comprendere la natura nonché le modalità operative dei variegati sistemi di *non-conviction based confiscation* adottati nel tentativo di bilanciare garantismo ed efficienza può essere arginata dalla comprensione delle caratteristiche essenziali dei medesimi, sia la confisca venga applicata in un processo penale, quanto in un procedimento civile.

Il *prosieguo* dell'analisi, quindi, nell'ottica della bipartizione tra *non-conviction based confiscation* penale e civile, avrà ad oggetto l'approfondimento solo di alcune delle esperienze europee e straniere e, in particolare, quella tedesca, anglosassone e americana.

Orbene, la Germania rappresenta uno degli Stati membri che hanno adottato, sulla spinta del legislatore europeo un modello di confisca senza condanna "di tipo penalistico", riuscendo a pervenire ad un giusto compromesso tra efficienza e garantismo. Si tratta di una esperienza non solo utile al legislatore europeo per pervenire ad un modello comune di *non-conviction based confiscation* europea e per stimolare il dialogo con gli Stati membri di *civil law* altrettanto garantisti che non riconoscono l'istituto della confisca in assenza di una pronuncia formale italiana, ma anche di utile esempio per il legislatore italiano nella costruzione di un modello di confisca senza condanna maggiormente garantista.

Inghilterra e l'Irlanda, invece, adottano un modello di confisca senza condanna "di tipo civilistico" e, in quanto Stati aventi un'esperienza ultradecennale in materia di *civil forfeiture* sono da un lato esempio fondamentale per le autorità europee nei propri

report di indagine sulla *non-conviction based confiscation* nell'ottica della creazione di un modello comune di confisca senza condanna europea, attraverso l'armonizzazione e il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca, ma anche ulteriore strumento di confronto, per il legislatore italiano, con la ormai troppo ibrida confisca di prevenzione, ormai quasi del tutto sganciata dall'impianto strutturale penalistico.

Infine, l'analisi si concentrerà sulla *non-conviction based confiscation* americana, modello di confisca civile di lunga esperienza, la quale ha un ambito di applicazione molto esteso e, dunque, pone molti problemi di compatibilità con le garanzie della Costituzione americana. Per vero, l'adesione dell'America ad un numero sempre più crescente di convenzioni internazionali, molti dei quali promossi dall'Unione Europea, nonché la sua inclusione all'interno di *network* di matrice europea, quale il CARIN³¹⁴ composto anche da esperti statunitensi, rende imprescindibile la trattazione di tale istituto per come strutturato all'interno dell'America. Ciò, anche nell'ottica dell'individuazione di un compromesso, stante il carattere troppo "puro" del modello di confisca senza condanna civilistica americana, lacunoso in punto di fondamentali garanzie, quale quello statunitense e modelli, utile al legislatore europeo nella creazione di un modello di *non-conviction based confiscation* comune. Sul piano del diritto italiano, il modello americano risulta utile a comprendere che se la confisca di prevenzione dovesse, per come sta accadendo con le recenti riforme, continuare a distanziarsi sempre più dall'omologo penale, nell'impossibilità della giurisprudenza di ricondurre sempre nell'alveo costituzionale l'istituto, verrebbe comunque tacciata di incostituzionalità, stante la sua innegabile sostanza afflittiva. Un modello di confisca civile senza condanna "puro" può essere ritenuto difficilmente compatibile con l'attuale assetto costituzionale e sovranazionale e le esperienze di *non-conviction based confiscation* anglosassone confermano un tale risultato. Pertanto, il modello americano

³¹⁴ L'obiettivo del network Camden per il recupero dei beni (CARIN) è migliorare l'efficacia degli sforzi volti a privare i criminali dei loro profitti illeciti. Si tratta ora di un importante strumento di contrasto delle bande criminali organizzate, con particolare riferimento alla deprivazione finanziaria. Vi è un valore aggiunto nel fatto che la partecipazione al gruppo migliorerà la cooperazione transfrontaliera e tra agenzie, nonché lo scambio di informazioni, all'interno e all'esterno dell'Unione europea. I seguenti stati e giurisdizioni hanno partecipato al congresso di lancio: Austria, Belgio, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Ungheria, Irlanda, Italia, Lettonia, Liechtenstein, Lituania, Lussemburgo, Malta, Norvegia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Romania, Repubblica Slovacca, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Regno Unito (incluse le Dipendenze della Corona britannica dell'Isola di Man, Guernsey, Jersey e Gibilterra), Stati Uniti d'America.

dimostra come la riconduzione della confisca italiana a canoni civilistici risulta di difficile attuabilità; non solo a fronte dell'incompatibilità della stessa con l'impianto costituzionale e i principi che presiedono al diritto penale ma anche per il suo innegabile carattere afflittivo, di talché anche in ordinamenti di common law tale istituto pone rilevanti problematiche ed è attualmente oggetto, come verrà illustrato nel *prosieguo* della trattazione, di una questione di costituzionalità.

6. LA PROSPETTIVA TEDESCA

L'ordinamento tedesco, prima della legge entrata in vigore l'1 luglio del 2017, non prevedeva un modello di confisca in assenza di condanna. La Germania in quanto ordinamento di *civil law* dall'approccio estremamente garantista ha da sempre costruito il suo sistema come *conviction-based*. Più in chiaro, secondo il codice penale e processual penale tedesco, nonché per giurisprudenza consolidata della sua Corte, la confisca in quanto misura afflittiva doveva essere applicata solo a seguito di pronuncia formale di condanna.

Il diritto tedesco prevedeva, infatti, due ipotesi fondamentali di confisca, rispettivamente denominate *Verfall* (acquisizione pubblica dei profitti) e *Einziehung*³¹⁵. I due tipi di confische presenti nell'ordinamento tedesco possono essere, in un certo senso definite misure di sicurezza e di correzione, anche se la loro natura è oltremodo controversa.

³¹⁵ A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, op.cit., pp. 69-85.

Il *Verfall*³¹⁶ consiste nella confisca dei proventi del reato; invece, l'*Einziehung*³¹⁷ determina l'ablazione degli *instrumenta delicti*.

La dottrina tedesca sosteneva la natura di misura di sicurezza dell'*Einziehung*³¹⁸ sull'assunto che tale misura fosse basata sulla pericolosità sociale dell'autore del reato, in relazione agli *instrumenta delicti*. Era stato, però, osservato che le cose sono pericolose sono in relazione all'uso che ne viene fatto e, dunque, l'operatività di tale tipo di confisca sembrava subordinata ad una mera presunzione. Peraltro, diversamente dalla *Verfall*, l'*Einziehung* era facoltativa³¹⁹.

Altra tesi³²⁰ per un superare le criticità del primo orientamento, ne sosteneva la natura dualistica, da un lato di sanzione penale, dall'altro di misura di sicurezza. Tuttavia, risultava difficile comprendere quali elementi il giudice dovesse valutare per verificare la prevalenza dell'*afflittività* sul carattere preventivo, e viceversa. Di conseguenza, si riteneva e continua a ritenersi che il giudice debba verificare in astratto lo scopo della norma, di volta in volta perseguito.

³¹⁶ I presupposti del *Verfall* sono enunciati nell'art. 73 StGB: 1. Se è stato commesso un atto illecito e l'autore o un partecipante secondario ne ha tratto profitto o ne ha ricavato qualcosa per commetterlo, l'autorità giudiziaria ordina la confisca di quanto ottenuto. Ciò non si applica nella misura in cui il fatto ha dato luogo a un reclamo della vittima la cui soddisfazione priverebbe il partecipante principale o secondario del valore di quanto è stato ottenuto.

2. L'ordine di confisca si estende ai benefici derivanti da quanto ottenuto. Essa può altresì estendersi ai beni che il partecipante principale o secondario ha acquisito a seguito della vendita del bene acquisito, in sostituzione della sua distruzione, del suo danneggiamento o della sua perdita forzata o sulla base di un diritto surrogato.

3. Se il partecipante principale o secondario ha agito per conto di un altro partecipante e quest'ultimo ha acquisito qualcosa in tal modo, l'ordine di confisca di cui ai precedenti commi (1) e (2) sarà pronunciato nei suoi confronti.

4. La confisca di un bene è altresì disposta se è di proprietà o è soggetta a un diritto da parte di un terzo che l'ha fornito a sostegno dell'atto o con cognizione di causa.

³¹⁷ I presupposti dell'*Einziehung* sono contenuti nell'art. 74 StGB: 1. Se è stato commesso un reato intenzionale, gli oggetti generati o utilizzati o destinati ad essere utilizzati nella sua commissione o preparazione, il giudice può: 1. il partecipante principale o secondario possiede o ha il diritto di possedere gli oggetti al momento della decisione; o

2) i beni, a causa della loro natura e delle circostanze, costituiscono un pericolo per il pubblico o se vi è motivo di ritenere che saranno utilizzati per commettere atti illeciti.

3) In base alle disposizioni del precedente comma 2, n. 2, la privazione di oggetti è ammissibile anche se l'autore del reato ha agito senza colpa.

(4) Qualora la privazione sia prescritta o consentita da una disposizione speciale diversa dal precedente comma (1), si applicheranno mutatis mutandis i precedenti commi (2) e (3).

³¹⁸ Tra tutti, W. M. J. GOLDSMITH, *Strafen und verwandte Maßregeln, in Ergleinnchende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Allg. Teil, Bd 4, Berlin, 1908, pp. 81-470 in A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, op.cit., pp. 69-85.

³¹⁹ Così: F. von REDWITZ: *Die polizeilichen Maßregeln des Reichsstrafgesetzbuchs und ihr Verhältnis zu dessen allgemeinen Grundsätzen*. Breslau 1909; M. E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts – Lehrbuch*, Heidelberg, 1915 in *Ibid.*.

³²⁰ KOHL-RAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 40 Anm., 1, 43 ed Berlin 1961, p. 116 in *ibid.*

Tuttavia, a tutt'oggi non mancano i sostenitori della natura integralmente civilistica³²¹ o penale³²² della confisca in esame. Di fatto, però, il legislatore tedesco non ne definisce la natura ma il nodo può essere sciolto attraverso la parificazione delle sanzioni patrimoniali, e quindi anche del *Verfall*, alle pene, con conseguente applicazione dei principi fondanti il diritto penale, quali, tra tutti, quello di irretroattività.

Si ritiene, in ultima analisi che l'*Einziehung* abbia sia uno scopo preventivo che repressivo a seconda dei casi. Il primo scopo emergerebbe, ad esempio, nel caso di confisca di oggetti, la cui pericolosità va accertata da parte del giudice. Diversamente, tale confisca sarà pena nel caso in cui viene applicata sulla base di criteri soggettivi *ad hoc* concernenti l'autore del reato o il partecipante secondario. Maggiormente problematica è la confisca applicata nei confronti di terzi estranei al reato, la quale non ha ad oggetto un accertamento della pericolosità e, dunque, dovrebbe essere ritenuta pena. Eppure, ciò avviene attraverso la verifica del requisito di "quasi-colpevolezza" del terzo, di problematica applicazione³²³.

Come l'*Einziehung*, anche il *Verfall* ha una natura giuridica complessa. La misura in esame consiste nell'acquisizione pubblica dei profitti nei confronti dell'autore del fatto illecito, per tale intendendosi un fatto tipico e antiggiuridico. La caratteristica principale del *Verfall* concerne l'assenza dell'accertamento di colpevolezza del fatto posto in essere. Il dibattito circa non necessità della colpevolezza nel *Verfall* è stato motivato dall'esigenza di applicare la confisca dei proventi del reato a fronte di un forte sospetto circa la sua commissione, ma in assenza di prova di un fatto colpevole.

Il *Verfall*, come l'*Einziehung* viene applicato in un processo penale da parte del giudice penale ma in assenza di condanna.

Se al *Verfall* era stata originariamente riconosciuta natura non penale e precisamente di istituto di compensazione civilistica, con la riforma del 1993, a seguito della quale il provento confiscabile è il profitto lordo (*Bruttoprinzip*) derivante dal reato e non più quello netto (*Nettonprinzip*), la dottrina dominante ne ha sostenuto natura penale³²⁴ per l'evidente scopo general preventivo perseguito a mezzo della modifica legislativa.

³²¹ STOOSS, NISSEN, ESER, *Die strafrechtlichen Sanktionen* in ibid.

³²² FRANK, *Das Strafgesetzbuch für Das Deutsche Reich*, 18. Ed. 1931 pp. 754-755 in ibid.

³²³ A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, , op. cit.

³²⁴ Tra tutti, H.-J. ALBRECHT in Meyer u. a. *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten* (1989) in ibid.

Contrariamente, la Suprema Corte tedesca continua a sostenerne la natura compensativa, e ciò anche con riguardo alla confisca allargata denominata *Erweiterter Verfall*³²⁵, la quale avrebbe solo lo scopo di sottrarre il profitto di precedenti reati.

Prima della riforma tedesca, con la quale si è previsto un disegno di legge, adesso legge, che ha introdotto un modello di confisca senza condanna in ossequio alla direttiva 2014/42/UE, i procedimenti tedeschi concepiti principalmente in assenza di una condanna penale concernevano le disposizioni sui poteri estesi di confisca ex artt. 73 d e 74a StGB³²⁶, disciplinanti rispettivamente la confisca allargata³²⁷ e la

³²⁵ Acquisizione pubblica allargata.

³²⁶ E. DREHER, H. TRONDLE, *Strafgesetzbuch Und Nebengesetze. 46. Auflage Gebundene Ausgabe* – 1993, §73,631; LACKNER, §73, in *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München 1995,471; HILDENSTAB, *Die Gewinnabschöpfung im Umwelstrafverfahren*, Köln 1990, 43 ss in A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, op.cit., pp. 69-85.

³²⁷ art. 73 d: “1. Se un atto illecito è stato commesso in virtù di una legge che si riferisce alla presente disposizione, l'autorità giudiziaria ordina anche la confisca degli oggetti del partecipante principale o secondario se le circostanze giustificano il presupposto che tali oggetti siano stati acquisiti in seguito ad atti illeciti o allo scopo di commetterli. La prima frase si applica anche se il partecipante principale o secondario non possiede o non ha diritto all'oggetto per il solo fatto di averlo acquistato in seguito ad un atto illecito o per commetterlo. L'articolo 73, paragrafo 2, si applica per analogia. 2. Se la confisca di un determinato bene è divenuta, dopo l'atto, impossibile in tutto o in parte, si applicano mutatis mutandis le sezioni 73 bis e 73 ter. 3) Se dopo un'ordinanza di confisca ai sensi del precedente paragrafo 1, a causa di un altro atto illecito commesso dal partecipante principale o secondario prima di tale ordinanza, deve essere nuovamente presa una decisione in merito alla confisca degli oggetti del partecipante principale o secondario, l'autorità giudiziaria a tal fine tiene conto dell'ordinanza precedente. 4. La sezione 73 quater si applica mutatis mutandis”. Si tratta di istituto alquanto problematico, in quanto fa sorgere gli stessi problemi dell'art. 240-bis c.p. italiano determinando la confisca di beni la cui provenienza illecita non è pienamente provata. Rileva, A. M. MAUGERI, *The criminal sanctions against the illicit proceeds of criminal organisations*, in *NJECL* (2012), p. 266 che la *Erweiterter Verfall* “allows the courts to confiscate the assets of the author of the crime or an accessory ‘whenever the factual circumstances lead one to suppose that the assets in question have been obtained through the commission of unlawful acts or following the commission of such acts’. The evidential requirements concerning the offence-connection are mitigated: instead of a full proof, circumstantial evidence suffices. However, to prevent a violation of the presumption of innocence the interpretation by the BGH (Federal Court of Appeals) is very restrictive; the BGH affirms that ‘a high degree of likelihood is not enough’ (*‘ganz hohe Wahrscheinlichkeit’*) of the unlawful origin of the forfeitable assets; but the court must instead be fully convinced, on the basis of evidence, that the property in question has been derived from the criminal activities of the convicted person. In any case the *Bundesverfassungsgericht* (Federal Constitutional Court) has confirmed the compatibility of the *erweiterter Verfall* with the culpability principle, with the presumption of innocence, with the constitutional guarantee of the property right and with the rule of law, because it is not a criminal sanction; also the facilitation of the burden of the proof is considered respectful of the proportionality principle in order to have an efficient tool to fight criminal organisations.⁴⁵ In fact the Court clarified that the *Verfall* is not a penalty and does not require the application of the culpability principle, but only the proof of the persecution of an unlawful fact; the *Verfall* does not pursue the criminal aims of deterrence and rehabilitation. It is not a penalty (*Strafe*), but a measure (*Maßnahme* ex §§11, 1, n. 8, and 61 StGB.⁴⁶ Nevertheless the Constitutional Court requires the full belief of the judge about the illegitimate source of the assets”. Si tratta, invero, dello stesso test di illiceità previsto per la nuova confisca senza condanna adottata in applicazione della direttiva 2014/42/UE.

Einziehung “estesa”³²⁸. Di particolare interesse sono le ordinanze indipendenti di cui all’art. 76 a StGB³²⁹, le quali vengono applicate in assenza di condanna quando non sia possibile per ragioni sostanziali di fatto condannare l’imputato in giudizio³³⁰. Parimenti nel caso di *Einziehung* di cui all’art. 74 comma 2 n. 2, comma 3 e 74 d, si fa luogo all’ablazione reale in assenza di condanna motivata da prescrizione del reato o impossibilità giuridica di perseguire l’imputato, se la legge non dispone altrimenti. Si tratta di procedimenti autonomi in cui il giudice penale deve operare tutti gli accertamenti propedeutici ad una sentenza di condanna, pur se nell’impossibilità di pronunciarla e in relazione ai quali può anche, in ipotesi di celebrazione di processo penale iniziata, separare il procedimento penale in rem da quello *in personam*, al fine dell’applicazione della confisca per equivalente o nei confronti dei terzi³³¹.

A livello internazionale tali tipi di confische sono noti come *non-conviction based confiscation* o confische civili³³².

Tuttavia, la controversa natura dei tipi di confisca qui esaminati hanno necessitato una sistematizzazione della *non-conviction based confiscation* realizzata. In effetti, solo a partire da tale disegno³³³, diventato legge dal 1 luglio 2017, può parlarsi in Germania di confisca senza condanna in senso stretto.

La nuova legge tedesca determina una modifica del *nomen iuris* della misura da Verfall (acquisizione pubblica di profitti) a *Einziehung* (confisca), correlata all’estensione della possibilità della sua autonoma applicazione in un procedimento separato.

³²⁸ Art. 74 a: Se la legge fa riferimento a questa disposizione, i beni possono essere oggetto di un ordine di privazione della libertà in deroga all'articolo 74, paragrafo 2, punto 1, se al momento della decisione la persona che li possiede o ne ha diritto 1. aver contribuito, almeno per negligenza grave, a rendere i beni o i diritti oggetto dell'atto o della sua preparazione o ad utilizzarli per siffatti fini; oppure 2. ha acquisito gli oggetti in modo disonesto e con la conoscenza delle circostanze che avrebbero permesso la loro privazione.

³²⁹ Nei casi in cui “si deve o si può ordinare autonomamente l'acquisizione pubblica o la confisca dell'oggetto o del valore equivalente o l'inutilizzabilità” (76 a StGB) nei casi in cui vi siano tutti i presupposti di applicazione della confisca ma per ragioni sostanziali di fatto l’imputato non può essere condannato per il reato.

³³⁰ Ciò, nei casi in cui non si sia riuscito ad identificare il responsabile o perché sia scappato, oppure sia stato individuato ma non sia possibile condannarlo. Deve essere stata accertata la commissione di un fatto tipico illecito e colpevole, almeno nello stadio del tentativo punibile. Così: Cfr. FISCHER, SCHWARZ, DREHER, TRONDLE, § 76, *Selbständige Anordnung, in Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, ult. ed., 715. Il n. I e II, op. cit.

³³¹ Lo rileva, A. M. MAUGERI, The criminal sanctions against the illicit proceeds of criminal organisations, in NJECL (2012), p. 269 e ss, op. cit.

³³² Cf. Dr. Ralf Riegel, Dr. Till Gut “Asset Recovery under German Law” from the Ministry of Justice an Consumer Protection: <http://star.worldbank.org/star/document/asset-recovery-under-german-law-english>

³³³ [Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung](#) BReg418/16

La riforma incide, in particolare sulla confisca estesa, che diventa applicabile a qualsiasi reato e non solo ai c.d. “eurocrimes”. Quest’ultima può essere applicata, adesso per espressa previsione di legge, solo nel caso in cui il giudice penale, sempre nel procedimento penale, sia "convinto senza limitazioni" della provenienza delittuosa dei beni³³⁴.

Si prevede, inoltre, all’art. 76 a StGB, un’estensione applicativa della possibilità di dare avvio ad un procedimento autonomo di confisca, non solo nei casi di impossibilità di condanna per ragioni di fatto, ma adesso anche per ragioni di diritto, quali la prescrizione oppure il rischio di *bis in idem*. E si chiarisce, *expressis verbis*, che l’introduzione del principio del lordo (Bruttoprinzip) non trasforma in penale la natura della confisca estesa.

L’ipotesi più problematica di *non-conviction based confiscation* previsto dalla normativa è quella dell’art. 76 a, c.4 per particolari reati di allarme sociale, la quale determina l’ablazione di patrimoni la cui provenienza illecita può essere accertata “indipendentemente dalla prova di un reato specifico” e sulla base di una serie di indici sintomatici, tra i quali figura la “crassa sproporzione tra il valore del bene e i redditi legali dell’interessato”. Anche in tale caso, il giudice penale deve essere pienamente convinto dell’origine illecita dei beni, per tale non intendendosi un alto grado di verosimiglianza.

Circa la natura di tale tipo di confisca, ne è stata evidenziata la natura compensatoria³³⁵, nei termini di una misura ripristinatoria volta a privare il reo dell’arricchimento senza causa ottenuto con il reato. Taluno ne ha sostenuto la natura di indebito oggettivo: si potrebbe trattare di confisca civile³³⁶, sebbene applicata innanzi al giudice penale, all’interno di un processo penale ma in assenza della prova di reato. In tale caso, si tratterebbe di capire se le garanzie civilistiche possano essere ritenute sufficienti, oppure si debbano applicare garanzie civilistiche rafforzate.

Invero, la dottrina tedesca ha criticato tale tipo di non-conviction based confiscation, la quale potrebbe violare il principio del libero convincimento del giudice, di fatto

³³⁴ La confisca estesa è ora disciplinata dall’art. 73 a StGB.

³³⁵ T. BETTELS, *Misure di prevenzione patrimoniali. Demnächst auch in Deutschland?*, disponibile su DPC, 16 dicembre 2016, 4.

³³⁶ J. P. RUI, *Non-conviction based confiscation in the European Union – an assessment of Art. 5 of the proposal for a directive of the European Parliament and the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union*, in ERA Forum, 2016, vol. 13, pp. 349-360.

determinando un'inversione dell'onus probandi, nonché dei principi di colpevolezza, *nemo tenetur se detegere* e tassatività.

Ciò, in quanto, sebbene si richieda il pieno convincimento del giudice circa la provenienza delittuosa dei beni, si tratta di standard probatorio poco chiaro, sebbene precisato dall'art. 437 del c.p.p. tedesco. Sebbene si richieda la crassa sproporzione, l'articolo in questione non ne chiarisce la relazione con i proventi leciti. Si tratta di capire se il requisito della sproporzione sia o meno presunzione iuris tantum, come dichiarato dalla giurisprudenza di legittimità italiana, nonché di comprendere se debba o meno tener conto dell'evasione fiscale al fine della verifica di sproporzione.

Il carattere maggiormente garantista della Corte di legittimità tedesca, invero, imporrebbe un'interpretazione restrittiva. Ciò, in quanto, la Corte tedesca è rigida in punto di applicazione dei principi di tassatività-determinatezza e *in dubio pro reo*.

La dottrina tedesca sostiene che la nuova misura di *non-conviction based confiscation* usi il pretesto della prevenzione per aggirare le garanzie penali in violazione degli artt. 6 e 7 CEDU.

È stato, tuttavia, osservato che la confisca di un bene derivante dal reato è diversa da una sanzione penale, per il suo oggetto. La sanzione penale colpisce oggetti di provenienza lecita con finalità afflittiva, la confisca invece colpisce solo beni di provenienza illecita e quindi priva solo di illecito arricchimento.

È stato sostenuto che per superare il problema della violazione delle garanzie sarebbe solo sufficiente applicare rigorosamente i diritto di proprietà privata (articolo 14 della Legge fondamentale) e i principi di proporzionalità, determinatezza e giusto processo³³⁷.

Ad ogni modo, può in generale affermarsi come lo sforzo tedesco verso la creazione di un modello di *non-conviction based confiscation* in risposta alle richieste del legislatore europeo a mezzo della direttiva 2014/42/UE sia senz'altro pregevole, nonostante le criticità in punto di adeguatezza delle garanzie prospettate da taluna parte della dottrina tedesca. Si tratta, come rilevato, di un modello di *non-conviction based confiscation* di tipo penalistico, l'unico allo stato, regolamentato dal legislatore europeo che, sicuramente, nell'ottica dell'adozione del regolamento sul mutuo

³³⁷ T. BETTELS, *Gewinabschöpfung zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität am Beispiel Italiens, Nomos*, Baden-Baden, 2016, pp. 1-398.

riconoscimento determinerebbe un notevole passo in avanti nell'ablazione di assets di provenienza delittuosa.

Sul piano dell'utilità di un tale strumento per l'ordinamento italiano, si noti, in prima battuta, come il nuovo impianto normativo della confisca senza condanna tedesco mostra ampi parallelismi con le misure di prevenzione patrimoniali italiane³³⁸.

Ciò vale anche per i gruppi di destinatari che, come nel Codice Antimafia, comprendono principalmente indagati nei settori della "criminalità organizzata" e del "terrorismo".

Vi sono tuttavia differenze nella classificazione sistematica delle norme.

Mentre le misure di prevenzione patrimoniali italiane sono formalmente chiaramente collocate nel settore del diritto extrapenale, la legge che disciplina la non-conviction based confiscation tedesca ha un carattere non solo sostanziale, ma anche procedurale penale. Da un punto di vista sistematico, vi sono quindi parallelismi con la disposizione italiana sulla confisca di cui all'art. 12-sexies, comma 1, della legge n. 365/1992³³⁹.

Il modello di non-conviction based confiscation potrebbe essere utile spunto per il legislatore interno in quanto prevede un modello di non-conviction based confiscation applicabile in una pluralità di casi, con un compendio di garanzie maggiori rispetto alla confisca di prevenzione italiana.

A tal proposito, il modello di *non-conviction based confiscation* tedesca, è inserito all'interno del procedimento penale, innanzi al giudice penale, il quale deve avere un forte convincimento dell'origine delittuosa dei beni: lo standard probatorio, infatti, viene abbassato soltanto nel caso di commissione di reati particolarmente gravi e solo in tale caso si introduce il requisito della "crassa sproporzione".

Per quanto riguarda la cooperazione giudiziaria, la nuova non-conviction based confiscation tedesca potrebbe rafforzare la cooperazione transfrontaliera in materia di assorbimento dei profitti sulla base di norme di confisca non basate sulla condanna. L'assistenza giudiziaria a questo riguardo è stata finora quasi inesistente da parte

³³⁸ Del resto, nella relazione al disegno di legge si legge che sono proprio tali misure, assieme alle varie *civil forfeiture* anglosassoni ad aver ispirato il legislatore tedesco.

³³⁹ Die strafrechtliche Verortung dieser Norm ergibt sich daraus, dass ihre Anwendung, ähnlich wie § 73d StGB, eine Verurteilung wegen bestimmter schwerer Straftaten voraussetzt (Näher dazu MENDITTO, Le misure di prevenzione personali e patrimoniali, La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92, 2012, S. 655f.).

tedesca soprattutto perché non esiste una disposizione analoga nel diritto tedesco delle riscossioni e la legge sull'assistenza giudiziaria prevede il requisito della "confisca reciproca".

Specialmente per la cooperazione tra Germania e Italia in materia di confisca, ma anche per il mutuo riconoscimento di provvedimenti di confisca nei confronti dei vari Stati membri dell'Unione Europea e nell'ottica della individuazione di un nuovo posteriore strumento di armonizzazione della *non-conviction based confiscation*, la nuova misura prevista dall'ordinamento tedesco potrebbe quindi aprire alla possibilità di fornire assistenza esecutiva nel caso di provvedimenti ablatori in assenza di condanna tra Stati membri e nella relazione tra Italia e Germania.

Poiché le misure di prevenzione patrimoniali italiane rivestono un'enorme importanza pratica nella lotta contro le mafie e le organizzazioni mafiose italiane potrebbero, secondo gli esperti, anche sviluppare considerevoli attività di riciclaggio di denaro in Germania, la cooperazione giudiziaria in questo settore potrebbe essere notevolmente migliorata in futuro³⁴⁰.

7. LA CONFISCA SENZA CONDANNA NELL'ESPERIENZA ANGLOSASSONE

a. *Il confiscation in Inghilterra*

Il legislatore inglese ha introdotto un modello di confisca senza condanna di tipo civile con l'atto legislativo POCA del 2002, alla sezione V.

Si tratta di un intervento legislativo sì determinato dagli impulsi eurounitari e, soprattutto dalla direttiva 2001/500/GAI del Consiglio contenente disposizioni concernenti il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato e dai previgenti strumenti normativi internazionali in materia di confisca ma, principalmente, dall'influenza esercitata dagli altri stati a base legislativa di common law.

Da un lato gli Stati Uniti d'America, la cui adozione di un modello di civil confiscation risale agli anni '70 del Novecento, ma anche, e soprattutto l'Irlanda, il cui Proceed of

³⁴⁰ T. BETTELS, *Gewinabschöpfung zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität am Beispiel Italiens*, *Nomos*, Baden-Baden, op. cit.

Crime Act è del 1996. L'esigenza di confiscare ingenti beni in maniera più efficace e produttiva ha, anche a ragione delle "lungaggini" del processo penale in personam determinato il legislatore inglese all'adozione di un modello di non-conviction based confiscation di tipo civile.

Per meglio comprenderne l'operatività, risulta utile analizzare l'intero sistema della confisca inglese, anche penale, per poi soffermarsi sui rapporti con il sistema europeo e le sinergie in tale settore, per poi concludere con un'analisi comparatistica rispetto al sistema italiano.

Come rilevato, la legge sui proventi del reato del 2000 c.d. POCA ha regolamentato diverse procedure per la confisca dei proventi di reato o degli strumenti di reato, vale a dire: 1) confisca in base a condanna; 2) recupero di beni civili; 3) tassazione dei proventi sospettati di derivare da reato; 4) confisca da parte della polizia di denaro sospettato di essere il prodotto di reato.

La confisca basata sulla condanna ai sensi del capitolo 2 del POCA³⁴¹ può essere avviata dal pubblico ministero o d'ufficio dal tribunale dopo che l'imputato è stato condannato per un reato, secondo le normali norme sull'onere della prova ("oltre ogni ragionevole dubbio", da stabilirsi da parte del pubblico ministero). Dopo la condanna, il giudice deve innanzitutto stabilire se l'imputato ha tratto vantaggio dal reato; in caso affermativo, il giudice deve determinare se ha uno "stile di vita criminale", per il quale deve essere soddisfatta una delle tre condizioni seguenti: in primo luogo, il reato deve

³⁴¹ Proceeds of Crime Act 2002 (POCA), disponibile su <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents>. La legge sui proventi di reato del 2002 ha introdotto il "recupero civile" (confisca reale), con effetto retroattivo. Data la sua natura civile (Supreme Court Gal v. Serious Organised Crime Agency, 2011), il procuratore non è tenuto a dimostrare che una persona è stata condannata per un reato (nemmeno che la persona da cui provengono i beni è l'autore di un reato). L'accusa non deve necessariamente identificare un reato specifico con il quale il denaro o il bene è stato ottenuto; è sufficiente che specifichi il tipo o i tipi di condotta illecita in questione. L'onere della prova incombe allo Stato, che deve soddisfare il giudice del proprio caso per quanto riguarda l'equilibrio delle probabilità (criterio civile della prova). L'Alta Corte (un tribunale civile) è adita contro la persona che si ritiene sia in possesso del bene in questione. Il fatto che un convenuto possa essere accusato di un reato o che sia stato precedentemente assolto per un reato non costituisce in genere un ostacolo all'avvio di un procedimento civile per lo stesso oggetto. In effetti, il recupero civile non è inteso come un sostituto della confisca post-condanna, ma piuttosto come un mezzo per consentire allo Stato di ritirare dalla circolazione i proventi di reato. La pratica è che tale recupero non viene perseguito al di sotto della soglia delle 10.000 sterline. Il recupero civile riguarda i "beni recuperabili", definiti come beni ottenuti con comportamenti illeciti (anche all'estero) o che rappresentano proventi di reato (proventi diretti convertiti in altro bene). I "beni recuperabili" oggetto di un ordine di "recupero civile" diventano di proprietà dello Stato e non delle vittime. Tuttavia, la persona che è stata privata dei beni che le appartengono con un comportamento illecito può rivolgersi all'autorità giudiziaria. Le vittime che hanno diritti "in personam" non hanno il diritto di recuperare alcuna parte dei beni oggetto di un ordine di recupero.

essere stato commesso per un periodo di almeno sei mesi e il beneficio derivante deve superare le 5000 sterline; in secondo luogo, il comportamento dell'imputato di cui ha beneficiato deve far parte di un'attività criminale (e. g. condanna per tre o più reati); e in terzo luogo, l'imputato è condannato per reati che difficilmente possono essere commessi una sola volta (ad esempio, tratta di esseri umani, riciclaggio di denaro, traffico di droga e di armi). Al fine di facilitare la confisca, la Corte prevede le seguenti "ipotesi statutarie": che qualsiasi bene trasferito all'imputato negli ultimi sei anni derivi da un reato; e che qualsiasi bene trasferito o ottenuto dall'imputato sia considerato privo di interessi (di terzi innocenti) - a meno che il tribunale non ritenga che ciò possa dar luogo a una grave ingiustizia, o a meno che l'imputato non possa dimostrare che tali ipotesi non sono corrette.

Se il giudice constata che lo stile di vita criminale non è rispettato, può comunque calcolare il profitto ottenuto dal reato per il quale l'imputato è stato condannato, nel qual caso il pubblico ministero deve provare al di là di ogni ragionevole dubbio il nesso causale tra tale reato e il beneficio che ne deriva.

È controverso se le "ipotesi statutarie" che fanno seguito alla constatazione di uno "stile di vita criminale" costituiscano o meno un'inversione dell'onere della prova. Nella sua relazione di valutazione del 2004 sul Regno Unito, il GRECO³⁴² ha concluso che è così, mentre i rappresentanti delle autorità competenti del Regno Unito ritengono che si tratti di una semplice applicazione dello standard civile della prova (equilibrio delle probabilità).

La confisca non basata sulla condanna "*confiscation* inglese" ai sensi della parte V del P.O.C.A. conferisce all'Agenzia per le forme gravi di criminalità organizzata (SOCA³⁴³) il potere di adire la High Court per la confisca dei beni ottenuti con comportamenti illeciti per reati commessi nel Regno Unito, nei casi seguenti: quando non vi sono prove sufficienti per perseguire accuse penali o quando non vi sono accuse penali dovute all'interesse pubblico; i procedimenti di confisca basati su una condanna sono falliti o l'imputato è fuori portata (morto o all'estero senza alcuna ragionevole prospettiva di estradizione); i beni recuperabili devono avere un valore di almeno 10 000 sterline ed essere stati ottenuti negli ultimi 12 anni e il loro recupero deve avere

³⁴² Council of Europe's Group of States against Corruption (GRECO)

³⁴³ Serious Organised Crime Agency (SOCA)

un "impatto locale significativo sulle comunità"; infine, è fondamentale che vi siano prove di un comportamento penale dell'imputato conforme alle norme del diritto civile (equilibrio delle probabilità).

La SOCA dispone di notevoli poteri investigativi (tra cui perquisizione e sequestro, controllo dei conti e, in particolare, ordini di "divulgazione" per chiedere a chiunque di produrre documenti, fornire informazioni o rispondere a domande relative a un'indagine).

In sintesi, l'onere della prova incombe alla SOCA per dimostrare (ma solo in base al criterio del "*balance of probability*") che l'immobile in questione è recuperabile e che è stato ottenuto con un comportamento illecito. Non è necessario provare che il bene in questione deriva da un reato specifico o da un tipo di reato. Il convenuto ha l'onere di provare una fonte legittima del bene o altrimenti confutare l'accusa che il bene è recuperabile.

Inoltre, qualora il bene venga ceduto anche se in buona fede, la relativa proprietà cessa di essere recuperabile. Va notato che la protezione offerta al proposto nella disponibilità del bene alienato in buona fede dipende, secondo il diritto inglese, dalla consistenza del suo diritto. Qualora sia proprietario degli *assets*, il regime riservatogli sarà di maggior favore³⁴⁴.

La confisca di denaro nell'ambito del POCA è intesa a privare i criminali dei proventi di reato nel modo più diretto; le relazioni di valutazione mostrano che i tassi di successo variano a seconda del livello di formazione ricevuto dalle forze di polizia nelle varie regioni.

La tassazione dei proventi di reato nell'ambito del regime POCA è stata introdotta in alternativa al recupero civile. Se vi sono fondati motivi per ritenere che i redditi o i profitti maturati siano il risultato di una condotta criminosa di una persona, la SOCA può valutarli a fini fiscali. Non è necessaria alcuna prova che il profitto sia derivato da un reato specifico o che la fonte di reddito possa essere identificata. L'Agenzia delle Entrate, l'autorità fiscale nazionale, ha prestato personale a SOCA per migliorare la condivisione di informazioni ed esperienze.

³⁴⁴ I. SMITH, *Civil Asset Recovery – The English Experience*. In J. Peeter Rui, U. Sieber (eds.), *Non-Conviction Based Confiscation in Europe*, Berlin, Max-Planck-Institut, 2015, pp. 31-68.

Nel complesso, l'efficacia delle misure previste dall'Accordo di partenariato e di cooperazione è stata deludente. Le procedure richiedono troppo tempo e sono soggette a numerosi ricorsi. Ad esempio, per il 2004-2005, dei 15 milioni di sterline sequestrati, solo 5,6 milioni sono stati confiscati³⁴⁵. Tuttavia, i tribunali hanno respinto i ricorsi relativi alla mancanza di proporzionalità, alla violazione della presunzione di innocenza e della regola della doppia incriminazione.

Essi hanno confermato che il recupero civile non è per sua natura un reato, ma un procedimento civile ed è semplicemente inteso a recuperare i beni ottenuti con un comportamento illecito e a non penalizzare alcuna persona.

Quindi, la *confiscation* inglese non determina pertanto, per dottrina e giurisprudenza prevalenti, l'applicazione delle garanzie giuridiche che presiedono il processo penale. Anche a livello sovranazionale, infatti, la Corte Edu, nonostante un'iniziale presa di coscienza della natura afflittiva della non-conviction based confiscation inglese³⁴⁶, ha a partire dall'inizio del nuovo secolo, "salvato" il sistema delle confische britannico³⁴⁷.

³⁴⁵ Come rilevato dall'Eurojust Report sulla non-conviction based confiscation 2 aprile 2013, "For example, an analysis undertaken by the UK Home Office suggests that approximately GBP 2 billion is theoretically available for seizure in the UK, with a further GBP 3.3 billion of proceeds sent overseas. The estimated annual level of asset is GBP 125 million". Cfr. R. DUBOURG, S. PRICHARD, *The impact of Organised crime in the UK: Financial Revenues and Economic and Social Costs*, Home Office, 2007, str. 76.

³⁴⁶ Nel *case law* *Welch v. The United Kingdom*, no. 17440/90, 9.2.1995, § 31., ad esempio, per quanto riguarda l'applicazione retroattiva di una misura di confisca relativa al traffico di stupefacenti, considerata dal legislatore britannico come una misura preventiva volta a rimuovere il valore dei proventi di un eventuale uso futuro nel traffico di stupefacenti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che in realtà la confisca costituisca una sanzione ai sensi dell'articolo 7 della CEDU e che pertanto non potesse avere un'applicazione retroattiva. Per giungere a tale conclusione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato, da un lato, che la finalità della misura non è definitiva, poiché "gli obiettivi di prevenzione e riparazione sono coerenti con una finalità punitiva e possono essere considerati elementi costitutivi della nozione stessa di sanzione" e, dall'altro, che nemmeno la gravità della misura è decisiva, poiché "molte misure non penali di natura preventiva possono avere un impatto sostanziale sulla persona interessata".

³⁴⁷ Nel famoso caso giurisprudenziale *Phillips v. The United Kingdom*, no. 41087/98, 5.7.2001., riguardante il regime inglese di confisca allargata, ossia di confisca basata su condanna anche di beni derivanti da altri comportamenti criminali, per i quali non vi è stata condanna, è stato chiesto alla Corte europea dei diritti dell'uomo di stabilire se il richiedente fosse soggetto a nuove accuse (per quanto riguarda i beni derivanti da una condotta criminale non dimostrata) e, in caso contrario, se la presunzione di innocenza producesse effetti, nonostante l'assenza di nuove accuse. L'argomento principale che ha indotto la Corte a considerare l'articolo 6, paragrafo 2, della CEDU non applicabile a tali fatti è che il riferimento ad altri comportamenti criminali "non era inteso come condanna o assoluzione del richiedente per qualsiasi altro reato connesso con la droga", ma "a consentire al giudice nazionale di valutare l'importo al quale la decisione di confisca dovrebbe essere correttamente fissata". In altre parole, il Tribunale ha considerato il riferimento ad altri reati solo come un criterio per determinare la portata della confisca, operando in fase di condanna (per i reati giudicati) ma non rappresentando una nuova imputazione per gli altri reati non giudicati presumibilmente commessi dalla persona condannata. Per quanto riguarda l'altro aspetto della questione - se la presunzione di innocenza sia presente anche in assenza di nuove accuse - la Corte europea dei diritti dell'uomo ha osservato che l'articolo 6, paragrafo

Infatti, proprio il largo margine di operatività del *confiscation*, nonché il capillare sistema inglese della *confiscation* al quale collaborano diverse agenzie quali: l'Agenzia nazionale per la criminalità, l'Ufficio per le frodi gravi e la Procura della Corona, rispettivamente denominate: National Crime Agency, Serious Fraud Office e Crown Prosecution Service, rendono la cooperazione giudiziaria in tale settore molto efficace ed efficiente.

2, della CEDU "non può essere applicato in relazione alle accuse formulate circa il carattere e il comportamento dell'imputato nell'ambito del processo di condanna", a meno che tali accuse non siano di natura e grado tali da equivalere all'introduzione di una nuova "accusa" ai sensi della Convenzione, senza precisare ulteriormente la natura e il grado di tali accuse specifiche derivanti dalla procedura di confisca. Inoltre, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che l'inversione dell'onere della prova, fornita nel Regno Unito per accertare il nesso tra i beni e altri reati, non violasse la nozione di equo processo di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU. Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, il ricorrente ha beneficiato di garanzie adeguate, tra cui un'audizione pubblica in cui ha potuto produrre prove documentali e orali e l'effettiva possibilità di confutare la presunzione dell'origine criminale dei beni oggetto della confisca estesa. Nella causa *Butler v. United Kingdom* (dec.), no. 41661/98, 27.6.2002, relativa al regime di confisca dei proventi civili connessi al traffico di droga - che, secondo la ricorrente, è di natura penale e dovrebbe pertanto essere oggetto di garanzie nell'ambito del procedimento penale - la Corte ha dichiarato il ricorso irricevibile *ratione materiae*. La ragione principale è che questo tipo di provvedimenti di decadenza non comporta l'accertamento di alcuna accusa penale, più o meno come il riferimento ad altri comportamenti criminali di confisca estesa valutati a Phillips. Ciò lo rende incomparabile con una sanzione penale, in quanto il regime di confisca dei beni civili applicato nel caso in esame "era volto a ritirare dalla circolazione denaro che si presumeva fosse legato al traffico internazionale di droghe illecite". Così: M. SIMONATO, *Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains*, in ERA Forum, 2017, Vol. 18, Issue 3, pp. 365-379.

Il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di non-conviction based confiscation richiesto da parte degli Stati membri ha, quasi sempre, piena operatività³⁴⁸ nel sistema inglese sulla base della sezione 444 del POCA³⁴⁹ e degli “External orders”³⁵⁰.

Peraltro il civil forfeiture inglese è utile spunto per il legislatore europeo per costruire un modello di non-conviction based confiscation europea, benchè, allo stato le confische *stricto sensu* civilistiche sono escluse, assieme a quelle adottate all'interno di procedimenti amministrativi, dall'ambito di operatività della proposta di regolamento, la quale si riferisce a procedimenti concernenti questioni penali³⁵¹.

Sebbene le istituzioni europee salutino con estremo favore il *confiscation* civile adottato dai sistemi di *common law*, in particolare dall'Inghilterra, preso a modello in molteplici report, impact assesment dell'Europol, della Commissione europea e del

³⁴⁸ Il modello britannico di non-conviction based confiscation è tuttavia “property-related”. La consueta procedura della non-conviction based confiscation (stabilita nella parte V del POCA) non consente una confisca estesa quando si utilizza una “non-conviction based confiscation procedure”, vale a dire che non è possibile utilizzare la non-conviction based confiscation per recuperare beni, a meno che non si possa dimostrare all'autorità civile che i beni sono stati ottenuti attraverso comportamenti illeciti.

³⁴⁹ Section 444 POCA: External requests and orders: (1) Her Majesty may by Order in Council— (a) make provision for a prohibition on dealing with property which is the subject of an external request; (b) make provision for the realisation of property for the purpose of giving effect to an external order. (2) An Order under this section may include provision which (subject to any specified modifications) corresponds to any provision of Part 2, 3 or 4 or Part 5 except Chapter 3. (3) An Order under this section may include— (a) provision about the functions of any of the listed persons in relation to external requests and orders;] (b) provision about the registration of external orders; (c) provision about the authentication of any judgment or order of an overseas court, and of any other document connected with such a judgment or order or any proceedings relating to it; (d) provision about evidence (including evidence required to establish whether proceedings have been started or are likely to be started in an overseas court); (e) provision to secure that any person affected by the implementation of an external request or the enforcement of an external order has an opportunity to make representations to a court in the part of the United Kingdom where the request is being implemented or the order is being enforced. (4) For the purposes of subsection (3)(a) “the listed persons” are— (a) the Secretary of State; (b) the Lord Advocate; (c) the Scottish Ministers; (ca) the Department of Justice in Northern Ireland;] (d) the National Crime Agency;] (e) the Director of Public Prosecutions; (f) the Director of Public Prosecutions for Northern Ireland.

³⁵⁰ THE PROCEEDS OF CRIME ACT 2002, PART 5, GIVING EFFECT IN THE UNITED KINGDOM TO EXTERNAL ORDERS BY MEANS OF CIVIL RECOVERY, section 142, CHAPTER 1, Action to give effect to an order. (1) The Secretary of State may forward an external order to the enforcement authority. (2) This Part has effect for the purpose of enabling the enforcement authority to realise recoverable property (within the meaning of article 202) in civil proceedings before the High Court or Court of Session for the purpose of giving effect to an external order. (3) The powers conferred by this Part are exercisable in relation to any property whether or not proceedings have been brought in the country from which the external order was sent for criminal conduct (within the meaning of section 447(8) of the Act) in connection with the property.

³⁵¹ Per un'interessante analisi dei modelli di civil forfeitures presenti nel Commonwealth, nonché delle diversità comunque esistenti in tali legislazioni e l'encomiabile sforzo di costruire un comune “prototipo” di “civil recovery of criminal proceeds” si veda: A. KENNEDY, *Designing a civil forfeiture system: an issues list for policymakers and legislators*, JFC 13,2, disponibile su www.emeraldinsight.com/1359-0790.htm; J.P RUI, U. SIEBER, *Non-Conviction-Based confiscation in Europe*, op.cit., p. 31 e ss.

CCPE, a ragione delle alte percentuali di assets confiscati³⁵², si tratta di un sistema altamente problematico la cui natura non è civile, bensì penale³⁵³. Ciò in quanto la confisca degli *assets* origina comunque da un procedimento penale: la ragione di un tale inquadramento, discende, dal "fallimento" dell'ablazione degli *assets* attraverso il processo penale. Il procedimento civile di confisca dei beni i quali, secondo questo sistema, devono riferirsi ad un reato non individuato dal pubblico ministero, risulta estremamente spedito anche a motivo dell'applicazione dello standard civilista del "*balance of probabilities*".

La dottrina inglese³⁵⁴ più attenta ha rilevato, non senza preoccupazioni, la problematicità di un tale istituto, il quale necessita la riconduzione alle categorie del giusto processo, del diritto ad un *fair trial* e, dunque, alla presunzione di innocenza.

Si tratta, invero, di un sistema che sebbene possa sembrare diverso dall'omologo italiano della confisca di civile, ha molti elementi in comune con il medesimo. Il sempre maggiore indebolimento delle garanzie che vive la confisca di prevenzione italiana va, chiaramente, nella direzione del *civil forfeiture* dei sistemi di *common law*,

³⁵²Nel Regno Unito nel 2006 lo Stato ha recuperato 125 milioni di sterline, mentre nel 2009 i beni confiscati sono ammontati a 154 milioni di sterline. Tra il 2010 e il 2013/2014 sono stati sequestrati oltre 746 milioni di sterline di proventi di reato e congelati oltre 2,5 miliardi di sterline. Tale statistiche emergono da: <http://link.springer.com/article/10.1007/s10610-014-9252-8>; <http://www.nao.org.uk/report/confiscation-orders-2/>; Comparative Law Study of the Implementation of Mutual Recognition of Orders to Freeze and Confiscate Criminal Assets in the European Union, 2013.

³⁵³ Ciò nonostante, l'estensione applicativa del *confiscation* inglese, sebbene conforme ad un sistema di *common law* con sue precise regole, suscita comunque delle perplessità in punto di standard di tutela, specie con riguardo ai principi minimi richiesti dal legislatore europeo, prima con la direttiva 2014/42/UE poi con il regolamento 10114/2018 sul mutuo riconoscimento di provvedimenti di non-conviction based confiscation. Sebbene, come rilevato, tali strumenti non si applicano al *confiscation* inglese, l'apertura di questi ultimi alle confische che riguardano "proceedings in criminal matters" e non solo "criminal proceedings", chiedendo un irrobustimento delle garanzie, sembra segnalare un cambio di rotta. Del resto, anche il *confiscation* inglese, benchè disposto al termine di un procedimento puramente civile, concerne beni di provenienza delittuosa. La necessità di un intervento in senso garantista pare dunque ineliminabile. Ciò, non solo a mente degli sviluppi legislativi europei, considerata l'incertezza degli accordi politici che seguiranno alla Brexit inglese, ma a fronte dell'accesso dialogo tra gli interpreti del diritto inglese attualmente in corso sulla natura sostanzialmente afflittiva di una misura fin troppo efficientista.

³⁵⁴ J. HENDRY, C. KING, *How Far Is Too Far? Theorising Non-Conviction-Based Asset Forfeiture*. International Journal of Law in Context, 11 (4). 1., 2015, pp. 398-411; A. D. GRAY 'Forfeiture Provisions and the Criminal/ Civil Divide' 15 New Criminal Law Review, 2012, PP.32-67; L. CAMPBELL, 'Theorising Asset Forfeiture in Ireland' 71(5) Journal of Criminal Law 441-460; *ibid.*, 'The Recovery of "Criminal" Assets in New Zealand, Ireland and England: Fighting Organised and Serious Crime in the "Civil" Realm' 41 Victoria University Wellington Law Review, 2010, pp. 15-36; *ibid.*, *Organised Crime and the Law: A Comparative Analysis* (Oxford: Hart Publishing), 2013; *ibid.* 'Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence' 76(4) Modern Law Review, 2013, pp. 681-707.

il quale, a parere di chi scrive può essere estremamente utile al legislatore italiano per comprendere come un tale modello sia di difficile compatibilità non solo con il sistema interno, ma con l'impianto garantistico delineato a livello internazionale ed europeo. Allo stesso modo, la creazione di un modello di *non-conviction based confiscation* europea non pare poter estendersi a tal punto fino a ricomprendere, così legittimandoli, modelli di non-conviction based confiscation così poco garantisti. Per poter pervenire alla creazione di una non-conviction based confiscation europea è necessario costruire un impianto di garanzie irrinunciabili, piuttosto che parlare di non-conviction based confiscation di tipo civile, piuttosto che penale. Si tratta, a ragione, di una classificazione utile a comprendere i modelli di non-conviction based confiscation esistenti ma che tradisce una realtà: vale a dire l'esistenza di un unico sistema di *non-conviction based confiscation*, che è quello di "provenienza penale". Il confiscation civile non è altro che uno strumento più agile per poter confiscare assets di provenienza criminosa non sufficientemente provata, in assenza di garanzie il cui rispetto determinerebbe un rallentamento intollerabile nella procedura, o peggio, la perdita dei beni di cui si voleva ottenere la confisca senza condanna.

Tali riflessioni valgono, *a fortiori*, per il confiscation irlandese, il quale risale al 1996 e ha un margine di operatività ancora più esteso rispetto a quello inglese.

b. *Il confiscation in Irlanda*

Il modello di confisca senza condanna di tipo civilistico previsto dal sistema irlandese merita una trattazione separata, dal momento che prevede un sistema di *confiscation* civile orientato in senso efficientista, con requisiti applicativi più ampi di quelli previsti per la *non-conviction based confiscation* inglese.

In Irlanda la confisca è prevista dalla legge sui proventi di reato (POCA) e dalla legge sull'Ufficio per i beni criminali (CAB). Questi due atti sono stati entrambi adottati nel 1996, nel contesto di un'impennata della criminalità organizzata in Irlanda.

Mentre la POCA fornisce la base giuridica per l'attacco da parte dello Stato ai proventi di reato, la legge sul CAB istituisce il quadro istituzionale che ne garantisce l'attuazione. L'introduzione di un regime di confisca civile che prevede l'inversione dell'onere della prova, senza necessità di una condanna penale, è stata considerata

come una transizione dalla confisca *reattiva* basata sulle condanne a una strategia di controllo della criminalità *proattiva*, in risposta alla grave minaccia che la criminalità organizzata rappresenta per la società. La costituzionalità della misura è stata contestata per una serie di motivi, ma è stata confermata dai tribunali irlandesi.

Oltre al regime di confisca civile, l'Irlanda ha anche un regime basato sulle condanne per la confisca di proventi³⁵⁵ derivanti da reati legati alla droga e al terrorismo ai sensi della legge sulla giustizia penale. Per il collegamento tra un bene e il reato in questione si applica un livello di prova inferiore a quello britannico (equilibrio delle probabilità piuttosto che al di là di ogni ragionevole dubbio). Quando vi sono prove sufficienti di una condanna penale, viene data la preferenza al regime di decadenza basato sulla condanna.

L'attuazione della POCA è compito della CAB, un'agenzia multidisciplinare composta da funzionari distaccati dalla polizia e dalle autorità fiscali e sociali, che mettono in comune il loro accesso a tutte le informazioni pertinenti a disposizione delle istituzioni nazionali³⁵⁶. La POCA autorizza inoltre la CAB a garantire che i proventi di attività criminali o sospette di attività criminali siano soggetti a tassazione³⁵⁷.

Il modello irlandese di non-conviction based confiscation, tipicamente di natura civile, si articola in tre fasi: in primo luogo, la richiesta di un provvedimento provvisorio è rivolta all'Alta Corte da un funzionario della CAB. La CAB deve dimostrare, secondo lo standard civilistico della prova del "più probabile che non" che una persona sia nella disponibilità un bene, che tale bene costituisca direttamente o indirettamente un

³⁵⁵ I "proventi di reato" ai sensi del POCA comprendono "qualsiasi bene ottenuto o ricevuto in qualsiasi momento, prima o dopo l'adozione della legislazione, da o in conseguenza di o in relazione a una condotta criminale" (POCA, Parte 2, Sezione 3. a). "Per "condotta criminosa" si intende qualsiasi reato verificatosi all'interno dello Stato, o che costituirebbe un reato se si verificasse nello Stato, o un reato contro la legge di tale Stato, o se il bene risultante da tale reato fosse situato all'interno dello Stato. L'inclusione dei proventi di reati commessi al di fuori della giurisdizione e detenuti in qualsiasi momento in Irlanda è stata aggiunta da una modifica del 2005 dell'accordo di partenariato e di cooperazione, dopo che i tribunali irlandesi avevano ritenuto che tale intento legislativo mancasse nella versione originaria del POCA.

³⁵⁶ L'obiettivo della CAB è "identificare i beni, ovunque essi si trovino, o le persone che derivano o sono sospettate di derivare, direttamente o indirettamente, da una condotta criminale, adottare misure adeguate per privarli in tutto o in parte e svolgere indagini o lavori preparatori in relazione a procedimenti ai sensi della legge" (preambolo della legge sulla CAB). L'Agenzia delle Entrate è stata esplicitamente autorizzata a condividere le informazioni fiscali con la CAB (legge del 1996 sulla divulgazione di determinate informazioni a fini fiscali e di altro tipo).

³⁵⁷ Alcune delle figure criminali più note in Irlanda sono state prese di mira con successo in questo modo e sono state anche private delle prestazioni sociali. Per svolgere efficacemente questi compiti, alla CAB sono stati conferiti forti poteri investigativi, tra cui quello di perquisire, sequestrare e trattenere qualsiasi bene che sussista un ragionevole sospetto (articolo 14 della legge sulla CAB).

provento del reato e il suo valore sia superiore a 13.000 euro. Se il giudice è convinto che vi siano ragionevoli motivi per ritenere che il bene in questione sia il prodotto di un reato, emette un'ordinanza provvisoria che vieta al convenuto di disporre del bene o di trattarlo in altro modo per 21 giorni. Se tale ordine viene emesso in modo improprio, lo Stato può essere condannato a risarcire il danno subito.

La seconda fase è l'ordine di urgenza. La CAB deve fornire all'autorità giudiziaria le prove di un'ordinanza provvisoria. Se il giudice ritiene che vi siano ragionevoli motivi per ritenere che il bene sia frutto di reato, emette un'ordinanza cautelare, a meno che il convenuto non fornisca prove che dimostrino che il bene non è frutto di reato. A meno che non sia stato presentato ricorso o le parti non abbiano concordato diversamente, l'ordinanza cautelare rimane in vigore per sette anni.

Durante questo periodo, un curatore fallimentare può essere nominato per amministrare i beni e il tribunale può emettere un'ordinanza, su richiesta del convenuto o delle persone a suo carico, per coprire le spese di sostentamento ragionevoli e legali dei beni sottoposti a sequestro conservativo.

La terza fase della procedura di confisca civile irlandese è l'ordine di alienazione, che dispone la confisca definitiva dei beni. La legge prevede due salvaguardie per proteggere i beni di persone innocenti. In primis, il tribunale deve dare la possibilità a chiunque affermi di possedere una parte dei beni di fornire prove sufficienti per dimostrare al tribunale che i beni non devono essere confiscati e ha la facoltà di non emettere un ordine di alienazione in caso di *rischio di grave ingiustizia*. La decisione finale trasferirà gli *assets* allo Stato irlandese.

Orbene, da quanto sopra emerge che il *non-conviction based confiscation* ha uno standard applicativo molto vago e non è molto garantito per i sospettati di aver commesso attività criminali. Ciò, in quanto la legge irlandese sulla non-conviction based confiscation consente alla CAB di confiscare i proventi derivanti da qualsiasi condotta criminale. Inoltre, non viene richiesto l'accertamento di alcun reato presupposto: è sufficiente che lo Stato dimostri che vi sono fondati motivi per ritenere che il convenuto abbia svolto un'attività illecita, con inversione dell'onere della prova a carico del convenuto per dimostrare la legittimità dei suoi beni. Infine, viene previsto un *discovery order*, in base al quale qualsiasi autorità giudiziaria può ordinare d'ufficio al "proposto" di rivelare i beni che possiede o controlla.

La mancanza di garanzie è evidente ed è per questo che è stata contestata dinanzi alla *Supreme Court* irlandese, la quale ha tuttavia concluso per il rispetto delle garanzie civilistiche minime da parte della non-conviction based confiscation interna³⁵⁸. Si ritiene ciò debba essere principalmente motivato da ragioni di politica criminale.

Infatti, l'efficienza di un tale tipo di confisca nell'ablazione reale di *assets* di provenienza criminosa è stata particolarmente apprezzata, a livello sia europeo che internazionale³⁵⁹.

³⁵⁸ L'inversione dell'onere della prova a carico del proposto è stata definita una violazione della presunzione di innocenza e del *disclosure order* come una violazione del principio *nemo tenetur se deteger*. Inoltre, l'equivalenza della mera dichiarazione – da parte dell'ufficiale giudiziario - di esistenza di ragionevoli motivi di ritenere che l'indagato possieda o controlli beni che sono proventi di reato a piena prova di reato nonché le disposizioni che tutelano l'anonimato dei membri della CAB e dei testimoni ai quali la CAB fa riferimento e, più in generale, l'ampio accesso, da parte della CAB, alle risorse investigative di vari potenti organi statali sono state criticate in quanto mettono a repentaglio il principio della "parità delle armi" e aprono alla possibilità di un abuso di tali poteri. Infine, il POCA è stato sospettato di incostituzionalità per violazione dell'articolo 40, paragrafo 3, in quanto non in grado di proteggere la proprietà privata da attacchi ingiusti. Tuttavia, la Corte Suprema ha ritenuto che l'obbligo imposto allo Stato di fare una indagine relativa alla provenienza delittuosa dei beni prima che l'onere della prova venga a gravare sull'indagato, e il divieto di utilizzare le informazioni divulgate a seguito di un *disclosure order* per dare avvio a un procedimento penale forniscono una protezione sufficiente ai diritti costituzionali dell'indagato. La Corte Suprema ha inoltre sottolineato che nei procedimenti di confisca civile nessuno viene dichiarato colpevole o viene condannato per un reato specifico, motivo per cui non sono applicabili i principi del diritto penale come la presunzione di innocenza. Per quanto riguarda la protezione della proprietà privata, la Corte ha stabilito che, sebbene la confisca civile incida indubbiamente sui diritti di proprietà del convenuto, essa non raggiunge il livello di un "unlawful attack", considerando che lo Stato deve prima dimostrare che la proprietà costituisce il provento di un reato. La Corte ha inoltre stabilito che il diritto alla proprietà privata non può occupare un posto così elevato nella gerarchia dei diritti da proteggere il possesso di beni acquisiti illegalmente e che l'erosione della protezione della proprietà privata deve essere bilanciata con l'interesse pubblico; di conseguenza, la Corte suprema irlandese, pur riconoscendo l'ampia natura della Corte, l'ha giustificata come risposta misurata e proporzionata alla criminalità e alla minaccia che essa rappresenta per la società.

³⁵⁹ Il Gruppo di Stati del Consiglio d'Europa contro la corruzione (GRECO) ha dichiarato di essere "positivamente colpito dal sistema di confisca civile che ha fornito al Criminal Asset Bureau strumenti efficaci per identificare e sequestrare i proventi di reato". Cfr. GRECO, Second Evaluation Round, Evaluation Report on Ireland, 2005. Secondo i rappresentanti della CAB, molti criminali organizzati hanno trasferito le loro attività fuori dall'Irlanda, specialmente durante i primi cinque anni di attuazione del POCA, con una conseguente significativa riduzione dei tassi di criminalità in Irlanda. Sembra che il successo del sistema irlandese sia dovuto in gran parte al ruolo forte della CAB. Inizialmente si rivolgeva a noti criminali e capi di Stato e di governo che avevano accumulato grandi quantità di beni senza alcuna fonte apparente di reddito legittimo, ma contro i quali non vi erano prove sufficienti per una condanna penale. In seguito, la CAB ha perseguito anche i criminali di piccole e medie dimensioni che avevano un impatto significativo sulla comunità: i beni confiscati includevano automobili di fascia alta di proprietà di trafficanti di droga, in modo che "le madri fossero in grado di indicare i loro figli in crescita e dire che il crimine non paga". I dati statistici pubblicati dalla CAB indicano che la CAB ha avviato in media 10 casi all'anno (tra il 1988 e il 2009), la maggior parte dei quali ha portato alla confisca di beni allo Stato. Gli attivi recuperati dalla CAB superano di gran lunga le risorse ricevute dal Parlamento, mentre gli importi più cospicui sono stati recuperati dai poteri fiscali della CAB. Il successo del POCA è attribuito agli eccellenti team multidisciplinari della CAB, che riuniscono i poteri, le informazioni disponibili e il personale di tre diverse agenzie governative. L'Alta Corte nomina inoltre un giudice per le cause di decadenza per un periodo di almeno due anni, assistito da un cancelliere

L' utilizzabilità di un tale modello di *non-conviction based confiscation* all'interno del sistema italiano pare, allo stato attuale e anche nell'eventualità di una riforma legislativa in soggetta materia, di difficile realizzabilità, alla luce dell'impianto costituzionale e dei principi che regolano il diritto e la procedura penale. Infatti, il diritto civile ha spazio nel processo penale soltanto in un'ottica di economia processuale e di tutela della parte civile, al fine relativo risarcimento per fatto illecito³⁶⁰.

Valgono, in relazione a tale modello di confisca civilistica, specie in quanto ancor meno garantista rispetto a quello inglese, considerazioni in buona parte analoghe³⁶¹.

8. IL CIVIL FORFEITURE NEGLI USA

In maniera analoga al modello irlandese, gli Stati Uniti sono dotati di un sistema di confisca senza condanna civilistica di ragguardevole esperienza.

L'ordinamento americano può essere definito il precursore della non-conviction based confiscation ed è questa, come rilevato, una delle principali ragioni della inclusione di tale sistema all'interno della presente disamina.

Il legislatore europeo, difatti, ha da sempre preso a modello la confisca civile americana per provare a costruire un modello di confisca senza condanna comune agli Stati membri, cercando, al contempo, di istituire un network utile alla tracciabilità e alla confisca dei beni di provenienza delittuosa.

La comprensione delle modalità operative di detto sistema si pone come preconditione all'analisi dell'impatto indiretto di un tale modello sull'assetto legislativo e operativo europeo, nonché sulle legislazioni degli Stati membri, specie di *common law*.

Orbene, il sistema statunitense riconosce due principali modelli di confisca, tra i quali, i principali sono la *criminal* e la *civil forfeiture*. In termini generali, solo la *civil*

speciale. Questo è considerato un fattore importante che contribuisce all'elevato tasso di successo dei procedimenti civili e all'attenta selezione e preparazione dei casi da parte della CAB.

³⁶⁰ L'azione civile nel processo penale è regolata dagli artt. 74, 75, 431,605 e 622 c.p.p.

³⁶¹ Una rilevante differenza, in attesa dei risvolti applicativi della Brexit inglese, risiede nel fatto che il nuovo modello sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna approvato nel giugno 2018 non sarà applicabile all'Irlanda, per la quale varrà solo la decisione-quadro 2003/577/UE. Ne consegue, un quadro problematico nel quale il paese anglosassone, dotato di un modello aperto e allargato di confisca senza condanna civilistica non è destinatario di un regolamento che si apre alla reciproca esecuzione di modelli di confisca che, seppure non civilistici, non riguardano solo procedimenti *stricto sensu* penali.

forfeiture statunitense è *non-conviction based*, cioè, in quanto la *criminal forfeiture* presuppone generalmente una pronuncia di condanna definitiva ed è imposta nell'ambito di un processo penale³⁶².

Tuttavia, come rilevato, il termine "confisca civile" possa creare confusione all'interno del contesto internazionale. Da un lato evoca la distinzione tra paesi di *civil e common law*; da un altro implica che il provvedimento di confisca venga richiesto innanzi ad un giudice civile e non penale; suggerisce che l'azione sia promossa tra privati e non tra un privato e il governo, o che il governo stia semplicemente cercando di ottenere un risarcimento per una perdita, invece di imporre una sanzione per gli atti illeciti, e implica che il processo non fornisca alcuna tutela per i diritti umani.

Nel caso della confisca civile statunitense, invece, l'ablazione di beni si traduce in una pedissequa applicazione della legge³⁶³.

Si tratta sia di un'azione avviata dal governo presso lo stesso tribunale in cui un'azione penale sarebbe stata archiviata - spesso in parallelo con un'azione penale effettiva - sia di una sanzione che di uno strumento correttivo.

E' molto importante rilevare che, anche se le procedure possono essere di natura civile, con alcune importanti eccezioni, le stesse tutele costituzionali si applicano nelle cause civili come nelle cause penali.

La confisca civile è semplicemente uno strumento procedurale che il pubblico ministero utilizza per recuperare beni in una situazione in cui tutti gli interessi dei potenziali proprietari possono essere giudicati in una sola volta, senza la necessità di ottenere una condanna penale del proprietario dell'immobile o di chiunque altro.

In primo luogo, la confisca statunitense ha lo scopo non punitivo di trarre profitto dal reato. Qualunque beneficio l'autore del reato abbia ottenuto o trattenuto in conseguenza del suo reato viene confiscato al governo.

In secondo luogo, la confisca è vista come una forma di punizione. L'incarcerazione è una forma di punizione, ma lo è anche costringere il malfattore a sdrammatizzare gli accenti dello stile di vita sontuoso che ha acquisito attraverso i suoi atti criminali. In effetti, molti pubblici ministeri sostengono che è stata la perdita degli oggetti di lusso

³⁶² S. D. CASSELLA, *Asset forfeiture law in the United States* § 15-3(d) (New York, Juris 2007); A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, 2001, op. cit., pp. 247-312.

³⁶³ S. D. CASSELLA, *"Civil Asset Recovery: The American Experience"* Working Title (2013), disponibile su http://works.bepress.com/stefan_cassella/30/

acquisiti nel corso di una vita di crimine, non il periodo di tempo da trascorrere dietro le sbarre, che ha colpito maggiormente gli imputati.

Inoltre, la confisca ha un effetto dissuasivo³⁶⁴ ed è una forma di prevenzione, in quanto l'ablazione dei beni di valore determina il proposto a non commettere più reati in futuro.

Un altro effetto della confisca civile in America è quello dello smantellamento delle organizzazioni criminali³⁶⁵. Il denaro è il collante che tiene insieme le imprese criminali organizzate; esse devono riciclare il denaro per mantenere in vita il programma, per far cadere più vittime nel programma di frode, per comprare più droga, per finanziare atti di terrorismo, o per pagare tangenti a funzionari corrotti. Inoltre, spesso si osserva che è più difficile per un'organizzazione di droga sostituire il denaro sequestrato dalle forze dell'ordine dopo che le droghe sono state distribuite che sostituire le droghe se vengono sequestrate in anticipo. Così, prendere i soldi fa di più per interrompere il ciclo di distribuzione della droga che qualsiasi numero di arresti di acquisto / busto di mercanti di strada, o sequestri di droga mentre vengono importati. Negli Stati Uniti la confisca è utilizzata come mezzo per recuperare beni sottratti alle vittime e restituirli attraverso processi noti come *restituzione e restauro*.

Gli Stati Uniti dispongono di un solido *corpus* di leggi in materia di restituzione, ma per una semplice ragione procedurale la confisca è un modo più efficace di recuperare denaro per le vittime rispetto all'ingiunzione all'imputato di pagare la restituzione.

Le ordinanze di restituzione possono essere imposte solo dopo che l'imputato è stato condannato, mentre le leggi sulla confisca consentono al governo di sequestrare e detenere i beni all'inizio del procedimento, garantendo in tal modo che rimangano a disposizione delle vittime man mano che il procedimento va avanti³⁶⁶.

³⁶⁴ Se a un truffatore, a un pornografo infantile, a un politico corrotto o a un trafficante di droga non è permesso di conservare i frutti del suo crimine, forse la prossima persona avrà meno probabilità di percorrere la stessa strada.

³⁶⁵ Al proposito, si veda *Caplin & Drysdale contor United States*, 491 U.S. 617, 630 (1989) (“[A] major purpose motivating congressional adoption and continued refinement of the racketeer influenced and corrupt organizations (RICO) and [continuing criminal enterprise] forfeiture provisions has been the desire to lessen the economic power of organized crime and drug enterprises”).

³⁶⁶ Gli obiettivi del federal asset forfeiture program americano sono sintetizzati dalla Supreme Court nella pronuncia *Kaley contro United States*, 134. S. Ct. 1090, 1094 (2014).

Si noti, inoltre, come la confisca sia principalmente utilizzata per proteggere la comunità e per dimostrare alla comunità che le forze dell'ordine operano nel suo interesse³⁶⁷.

Infine, la confisca è utilizzata come mezzo per incoraggiare la cooperazione tra le autorità di contrasto statali e federali e per concentrare le loro risorse sugli aspetti economici della criminalità³⁶⁸.

Tutti questi motivi valgono anche per la confisca penale e per la confisca non basata sulla condanna. La differenza tra i due approcci è procedurale.

In un procedimento penale, la confisca è parte della sentenza dell'imputato³⁶⁹. Dopo che l'imputato è stato giudicato colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio, il tribunale determina, sulla base del *balance of probabilities*, se il bene che il governo sta cercando di confiscare è stato ricavato da, utilizzato per commettere, o è stato altrimenti collegato al reato un modo che permette di essere confiscato al governo³⁷⁰. Inoltre, nel processo penale, il giudice penale deve anche verificare che quel dato bene appartenga anche a quella determinata persona e non, come diversamente avviene nella non-conviction based confiscation, che derivi da un reato commesso da qualcuno³⁷¹.

Se la proprietà non è disponibile, il governo può ottenere una sentenza di condanna nei confronti del convenuto³⁷² e può soddisfare tale sentenza con beni di pari valore che il

³⁶⁷ Se la polizia è in grado di usare le leggi sulla confisca per chiudere un *crack house* e trasformarlo in un rifugio per le donne maltrattate, ha immediatamente rimosso un pericolo per la salute pubblica e la sicurezza, ha fornito una risorsa molto necessaria per una comunità, e ha creato una dimostrazione visibile dell'efficacia degli sforzi delle forze dell'ordine locali.

³⁶⁸ Attraverso un programma chiamato "equitable sharing", le forze dell'ordine statali e locali che aiutano le forze dell'ordine federali a indagare e perseguire i reati federali che portano alla confisca dei beni sono autorizzate a utilizzare una parte di tali beni per integrare i loro bilanci, anche se non per pagare gli stipendi degli agenti o funzionari che gestiscono i casi, e quindi viene dato un incentivo a dedicare risorse a questioni che hanno la massima priorità federale. Tale programma è stato illustrato nella causa *United States v. 434 Main Street, Tewksbury, Mass.*, CIV. A. 09-11635-JGD, 2012 WL 1548228, at *3-5, (D. Mass. Apr. 25, 2012), nella quale il convenuto aveva dedotto la violazione del decimo emendamento della Costituzione americana, non accolto da parte della Supreme Court.

³⁶⁹ Nella sentenza *Libretti contro United States*, 516 U.S. 29, 39 (1995), la Supreme Court ha evidenziato che: "Criminal forfeiture is an aspect of punishment imposed following conviction of a substantive criminal offense".

³⁷⁰ Così, *Fed. R. Crim. P. 32.2(b)*; *United States contro Bader*, 678 F.3d 858, 893 (10th Cir. 2012) ("A forfeiture judgment must be supported by a preponderance of the evidence".)

³⁷¹ S. CASSELLA, *Nature and Basic Problems of Non-conviction-based confiscation in the United States*, 2018, disponibile su <http://assetforfeiturelaw.us/wp-content/uploads/2018/05/Nature-and-Basic-Problems-of-NCB-Confiscation.pdf>

³⁷² Si veda, *United States contro Vampire Nation*, 451 F.3d 189, 201-03 (3d Cir. 2006) (rejecting the argument that a forfeiture order must order the forfeiture of specific property; as an in personam order, it may take the form of a judgment for a sum of money equal to the proceeds the defendant obtained

convenuto può possedere, noti come "beni sostitutivi". Negli Stati Uniti, infatti, non si accetta il modello di confisca allargata ma, al contrario, la confisca penale è limitata ai beni che derivino dal reato per il quale l'imputato sia stato condannato. Il pubblico ministero può, però, estendere la portata della confisca cercando di condannare l'imputato per cospirazione o altri reati generali quali uno "*scheme to defraud*" invece di imputare solo per uno specifico reato, ma resta il fatto che la confisca penale è limitata al reato per il quale la sentenza di condanna è emessa³⁷³

Infine, il governo deve notificare l'ordine di confisca a terzi che abbiano un interesse nella proprietà perduta e dare loro la possibilità di contestare la confisca per il fatto che appartiene al terzo e non al convenuto³⁷⁴.

Nel caso della non-conviction based confiscation, il procedimento di confisca è senza condanna, ma non viene nemmeno avviata una indagine penale³⁷⁵. Il governo avvia l'azione contro il bene come se fosse un imputato in solido e chiunque intenda opporsi all'azione di confisca deve intervenire in tal senso. L'azione è avviata nei confronti della proprietà, *sic et simpliciter*, ciò per fare in modo che chiunque abbia un interesse nella proprietà possa intervenire in giudizio³⁷⁶. Per tale ragione, le pronunce in materia di confisca civile vengono denominate in maniera inusuale: *United States v. Real Property Located at 475 Martin Lane or United States v. One Red 2003 Hummer H2*. Il processo di non-conviction based confiscation è semplice ed è descritto dettagliatamente negli statuti e nelle norme³⁷⁷. Il Governo procede a sequestrare il bene e ad informare il proprietario e qualsiasi altra parte interessata dell'azione di confisca e del diritto di intervenire.

Se il proprietario dell'immobile - in questa fase universalmente definito come "*the claimant*" - sceglie di intervenire presentando una richiesta adeguata, il caso procede attraverso varie fasi in cui le parti possono condurre indagini per ottenere le prove, il ricorrente può provare a sopprimere le prove o a far rigettare il caso.

from the offense, even if he no longer has those proceeds, or any other assets, at the time he is sentenced).

³⁷³ *United States v. Capoccia*, 503 F.3d 103, 109 (2d Cir. 2007).

³⁷⁴ Viene richiesta una connessione sostanziale tra la proprietà e il reato per cui si procede.

³⁷⁵ *Sent. United States contro One 1989 JaguarXJ6*, 1993 WL 157630, *3 & n.2 (N.D. Ill. May 13, 1993).

³⁷⁶ *United States contro Ursery*, 518 U.S. 267, 295-96 (1996) (Kennedy, J. Concurring).

³⁷⁷ Si veda art. 18 U.S.C. § 983 (2009); Fed. R. Civ. P. Rule G (Supplemental Rules for Admiralty or Maritime Claims and Asset Forfeiture Actions).

Parimenti, il governo può provare a fare rigettare la richiesta di intervento per difetto di legittimazione (cioè, la mancanza di un interesse sufficiente nella proprietà).

Infine, se si apre il giudizio, il governo ha l'onere di stabilire che sia più probabile che non la realizzazione di un reato e che da tale reato sia derivata la proprietà per cui si procede. Se il governo si assume tale onere, il *claimant* ha l'onere di stabilire che era un "*proprietario innocente*³⁷⁸", o che la confisca della proprietà sarebbe "grossolanamente sproporzionata alla gravità del reato" su cui si basa la confisca senza condanna³⁷⁹.

Nell'ipotesi in cui il Governo riesca a dimostrare che il reato è stato commesso e che il bene sia derivi dal medesimo o sia stato usato per la sua commissione, oppure nell'ipotesi in cui il *claimant* non riesca a dimostrare di essere proprietario innocente, la Corte emetterà un "*confiscation order*" trasferendo la proprietà al Governo.

Le azioni di confisca negli Stati Uniti non possono essere intentate nei confronti di tutti i reati. Diversamente, possono essere avviate solo nel caso di specifica previsione contenuta nella fattispecie di reato di riferimento. Vi sono tuttavia statuti che hanno una portata più ampia. Nei casi di riciclaggio di denaro, ad esempio, il governo può confiscare tutte le proprietà coinvolte in un reato di riciclaggio di denaro, comprese le proprietà non detenute che sono mescolate con i proventi di reato al momento in cui il reato di riciclaggio ha luogo.

Nella maggior parte dei casi, la tutela delle libertà civili dei proprietari di immobili nei casi di decadenza non basata su condanna è la stessa di cui godono nei procedimenti penali. In entrambi i procedimenti, ad esempio, il proprietario dell'immobile può

378 Rileva, al proposito, S. CASSELLA, *Nature and Basic Problems of Non-conviction-based confiscation in the United States*, 2018, disponibile su <http://assetforfeiturelaw.us/wp-content/uploads/2018/05/Nature-and-Basic-Problems-of-NCB-Confiscation.pdf>, op. cit che: "The owner, however, would have the right to intervene in the case and assert an innocent owner defense. That is, once the Government establishes that a crime was committed, and that the property was used to commit the crime, the owner could assert that he did not know that his property was being used in that way, or that he took all reasonable steps to prevent it. And if the third party establishes that defense by a balance of the probabilities, he will prevail. So, for example, if someone uses his wife's car to commit a crime, and the wife knew all about it and let it happen, the Government could forfeit the car in an NCB forfeiture action without having to charge the wife with any crime. But if she did not know that her car was being used to commit a crime, she would have an innocent owner defense, and would have the right to recover her attorney's fees if she prevailed."

379 Vedi: *Urserly*, 518 U.S. at 295–96 (1996) (Kennedy, J. concurring) (discussing how proceedings in rem are simply structures that allow the Government to quiet title to criminally tainted property in a single proceeding in which all interested persons are required to file claims contesting the forfeiture at one time).

cercare di sopprimere le prove ottenute in violazione della protezione offerta dal quarto emendamento contro perquisizioni e sequestri irragionevoli; ha diritto a un equo avviso e all'opportunità di essere ascoltato, come garantito dalla clausola del quinto emendamento relativa al giusto processo; ha diritto di sottoporre i testimoni a un contraddittorio e di insistere sull'applicazione delle norme in materia di prova; è protetto dall'imposizione di una confisca che è gravemente sproporzionata rispetto alla gravità del reato ai sensi dell'ottava clausola relativa alle ammende eccessive. Vi è anche il diritto a un processo per collegio, c.d. "*jury*", che in realtà è più solido in base al settimo emendamento nel contesto non basato sulla condanna rispetto al contesto penale.

Sotto altri punti di vista, tuttavia, il procedimento non basato sulla condanna non prevede le stesse tutele costituzionali dei diritti umani fondamentali previste in un procedimento penale. Nei procedimenti non basati sulla condanna, l'onere del Governo è quello di stabilire la confisca della proprietà attraverso il criterio del "più probabile che non" e non vi è alcun diritto al silenzio. Inoltre, non vi è alcun diritto alla prestazione di consulenza a spese del governo se il ricorrente non è in grado di permettersi un avvocato di propria scelta.

Per tale ragione, la non-conviction based confiscation americana ha sollevato una serie di problemi in punto di compatibilità con le garanzie prescritte e con il principio del giusto processo³⁸⁰.

Il punto di frizione principale ha riguardato la compatibilità della *civil forfeiture* con la presunzione di innocenza e l'onere della prova.

In passato si prevedeva l'inversione dell'onere della prova: una volta che il governo avesse dimostrato di avere una base ragionevole per ritenere che la proprietà fosse soggetta a confisca l'onere della prova incombeva al proprietario della proprietà.

Con le modifiche normative occorse³⁸¹, tuttavia, l'onere della prova è stato posto a carico del governo il quale deve stabilire il collegamento tra la proprietà e un reato penale in prima istanza. Il che, però, non pare sia risultato in un alleggerimento dell'onere per il *claimant* dal momento che le maglie applicative del *civil forfeiture*

380 Molte delle questioni costituzionali sono state affrontate dalla *Supreme Court* nel decennio 1992-2002; altre sono state affrontate a livello legislativo con la legge sulla riforma della confisca dei beni civili del 2000 (Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 - CAFRA).

381 Vedi art. 18 U.S.C. § 983(c).

sono molto ampie³⁸² e che l'onere gravante sul Governo è oltremodo semplice. Questi, infatti, deve solo provare il nesso di derivazione tra bene e reato.

Quanto alla difesa dei terzi innocenti recanti un interesse nella proprietà la Corte ha incontrato molte criticità. Nella causa *Bennis c. Michigan*, la Corte Suprema ha affermato che l'imposizione della responsabilità oggettiva a terzi non viola i loro diritti a un giusto processo ma, a seguito delle modifiche normative occorse³⁸³, il Dipartimento di Giustizia ha proposto, e il Congresso ha promulgato, una difesa uniforme e innocente dei terzi proprietari.

Vi sono state anche numerose controversie sulle misure che il governo deve adottare per notificare l'azione di confisca alle parti interessate. In un'azione legale *in rem*, non è sempre immediatamente evidente che il proprietario dell'immobile sia a conoscenza dell'avvio di un'azione per la confisca. La regola che è emersa, ed è stata infine codificata, è che il Governo deve inviare una comunicazione scritta a chiunque sembri avere un interesse nella proprietà entro 60 giorni dal suo sequestro, e deve anche pubblicare un avviso su Internet su un sito ufficiale del Governo³⁸⁴.

Un'altra questione controversa, nonché oggetto di tre distinte cause della Corte Suprema negli anni '90, riguardava la proporzionalità della confisca alla gravità del reato. La decadenza può essere potenzialmente sufficientemente ampia da implicare

³⁸² La *non-conviction based confiscation* americana può essere applicata: quando i beni sono sequestrati ma l'ablazione non è opposta da alcun claimant e in tali casi si parla di "*administrative forfeiture*" e il Governo procede senza processo; nel caso di proposto che sia morto o incapace o sia un fuggitivo; nei casi di processo penale non iniziato nel termine di 5 anni dalla data della commissione del reato, dal momento che il procedimento di *non-conviction based confiscation* deve essere iniziato solo entro 5 anni dalla scoperta circa la commissione del reato; ove il bene sia di provenienza delittuosa ma non si riesca a determinare l'autore del reato; nel caso in cui questi sia stato condannato per un reato differente da quello per cui si confiscano i beni; nel caso in cui il proposto sia stato condannato presso altro Stato per i medesimi fatti per cui si vuole procedere a confisca. L'ultimo caso di *non-conviction based confiscation* è di particolare interesse in quanto il Governo può confiscare senza condanna se l'interesse alla giustizia non richiede un pronunciamento in tal senso. Si tratta dell'esercizio della "*prosecutorial discretion*". Per un approfondimento, si veda S. CASSELA, *Nature and Basic Problems of Non-conviction-based confiscation in the United States*, 2018, op. cit.

³⁸³ Per legge, la difesa offre ai terzi la possibilità di proteggere i loro beni dalla confisca, anche se derivano da o sono stati utilizzati per commettere un reato, se (1) non erano a conoscenza di, o hanno adottato tutte le misure ragionevoli per prevenire, l'uso illegale della proprietà, o (2) hanno acquisito l'interesse di proprietà come un acquirente in buona fede per un valore senza motivo di sapere che era soggetto a confisca.

³⁸⁴ Nella causa *Dusenbery contro Stati Uniti*, la Corte suprema ha stabilito che questa regola si applica ai detenuti; l'avviso deve essere inviato al carcere in cui il detenuto è detenuto o al suo avvocato e non all'indirizzo di casa o al luogo in cui risiedeva al momento dell'arresto (conformemente all'art. 534 U.S. 161, 167, 172-73; 2002).

l'incostituzionalità della clausola relativa alle ammende eccessive dell'ottavo emendamento³⁸⁵.

Un'altra serie di problemi si pone quando vi è un'azione di confisca non basata sulla condanna e un'indagine o un processo penale parallelo.

Ai sensi del quinto emendamento³⁸⁶ alla Carta dei diritti americana, l'imputato ha il diritto di rimanere in silenzio e di sottoporre il governo alla sua prova. Tuttavia, quando il governo presenta un'azione civile parallela di decadenza, all'imputato viene offerta la *scelta di Hobson*: invoca il suo diritto di non rispondere in modo che ciò che dice non possa essere usato contro di lui nel suo procedimento penale, ma così facendo rinuncia alla sua possibilità di difendere i suoi beni, o fornisce prove nel caso di decadenza? Esistono vari modi per affrontare il problema, ma la scelta operata nell'ambito di CAFRA³⁸⁷ è stata quella di consentire all'imputato penalmente responsabile di un caso connesso di chiedere la sospensione di un procedimento non penale collegato fino alla conclusione del procedimento penale, rendendo così superflua la scelta tra la sua proprietà e il suo diritto di non rispondere³⁸⁸. Ciò nonostante è innegabile come la scelta del silenzio aumenti sensibilmente le possibilità di ablazione dei beni per cui si procede.

Un ulteriore problema concerne il fatto che il destinatario della *civil forfeiture* non ha diritto di accesso ai servizi di consulenza legale. Ai sensi del sesto emendamento, un imputato penale ha il diritto di farsi assistere da un avvocato in un procedimento penale, ma tale diritto non si estende alle cause civili. I casi in cui allo stesso viene riconosciuto un tale diritto sono limitati³⁸⁹.

³⁸⁵ Così, negli *Stati Uniti v. Bajakajian*, quando un viaggiatore che lascia l'aeroporto di Los Angeles con \$ 347. 000 nascosti nel suo bagaglio commesso il reato relativamente minore di non segnalare la valuta sulla sua forma doganale, la Corte Suprema ha ritenuto che la confisca di tutti i \$ 347. 000 era incostituzionale perché era "grossolanamente sproporzionato alla gravità del reato". 46 Tuttavia, la Corte non ha indicato quanto potrebbe essere incamerato senza essere incostituzionale; da allora i tribunali di grado inferiore si sono battuti in tal senso.

³⁸⁶ V Amendamento: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation".

³⁸⁷ Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 (CAFRA).

³⁸⁸ Vedi art. 18 U.S.C. § 981(g)(2).

³⁸⁹ Il diritto all'assistenza legale può sorgere quando l'imputato in un procedimento penale sostiene di aver bisogno di beni confiscati o trattenuti dal governo ai sensi delle leggi sulla confisca per pagare l'assistenza legale di sua scelta nel procedimento penale. La Corte suprema ha stabilito che non vi è

Infine, c'è un'altra questione che, per un certo periodo negli anni '90, ha minacciato di far deragliare il programma di non-conviction based confiscation americano.

Nel 1994, una Corte d'appello in California ha ritenuto che, poiché la confisca civile è una forma di punizione, la confisca dei beni di una persona avrebbe necessariamente impedito al governo di sporgere accuse penali contro la stessa persona in un'azione penale successiva. Così facendo, il tribunale ha affermato, si avrebbe una doppia incriminazione.

Due anni dopo, tuttavia, la Corte suprema di *Ursery*³⁹⁰ ha stabilito che la confisca non è una punizione per aver commesso un reato, ma è una misura correttiva (come quando il governo sta recuperando i proventi), o è una punizione per aver permesso che la propria proprietà fosse usata per commettere un reato, e quindi non costituisce una punizione ai fini della clausola della doppia imposizione del quinto emendamento.

Sebbene l'esperienza americana in materia di confisca dei beni, civile e non, si estenda per oltre due secoli e si traduca nel recupero di oltre 2 miliardi di dollari di beni derivati da o utilizzati per commettere reati federali, il processo di affinamento delle leggi e delle procedure sulla confisca non è completo. Le questioni importanti sono oggetto di controversie quotidiane e nuove cause sono in corso presso le corti d'appello e i tribunali di primo grado.

alcun diritto costituzionale di esentare dalla confisca i beni di origine criminale in modo che l'imputato possa utilizzarli per assumere consulenti legali, ma gli imputati che dimostrano per primi di non disporre di altri fondi per l'assistenza legale hanno diritto a un'udienza preliminare nel corso della quale il governo deve stabilire i motivi probabili per cui è probabile che la proprietà venga persa.

390 *United States v. Ursery*", decisa il 17 aprile 1996, Oyez, 8 Aug. 2018, www.oyez.org/cases/1995/95-345. Il presidente della Corte suprema William H. Rehnquist, ha, in tale causa stabilito che le confische di beni civili non costituiscono una "punizione" ai fini della clausola di doppia incriminazione. Mentre la clausola di doppia incriminazione protegge un imputato dalla doppia incriminazione per lo stesso reato, le sanzioni penali e civili per lo stesso reato sono distinguibili. La confisca dei beni civili è una sanzione civile correttiva e non una "punizione" criminale punitiva. Applicando un test in due parti per determinare se una confisca costituisce una "punizione" in termini di clausola di doppia incriminazione, la Corte ha stabilito che era intenzione del Congresso che la confisca dei beni fosse di natura civile e che fosse correttiva piuttosto che punitiva. La semplice somiglianza tra la confisca dei beni di proprietà di *Ursery* e le sanzioni penali contro il traffico di droga e il riciclaggio di denaro non costituiva la "prova più evidente" del fatto che il Congresso non intendeva applicare sanzioni sia civili che penali alla condotta di *Ursery*. Inoltre, il carattere sanzionatorio non punitivo della confisca dei beni è evidente anche nel suo obiettivo di incoraggiare i proprietari a prendersi cura dei loro beni proteggendoli da un uso illegale.

La natura afflittiva della *civil forfeiture* americana è oggetto di attenzione della *Supreme Court* in recenti pronunce e la Dottrina³⁹¹ non manca di sollevare problemi di compatibilità con le garanzie costituzionali.

Con l'entrata in vigore delle nuove leggi in materia di confisca e con le modifiche occorse alle statutory laws, l'impianto originario della confisca civile è stato

³⁹¹ M. ARNONE, L. S. BORLINI, *Corruption: Economic Analysis and International Law*. Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 2014; E. BOEHM, *Here are all the things Idaho's governor got wrong about asset forfeiture in his veto statement*. Reason, 2017, disponibile su reason.com/blog/2017/04/13/idaho-gov-butch-otters-veto-of-asset-for; D. W. CARBADO, I. H. CHERYL, W. C. KIMBETLE, *Racial profiling lives on*. The New York Times. Aug. 14. Retrieved from nytimes.com/2013/08/15/opinion/racial-profiling-lives-on.html, 2013; K. A-Y CHI, *Follow the money: Getting to the root of the problem with civil forfeiture in California*. California Law Review, 90: 1635–1673, 2002; Code of Conduct for United States Judges. 2014, disponibile su uscourts.gov/judges-judgeships/code-conduct-united-states-judges; A. CONSTABLE, *Civil forfeiture ongoing despite change to state law*. Santa Fe New Mexican, 2016, disponibile su santafenewmexican.com/news/local_news/civil-forfeiture-ongoing-despite-change-to-state-law/article_bbc6c721-b1ff-5438-b735-65d533fd3706.html; G. DE PERSIO, *What are the advantages and disadvantages of a command economy?* Investopedia, 2015, disponibile su investopedia.com/ask/answers/032515/what-are-advantages-and-disadvantages-command-economy.asp; C. DOYLE, *Crime and Forfeiture* (CRS Report 97–139 A). Washington, DC: Congressional Research Service, 2007, disponibile su fas.org/sgp/crs/misc/97-139.pdf; M. FORD, *Justice Thomas's doubts about civil forfeiture*. The Atlantic. Apr. 3. 2017 disponibile su theatlantic.com/politics/arann-ve/2017/04/clarence-thomas-civil-forfeiture/521583; S. GREENHUT, *Cops now take more than robbers: New findings show asset forfeiture a growing attack on property rights*. Reason. Nov. 27, 2015 disponibile su reason.com/archives/2015/11/27/cops-now-take-more-than-robbers; J. E. HOLCOMB, M. R. WILLIAMS, W. D. HICKS, T. V. KOVANDZIC; M. BISACCIA MEILT, *Civil asset forfeiture laws and equitable sharing activity by the police*. Criminology & Public Policy, 2018, pp. 101–127; M. KASTE, *New Mexico ended civil asset forfeiture. Why then is it still happening?* NPR. 2016, disponibile su npr.org/2016/06/07/481058641/new-mexico-ended-civil-asset-forfeiture-why-then-is-it-still-happening; C. LEBRON, *What we are teaching black children*. The New York Times. June 22. Retrieved from nytimes.com/2017/06/22/opinion/charleena-lyles-philando-castile.html; E. LIPTON, N. FANDOS, *Departing ethics chief: U.S. is close to a "laughingstock."* The New York Times, 2017 disponibile su nytimes.com/2017/07/17/us/politics/walter-shaub-ethics.html; R. T. MACHAN, *Some Skeptical Reflections on Research and Development*. Hoover Press, 2002, disponibile su media.hoover.org/sites/default/files/documents/0817929428_xi.pdf; D. PIMENTEL, *Forfeitures revisited: Bringing principle to practice in federal court*. Nevada Law Review, 13: pp. 1-59, 2012; ID., *Forfeitures and the Eighth Amendment: A practical approach to the excessive fines clause as a check on government seizures*. Harvard Law and Policy Review, 2017. disponibile su harvardlpr.com/wp-content/uploads/2017/07/Pimentel.pdf; ID., *Civil asset forfeiture abuses: Can state legislation solve the problem?* George Mason Law Review, 2018; J. D. POTTER, M. TAVITS, *Curbing corruption with political institutions*. In (Susan Rose-Ackerman and Tina Søreide, eds.), *International Handbook on the Economics of Corruption*, vol. II. Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 2011; *Policing and profit*. 2015. Harvard Law Review, 128: 1723–1746; R. R. RUIZ, *Justice Dept. revives criticized policy allowing assets to be seized*. The New York Times, 2017 disponibile su nytimes.com/2017/07/19/us/politics/justice-department-civil-asset-forfeiture.html?_r=0; N. SIBILLA, *Civil forfeiture now requires a criminal conviction in Montana and New Mexico*. Forbes, 2015, disponibile su forbes.com/sites/instituteforjustice/2015/07/02/civil-forfeiture-now-requires-a-criminal-conviction-in-montana-and-new-mexico/#83565fd6a481; A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. London, U.K.: W. Strahan and T. Cadell, 1776; D. B. SMITH, *An insider's view of the Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000*. Champion. 2000; U.S. Department of Justice. 2017. Ethics Handbook for On and Off-Duty Conduct (5 C.F.R 2635.101(b)).

modificato disvelando il chiaro intento, almeno in parte, punitivo nei confronti del proprietario dei beni utilizzati a fini criminali³⁹².

Nei procedimenti reali il governo spesso consente di sequestrare il bene senza alcun procedimento giudiziario di predeprivazione e di ottenere la confisca del bene anche quando il proprietario è personalmente innocente. I procedimenti civili spesso non godono di determinate tutele procedurali che accompagnano i procedimenti penali, come il diritto a un processo equo e a un livello di prova più elevato.

Inoltre, specie negli ultimi anni, la confisca civile in America è diventata più redditizia.³⁹³ E poiché gli organi di contrasto responsabili del sequestro dei beni spesso trattengono i beni oggetto di ablazione, questi soggetti sono fortemente incentivati a perseguire la confisca.

Questo sistema - in cui la polizia può sequestrare beni con un controllo giudiziario limitato e conservarli per uso personale - ha condotto ad una molteplicità di abusi in America.

Inoltre, queste operazioni di confisca hanno spesso di mira categorie di soggetti meno in grado di difendere i propri interessi nei procedimenti di confisca. Per contro, questi stessi gruppi sono spesso i più gravati dalla confisca. È più probabile che utilizzino denaro contante rispetto a forme alternative di pagamento, come le carte di credito, che possono essere meno suscettibili di confisca.

Le corti americane hanno sino ad ora legittimato costituzionalmente la confisca civile in gran parte rifacendosi a precedenti passati³⁹⁴. La legge inglese, infatti, prevedeva la confisca per legge degli oggetti illeciti utilizzati in violazione delle leggi doganali e fiscali. Questa pratica si era diffusa in America dove il Primo Congresso aveva approvato leggi che sottoponevano alla confisca le navi e i carichi coinvolti in reati doganali.

Peraltro, era stata anche prevista la confisca di navi pirata³⁹⁵.

³⁹² Si veda: *Austin v. United States*, 509 U. S. 602, 618–619 (1993).

³⁹³ Si veda, ad esempio, Istituto per la giustizia, D. CARPENTER, L. KNEPPER, A. ERICKSON, & J. McDONALD, *Policing for Profit: The Abuse of Civil Asset Forfeiture* 10, 2015 (Ministero della Giustizia Assets Forfeiture Fund ha confiscato \$ 4,5 miliardi nel 2014).

³⁹⁴ Crf., ad esempio, *Bennis v. Michigan*, 516 U. S. 442, 446-448 (1996).

³⁹⁵ *United States v. Parcel of Rum-son, N. J., Land*, 507 U. S. 111, 119 (1993).

Questi primi statuti hanno permesso al governo di procedere *in rem* sotto la *fictione* che la cosa stessa fosse colpevole, piuttosto che il proprietario³⁹⁶.

Ma, risulta immediatamente evidente come i solidi precedenti storici in materia di confisca civile non possono giustificare una deroga al principio del giusto processo, riconosciuto dalla Carta costituzionale americana.

In primo luogo perchè le leggi storiche sulla confisca civile erano più restrittive sotto molti aspetti rispetto a quelle moderne. Peraltro il loro spettro applicativo era limitato a questioni specifiche quali le dogane e la pirateria. Procedere in questi casi era spesso giustificato dalla necessità, perché la parte responsabile del reato si trovava spesso all'estero e quindi al di fuori della giurisdizione personale dei tribunali statunitensi³⁹⁷. Queste leggi sulla confisca civile, peraltro, avevano un ambito applicativo più ristretto sulla proprietà da confiscare. Avevano ad oggetto, infatti, solo gli *instrumenta delicti* (come la nave utilizzata per trasportare le merci), non anche i proventi derivanti dal reato.

Inoltre, non risulta che le corti americane in passato emettessero provvedimenti di confisca civile ad ampio raggio. Al contrario, le corti americane avevano inizialmente rilevato la forma solo civile della confisca *in rem*, la cui natura doveva essere ritenuta sostanzialmente penale³⁹⁸.

³⁹⁶ Così: Calero- Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co., 416 U. S. 663, 682 (1974) Act of Aug. 4, 1790, §67, 1 Stat. 176–177.

³⁹⁷ J. D. GOOD, 510 U. S., 85, il quale ha evidenziato che le nuove moderne leggi in materia di confisca civile e le prassi dei pubblici ministeri hanno allontanato la moderna confisca civile dalla sua nozione originaria.

³⁹⁸ Si veda, ad esempio, Boyd v. United States, 116 U. S. 616, 633-634 (1886) "Siamo . . . chiaramente del parere che un'azione intentata allo scopo di dichiarare la confisca di una proprietà di un uomo a causa di reati commessi da lui, anche se possono essere civili nella forma, sono per loro natura penali"; Vedi United States v. Brig Burdett, 9 Pet. 682, 690 (1835): "L'oggetto dell'accusa contro il Burdett è quello di far valere una confisca della nave, e tutto ciò che riguarda, per una violazione di una legge sulle entrate. Si tratta quindi di un procedimento altamente penale, e la pena non deve essere inflitta, a meno che le infrazioni della legge non siano accertate da un ragionevole dubbio"; Nelson contro Colorado, decisa il 19 aprile 2017, in cui la Suprema Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge del Colorado la quale concerneva una sorta di civil forfeiture. E' stato in tale pronuncia rilevato che: "Under the state's Exoneration Act, criminal defendants whose convictions had been overturned were forced to prove their innocence in civil court before they could recover any court costs, fees or restitution they paid. Writing for the majority in Nelson v. Colorado, Justice Ruth Bader Ginsburg ruled that "Colorado may not presume a person, adjudged guilty of no crime, nonetheless guilty enough for monetary exactions". Ancora, in Nelson contro Dimaya, decisa il 17 aprile 2018, il giudice Neil Gorsuch ha rilevato che: " Today's "civil" penalties include confiscatory rather than compensatory fines, forfeiture provisions that allow homes to be taken, remedies that strip persons of their professional licenses and livelihoods, and the power to commit persons against their will indefinitely. Some of these penalties are routinely imposed and are routinely graver than those associated with misdemeanor crimes— and often harsher than the punishment for felonies. And not only are "punitive civil

L'inquadramento della civil forfeiture come civile o penale ha importanti implicazioni per una varietà di tutele processuali, tra cui il diritto a un processo a mezzo di giuria e il corretto *standard* di prova.

Orbene, la più recente giurisprudenza della Supreme Court sembra orientarsi nel secondo caso, se non riconoscendo la necessità di una riforma legislativa della *civil forfeiture* tale da trasformarla in penale, quanto meno estenderle le garanzie del giusto processo, limitandone lo spettro applicativo e, specialmente, imponendo in rispetto dell'ottavo emendamento³⁹⁹ direttamente da parte degli Stati, attraverso il meccanismo della "*selective incorporation*"⁴⁰⁰ La Supreme Court realizza questo tipo di incorporazione attraverso il XIV emendamento il quale consente la diretta applicazione del Bill of Rights agli Stati.

Con la pronuncia *Kokesh* contro S.E.C.⁴⁰¹ del 2017, la Suprema Corte ha riconosciuto la natura penale dell'ablazione dei proventi illeciti da reato c.d. "*disgorgement*"⁴⁰², evidenziando la necessità di sottoporla ad un periodo di decadenza di cinque anni dall'azione giudiziale⁴⁰³. Inizialmente, si riteneva che tale tipo di confisca non fosse soggetta ad alcun periodo di limitazione in quanto misura remediale che previene solo l'ingiusto arricchimento del proposto. La sez. X nella causa *Kokesh* aveva evidenziato, prima dell'intervento della *Supreme Court*, che la confisca dei proventi del reato non fosse nè pena nè confisca civile, in quanto solo orientata al ripristino dello *status quo ante*, al di fuori del periodo di 5 anni.

La *Supreme Court* ha, come rilevato, concluso per la sua natura penale, da un lato rilevando che le ablazioni operate dalla S.E.C. devono essere considerate pene alla

sanctions...rapidly expanding," they are "sometimes more severely punitive than the parallel criminal sanctions for the same conduct."

³⁹⁹ VIII Emendamento: Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

⁴⁰⁰ La Supreme Court realizza questo tipo di incorporazione attraverso il XIV emendamento il quale consente la diretta applicazione del Bill of Rights agli Stati.

⁴⁰¹ Supreme Court, *Kokesh* contro Securities and Exchange Commission, 5 giugno 2017.

⁴⁰² Il *disgorgement* degli *ill-gotten gains* consiste nel rimborso dei profitti indebitamente percepiti che sono imposti ai trasgressori dai tribunali. I fondi ricevuti attraverso transazioni commerciali illegali o non etiche vengono sbloccati o restituiti con gli interessi alle persone coinvolte nell'azione. Le persone o le aziende che violano le norme della Securities and Exchange Commission (SEC) sono in genere tenute a pagare sia le sanzioni pecuniarie civili che il *disgorgement*. I proventi dell'insider trading, della malversazione o di azioni illegali ai sensi della legge sulle pratiche di corruzione straniera (Foreign Corrupt Practices Act, FCPA) sono soggetti al *disgorgement*.

⁴⁰³ A 5-year statute of limitations applies to any "action, suit or proceeding for the enforcement of any civil fine, penalty, or forfeiture, pecuniary or otherwise." 28 U. S. C. §2462.

luce del par. 2462 in quanto applicate dalle corti in conseguenza della violazione di leggi pubbliche, per scopi afflittivi e di deterrenza, nonché non sempre con esiti compensatori. Ciò, in quanto, le corti distrettuali hanno potere discrezionale in tale ambito applicativo e il *quantum* confiscato spesso trascende l'ammontare dei profitti risultanti dalla commissione del reato⁴⁰⁴.

La Supreme Court ha inoltre adottato il medesimo approccio garantistico in successive pronunce⁴⁰⁵, rilevando la dubbia compatibilità tra l'attuale non-conviction based confiscation americana e la *due process clause*.

Di particolare importanza la recente causa *Timbs contro Indiana*⁴⁰⁶, rinviata alla Suprema Corte americana, a seguito della pronuncia della Corte Suprema dell'Indiana⁴⁰⁷ la quale potrebbe dare vita ad un ripensamento dell'attuale assetto della civil forfeiture estendendo agli Stati il rispetto della clausola di "proporzionalità" c.d. non excessive fines a rimedio della sregolata confiscabilità di beni attraverso la non-conviction based confiscation, nel suo assetto attuale.

⁴⁰⁴ In questi termini, SOTOMAYOR, J., delivered the opinion for a unanimous Court in *Kokesh contro Securities and Exchange Commission*, 5 giugno 2017.

⁴⁰⁵ In *Honeycutt contro United States*, decisa il 5 giugno 17, la questione concernente la confisca nel concorso di persone avente oggetto la confiscabilità in capo a ciascun correo è stata risolta in senso garantistico. La Corte ha infatti concluso per la confiscabilità della sola proprietà contaminata e solo qualora il correo ne abbia tratto diretto vantaggio, essendo la confisca in rem e non in personam; così anche in *Lisa Olivia Leonard contro Texas*, decisa il 6 marzo 2017 ha Corte ha rilevato come il moderno assetto legislativo della civil forfeiture è incompatibile con la due process clause.

⁴⁰⁶ Il caso *Timbs contro Indiana* ha preso avvio nel 2013 quando Tyson Timbs è stato arrestato con l'accusa di droga e condannato a un anno di detenzione domiciliare e cinque anni di libertà vigilata. Pochi mesi dopo il suo arresto, lo stato dell'Indiana ha avviato le pratiche della confisca dell'autoveicolo di Timbs del valore di 40.000 dollari. Un tribunale di processo statale ha respinto tale richiesta di confisca di beni per il fatto che sarebbe "grossolanamente sproporzionata rispetto alla gravità del reato [Timbs]" e quindi in violazione dell'ottavo emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti, che vieta l'imposizione di "multe eccessive". Il crimine originale di Timbs prevedeva una sanzione pecuniaria massima di \$10. 000. E come ha osservato il tribunale di primo grado, "la confisca di circa quattro (4) volte la sanzione pecuniaria massima è sproporzionata". Il tribunale di primo grado ha ritenuto incostituzionali le azioni intraprese da parte dello Stato. Ma la Corte Suprema dell'Indiana ha assunto una posizione diversa quando ha deciso il caso nel 2017. "Concludiamo che la clausola sulle ammende eccessive non impedisce allo Stato di confiscare il veicolo del convenuto perché la Corte Suprema degli Stati Uniti non ha stabilito che la clausola si applica agli Stati attraverso il quattordicesimo emendamento", ha detto la Corte. Timbs, rappresentata dagli avvocati libertari dell'Institute for Justice, ha poi chiesto alla Corte Suprema degli Stati Uniti di chiarire che l'ottavo emendamento vieta di comminare multe eccessive in tutti i 50 Stati. A partire dalla fine del XIX secolo, la Corte suprema ha applicato, o incorporato, le varie disposizioni contenute nella Carta dei diritti contro gli Stati in virtù della clausola di giusto processo del 14° emendamento, che vieta ai governi degli Stati di privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà, senza un giusto processo.

⁴⁰⁷ Indiana Supreme Court, *Timbs contro Indiana*, decisa 17 aprile 2017: " The State sought to forfeit Defendant's Land Rover after he used it to transport illegal drugs. The trial court held the proposed forfeiture would violate the Eighth Amendment's Excessive Fines Clause. We conclude the Excessive Fines Clause does not bar the State from forfeiting Defendant's vehicle because the United States Supreme Court has not held that the Clause applies to the States through the Fourteenth Amendment.

Con tale pronuncia la Suprema Corte deciderà se la *civil forfeiture* è incostituzionale, in quanto in violazione dell'VIII emendamento.

Ebbene, nonostante possa essere opinato che le recenti pronunce giurisprudenziali e il *trend* garantistico intrapreso dalla *Supreme Court* abbia avuto oggetto confische criminali e non civili, la volontà di un maggiore controllo della *civil forfeiture* in America pare evidente.

Tuttavia, è stato rilevato come il pieno sostegno della Corte Suprema alla pratica della confisca civile in *Goldsmith-Grant nel 1921*⁴⁰⁸ e *Bennis nel 1996*⁴⁰⁹ rimane tuttavia la legge del paese, e ciò rende improbabile che un tribunale di grado inferiore possa osare limitare la pratica sui fondamenti costituzionali⁴¹⁰.

Di talchè, l'intervento della Corte in *Timbs* contro Indiana potrebbe ribaltare l'attuale scenario.

⁴⁰⁸ In *Goldsmith-Grant Co. contro Stati Uniti* (1921) la Suprema Corte ha concluso che non vi è alcuna violazione costituzionale nel sequestro e confisca da parte della polizia della proprietà di un soggetto innocente, nemmeno sospettato di aver commesso reati. In questo caso, nel 1921, una macchina era stata utilizzata per l'esecuzione di liquori durante il divieto, e gli agenti federali sequestrati l'auto. Il mutuante che aveva finanziato l'acquisto del veicolo, apparentemente mai sospettato di coinvolgimento nell'operazione di luce lunare, ha contestato il sequestro del governo in quanto aveva perso i suoi interessi di sicurezza di conseguenza. La Corte suprema ha chiosato: "Whether the reason for [the challenged forfeiture scheme] be artificial or real, it is too firmly fixed in the punitive and remedial jurisprudence of the country to be now displaced".

⁴⁰⁹ In *Bennis contro Michigan*, decisa 4 marzo 1995, la moglie del destinatario della misura ablatoria era firmataria e comproprietaria, insieme al marito, di un'automobile in cui il marito aveva intrattenuto attività sessuali con una prostituta. Nel dichiarare la confisca dell'automobile come un disturbo pubblico secondo il programma legale di abbattimento del Michigan, il tribunale di prima istanza non ha permesso alcuna compensazione per gli interessi della firmataria, nonostante la sua scarsa conoscenza dell'attività del marito. La Corte d'appello del Michigan ha annullato la sentenza, ma a sua volta è stata annullata dalla Corte suprema dello Stato, la quale ha concluso, tra l'altro, che la mancata difesa del Michigan da parte di un proprietario innocente non aveva alcuna conseguenza costituzionale federale ai sensi delle decisioni della Corte. La Suprema Corte ha, in questo caso concluso per la mancata violazione della clausola di giusto processo del quattordicesimo emendamento né la clausola di ripresa del quinto emendamento. Ciò in quanto, l'accaduto non ha privato la firmataria del suo interesse per l'autovettura perduta senza una debita procedura. La sua affermazione di avere il diritto di contestare la confisca occorsa sull'assunto, poi provato, di non sapere che il marito avrebbe utilizzato l'automobile per violare la legge statale è contraddetta da una lunga e ininterrotta serie di cause in cui la Corte ha stabilito che l'interesse di un proprietario per la proprietà può essere perso a causa dell'uso che viene fatto della proprietà, anche se il proprietario non sapeva che doveva essere fatto a tale uso. Vedi, ad esempio, *Van Oster v. Kansas*, 272 U. S. 465, 467-468, e *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U. S. 663, 668, 683; *Foucha v. Louisiana*, 504 U. S. 71, 80, e *Austin v. Stati Uniti*, 509 U. S. 602, 617-618, distinto. Questi casi sono fissati troppo saldamente nella giurisprudenza punitiva e correttiva del paese per poter essere ora trasferiti. Cfr. J. W. GOLDSMITH, Jr. - *Grant Co. v. Stati Uniti*, 254 U. S. 505, 511. pp. 446-452. Si tratta dei primi casi giurisprudenziali in soggetta materia, anche se, come rilevato, la giurisprudenza di legittimità statunitense degli ultimi anni sembra aver adottato una visione più garantista a riguardo della *civil forfeiture*.

⁴¹⁰ In questo senso: D. PIMENTEL, *Documented Abuses and Uncertain Benefits of Civil Asset Forfeiture*, *Criminology & Public Policy*, 17, 1, (97-100), 2018, Wiley Online Library.

Risulta da quanto evidenziato come anche in America la *non-conviction based confiscation*, specie a seguito dell'ampliamento del suo spettro di applicazione, gli abusi da parte delle procure, e le mire univocamente efficientiste, necessiti un rimodellamento in senso garantista, anche e soprattutto a fronte della riconosciuta natura penale della medesima da parte del più alto organo costituzionale degli Stati Uniti.

Pertanto, la costruzione di un modello di *non-conviction based confiscation* europeo che adotti i caratteri della *civil forfeiture* di *common law* - nonostante l'armonizzazione e il mutuo riconoscimento perseguiti dal legislatore europeo concernano univocamente procedimenti che si riferiscano ad affari criminali - pare incompatibile con il sistema di garanzie delineato dalla legislazione europea, nonchè ritratto negli ordinamenti costituzionali nazionali.

Le possibili soluzioni a tale problematica verranno vagliate nel quarto capitolo della presente trattazione. Si dica, per ora, che pare consigliabile l'adozione, da parte del legislatore europeo, di criteri sostanziali: che non guardino, dunque, alla natura penale, civile o amministrativa del procedimento da cui promana il provvedimento di confisca in assenza di condanna. L'armonizzazione sostanziale delle varie *non-conviction based confiscation*, infatti, potrebbe determinare un rafforzamento in punto di garanzie anche dei procedimenti civili e amministrativi sostanzialmente afflittivi di applicazione della confisca.

Ciò è del resto dimostrato dal caso americano che reca un modello di confisca civile che necessita di un intervento di innalzamento dello *standard* relativo alle *procedural safeguards*, a dispetto del *nomen iuris* della relativa confisca.

In assenza di una normazione organica, non solo interna, come dimostrato nel primo capitolo in relazione al caso italiano, ma nemmeno europea, come argomentato nel presente capitolo, la giurisprudenza si è in parte sostituita al legislatore dando vita ad un intenso e acceso dialogo tra le corti, che ha determinato la nascita di quel diritto giurisprudenziale tanto osteggiato dai tecnici dei paesi di *civil law*, ma così tanto rivendicato dalla Corte Edu⁴¹¹.

⁴¹¹ Ci si riferisce al caso giurisprudenziale *Sud Fondi srl. Italia*, Corte Edu, sez. II 20.01.2009 che verrà approfondito nel capitolo III della presente trattazione. Si veda, in particolare, il par. 108 della sentenza qui citata, nel quale si legge: La nozione di «diritto» («law») utilizzata nell'articolo 7 corrisponde a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale e implica delle condizioni qualitative, tra le quali quelle

E' necessario evidenziare, ciononostante, che benchè l'intervento suppletivo sia stato molto importante per la riconduzione a garanzia dell'istituto della confisca senza condanna, questo, come si tenterà di dimostrare nel *prosieguo* della trattazione, non può sopperire ad un intervento normativo puntuale in soggetta materia.

dell'accessibilità e della prevedibilità (Cantoni c. Francia, 15 novembre 1996, § 29, Raccolta 1996 V; S.W. c. Regno Unito, § 35, 22 novembre 1995; Kokkinakis c. Grecia, 25 maggio 1993, §§ 40-41, serie A no 260 A). Per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione legale, in qualsiasi sistema giuridico, ivi compreso il diritto penale, esiste immancabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti oscuri ed adattarsi ai cambiamenti di situazione. Del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale (Kruslin c. Francia, 24 aprile 1990, § 29, serie A no 176 A). Non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta di chiarire gradualmente le norme in materia di responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (Streletz, Kessler e Krenz c. Germania [GC], nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 50, CEDU 2001 II).

CAPITOLO III

IL DIALOGO TRA LE CORTI IN MATERIA DI CONFISCA SENZA CONDANNA

1. DISPOSIZIONI RILEVANTI A LIVELLO INTERNO E SOVRANAZIONALE

L'istituto della confisca senza condanna, termine ampio che va ad includere sia i casi di confische civili che penali, in relazione al caso italiano concerne sia la confisca di prevenzione sia la confisca applicata in seguito a processo penale che si concluda con una sentenza che non sia di condanna, quale, ad esempio, la sentenza di estinzione del reato per prescrizione.

Pertanto, nonostante le differenze tra confisca senza condanna “penale” e confisca di prevenzione, in quanto applicate in presenza di requisiti in parte diversi e all'interno l'una del processo penale e l'altra del procedimento di prevenzione, esse godono di forti analogie.

La disciplina prevista per la confisca-misura di sicurezza “penale” applicata in assenza di condanna, infatti, è in parte applicabile alla confisca di prevenzione. Ciò in quanto, nonostante debba ritenersi misura dalla natura giuridica *sui generis*, difficilmente individuabile e allo stato controversa, la confisca di prevenzione gode, secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, della medesima disciplina in punto di misure di sicurezza che si applica alla confisca senza condanna “penale”⁴¹².

412 La Cass., Sez. Un., c.c. 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), Pres. Santacroce, Rel. Bruno, Ric. Spinelli ha inviato rinviato, per la confisca di prevenzione, all'applicazione delle regole previste dal codice penale in materia di misure di sicurezza. Si riportano i punti salienti in cui la Corte si occupa di tale profilo, benchè la disposizione della disciplina relativa alle misure di sicurezza oggetto di “scrutinio” fosse l'art. 200 c.p.: “1. La questione di diritto per la quale i ricorsi sono stati rimessi alle Sezioni Unite è la seguente: “Se in conseguenza delle modifiche introdotte dal d.l. n. 92 del 2008 (conv. dalla legge n. 125 del 2008) e dalla legge n. 94 del 2009 all'art. 2-bis della legge n. 575 del 1965, la confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione possa essere ancora equiparata alle misure di sicurezza o abbia assunto connotati sanzionatori e se, quindi, ad essa sia applicabile, in caso di successione delle leggi nel tempo, la previsione di cui all'art. 200 cod. pen. o quella di cui all'art. 2 cod. pen.”. (...) L'anzidetto quesito non risponde ad esigenze di mera classificazione nominalistica, ma è invece foriero di notevoli riflessi pratici, sul versante della disciplina da applicare in concreto. Ed infatti, il riconoscimento della connotazione preventiva giustifica l'assimilazione della confisca di prevenzione alle misure di sicurezza, con conseguente possibilità di applicare ad essa la disposizione dell'art. 200 cod. pen. (attuativa, nella presente materia, del principio tempus regit actum), ove invece l'attribuzione della natura sanzionatoria comporta l'applicazione del principio di irretroattività di cui all'art. 11 preleggi, sancito, per la materia penale, dall'art. 2 cod. pen. e, poi, consacrato dall'art. 25 Cost. (...) 9.7. Se allora le novelle legislative non hanno inciso sulla tradizionale fisionomia della confisca di prevenzione, così come configurata dalla giurisprudenza e dalla prevalente dottrina, è logico inferire che non v'è ragione di dubitare della persistente assinnilabilità della misura di prevenzione patrimoniale alle misure di sicurezza e, dunque, della ritenuta applicabilità alla prima della previsione di cui all'art.

Per tale ragione, l'esame della giurisprudenza rilevante a livello interno e sovranazionale si focalizzerà sia sulla confisca di prevenzione che sulla confisca senza condanna "penale".

Tuttavia, prima ancora di esaminare l'evoluzione giurisprudenziale occorre considerare, sia pure in termini sintetici, il quadro dei principi generali di riferimento. Il presente paragrafo, dunque, avrà ad oggetto, attraverso l'esame delle disposizioni più rilevanti sia a livello dell'ordinamento italiano che di quello transazionale, europeo e internazionale, gli indirizzi complessivi del sistema guardati nella loro rilevanza per la confisca in assenza di condanna anche, e soprattutto alla luce del dialogo tra le Corti. Per Corti si intende, specialmente, la Corte costituzionale e di Cassazione italiana, impegnate in un acceso confronto con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, proprio per il carattere di istituto *rights-sensitive* della confisca senza condanna.

In questo quadro, si farà altresì cenno a casi giurisprudenziali che hanno interessato altri Stati membri, ma l'attenzione si concentrerà soprattutto sul dialogo tra la Corte Edu e le corti dell'ordinamento italiano per cercare di comprendere, quali siano, allo stato, i punti fermi in materia di confisca di prevenzione e confisca applicata nel processo penale, ma senza condanna.

La disamina non potrà prescindere da una approfondita analisi della recente pronuncia della *Grande Chambre*⁴¹³ in materia di confisca da "lottizzazione abusiva"⁴¹⁴ nel caso di estinzione del reato per prescrizione e dalla verifica circa i potenziali effetti indiretti di tale pronuncia sul sistema delle confische senza condanna italiano, per poi cercare di individuare quali siano i quesiti ancora aperti e le prospettive future del dialogo tra le corti, considerata la portata espansiva della pronuncia della Corte Edu De Tommaso⁴¹⁵, la quale, ha, per l'appunto, condotto i giudici interni ad interrogarsi sulla legittimità costituzionale delle misure di prevenzione patrimoniali.

200 cod. pen. Esclusa la natura sanzionatoria, non può dunque trovare applicazione, in subiecta materia, il principio di irretroattività di cui all'art. 2 cod. pen".

⁴¹³ C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri contro Italia

⁴¹⁴ L'art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) dispone che: "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".

⁴¹⁵ Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso contro Italia

Ciò posto, a livello sovranazionale sono di fondamentale importanza gli artt. 6 e 7 CEDU⁴¹⁶ e l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1⁴¹⁷.

Specie le disposizioni di cui agli artt. 6 e 7 CEDU e, soprattutto i principi da essi ricavati, sono altresì di particolare rilevanza per il diritto dell'Unione Europea.

Quanto al diritto nazionale, la Carta costituzionale italiana contiene alcuni articoli di primaria importanza, la cui applicazione si riflette, non sempre adeguatamente, all'interno del codice penale, di procedura penale e della legislazione speciale. Si tratta degli articoli 2, 3, 25, 27, 111, 41 e 42 della Costituzione.

L'applicazione di tutte le disposizioni di cui sopra, nonché dei principi da esse estrinsecabili, sia a livello interno che sovranazionale, alla *non-conviction based confiscation* è dibattuta sia in giurisprudenza che in dottrina, data la non chiara natura giuridica che riveste, al pari della sua controversa portata applicativa.

Ritenere la confisca di prevenzione e la confisca senza condanna applicata all'interno del processo penale delle sanzioni non penali sia sul piano formale, che su quello,

⁴¹⁶ Articolo 6 - Diritto a un equo processo: "1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

a. essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b. disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c. difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d. esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e. farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza". Articolo 7 - Nulla poena sine lege: "1. 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. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili".

⁴¹⁷ Art. 1 Prot. add. n.1: Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni Precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.

come peraltro voluto dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, sostanziale, significa ritenere loro applicabili gli articoli che espressamente si riferiscono alla confisca senza condanna, in quanto di natura non penale, ma anche destinare alle confische in assenza di condanna un quadro garantistico più ristretto.

In altri termini, la riconosciuta natura non penale della confisca in assenza di condanna determina solo l'applicazione, a livello costituzionale, delle garanzie applicabili agli istituti civili e amministrativi, e, quindi, il principio di legalità - nella sua versione indebolita - di cui all'art. 97 Cost.; agli artt. 23, 24, 113; agli artt. 41 e 42 Cost. dal cui combinato disposto si evince che l'utilità sociale limita la fruizione della proprietà, nonché la libera iniziativa economica di ciascuno; l'art. 24 che tutela il diritto di difesa di ogni consociato, e l'art. 111 Cost., fulcro del principio del giusto processo, la cui applicazione deve essere limitata alle previsioni che non riguardano soltanto il processo penale.

Parimenti, a livello sovranazionale, la confisca recante natura non penale comporta l'applicazione univocamente dell'art. 6 par. 1 della CEDU, espressione del principio del giusto processo in relazione ai procedimenti civili e amministrativi; nonché dell'art. 1 Prot. 1 della CEDU, il quale è posto a protezione del diritto di proprietà, limitabile soltanto nei casi previsti dalle legge, dai principi generali del diritto internazionale e per ragioni di pubblica utilità⁴¹⁸.

⁴¹⁸ Rileva condivisibilmente, al proposito, A. M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, op. cit., che: "... il diritto di proprietà costituzionalmente garantito (art. 42 Cost) è riconosciuto dall'art. 1 del I Protocollo C.e.d.u. 166, unica norma della Convenzione europea che ha ad oggetto la tutela di un diritto economico, in quanto, come emerge dai lavori preparatori, «il diritto di proprietà costituisce una condizione per l'indipendenza personale e familiare»; l'inclusione nel primo protocollo rappresenta il risultato di un lungo dibattito circa l'opportunità di inserire un tale diritto nella Convenzione, dopo la prima proposta preparata dall'International Judicial Section of the European Movement, guidata da Pierre-Henri Teitgen, con Maxwell Fyfe e Dehousse come relatori (entrambi avevano partecipato alla redazione della Dichiarazione Universale dei diritti umani) che proponevano di inserire la "libertà dall'arbitraria privazione della proprietà". Emerge, quindi, immediatamente la rilevanza di tale bene come strumento di realizzazione personale, di garanzia della propria indipendenza e di quella della propria famiglia, nonché la connessione di tale principio con la libertà di iniziativa economica e la libertà dagli abusi dell'autorità. La Convenzione EDU ammette delle delimitazioni del diritto di proprietà, come del resto la Costituzione italiana, ma solo: a) nei limiti previsti dalla legge, in quanto si tratta di una riserva di legge formale, in conformità al principio di legalità (art. 7 C.e.d.u.), che pretende una certa qualità della legge, che deve essere accessibile, precisa e prevedibile 170; b) in quanto necessarie in uno Stato di diritto, e, quindi garantendo un rapporto di proporzionalità tra i mezzi usati e lo scopo perseguito, un equo bilanciamento tra l'interesse del singolo e quello dello Stato. La Corte europea ritiene che l'interesse a combattere e prevenire il crimine rientra nel generale interesse indicato nell'art. 1, Prot. n. 1, C.e.d.u. e riconosce agli Stati un ampio margine di apprezzamento nel valutare l'interesse generale

Diversamente, la sussunzione della confisca senza condanna, *sub specie*, quanto al caso italiano e ai nostri fini, della confisca di prevenzione e di confisca da estinzione del reato, nella nozione di “pena”, determina l'applicazione di tutto l'insieme delle garanzie a tutela delle pene in generale. Per tali intendendosi, *in primis*, il principio di legalità "rafforzata" di cui all'art. 25 Cost. che consta, in particolar modo e ai fini della presente ricerca, dei principi di riserva di legge, tassatività-determinatezza, del principio di irretroattività e del divieto di analogia *in malam partem*; l'art. 27 della Carta costituzionale, *sedes materiae* dei principi di colpevolezza e della presunzione di innocenza e l'art. 111 della Cost. nel quale si costruisce un principio del giusto processo "potenziato" dai commi 2, 3 e 4, espressamente riservati al processo penale. La C.E.D.U. riserva alle misure afflittive e al processo penale in generale le garanzie di cui all'art. 6 par. 2 e 3, a tutela, rispettivamente, della presunzione di innocenza e del principio del giusto processo e all'art. 7 a presidio del rispetto del principio *nulla poena sine lege* all'interno del processo penale.

Orbene, l'inquadramento dell'istituto della confisca senza condanna all'interno delle misure afflittive, delle c.d. pene, alla luce del diritto interno e, a seguito di un accertamento sostanziale, del diritto sovranazionale, per mezzo dell'interpretazione

che legittima ai sensi del secondo paragrafo il controllo dell'uso della proprietà, ma sempre nel rispetto del principio di proporzionalità: tale bilanciamento non sarà realizzato laddove si impone un onere individuale eccessivo. Non solo ma la Corte europea ritiene che la confisca per essere conforme alla Convenzione deve essere applicata in una procedura che offra adeguate garanzie contro l'arbitrarietà. In questa prospettiva (e a dispetto di quanto emerge anche nella giurisprudenza della Corte Edu) l'attuale uso irrefrenabile della confisca nell'ordinamento italiano, nel comprimere la libertà di godimento dei propri beni comporta spesso un onere individuale eccessivo, sproporzionato, non-ché “una menomazione della libertà morale dell'individuo, una mortificazione della sua dignità e del suo prestigio”, “una restrizione della sua libertà personale”. Il tutto attraverso una normativa che non sempre è pienamente rispettosa del principio di legalità, come sottolineato dalla Corte Edu nel caso De Tommaso, e con delle procedure prive di adeguate garanzie contro l'arbitrarietà, come evidenziato in relazione al procedimento di prevenzione. In particolare, attraverso l'esame della recente riforma è emerso come l'inclusione nella categoria dei soggetti a pericolosità qualificata degli indiziati dei reati contro la p.a. è il “prodotto di populismo penale onnivoro, che strumentalizza politicamente la lotta alla corruzione come spot elettorale”; l'applicazione delle misure di prevenzione ai soggetti dediti a corruzione era già possibile attraverso la categoria dei soggetti a pericolosità generica, ma si è voluto ancora di più semplificare l'onere probatorio dell'accusa, sottraendola al fastidio di fornire gli indizi di un'attività delinquenziale abituale o della condizione di soggetto che vive in tutto o in parte con il provento del crimine. Se non si vuole, allora, semplicemente piegare ad esigenze di semplificazione probatoria e di alleggerimento dell'onere della prova gravante sulla pubblica accusa, le categorie penalistiche, - tipicità e colpevolezza -, e le stesse garanzie processuali, - presunzione d'innocenza, in dubio pro reo, ne bis in idem -, svalutandole e sacrificandole all'altare dell'efficienza, il giusto processo al patrimonio ex art. 111 Cost., 24 e 27, c. 2 Cost., va costruito con le adeguate garanzie della materia penale, a partire dall'eliminazione di quella contraddizione rappresentata dalla “scarna considerazione verso i relativi aspetti procedurali”, nonostante il sempre più intenso ricorso allo strumento patrimoniale nella lotta a qualunque forma di criminalità.

della giurisprudenza della Corte Edu, determinerebbe l'applicazione dell'impianto garantistico rafforzato e, di conseguenza, seguirebbe l'incompatibilità della misura, pur nelle sue svariate manifestazioni, con il sistema sia costituzionale che convenzionale. La giurisprudenza interna ha, sin dall'approvazione del Codice Antimafia concluso per la natura non afflittiva della confisca di prevenzione, pur non riuscendo ad individuare la precisa natura.

Solo nel 2014⁴¹⁹, infatti, si è evidenziato come alla misura di prevenzione della confisca di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011, pur senza una chiara specificazione della correlativa natura giuridica, debbano essere applicate le stesse regole giuridiche e gli stessi principi di cui alle misure di sicurezza.

Talvolta, però, come verrà approfondito nel *prosieguo* della trattazione, talune sentenze della Corte di Cassazione, come la celebre pronuncia ric. Occhipinti⁴²⁰, hanno rilevato la natura sostanzialmente penale della confisca di prevenzione, disvelando le ragioni di politica criminale che sono sottese alla sussunzione di tale misura nel *genus* delle misure di sicurezza.

E, parimenti, come verrà approfondito, la confisca di prevenzione italiana nell'interpretazione datane dalla Corte Edu in più di una pronuncia non sembra rivestire alcuna natura punitiva, non implicando infatti, un giudizio di colpevolezza ma tendendo ad impedire la commissione di atti criminali⁴²¹.

Quanto, invece, alla confisca a seguito di estinzione del reato, specie se motivata dalla prescrizione del reato, applicata nel corso del procedimento penale, anche prima dell'apertura del dibattimento⁴²², la giurisprudenza italiana ha avviato un acceso

⁴¹⁹ Il riferimento è alle Sez. Un., c.c. 26 giugno 2014 – dep. 2 febbraio 2015, n. 4880 ric. Spinelli. Tra i commenti più rilevanti, si veda: F. MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, disponibile su www.penalecontemporaneo.it, e alla Cass., Sez. Un., c.c. 25 settembre 2014-dep. 17 marzo 2015, n. 11170, ric. Uniland.

⁴²⁰ Cass., V Sez. pen., sent. 13 novembre 2012 (dep. 25 marzo 2013), n. 14044/13, Pres. Zecca, Rel. Micheli, Ric. Occhipinti

⁴²¹ In questo senso: Corte Edu Riela e a. c. Italia, 4-9-2001, § 2, la quale richiama quanto già rilevato nelle pronunce Guzzardi c. Italia, 6-11-1980, § 108, Ciancimino c. Italia, 27-5-1991, e Raimondo c. Italia, 22-2-1994, § 43. Cfr. Cacucci e Sabatelli c. Italia, 17-6-2014; Capitani e Campanella c. Italia, 17-8-2011; Leone c. Italia, 2-2-2010; Bongiorno e a. c. Italia, 5-1-2010.

⁴²² Per un approfondimento, vedi M. PANZARASA, *I rapporti tra confisca e proscioglimento dell'imputato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2010, p. 1671 ss.; *ibid.* *Confisca senza condanna?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2010, p. 1672 ss..

dialogo con la Corte Edu⁴²³, non mancando, in più di un'occasione, di difenderne la natura non penale.

Ne conseguirebbe l'applicazione del nucleo ridotto di garanzie, che non ricomprende la presunzione di innocenza di cui all'art. 27 della Cost. e l'art. 530 c.p.p., nella misura in cui la colpevolezza dell'imputato deve essere accertata dal giudice "oltre ogni ragionevole dubbio".

Tuttavia, l'insufficiente accertamento di responsabilità contenuto nella sentenza di primo grado che non si concludesse con una pronuncia di condanna, malgrado la costruzione, pungolata dalla giurisprudenza della Corte Edu, della categoria dell'accertamento sostanziale di responsabilità, per tale intendendosi la non meglio precisata verifica *incidenter tantum* di colpevolezza, risultante nella c.d. "condanna in senso sostanziale" dell'imputato, ha reso necessaria la previsione legislativa di una sorta di confisca senza condanna con *probatio semiplena*, in seguito a giudizio di primo grado con esito condannatorio.

In altri termini la giurisprudenza interna, a Sezioni Unite, ha propugnato la confiscabilità in assenza di condanna per estinzione del reato solo a seguito di sentenza di condanna in primo grado⁴²⁴. Tale principio di diritto si è poi, come rilevato nel primo capitolo, tradotto nell'inclusione dell'art. 578-bis c.p.p. all'interno del codice di procedura penale, il quale, prevede, in effetti, la possibilità da parte del giudice penale di disporre la confisca in assenza di condanna nel caso di estinzione del reato per prescrizione, a partire dal grado successivo al primo, nel caso in cui questo si sia concluso con sentenza di condanna.

La fervenza del dialogo tra le corti in tale ambito applicativo ha determinato, come vedremo, ad una rivisitazione dell'orientamento della Corte sovranazionale che

⁴²³ Si tratta dell'accesso dialogo tra le corti innescato con la sentenza Corte EDU, 20 gennaio 2009, Sud Fondi e altri c. Italia che ha visto coinvolte non solo la Corte di Cassazione, ma anche la Corte costituzionale con la celebre pronuncia n. 49/15, di risposta alla altrettanto nota Corte EDU, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia. A proposito della sent. Sud Fondi si vedano: A. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*; F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza di Punta Perotti*, in Dir. pen. proc., 2009, 1540 ss.; per una riflessione a tutto tondo a partire dalla posizione della Corte EDU; V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed ancora aperte*, in Foro napoletano, 2012. A proposito della sent. Varvara si vedano: A. BALSAMO, *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in Cass. pen., 2014, 1396 ss.; F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, disponibile su D. P. C., 5 novembre 2013.

⁴²⁴ La pronuncia in oggetto è: Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, Pres. Santacroce, Rel. Macchia, Ric. Lucci.

dall'iniziale riconoscimento della necessità che la confisca recante natura afflittiva debba essere applicata a seguito di condanna, nel caso specifico della confisca da reato di "lottizzazione abusiva", si è trovata, da ultimo con la pronuncia della *Grande Chambre* del giugno 2018⁴²⁵, a sostenere la sufficienza dell'applicazione della confisca, pur nella riconosciuta consistenza penale, all'interno di un processo sufficientemente garantito e in cui si accerti esaustivamente la colpevolezza dell'imputato, pur in assenza di una formale pronuncia di condanna.

Di conseguenza, pare, da una prima superficiale indagine, che allo stato le disposizioni e principi applicabili alla confisca senza condanna italiana, intesa come misura di prevenzione e confisca senza condanna applicata nel procedimento penale, siano quelle previste per le sanzioni amministrative.

La giurisprudenza interna e sovranazionale ritiene applicabili alla confisca senza condanna italiana il principio del giusto processo ex art. 111 Cost. nella sua dimensione non afflittiva, riconoscendo, però, l'importanza del diritto ad una pubblica udienza c.d. "*right to a fair hearing*", approdo, questo, del positivo dialogo tra le corti⁴²⁶.

Non riconosce, però, l'applicazione della presunzione di innocenza e, soprattutto del principio di irretroattività, nonché di quello di proporzionalità, inteso, quest'ultimo, non solo come *quantum* da confiscare ma anche come tempo entro il quale disporre la confisca dei beni per cui si procede.

Quanto al principio di legalità *sub specie* di tassatività-determinatezza delle fattispecie penali può evidenziarsi come non paia rispettato sia con riguardo alla confisca di prevenzione⁴²⁷, i cui presupposti soggettivi e oggettivi sono molto vaghi, che alla

⁴²⁵ C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia

⁴²⁶ La Corte cost. aveva già dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni del Codice Antimafia nella parte in cui non consentivano che, a richiesta dell'interessato, il procedimento si svolgesse nelle forme dell'udienza pubblica, con sent. n. 93/2010. Da ultimo sent. C. cost. n. 109/2015, dep. 15 giugno, con la quale si estende il diritto alla pubblica udienza anche al procedimento di opposizione: " Gli artt. 666, comma 3, 667, comma 4, e 676 c.p.p. vanno dichiarati costituzionalmente illegittimi, nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca si svolga, davanti al giudice dell'esecuzione, nelle forme dell'udienza pubblica".

⁴²⁷ La Corte Edu, con la Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, in DPC, 3 marzo 2017, con nota di F. VIGANO', *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali* disponibile su www.penalecontemporaneo.it, ha richiesto allo Stato italiano, nella disciplina delle misure di prevenzione una maggiore aderenza al principio di legalità, *sub specie* di prevedibilità della decisione senz'altro implicante la precisione nella formulazione della fattispecie. Uno dei tanti effetti di tale celebre pronuncia è stato l'intervento della Cassazione a

confisca da estinzione del reato per prescrizione. Si pensi, ad esempio, al già citato art. 578-bis c.p.p.⁴²⁸ il quale nel riferirsi "alle altre disposizioni di legge" e al "previo accertamento di responsabilità dell'imputato" si pone in evidente tensione con il principio di tassatività-determinatezza.

Sebbene la confisca di prevenzione abbia una natura diversa dalla confisca disposta all'interno del procedimento penale, pur in assenza di condanna, in quanto la prima è disposta all'interno di un procedimento "speciale", che può prendere avvio anche per l'impulso dell'autorità di pubblica sicurezza e che si conclude con decreto e non una sentenza, in assenza delle garanzie che presiedono al processo penale, l'applicazione della confisca senza condanna "penale" non gode dell'applicazione dei principi sin d'ora descritti, al pari della confisca di prevenzione.

L'unica eccezione sembra essere il principio del giusto processo, applicato nella sua consistenza penale nel caso di confisca applicata nel caso di estinzione del reato, anche se suscita qualche perplessità la reale consistenza del principio del contraddittorio nella

S.U. (Cass., Sez. Un. Pen., sent. 27 aprile 2017 dep. 5 settembre 2017, n. 40076, Pres. Canzio, Rel. Fidelbo, Ric. Paternò) la quale ha richiesto ai giudici interni una lettura tassativizzante dell'art. 75 co 2 dlgs. 159/2011, che, sebbene abbia riguardo alle misure di prevenzione personali consente di operare una riflessione con riguardo ai presupposti della pericolosità generica propedeutici all'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali tra cui figura la confisca. Tra i passaggi più significativi delle Sez. Un. Paternò figurano: " La questione trova la sua ragione nel rilievo che assume la definizione delle condotte prese in considerazione dall'articolo 75 cit., per verificarne la conformità ai principi di tipicità della fattispecie penale e a quelli di precisione, determinatezza e tassatività delle norme incriminatrici, al fine di individuare opzioni ermeneutiche costituzionalmente e convenzionalmente orientate, che, inoltre, consentano di prevenire possibili contrasti in seno alla giurisprudenza di legittimità"... Ne consegue che solo una lettura "tassativizzante" e tipizzante della fattispecie può rendere coerenza costituzionale e convenzionale alla norma incriminatrice di cui al Decreto Legislativo n. 159 del 2011, articolo 75, comma 2, il che inevitabilmente comporta il superamento di una giurisprudenza di legittimità che, fino ad oggi, non mostra di essersi confrontata adeguatamente con tali problematiche. La citata norma penale utilizza la tecnica del rinvio, richiamando, in modo indistinto, le prescrizioni e gli obblighi che sono indicati in una diversa disposizione (articolo 8 Decreto Legislativo cit.), dedicata al contenuto del provvedimento con cui il tribunale dispone la misura di prevenzione della sorveglianza speciale, ma il richiamo "agli obblighi e alle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno" può essere riferito soltanto a quegli obblighi e a quelle prescrizioni che hanno un contenuto determinato e specifico, a cui poter attribuire valore precettivo. Tali caratteri difettano alle prescrizioni del "vivere onestamente" e del "rispettare le leggi". Invero, e' dubbio che possano considerarsi vere e proprie prescrizioni, al pari di quelle menzionate nella stessa disposizione di cui al Decreto Legislativo n. 159 del 2011, articolo 8, dal momento che non impongono comportamenti specifici, ma contengono un mero ammonimento "morale", la cui genericità e indeterminatezza dimostra l'assoluta inidoneità ad integrare il nucleo di una norma penale incriminatrice".

⁴²⁸ Il quale recita: " 1. Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato".

formazione della prova, considerato che la relativa sentenza viene emessa "allo stato degli atti".

Tuttavia, non è sempre possibile rinvenire un'univocità di vedute nella giurisprudenza nazionale, con particolare riferimento al caso italiano, e in quella sovranazionale. La ragione risiede, principalmente, come vedremo nel prossimo paragrafo, nella diversità dei criteri adottati.

2. LA CORTE EDU E LA CONFISCA SENZA CONDANNA: I CRITERI ADOTTATI

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in quanto giudice di rilevanza sovranazionale deputato alla tutela dei diritti fondamentali cristallizzati nella C.E.D.U.⁴²⁹ ha da sempre, nelle sue decisioni su ricorsi individuali, adottato un criterio "sostanzialistico". Il diritto penale, in quanto tale necessitante di garanzie rafforzate, non dipende dal nomen iuris e, per i fini della presente ricerca, dalla etichetta formale di 'pena' che ad una misura venga assegnata ma da alcuni indici sintomatici, individuati dalla Corte nell'avvicinarsi delle proprie pronunce.

L'utilizzo di tali criteri ha determinato uno stravolgimento della giurisprudenza interna, nonché dell'inquadramento interno di taluni istituti nazionali, e non solo con riferimento al caso italiano.

La Corte Edu ha, infatti, prima con il giudizio Engel contro Paesi Bassi del 1976⁴³⁰ e poi con la pronuncia Welch contro Regno Unito del 1995⁴³¹, individuato una serie di criteri che denotano l'afflittività di una misura che deve essere ritenuta penale, anche se applicata all'interno di un procedimento civile o amministrativo.

La Corte ha infatti chiarito che: "Al fine di verificare se un procedimento ha ad oggetto "accuse in materia penale" ai sensi della Convenzione stessa si devono considerare tre diversi fattori. Principalmente la qualificazione data dal sistema giuridico dello Stato convenuto all'illecito contestato. Tale indicazione tuttavia ha solo un valore formale e relativo poiché la Corte deve supervisionare sulla correttezza di tale qualificazione alla

⁴²⁹ Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

⁴³⁰ La cui massima è stata ripresa dal caso successivo Ozturk contro Turchia del 1984.

⁴³¹ Welch v. the United Kingdom, 9 February 1995, Series A no. 307-A Welch v. the United Kingdom (Article 50), 26 February 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-II).

luce degli altri fattori indicativi del carattere “penale” dell'accusa. Secondariamente infatti, va considerata la natura sostanziale dell'illecito commesso vale a dire se si è di fronte ad una condotta in violazione di una norma che protegge il funzionamento di una determinata formazione sociale o se è invece preposta alla tutela erga omnes di beni giuridici della collettività, anche alla luce del denominatore comune delle rispettive legislazioni dei diversi Stati contraenti. Va infine considerato il grado di severità della pena che rischia la persona interessata poichè in una società di diritto appartengono alla sfera "penale" le privazioni della libertà personale suscettibili di essere imposte quali punizioni, eccezione fatta per quelle la cui natura, durata o modalità di esecuzione non possano causare un apprezzabile danno”⁴³².

Applicando tali criteri al sistema delle confische in assenza di condanna ne discende l'applicazione di disposizioni e principi da esse derivanti che recano significati profondamenti diversi.

Rilevano, quindi, congiuntamente il *nomen iuris* che lo Stato membro dà alla misura, il tipo di illecito per cui si procede e il grado di severità della pena, elemento quest'ultimo che acquista una rilevanza pregnante in relazione al principio di proporzionalità, corollario della legalità penale.

Tuttavia, è bene evidenziare che con la pronuncia Welch contro Regno Unito, successiva a quella in cui la Corte ha enunciato i criteri c.d. Engels, la sostanza penale delle misure previste nelle legislazioni degli Stati membri ha acquisito un significato più evoluto. In particolare, il carattere penale di una misura dipende dalla consequenzialità dell'adozione della misura rispetto alla condanna per un reato; dalla natura e dallo scopo della misura; dal *nomen iuris*; dalle procedure di applicazione ed esecuzione della misura nonché dal grado di afflittività della medesima.

Da una immediata lettura risulta che i criteri c.d Welch⁴³³ siano una più approfondita elencazione dei requisiti afflittivi di tipo sostanziale delle misure su cui la Corte si trova a decidere e, dunque, si farà riferimento a questi per indagare la natura del variegato sistema delle confische in assenza di condanna. Ciò, in quanto, proprio l'adozione di questi analitici criteri ha consentito alla Corte di ritenere il *confiscation* inglese applicato retroattivamente come sostanzialmente lesivo dell'articolo 7 della

⁴³² Engel e altri c. Olanda (Grande Camera, 8.06.1976)

⁴³³ Il riferimento ai criteri Welch è stato operato da L. V. LO GIUDICE, *Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei controlimiti*, in Dir. pen. cont., 28 aprile 2017.

Carta convenzionale, in quanto penale nella sua applicazione concreta. Tuttavia, va precisato che la Corte faccia a tutt'oggi riferimento ai soli criteri Engels, in quanto versione sintetica di quelli esposti nel caso Welch sopracitato⁴³⁴.

L'applicazione di tali criteri, Engels e Welch, determina l'estensione di tutte le tutele cristallizzate negli articoli 6 e 7 della CEDU alle tipologie di confisca in assenza di condanna che siano sostanzialmente afflittive e quindi penali secondo le categorie adottate dalla Corte Edu.

Tali articoli, nel loro *volet pénal*, tutelano la presunzione di innocenza (art. 6 par. 2) e il principio di legalità (art. 7).

Nella interpretazione della Corte, in relazione al caso della confisca senza condanna, il principio di legalità richiede che la confisca, se ritenuta sostanzialmente penale a causa della finalità punitiva perseguita e della sua natura obbligatoria, debba essere applicata in un procedimento in cui la parte o le parti in causa abbiano concretamente avuto la possibilità di presenziare e difendersi.

Inoltre, la confisca non può essere applicata a chi non sia stato parte in causa del procedimento in cui viene disposta, a pena della violazione dell'art. 7 CEDU⁴³⁵.

⁴³⁴ I criteri Engels sono, infatti, quelli cui rimanda la Corte costituzionale italiana –pronuncia n. 49 del 2015- durante la nota vicenda della confisca da lottizzazione abusiva, nel riferirsi al criterio della sostanziale afflittività adottato dalla giurisprudenza della Corte Edu. " Come è noto, la Corte EDU, fin dalle sentenze 8 giugno 1976, Engel contro Paesi Bassi, e 21 febbraio 1984, Öztürk contro Germania, ha elaborato peculiari indici per qualificare una sanzione come una “pena” ai sensi dell’art. 7 della CEDU, proprio per scongiurare che i vasti processi di decriminalizzazione, avviati dagli Stati aderenti fin dagli anni 60 del secolo scorso, potessero avere l’effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle garanzie sostanziali assicurate dagli artt. 6 e 7 della CEDU (sentenza 21 febbraio 1984, Öztürk contro Germania). 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.

È infatti principio consolidato che la “pena” può essere applicata anche da un’autorità amministrativa, sia pure a condizione che vi sia facoltà di impugnare la decisione innanzi ad un tribunale che offra le garanzie dell’art. 6 della CEDU, ma che non esercita necessariamente la giurisdizione penale (da ultimo, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, con riferimento ad una sanzione reputata grave). Si è aggiunto che la “pena” può conseguire alla definizione di un procedimento amministrativo, pur in assenza di una dichiarazione formale di colpevolezza da parte della giurisdizione penale (sentenza 11 gennaio 2007, Mamidakis contro Grecia)”.

⁴³⁵ Ciò vale anche per le persone giuridiche: vedi, da ultimo C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, con commento di A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna*,

Se intesa alla stregua di pena, soggiace al principio di irretroattività e al divieto di un secondo giudizio⁴³⁶.

Il requisito della condanna, inoltre, coniugato secondo il principio di legalità convenzionale adottato dalla Corte Edu, viene inteso non come precipitato di una sentenza formale di condanna in base all'ordinamento interno, ma come condanna in senso sostanziale, che guardi, principalmente, agli elementi a carico della persona in giudizio a disposizione dell'autorità giudicante, sia in termini di prove dell'elemento oggettivo di reato, che del correlativo ed eliminabile elemento soggettivo.

L'art. 6 par. 2 C.E.D.U., infatti, presuppone, a pena della violazione della presunzione di innocenza⁴³⁷, inscindibilmente legata al principio di colpevolezza convenzionale di cui all'art. 7 C.E.D.U.⁴³⁸, che vi sia un legame intellettuale tra fatto e soggetto di diritto che il medesimo fatto abbia posto in essere, dichiarato solo con accertamento legale definitivo. Diversamente, va presunta l'innocenza della persona accusata del reato⁴³⁹ e nessuna misura punitiva può essere irrogata, tantomeno la confisca se ritenuta in concreto afflittiva.

La violazione del principio che promana dall'art. 6 par. 2, inoltre, può provenire anche da autorità diverse dal giudice, quale quella di pubblica sicurezza⁴⁴⁰.

principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte Edu, Grande Camera, in materia urbanistica, in Dir. pen. Cont., 3 luglio 2018. Si legge, nel par. 274 della sentenza di cui sopra che: "Con riferimento al principio per il quale un soggetto non può essere punito per un atto relativo alla responsabilità penale di un altro [soggetto] una confisca disposta, come nel caso oggetto di giudizio, nei confronti di soggetti o enti che non siano stati parti nel procedimento [che la infligge] è incompatibile con l'art. 7 della Convenzione".

⁴³⁶ La compatibilità di detto istituto con tali fondamentali principi sarà oggetto del IV capitolo del presente lavoro.

⁴³⁷ Chiarisce il significato della presunzione di innocenza nella interpretazione della Corte Edu, F. DEL VECCHIO, *Circolazione delle sentenze irrevocabili e presunzione d'innocenza nell'interpretazione della Corte europea*, in archivio penale, n. 2/14, nota di commento a Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 27 febbraio 2014, Karaman c. Germania.

⁴³⁸ "L'articolo 7 non menziona espressamente un legame morale fra l'elemento materiale del reato ed il presunto autore. Ciò nonostante, la logica della pena e della punizione così come la nozione di 'guilty' (nella versione inglese) e la nozione corrispondente di 'personne coupable' (nella versione francese) sono nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esiga, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di riscontrare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato, elemento in assenza del quale l'inflizione di una pena sarebbe ingiustificata". (cfr. § 116, Corte EDU, sez. II, sent. 10 maggio 2012, ric. n. 75909/01, Sud Fondi e altri c. Italia).

⁴³⁹ In tal senso, Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 8 dicembre 2009, Previti c. Italia; Id., 19 dicembre 1989, Kamasinski c. Austria.

⁴⁴⁰ Corte eu. Dir. uomo, 10 febbraio 1995 e ibid. Allenet de Ribemont c. Francia 8 ottobre 2013, Mulosmani c. Albania.

Quanto la declinazione dei criteri sostanzialistici tanto l'interpretazione degli articoli della Carta convenzionale nel senso di una maggiore tutela hanno determinato un rafforzamento delle garanzie per molte ipotesi di confische senza condanna e condotto alla tripartizione delle misure, a seconda della funzione perseguita, in riparatorie, punitive e preventive. Nell'ultima ipotesi, tuttavia, sarà imprescindibile operare un *distinguo* tra misure che hanno finalità di mera neutralizzazione, e misure *lato sensu* punitive, quindi scopi di deterrenza, tali per cui il rispetto della *matière* penale pare imprescindibile.

Ciò, tenendo anche conto che vi sono tipologie di confisca senza condanna che perseguono una pluralità di funzioni, di talchè la natura sostanzialmente afflittiva o meno va assegnata avuto riguardo allo scopo prevalente.

Il caso della confisca di prevenzione italiano sembrerebbe di pronta soluzione, dato il *nomen* assegnatole⁴⁴¹ e la finalità efficientista che la misura persegue⁴⁴².

Del resto, come vedremo più approfonditamente, la giurisprudenza nazionale ha in prevalenza giustificato il sistema delle misure di prevenzione, in termini di compatibilità costituzionale.

Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale prevalente deve "fare i conti" con il criterio di sostanziale afflittività adottato dalla Corte Edu. E, infatti, non sono mancate, nell'ordinamento interno, pronunce "recettizie" dell'interpretazione della Corte

⁴⁴¹ Del resto, la logica del codice penale è di tipo formalista: è penale ciò che il legislatore ha etichettato come penale. Ciò, emerge in modo assolutamente chiaro dal disposto dell'art. 1 del codice penale.

⁴⁴² Tuttavia, vi sono state pronunce in cui la giurisprudenza, e in special modo il Giudice delle leggi, ha rilevato la finalità efficientista di cui alla confisca di prevenzione. In proposito, è pienamente condivisibile il rilievo argomentativo della Corte costituzionale, la quale evidenzia che la ratio della confisca di prevenzione "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" (Corte cost. sent. n. 21 del 2012, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in relazione agli artt. 24, secondo comma, e 111 Cost., dell'art. 2-ter, undicesimo comma, della legge 31 maggio 1965, n. 575, nella parte in cui prevede che "la confisca può essere proposta, in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta, nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare, entro il termine di cinque anni dal decesso").

Edu⁴⁴³, la quale pare richiedere “*l’interdiction d’infliger une peine sans constat de responsabilité*”⁴⁴⁴.

Il sistema delle confische senza condanna ricomprende la confisca di prevenzione e le confische senza condanna applicate durante il procedimento o il processo penale, nel caso in cui si desideri esercitare la relativa azione.

Orbene, quanto all’ultima tipologia di confische, l’approccio della Corte Edu ha determinato una bonifica garantistica del sistema delle confische⁴⁴⁵.

Si pensi alla confisca di cui all’art. 240-bis c.p., i cui profili di confiscabilità in assenza di condanna sono stati indagati nel primo capitolo, o alla confisca per equivalente ritenuta pena⁴⁴⁶ per impulso della Corte Edu. Questa ha evidenziato come sia sostanzialmente una pena, in quanto non colpisce il prezzo, il prodotto o il profitto ma il *tantundem*⁴⁴⁷.

Lo stesso può dirsi per la confisca del veicolo⁴⁴⁸. Ripercorrere la vicenda giudiziale conclusasi con la pronuncia n. 196/2010 della Corte costituzionale consente di comprendere, come l’uso dei criteri fissati dalla Corte Edu, abbia, anche in tale caso, svolto un ruolo importante per il riconoscimento della relativa natura afflittiva della confisca del veicolo.

⁴⁴³ Il riferimento è alla nota sent. C. Cost. n.196/2010, con cui la Corte ha concluso per la natura punitiva della confisca dell’autoveicolo, con nota di commento di V. MANES, *La confisca punitiva tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla “truffa delle etichette”*, in Cass. pen. 2011, pp. 76 e ss; ancora, si guardi l’ord. N. 97 del 2009 nella quale la Corte ha confermato la natura punitiva della confisca per equivalente già rilevata dalla Corte sovranazionale.

⁴⁴⁴ Corte Edu, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, par. 67.

⁴⁴⁵ V. MANES, *The Last Imperative of Criminal Policy: Nullum Crimen Sine Confiscatione*, «EUROPEAN CRIMINAL LAW REVIEW», 2016, 6, pp. 143 – 160.

⁴⁴⁶ Il cui carattere preminentemente sanzionatorio è stato efficacemente rimarcato da Cass. pen., Sez. Un., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, in Cass. pen., 2006, p. 1387.

⁴⁴⁷ Ciò, è stato rilevato anche dall’ordinanza della Corte cost. n. 301 del 2009, nella quale si chiarisce che la funzione afflittiva di tale confisca discende dai principi costituzionali e non era, pertanto, necessario il ricorso all’art. 7 della C.E.D.U: “Infatti, la confisca per equivalente – in ragione della mancanza di pericolosità dei beni che ne costituiscono oggetto, unitamente all’assenza di un “rapporto di pertinenzialità” (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato ed i beni – palesa una connotazione prevalentemente afflittiva ed ha, dunque, una natura «eminentemente sanzionatoria», tale da impedire l’applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale della retroattività delle misure di sicurezza, sancito dall’art. 200 cod. pen. Come ha osservato la Corte, «a tale conclusione si giunge sulla base della duplice considerazione che il secondo comma dell’art. 25 Cost. vieta l’applicazione retroattiva di una sanzione penale, come deve qualificarsi la confisca per equivalente, e che la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo ha ritenuto in contrasto con i principi sanciti dall’art. 7 della Convenzione l’applicazione retroattiva di una confisca di beni riconducibile proprio ad un’ipotesi di confisca per equivalente (Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza n. 307A/1995, Welch v. Regno Unito)»”.

⁴⁴⁸ Ci si riferisce, in particolare, all’art. 186 comma 1 lett c) Codice della Strada.

In particolare, nel caso oggetto della decisione del giudice di legittimità, l'avvocato di parte aveva proposto per la confisca oggetto di esame l'applicazione del principio *tempus regit actum* motivata dalla sua natura di misura di sicurezza.

Diversamente, il GIP aveva escluso la sua finalità di neutralizzazione del reato, assimilandola ad una vera e propria pena, da cui discendeva l'applicazione del principio di irretroattività. In questo caso, tuttavia, non poteva applicarsi la giurisprudenza della Corte Edu perché c'era la *littera legis* ed è vietata la manipolazione della lettera della legge. Il GIP aveva allora sollevato la questione di legittimità costituzionale. La Corte costituzionale nella pronuncia n. 196/2010 ha accolto la questione dichiarando illegittima la normativa *in parte qua* nella parte in cui richiamava la disciplina delle misure di sicurezza, richiamandosi all'art. 7 della C.E.D.U. con il quale tale tipo di confisca confliggeva principalmente a causa della sua finalità repressiva⁴⁴⁹.

La natura penale della confisca è stata inoltre disvelata dalla Corte Edu nel caso della confisca urbanistica ex art. 44 comma 2 d.P.R. n. 380/2001 in relazione alle lottizzazioni abusive, la cui vicenda verrà approfondita nel *prosieguo* della trattazione. Può, quindi, in generale affermarsi come i criteri adottati dalla Corte Edu e i principi da essi estratti hanno avuto un effetto diretto sulla giurisprudenza interna in materia di confisca senza condanna, disvelandone in taluni casi la natura afflittiva.

Ma, anche nel caso in cui la confisca senza condanna sia stata ritenuta una misura non punitiva, il criterio di cui all'articolo 6 par. 1 CEDU ha determinato un rafforzamento delle garanzie.

Il diritto ad un processo equo e quello di proprietà hanno portato a maggiori garanzie per la parte in giudizio che si veda applicata il provvedimento di confisca e all'affermazione del principio di proporzionalità, che la misura in argomento deve rispettare.

Il c.d. *right to a fair hearing*, come verrà precisato nel *prosieguo* della trattazione, ha svolto un ruolo fondamentale in materia di confisca di prevenzione⁴⁵⁰ e viene

⁴⁴⁹ Nella pronuncia in esame, il giudice di legittimità rileva come l'assenza di una finalità preventiva è evidenziata dalla possibilità che si confischi anche un veicolo incidentato, quindi non più utilizzabile e per ciò solo non pericolo e che la confisca del veicolo non scongiura le ipotesi di recidiva a mezzo della guida di un ulteriore e diverso mezzo di trasporto.

⁴⁵⁰ Si intende fare riferimento alla Causa Bongiorno e altri c. Italia – Seconda Sezione – sentenza 5 gennaio 2010 (ricorso n. 4514/07). Nel caso di specie, la Corte constata la violazione dell'art. 6, par. 1,

interpretato dalla Corte come diritto alla celebrazione di un processo imparziale, pubblico che sia deciso in un tempo ragionevole.

Merita particolare approfondimento l'interpretazione che la Corte dà del diritto di proprietà di cui al Protocollo addizionale alla CEDU. Tale precisazione consente di comprendere il perché di alcune pronunce della Corte di condanna alle confische senza condanna previste nelle legislazioni degli Stati membri.

Orbene, la confisca in assenza di condanna, in quanto misura che deve almeno rispettare le garanzie di tipo civile e amministrativo previste dalla Carta convenzionale, deve rispettare il diritto di proprietà e può essere applicata non solo ove legislativamente prevista ma anche in modo proporzionato allo scopo che persegue.

Il diritto di proprietà – come da sempre rilevato dalla Corte⁴⁵¹ – può senz'altro essere compreso ragioni di pubblica utilità, ma si deve trattare di un interesse concreto e attuale.

Per “ragioni di pubblica utilità” deve intendersi che il giudice deve disporre la misura della confisca senza condanna a tutela dell'interesse generale. Resta, chiaramente, da intendersi su come venga coniugato il principio dell'interesse generale dalle corti nazionali e come venga inteso, in relazione alle diverse tipologie di confisca in assenza di condanna, dagli Stati membri.

La limitazione del diritto proprietario oggetto di confisca, inoltre, deve essere proporzionata. Dice, al proposito la Corte che la proporzione sussiste solo ove non si possa pervenire al medesimo risultato attraverso una modalità meno invasiva. Va da sé che questa debba ritenersi esclusa nei casi di confisca obbligatoria, nei quali il giudice è privo di discrezionalità valutativa.

in relazione al procedimento svolto ai sensi dell'art. 4, comma sesto, della legge n. 1423 del 1956, in materia di applicazione di misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità, cui provvede il tribunale in camera di consiglio, poiché, ai fini del diritto ad un equo processo, è essenziale che al soggetto interessato del procedimento venga almeno offerta la possibilità di sollecitare una pubblica udienza.
http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/sentenza/sintesi_sentenzas/000/000/335/Causa_Bongiorno_e_altri_c._Italia.pdf

⁴⁵¹ Il leading case in materia è la pronuncia Corte EDU, sez. II, sent. 10 maggio 2012, ric. n. 75909/01, Sud Fondi e altri c. Italia.

La presente rassegna dei criteri e principi adottati ed enunciati dalla Corte Edu in relazione alla confisca senza condanna consente di comprendere le dinamiche del dialogo tra le Corti, specie con riguardo al caso italiano.

Tuttavia, passaggio preliminare è l'analisi dell'ordinamento interno in relazione al caso più discusso di confisca senza condanna presente in Italia, oggetto di una giurisprudenza ondivaga e spesso in contraddizione con se stessa, la quale ha, per adesso guardando ai soli confini nazionali, dato vita ad un accesso dialogo tra le Corti nazionali, di merito e di legittimità.

3. LE GARANZIE COSTITUZIONALI E LA CONFISCA DI PREVENZIONE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

La confisca di prevenzione rientra a pieno titolo tra le ipotesi di confisca senza condanna presenti nell'ordinamento interno perché è applicata all'interno di un procedimento "speciale", il procedimento di prevenzione del tutto autonomo, per espressa previsione di legge, dal processo penale. Ciononostante, il Codice Antimafia fa rimando alle regole del codice di procedura penale, per quanto non previsto dalla normativa speciale di cui al D.Lgs. 159/2011.

La confisca di prevenzione ha, secondo la giurisprudenza interna, natura non afflittiva. Pertanto, le disposizioni costituzionali ad essa applicabili sono le medesime di cui ai procedimenti amministrativi e civili. Non si applicherebbero, stando a questa precisazione soprattutto gli artt. 25 co 1, 27, 111 nel suo volet pénal della Carta costituzionale, ma i diversi articoli 2,3, 23, 24, 25 commi 2 e 3, 42, 111 Cost.; quest'ultimo limitatamente al principio del giusto processo.

Ciò, sebbene la confisca di prevenzione debba ritenersi una misura dalla natura alquanto controversa, la quale presuppone un indice di pericolosità, generica ovvero qualificata, e di altri requisiti, cristallizzati nell'art. 24 del Codice Antimafia.

Per poter comprendere la portata del dialogo tra le Corti interne e la Corte sovranazionale è di fondamentale importanza ricostruire l'evoluzione della giurisprudenza interna in materia di natura della confisca di prevenzione⁴⁵².

⁴⁵² Lo stato dell'arte in materia di confisca di prevenzione viene analiticamente descritto da M. PANZAVOLTA e R. FLOR, *A necessary evil? The Italian "non-criminal" system of asset forfeiture*.

La prima pronuncia che ha compiutamente affrontato la questione relativa alla natura giuridica della confisca di prevenzione è stata quella emessa dalla Cassazione a Sezioni Unite nel 1996. Nel caso Simonelli la Corte ha concluso per la natura di sanzione amministrativa della confisca di prevenzione, equivalente, quanto ai suoi effetti, alla confisca obbligatoria prevista dall'art. 240 comma 2 c.p.⁴⁵³.

In particolare, la Corte ha in tale ipotesi parlato di *tertium genus*, rinvenendo la ratio della misura nella eliminazione dal circuito economico dei beni di provenienza delittuosa.

Le conclusioni di cui a detta pronuncia determinano che sia alla confisca di prevenzione applicabile l'art. 200 c.p., con la conseguenza della non operatività del principio di irretroattività penale, ma del diverso principio *tempus regit actum*. L'inapplicabilità dell'art. 2 c.p. discenderebbe proprio dall'art. 25 Cost., il quale determina che non si applichi la legge che non sia in vigore prima del fatto commesso, né una pena applicata in tale maniera. Non essendo la confisca una pena tale regola non sarebbe per la medesima applicabile e opererebbero le disposizioni costituzionali e penali previste per le misure di sicurezza⁴⁵⁴.

Senonché, a seguito delle modifiche alla confisca di prevenzione, operate dai pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009, il venir meno del requisito dell'attualità della pericolosità del proposto ha determinato l'insorgere di una nuova corrente

Nel volume a cura di RUI-SIEBER, *Non-conviction-based confiscation in Europe*, 2015, Duncker & Humblot – Berlino.

⁴⁵³ Corte di cassazione, Sezioni unite, 3 luglio 1996, Simonelli e altri. Confermata poi da Sez. U, n. 57 del 19/12/2006, dep. 2007, Auddino, Rv. 234956; Sez. 5, n. 25676 del 11/06/2008, Alfano, Rv. 240435; Sez. 2, n. 19914 del 31/01/2005, Bruno, Rv. 231873; Sez. 2, n. 1790 del 14/04/1999, Fici, Rv. 21413.

⁴⁵⁴ Si legge, infatti, nella pronuncia Simonelli: “anche avuto riguardo alle misure amministrative di sicurezza in senso stretto - previste e disciplinate dal codice penale dagli artt. 199 a 240 - dottrina e giurisprudenza hanno sempre concordato, con particolare riferimento alla confisca, che tale istituto non si presenta sempre con identica natura e configurazione, ma assume caratteristiche peculiari in relazione alle diverse finalità che la legge le attribuisce e che, di conseguenza a misura tende a realizzare. È pertanto applicabile, prescindendo anche dall'accertamento di una specifica responsabilità penale - ove i presupposti in fatto siano ricollegabili ad una violazione di detto tipo - col solo rispetto del principio di legalità (art. 25, comma 3, Cost.): imponendosi soltanto in ogni caso, che il provvedimento sia espressamente previsto da una norma di legge [...]. D'altra parte, l'assoluta autonomia dei due procedimenti - penale e di prevenzione - comporta la possibilità di applicazione dei provvedimenti, personali e/o patrimoniali, anche in contrasto con le conclusioni cui possa pervenire il giudizio penale: e ciò, sia per diversità dei presupposti, sia per la valenza diversa che la legge assegna agli elementi sulla cui base le singole procedure vengono definite”.

giurisprudenziale che vede nella pronuncia ric. Occhipinti⁴⁵⁵ la sua estrinsecazione più rilevante⁴⁵⁶.

In particolare, si riteneva che tale modifica normativa avesse aperto la confisca di prevenzione al *genus* delle pene.

Per meglio dire, è stato dalla Corte rilevato che la possibilità che la confisca venga applicata in ipotesi di pericolosità non attuale e quindi anche nei confronti di beni acquisiti dal proposto precedentemente o successivamente all'epoca di manifestazione della sua pericolosità sociale, esclude che la misura ablatoria in oggetto possa applicarsi retroattivamente. In tali casi, infatti, la confisca non può che applicarsi per il futuro: opera, dunque, l'art. 2 c.p. e non l'art. 200 c.p. previsto in materia di misure di sicurezza.

Ciò, in quanto la confisca in tali casi assume la natura di pena, o meglio, di natura oggettivamente sanzionatoria⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Sent. Corte Cass., V Sez. pen., sent. 13 novembre 2012 (dep. 25 marzo 2013), n. 14044/13 Ric. Occhipinti con nota di commento di A. M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente" sanzionatoria e si applica al principio di irretroattività: una sentenza "storica"?* in Dir. pen. cont., 26 luglio 2013.

⁴⁵⁶ La cui natura afflittiva è rimarcata dal venir meno del requisito dell'attualità della pericolosità sociale del proposto in relazione alla confisca. Sul punto, coglie nel segno: Cass. 13 novembre 2012, Occhipinti, in dir. pen. cont. con nota di A. M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza storica?*, op. cit. Anche V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 313 e ss.

⁴⁵⁷ Si legge, infatti, nella pronuncia Occhipinti: "Muovendo da tali premesse generali, la giurisprudenza costituzionale e la dottrina hanno sottolineato la necessità di un controllo non solo nominale, ma anche contenutistico degli strumenti qualificati dal legislatore come misure di sicurezza, costituenti una reazione ad un fatto criminoso. Ciò, al fine di impedire che risposte di segno repressivo, e quindi con i caratteri propri delle pene in senso stretto, si prestino ad essere qualificate come misure di sicurezza, con la conseguenza di eludere il principio di irretroattività valido per le pene. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, a sua volta, sottolineato che la necessità di scongiurare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale comporta che la distinzione relativa alla natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione si fondi non solo sul criterio della qualificazione giuridico-formale attribuita nel diritto nazionale, ma anche su altri due parametri, costituiti dall'ambito di applicazione della norma che lo preveda e dallo scopo della sanzione. Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Tale principio è desumibile dall'art. 25 Cost., comma 2, che, attesa 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 tale contesto è possibile affermare che la confisca per equivalente, che può riguardare beni che, oltre a non avere alcun rapporto con la pericolosità individuale del reo, neppure hanno alcun collegamento diretto con il singolo reato [...] e la cui ratio è quella di privare il reo di un qualunque beneficio economico derivante dall'attività criminosa, anche di fronte all'impossibilità di aggredire l'oggetto principale, nella convinzione della

Nonostante il condivisibile approdo cui perviene la Cassazione ric. Occhipinti, a seguito del contrasto verificatosi in punto di natura da attribuire alla confisca di prevenzione, per come novellata, l'ultimo orientamento della Cassazione sul punto è quello di cui alle Sezioni Unite del 2015⁴⁵⁸.

Nella celebre pronuncia Spinelli, la Corte si riallaccia, per certi versi, alla pronuncia Simonelli, ma introducendo alcuni profili di specialità. Viene, infatti, rilevato che la confisca di prevenzione è misura sui generis e riveste la funzione di misura preventiva. Anche dopo la riforma attuata, sebbene non venga più richiesto il requisito dell'attualità, deve essere accertata la pericolosità del proposto, verificando in particolare che quest'ultimo fosse pericoloso al momento dell'acquisto del bene. Si parla, al proposito, di nesso di correlazione temporale, il quale deve essere puntualmente accertato da parte del giudice.

La confisca di prevenzione, inoltre, beneficia della disciplina delle misure di sicurezza e, pertanto, opera il principio *tempus regit actum* e non il diverso principio di irretroattività, previsto per le pene.

Il dibattito circa la natura da attribuire alla confisca di prevenzione, però, non è stato sopito dalla pronuncia Spinelli e i requisiti applicativi della medesima sono ancora sotto i "riflettori" della giurisprudenza interna, di merito e di legittimità.

Risulta, al proposito, dalla recente pronuncia della Corte di cassazione a sezioni semplici, ric. Alma⁴⁵⁹ un annacquamento del requisito della correlazione temporale, ritenuto dalle S.U. Spinelli, elemento senza il quale la confisca di prevenzione avrebbe acquistato i connotati di una vera e propria sanzione.

In tale pronuncia, la Corte precisa che non sono acquistabili i beni acquistati dal proposto nel momento in cui la sua pericolosità si sia manifestata, ma anche i beni da

capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento, assume i tratti distintivi di una vera e propria sanzione. Li, tale da impedire l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale della retroattività delle misure di sicurezza, sancito dall'art. 200 cod. pen." (...) "Anche la confisca di prevenzione, perciò, sembra poter legittimamente riguardare beni privi di concreto collegamento con i fatti giustificativi della misura, ed ispirarsi alla generale finalità di escludere che un soggetto possa ricavare qualsivoglia beneficio economico da attività illecite: appare dunque arduo, almeno con riferimento ad ipotesi in cui la misura di prevenzione patrimoniale possa addirittura svincolarsi da un necessario accertamento di attuale pericolosità sociale del proposto, continuare ad escluderne una natura oggettivamente sanzionatoria".

⁴⁵⁸ Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, Pres. Santacroce, Rel. Bruno, ric. Spinelli e altro.

⁴⁵⁹ Cass., Sez. II, sent. 13 marzo 2018 (dep. 27 marzo 2018), n. 14165, Pres. Diotallevi, Est. Ariolli, ric. Alma e Brulicchio.

lui successivamente acquistati, anche nel momento in cui la pericolosità del soggetto per cui si procede sia scemata. Ciò, alla condizione che detti beni siano acquisiti con gli introiti dell'attività delittuosa.

Si tratta, da una prima notazione, di una pronuncia poco convincente in quanto la pericolosità del proposto non sussiste in relazione a quei beni acquistati successivamente. Di talchè, in tali casi, la confisca viene ad assumere una natura senz'altro afflittiva.

Si noti, tuttavia, che la pronuncia più recente emessa dal Supremo Consesso rimane quella del 2015, la quale richiede la sussistenza del nesso di correlazione, che estende alla confisca di prevenzione la disciplina della confisca-misura di sicurezza di cui agli artt. 240 e ss. c.p. e che, ad ogni modo, esclude la natura afflittiva e quindi penale della misura in argomento.

Da tale precisazione derivano una serie di corollari peraltro rinvenibili in apposite disposizioni del codice antimafia, sulle quali la giurisprudenza assolutamente maggioritaria ha costruito un impianto di regole autonome rispetto al processo penale e alle misure applicate in quella sede, comprese le misure di sicurezza.

La natura della confisca di prevenzione giustifica la disposizione secondo la quale la misura in esame applicabile anche “in absentia”⁴⁶⁰ e anche agli eredi del proposto⁴⁶¹. Recita, infatti, l'art. 18 comma 4 del Codice Antimafia che: “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”. Si tratta di una previsione introdotta per fare in modo che la confisca non fosse ostacolata dalla fuga dei proprietari di beni di provenienza illecita, avallata dalla giurisprudenza quanto al

460 Corte cost. n. 721/88 e 355/96; contro una persona morta, si confisca agli eredi cass sez V 20 gennaio 2010, De Carlo, rv. 24863, poi confermata da SSUU, sent. 22 dicembre 2016, dep. 16 marzo 2017, n. 12621, Pres. Fiale, Rel. De Amicis, Ric. De Angelis ed altri.

⁴⁶¹ Cass., SSUU, sent. 22 dicembre 2016, dep. 16 marzo 2017, n. 12621, Pres. Fiale, Rel. De Amicis, Ric. De Angelis ed altri, ritiene che i beni di provenienza delittuosa siano confiscabili anche nei confronti dei successori di fatto del proposto. La maggiore perplessità sul punto risiede proprio dell'assenza della pericolosità sociale negli eredi del proposto; né sarebbe possibile ritenere tramandabile una pericolosità ai beni loro trasmessi dal de cuius dal momento che non è possibile ritenere pericolosi dei beni che verranno amministrati da soggetti nei quali tale pericolosità è assente e potranno, quindi, venire impiegati in attività lecite.

procedimento di prevenzione ma non con riferimento al processo penale. Vero è che l'istituto della contumacia è stato espunto dal c.p.p. con legge n. 67 del 2014.

Al pari della fase procedimentale, la precedente fase investigativa non è soggetta a regole stringenti. La giurisprudenza⁴⁶² in materia di confisca di prevenzione ha, al proposito, affermato che è legittimo che il tribunale eserciti poteri investigativi *motu proprio* e che continui ad esercitarli anche dopo l'inizio del procedimento di prevenzione.

Quest'ultimo può iniziare su impulso di autorità amministrative e non è soggetto a termini perentori: si tratta di corollari avallati dalla giurisprudenza, a ragione del carattere preventivo del relativo procedimento.

L'allargamento dei requisiti di applicazione del procedimento di prevenzione ha necessitato l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite su di un tema che, a parere di chi scrive, non lo avrebbe necessitato. L'affermazione da parte del Supremo Consesso circa l'inutilizzabilità delle prove raccolte in violazione dei diritti fondamentali dell'imputato all'interno del procedimento di prevenzione⁴⁶³ parrebbe invero scontata, data la necessità di garantire il principio del giusto processo, applicabile anche alla confisca di prevenzione.

Anche a riguardo dei terzi proprietari di beni oggetto di confisca, invero, residua un regime poco favorevole. La giurisprudenza ha, infatti, affermato che i terzi in buona fede devono dimostrare che i beni confiscati siano stati da loro acquisiti legittimamente, e ciò non determina la violazione degli artt. 3, 24, 47 della Carta costituzionale⁴⁶⁴.

Dalla rassegna di principi giurisprudenziali esposti si desume l'autonomia del procedimento di prevenzione dal processo penale. Ciò, fino al punto che una pronuncia di assolvimento non esclude automaticamente la possibilità di emettere un ordine di confisca⁴⁶⁵.

Tale principio si riflette direttamente sullo *standard* di prova richiesto, che non è assolutamente quello di cui al processo penale, e neppure quello previsto per le misure cautelari.

⁴⁶² Cass., sez. II, 23 gennaio 2007, ric. Giordano.

⁴⁶³ S. U. Cagnazzo del 2010. Vedi cap. I.

⁴⁶⁴ Cass., sez. I, 29 Aprile 2011, MPS Gestione Crediti Banca Spa e Paleari, rv. 250910.

⁴⁶⁵ Cass. sez V 17 gennaio 2006 Pangallo; Cass., sez V 17 novembre 2011, Serafini e altri; Cass., sez. II, 9 maggio 2000 Coraglia

Benché alcune pronunce facciano riferimento all'art. 192 comma 3 c.p.p., che richiede gravità, precisione e concordanza degli indizi⁴⁶⁶, la giurisprudenza largamente predominante adotta argomentazioni nebulose per giustificare la sussistenza di indizi di provenienza delittuosa⁴⁶⁷, la cui consistenza non viene altrimenti precisata.

L'enunciazione delle massime giurisprudenziali di cui ai punti salienti della disciplina del procedimento di prevenzione consente di formulare un giudizio di massima sul detto istituto⁴⁶⁸. Ne emerge che la giurisprudenza interna è sempre più volta, assieme al legislatore, ad allargarne i requisiti applicativi, sposando, confortata dalle garanzie costituzionali paramtrate sulle misure non penali, l'efficienza nella ablazione di beni di provenienza illecita, con sacrificio dei terzi, intesi come eredi, terzi proprietari e terzi creditori del proposto.

Lo stesso risultato, pare invero emergere dall'analisi della giurisprudenza interna in materia di confisca senza condanna "penale", misura di sicurezza applicata all'interno del procedimento prima, e del processo penale poi, nel caso di sentenze con formule assolutorie non piene, ma ciononostante di assoluzione e non di condanna.

4. LA CONFISCA SENZA CONDANNA "PENALE": APPRODI GIURISPRUDENZIALI INTERNI

Per confisca senza condanna "penale", come peraltro evidenziato nel primo capitolo del presente lavoro, si intendono tutti quei casi di confisca, e non solo quella ex art. 240 comma 2 n. 2 c.p. espressamente definita tale, applicati nel procedimento o nel processo penale, a seconda della fase in cui interviene, nei casi di pronunce di proscioglimento che non siano "piene", eccettuata, quindi, l'ipotesi dell'insussistenza del fatto. La confisca applicata nel processo penale è misura di sicurezza (di cui all'art. 240 c.p.) ed è quindi compatibile con una sentenza di assoluzione⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ Tra tutte Cass. sez. II, 9 febbraio 2011, ric. Battaglia.

⁴⁶⁷ Addirittura nella pronuncia Cass. sez. I, 21 ottobre 1999, PG in c. Castelluccia, la Corte esclude apertamente l'applicazione dell'art. 192 co 3 c.p.p.

⁴⁶⁸ Per le critiche relative ai presupposti di applicazione della confisca di prevenzione si rimanda al Cap. 1.

⁴⁶⁹ Ma le ulteriori ipotesi di confische-misure di sicurezza previste nel codice sono contemplate dagli artt. 322ter, 335bis, 644, 722, 733 c.p., oggetto di importanti pronunce giurisprudenziali che hanno affrontato il tema della relativa natura giuridica, soprattutto al fine di vagliare l'applicabilità, alle medesime, del principio di irretroattività. La legislazione complementare contiene, poi, una pluralità di altre ipotesi di confisca: si pensi al caso della confisca del veicolo per il quale non sia stato pagato il

Ciò, è dimostrato dall'art. 72 bis c.p.p., che dispone l'applicazione della confisca nonostante la incapacità irreversibile dell'imputato a seguito della cui rilevazione deve comunque disporsi una sentenza di non luogo a procedere o a non doversi procedere; l'art 129 c.p.p. in materia di immediata declaratoria di cause di non punibilità in combinato disposto con gli artt. 425 co 4 c.p.p. (la confisca viene applicata anche nel caso di sentenza di non luogo a procedere) e 530 comma 4 c.p.p. Da tali disposizioni emerge che con la pronuncia di estinzione del reato con sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione può ben essere applicata la confisca dei beni dell'imputato prosciolto.

La medesima *ratio* risiede, quanto al patteggiamento, nell'art. 445 comma 1 c.p.p. Anche il codice penale, all'art. 205 comma 1 c.p. consente l'applicazione delle misure di sicurezza applicabili anche con sentenza di proscioglimento.

Tuttavia, per la particolare ipotesi della confisca, viene previsto un regime esteso rispetto a quello delle altre misure di sicurezza di talchè anche la sentenza di non luogo a procedere può applicare la detta misura ablatoria.

La confisca senza condanna può essere astrattamente applicata nel caso di pronuncia che non sia di assoluzione "piena": vale a dire nei casi in cui sussista una causa di estinzione del reato, quale la morte del reo prima della condanna⁴⁷⁰ o di estinzione del reato⁴⁷¹.

L'ipotesi della confisca senza condanna-misura di sicurezza che venga applicata al termine del procedimento o processo penale nel caso di estinzione del reato diventa assai problematica nei casi di confisca obbligatoria. Ciò, a causa della mancanza di ogni discrezionalità valutativa da parte del giudice penale, che, in presenza di determinati presupposti legislativi si vede costretto ad applicare la misura ablatoria.

premio assicurativo ex art. 21, l. 10 ottobre 1981, n. 689 Si pensi, poi, all' art. 6, l. 22 maggio 1975, n. 152 (Confisca di armi); art. 23, l. 18 aprile 1975, n. 110 (Confisca di armi clandestine); art. 87, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Confisca di sostanze stupefacenti).

⁴⁷⁰ Art. 150 c.p.

⁴⁷¹ Più problematica, invece, l'ipotesi della sussistenza delle cause di non punibilità. Nel caso dei reati tributari di cui al D.lgs. n. 74/2000, ad esempio, il pagamento dell'obbligazione tributaria esclude la confisca (12-bis). Diversamente, nel caso della non punibilità per particolare tenuità del fatto, la giurisprudenza ha ad ogni modo applicato la confisca. Ciò, in ipotesi di reati ambientali: cfr. Corte di Cassazione (Sez. III, 4 maggio 2017, n. 16463)

La giurisprudenza si è, in particolare interessata del caso di estinzione del reato per prescrizione, in quanto ipotesi di maggiore verifica all'interno delle corti e a causa della natura sostanziale dell'istituto della prescrizione⁴⁷².

Per comprendere la portata del dialogo tra corti interne e sovranazionali, risulta estremamente importante ripercorrere la giurisprudenza nazionale sulla confisca-misura di sicurezza. Ciò, al fine di comprendere quando e se serva o meno una pronuncia di condanna formale definitiva per poter applicare la confisca.

Come rilevato, l'unico caso di confisca senza condanna "codicistico" è previsto dall'art. 240 comma 2 n. 2 c.p., in relazione alla confisca delle cose c.d. assolutamente vietate, ossia, le cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato.

Il primo comma dell'art. 240 c.p. richiede formalmente la condanna nei casi di confisca facoltativa, evidenziando che nel caso in cui si voglia emettere una pronuncia di condanna, l'autorità giudiziaria penale può confiscare gli *instrumenta delicti* o il prodotto o il profitto del reato commesso.

Non così, invece, l'ipotesi di cui al comma 2, nella quale si legge che la confisca è sempre applicata in una serie di ipotesi, tra cui la confisca del prezzo del reato, in relazione alle quali, eccettuata quella del comma 2 n. 2), non viene specificato se serva o meno la condanna formale.

Negli anni, si sono al proposito succeduti due filoni giurisprudenziali. Un primo indirizzo aveva ritenuto possibile la confisca in assenza di condanna applicata con sentenza di proscioglimento ma solo per estinzione del reato. Ciò, sull'assunto che l'art. 210 cp 1 c.p., prevedendo che l'estinzione del reato impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza non involge la confisca. Infatti, l'art. 236 comma 2 c.p. fa espressamente salvo tale provvedimento ablatorio, così conducendo alla conclusione che la confisca possa essere applicata nel caso di sentenza di estinzione del reato.

Tale primo indirizzo era invero confortato anche dalla lettera dell'art. 240 comma 2 c.p., nel quale si richiede al giudice di applicare "sempre" la confisca.

Pertanto, si era ragionato in questi termini: se il giudice deve applicare "sempre" la confisca assume poco rilievo la circostanza che questa venga disposta o meno con

⁴⁷² La Corte costituzionale ne ha ribadito la natura sostanziale con ordinanza n. 24/2017. L'istituto della prescrizione sarebbe, dunque, sottratto dalle regole di diritto processuale e dunque al principio *tempus regit actum*.

sentenza di condanna, diversamente dall'ipotesi del comma 1 nella quale la si richiede espressamente.

Cionondimeno, la previsione di cui al comma 1 esplicitava un requisito, quello della condanna, che poteva essere incerto nelle ipotesi di confisca obbligatoria. Non così, invece, nei casi di confisca obbligatoria, per i quali la necessità del requisito di condanna è, per così dire in re ipsa. Si noti, poi, come la necessità, avvertita dal legislatore di prevedere espressamente la confisca senza condanna nel comma 2 n. 2) della disposizione in commento, escludeva automaticamente la possibilità di una confisca senza condanna per le altre ipotesi sulla base dell'antico brocardo "ubi lex dixit voluit, ubi noluit tacuit".

Si tratta, questo, di un traguardo segnato dalle Sezioni Unite ric. Carlea⁴⁷³, trovatesi a decidere sulla confisca obbligatoria prevista nel caso di reato di partecipazione al gioco di azzardo ex art. 722 c.p, dichiarato estinto per amnistia.

Peraltro, le Sezioni Unite avevano rilevato come la confisca non potesse essere applicata nel caso della estinzione del reato, a causa dei limiti cognitivi imposti al giudice nella fase processuale di pronuncia di una tale sentenza, incompatibili con un adeguato accertamento⁴⁷⁴.

Nonostante la bontà dei risultati a cui tale pronuncia era pervenuta, il contrasto giurisprudenziale non si era sopito⁴⁷⁵, dando quindi luogo ad un successivo pronunciamento delle Sezioni Unite⁴⁷⁶, quello noto come caso De Maio.

In tale pronuncia, nonostante gli esiti analoghi a quelli delle Sezioni Unite Carlea, di talchè anche in questo caso i giudici avevano concluso per la necessità di una sentenza

⁴⁷³ Sez. un., 25 marzo 1993 - dep. 23 aprile 1993, n. 5, Carlea, Rv. 193119-193120

⁴⁷⁴ Questo il passaggio delle Sezioni Unite Carlea: "D'altro canto, per disporre la confisca nel caso di estinzione del reato il giudice dovrebbe svolgere degli accertamenti che lo porterebbero a superare i limiti della cognizione connaturata alla particolare situazione processuale, e sotto questo aspetto è evidente la differenza tra i casi dell'art. 240, comma 2, n. 2, e gli altri, perchè l'art. 240, comma 2, n. 2, è focalizzato soprattutto sulle caratteristiche delle cose da confiscare, le quali in genere non richiedono accertamenti anomali rispetto all'obbligo dell'immediata declaratoria di estinzione del reato".

⁴⁷⁵ A distanza di pochi anni, la Cassazione si trovò ad adottare un indirizzo del tutto opposto a quello di cui alle S.U. Carlea, con conseguente applicazione in malam partem della confisca-misura di sicurezza. Ci si riferisce, in particolare, a Cass. pen., Sez. I, 25.09.2000, Todesco, in Cass. pen., 2002, pp. 1701 ss., con nota critica a cura di G. MELILLO, *Estinzione del reato e confisca di cose diverse da quelle oggettivamente criminose, ovvero di mai sopiti contrasti giurisprudenziali*. Nel caso oggetto della sent. Todesco era stata disposta confisca del prezzo del reato con la pronuncia di archiviazione per morte del reo, motivata dall'inapplicabilità del disposto di cui al 210 c.p., stante la previsione dell'art. 236 comma 2 c.p. e dalla considerazione circa l'impossibilità di revoca del provvedimento da parte degli eredi dell'imputato, in quanto non considerabili alla stregua di terzi estranei.

⁴⁷⁶ Sez. un., 10 luglio 2008 - dep. 15 ottobre 2008-, n. 38834, De Maio, Rv. 240565.

formale di condanna anche nel caso della confisca ex art. 240 comma 2, e nello specifico, nel caso di confisca del prezzo del reato. Le Sezioni Unite avevano, in tale ipotesi, ripercorso le argomentazioni di cui alla pronuncia Carlea del 1993 con la importante differenza concernente l'argomento processuale.

Era, a tal proposito, stato evidenziato che i limiti cognitivi insiti nella sentenza di estinzione del reato per sopravvenienza di cause di non punibilità doveva essere opinata. Ciò, in quanto, la pronuncia di proscioglimento per estinzione consente, comunque, al giudice di operare accertamenti propedeutici alla confisca. Ci si riferisce, in particolare, agli artt. 576 e 425 comma 4 c.p.p., nei quali si prevedono ampi poteri di accertamento in capo all'autorità giudiziaria penale. Invero, la possibilità di disporre la confisca senza condanna nell'ordinamento penale non era parsa peregrina e innovativa per la Corte, la quale aveva evidenziato che, oltre all'art. 240 comma 2 n. 2), ipotesi di confisca in assenza di condanna sono invero contenute nel Testo unico edilizia e nel D.P.R. n. 42/1973 per il caso del contrabbando⁴⁷⁷.

Tale *obiter* è stato di fondamentale importanza per radicare una giurisprudenza minoritaria incline a riconoscere, senza la necessità di una interpolazione legislativa, la possibilità che il giudice penale pronunci una sentenza di confisca in assenza di condanna in tutte le ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 240 c.p. e nelle altre ipotesi di confisca obbligatoria previste nelle fattispecie di parte speciale del codice, nonché dalla legislazione complementare⁴⁷⁸.

Risulta essenziale per comprendere lo sviluppo della successiva giurisprudenza concentrarsi su di una pronuncia del 2010 ric. Pastore⁴⁷⁹, la quale ha dato avvio ad una giurisprudenza che tra due estremi opposti decide di scegliere la via mediana.

⁴⁷⁷ Il riferimento è al reato di lottizzazione abusiva (art. 44, comma 2, D.P.R. 380/2001) e ai reati di contrabbando (art. 301 D.P.R. 43/1973).

⁴⁷⁸ In particolare, Sez. I, 4 dicembre 2008 - dep. 21 gennaio 2009, n. 2453, Squillante, Rv. 243027, dovendo decidere della legittimità di un'ordinanza emessa dal g.i.p., quale giudice dell'esecuzione, che aveva archiviato per prescrizione un'ipotesi di corruzione ma disposto la confisca di alcune somme ritenute prezzo del delitto non annullò senza rinvio la decisione ma, segnalando al g.i.p. le sempre più numerose ipotesi in cui la legge riconosce al giudice ampi poteri di accertamento del fatto di reato, annullò con rinvio richiedendo di motivare diversamente il proprio convincimento. Una efficace ricostruzione dello stato della materia, sino all'anno, 2013 viene realizzata dall'Ufficio del massimario della Corte di cassazione, da cui tale estratto è tratto, disponibile su http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20140124_RassegnaPenale_2013.pdf

⁴⁷⁹ Sez. II, 25 maggio 2010 - dep. 24 agosto 2010, n. 32273, Pastore, Rv. 248409.

Nella pronuncia in oggetto la Corte ha ritenuto che, a seguito di pronuncia di condanna in primo grado, la confisca senza condanna, di tipo obbligatorio, per estinzione del reato per prescrizione sia applicabile nel successivo grado di appello. Ma il principio di diritto enunciato riveste importanza maggiore. La Corte ha infatti ritenuto che la confisca obbligatoria sia applicabile nei casi di estinzione del reato sol che il giudice abbia accertato il fatto di reato e il nesso di derivazione tra res e reato. Viene dunque implicato che la confisca senza condanna-misura di sicurezza⁴⁸⁰, malgrado il caso oggetto di giudizio il quale prevede comunque una iniziale sentenza di condanna, possa ben essere applicata sempre, purchè sussista la mera condizione dell'accertamento del fatto di reato, senza però che venga chiarita la consistenza di un tale accertamento e la fase processuale nella quale questo possa ritenersi "pieno"⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ La questione, invero, non si pone nel caso di confisca per equivalente-pena. Ciò, in quanto, la giurisprudenza ne ha riconosciuto la natura afflittiva, di talchè può essere disposta solo una pronuncia di condanna formale. "Sia Sez. VI, 25 gennaio 2013 - dep. 17 maggio 2013, n. 21192, Barla, Rv. 255367 che Sez. VI, 6 dicembre 2012 - dep. 29 aprile 2013, n. 18799, Attianese, Rv. 255164 hanno, infatti, ritenuto non applicabile la misura in esame con la dichiarazione di estinzione. La seconda delle due decisioni citate ha precisato, in particolare, che "l'estinzione del reato preclude la confisca per equivalente delle cose che ne costituiscono il prezzo o il profitto, potendo la stessa applicarsi, al pari delle sanzioni penali, solo a seguito dell'accertamento della responsabilità dell'autore del reato". Il ragionamento utilizzato a sostegno della conclusione parte dalla considerazione secondo cui la confisca c.d. per equivalente, diversamente dall'istituto tradizionale disciplinato dall'art. 240 c.p., trovi il suo fondamento nel vantaggio tratto dal reato e prescindendo dalla pericolosità derivante dalla res, in quanto non è commisurata né alla colpevolezza dell'autore del reato, né alla gravità della condotta, avendo essa come obiettivo quello di impedire al colpevole di garantirsi le utilità ottenute attraverso la sua condotta criminosa. Nonostante la definizione codicistica, l'effettiva ratio della confisca per equivalente consiste in un ampliamento oggettivo delle cose confiscabili per finalità prevalentemente sanzionatorie; in particolare, "...scopo di questo istituto è quello di superare le angustie della confisca "tradizionale", rispetto alla quale si pone in un rapporto di alternatività-sussidiarietà, per la sua attitudine a costituire un rimedio alle difficoltà di apprensione dei beni coinvolti nella vicenda criminale, cioè a supplire agli ostacoli connessi alla individuazione del bene in cui si incorpora il profitto e di consentire la confisca anche nel caso in cui l'apprensione del prezzo o del profitto derivante dal reato non sia più possibile in conseguenza dell'avvenuta cessione a terzi oppure a causa di forme di occultamento o, semplicemente, perché i beni sono stati consumati". Essa ha, quindi, natura sanzionatoria e ciò impedisce che possa essere disposta in relazione al prezzo o al profitto derivante da un reato estinto per prescrizione, essendo, invece, indispensabile che sia preceduta da una sentenza di condanna e dovendosi escludere l'applicazione del regime sulle misure di sicurezza patrimoniale previsto dagli artt. 200, 210 e 236 c.p.", tratto da http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20140124_RassegnaPenale_2013.pdf

⁴⁸¹ "Invero, le ragioni in base alle quali questo filone interpretativo giustifica il ricorso alla confisca nonostante l'intervenuta estinzione del reato sono più articolate, insistendo, da un lato, sul fatto che la misura di sicurezza della confisca obbligatoria risponde ad una duplice finalità, cioè "colpire il soggetto che ha acquisito i beni illecitamente" ed "eliminare in maniera definitiva dal mondo giuridico e dai traffici commerciali valori patrimoniali la cui origine risale all'attività criminale posta in essere, essendo il provvedimento ablativo correlato ad una precisa connotazione obiettiva di illiceità che investe la res determinandone la pericolosità in sé"; dall'altro, sulla circostanza che anche la dichiarazione di estinzione del reato può essere preceduta da una pronuncia di condanna che riconosca la sussistenza del reato cui la confisca è collegata. In questo senso, Sez. II, 25 maggio 2010, n. 32273, Pastore e Sez. I, 4 dicembre 2008, n. 2453, Squillante, cui può aggiungersi anche Sez. II, 5 ottobre 2011, n. 39756,

La pronuncia esaminata ha condotto una buona parte della giurisprudenza⁴⁸² a riconoscere la possibilità che si possa applicare una confisca senza condanna nel caso di estinzione del reato, se il primo grado si sia concluso con pronuncia di condanna, conducendone un'altra parte a continuare a supportare quella giurisprudenza minoritaria che ritiene la confisca senza condanna applicabile anche in primo grado, purchè vi sia stato un accertamento incidentale della responsabilità dell'imputato e del nesso di derivazione tra res e fatto di reato⁴⁸³.

E' stato, al proposito sostenuto che la condanna cui si riferisce il primo comma dell'art. 240 comma 1 c.p. "funge da presupposto quale termine evocativo proprio di quell'accertamento che ontologicamente giustifica, sul piano normativo, la sottrazione definitiva del bene, in quanto proveniente dal reato"; "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 pertinenzialità che i beni oggetto di confisca

Ciancimino, tutte in tema di confisca obbligatoria prevista dall'art. 240 c.p. In alcune di queste decisioni, si è messo in evidenza come la "condanna" cui si riferisce l'art. 240 c.p. "funge da presupposto quale termine evocativo proprio di quell'accertamento che ontologicamente giustifica, sul piano normativo, la sottrazione definitiva del bene, in quanto proveniente dal reato" e da ciò si è desunto 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 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".

In altri termini, può esservi un ambito in cui residui la possibilità di disporre la confisca in relazione ad un reato prescritto, purchè vi sia l'effettività di un accertamento dei profili di responsabilità; mentre deve ritenersi preclusa la misura di sicurezza nei casi in cui la estinzione del reato per prescrizione maturi prima del promovimento dell'azione penale, ovvero quando l'estinzione sia dichiarata nell'udienza preliminare o con sentenza emessa ai sensi dell'art. 129 c.p.p., ipotesi in cui difetta ogni tipo di accertamento in ordine alla responsabilità dell'imputato". Così, § 4.2.2. Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, Pres. Santacroce, Rel. Macchia, Ric. Lucci.

⁴⁸² In part. Sez. VI, 11 ottobre 2012 - dep. 7 marzo 2013, n. 10887, Alfiero, Rv. 254785: "La confisca prevista dall'art. 12 sexies D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356, può essere disposta dal giudice della cognizione anche quando lo stesso emetta nei confronti dell'imputato sentenza di non doversi procedere per precedente giudicato di affermazione della responsabilità penale, laddove essa trovi comunque fondamento in una sentenza di condanna. (Fattispecie relativa ad imputato per il reato previsto dall'art. 416 bis cod. pen. già condannato in altro processo per il medesimo reato)".

⁴⁸³ Così: Sez. VI, 25 dicembre 2013 - dep. 23 luglio 2013, n. 31957, Cordaro, Rv. 255595. "L'estinzione del reato per prescrizione non preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo, nei casi in cui vi sia comunque stato 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 reato".

devono presentare rispetto al reato stesso: a prescindere, evidentemente, dalla formula con la quale il giudizio viene ad essere formalmente definito".

Si affaccia, così, sul panorama dell'ordinamento penale interno italiano, l'innovativo istituto della condanna "in senso sostanziale", sollecitato dalla giurisprudenza sovranazionale, che, sempre ad avviso della Corte, non può essere invocato nel caso in cui non sia stata esercitata l'azione penale oppure nella ipotesi di estinzione dichiarata sia nella fase processuale della udienza preliminare che in quella dibattimentale ai sensi dell'art. 129 c.p.p.⁴⁸⁴.

Istituto questo, che ha, anche se non apertamente, condotto la giurisprudenza ha ritenere applicabile la confisca senza condanna da estinzione del reato per prescrizione nella ipotesi di "commissione" non accertata del reato di lottizzazione abusiva⁴⁸⁵.

Come vedremo, si tratta, un risultato che dovrà e ha già in parte fatto fare i conti con la giurisprudenza della Corte Edu, in base del criterio della afflittività in concreto.

Ciononostante la giurisprudenza interna pare allineata nel riconoscere la confisca senza condanna "penale" da proscioglimento per estinzione del reato, specie nel caso di prescrizione del reato.

Questo, infatti, è l'avviso della Cassazione a Sezioni Unite, anche e soprattutto a fronte dell'indirizzo giurisprudenziale più recente che, in un certo senso, adotta una posizione mediana tra chi escludeva del tutto la confisca senza condanna "penale" e chi la

⁴⁸⁴ L'art. in questione recita: "1. In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce 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 ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza. 2. Quando ricorre una causa di estinzione del reato ma 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, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta".

⁴⁸⁵ Sez. III, 4 febbraio 2013 - dep. 15 aprile 2013 n. 10066, Volpe, Rv. 255112: "La confisca dei terreni può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato (nella specie, della prescrizione), purchè sia accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, e che verifichi l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere. (Fattispecie nella quale è stata ritenuta legittima la confisca dei terreni nonostante la prescrizione del reato, all'esito dell'accertamento della rimproverabilità della condotta degli imputati e della illegittimità della concessione edilizia rilasciata in zona di inedificabilità assoluta)". E ancora: L'art 44 D.P.R. n. 380 del 2001 lascerebbe "inequivocabilmente intendere non essere necessaria una sentenza di condanna quale presupposto della confisca (si veda del resto, in proposito, la significativa differenza di formulazione rispetto all'art. 31 del citato D.P.R. in tema di demolizione del manufatto abusivo, ove espressamente si menziona la "sentenza di condanna"), ma unicamente l'intervenuto effettivo accertamento della sussistenza di una condotta di lottizzazione".

prevedeva in ogni caso nella ipotesi di sentenza di estinzione del reato nella quale possa ravvisarsi un accertamento di *incidenter tantum* della responsabilità⁴⁸⁶.

Le S.U. della Cassazione, con una pronuncia del 2015, hanno risolto il contrasto in materia di confisca senza condanna penale da estinzione del reato, prevedendo la possibilità che si confischi il prezzo o il profitto del reato, nelle ipotesi di confisca obbligatoria di cui al 240 comma 2 n. 1, e nel caso della confisca da reato di contrabbando, oggetto della pronuncia, a determinate condizioni.

Richiamandosi all'indirizzo interpretativo iniziato dalle Sezioni Unite Carlea, le quali avevano evidenziato come l'avverbio "sempre" di cui al 240 capoverso sia solo finalizzato a contrapporre confisca obbligatoria e facoltativa, e non già confisca con e senza condanna⁴⁸⁷, sono poi pervenute ad esiti diversi.

In sintesi è stato affermato che la confisca in assenza di condanna penale può essere applicata – con una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato dovuta a prescrizione- nel caso in cui sia stata pronunciata, almeno in primo grado, una sentenza di condanna. Ciò, solo se nel successivo grado di giudizio, non muti l'accertamento relativo alla sussistenza del fatto, alla responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto.

Deve, ad ogni modo, trattarsi di confisca diretta, per tale intendendosi una pronuncia che abbia oggetto i beni derivati dal reato e non beni di valore ad esso equivalenti. La confisca del denaro, aggiunge poi la Corte, è da intendersi come confisca diretta, e quindi applicabile in assenza di condanna. Anzi, in tale particolare ipotesi, viene

486 Con la Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, Pres. Santacroce, Rel. Macchia, Ric. Lucci è stato enunciato il seguente principio di diritto: "Il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell'art. 240, secondo comma, n. 1, cod. pen., la confisca del prezzo del reato e, a norma dell'art. 322-ter cod. pen., la confisca del prezzo o del profitto del reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato". "Qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme di cui il soggetto abbia comunque la disponibilità deve essere qualificata come confisca diretta: in tal caso, tenuto conto della particolare natura del bene, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della confisca e il reato". Per un interessante commento alla pronuncia, si veda: F. G. CAPITANI, *Le Sezioni Unite: la confisca sopravvive alla causa estintiva del reato, purché ci sia già stata condanna e si tratti di confisca diretta*, in *Diritto e Giustizia*, 2015, fasc. 29, pp. 44 ss.

487 Si legga, in particolare, all'interno di detta pronuncia che: "l'avverbio sempre è finalizzato solo a contrapporre la confisca obbligatoria alla confisca facoltativa, ma non la confisca in presenza o in assenza di condanna".

previsto un alleggerimento del carico probatorio per il giudice, rendendo ancora più agevole la confisca senza condanna.

Infatti, definendo la confisca di denaro non già confisca per equivalente, come invece parrebbe, ma invece confisca diretta e quindi misura non afflittiva, la Corte ne ha legittimato una confisca di condanna.

Non solo, prevedendo che il denaro, a cagione della sua particolare natura, non necessita di una verifica da parte dell'autorità giudiziaria del nesso tra somma da confiscare e reato, ha altresì alleggerito il "carico" probatorio, facendo sì che il giudice possa più agilmente disporre la confisca in assenza di condanna con pronuncia di estinzione del reato per prescrizione⁴⁸⁸.

L'art. 578-bis c.p.p., introdotto con una recente novella, non è altro che il risultato del recepimento normativo di tale pronuncia a Sezioni Unite.

Deve, dunque, ritenersi, stando all'ultimo orientamento delle Sezioni Unite, nonché alla recente riforma legislativa, che la confisca in assenza di condanna per estinzione del reato può essere pronunciata solo a seguito di sentenza di condanna. La pronuncia in esame sembrerebbe, infatti, escludere che l'accertamento di responsabilità sufficiente, la condanna in senso sostanziale possano essere risultato del processo di primo grado. Sembrerebbe, dunque, precluso al giudice confiscare nei casi di estinzione del reato, almeno per prescrizione, in seno al giudizio di primo grado, anche nella fase dibattimentale.

Nonostante l'approdo giurisprudenziale abbia, in un certo qual modo, corredato di maggiori garanzie l'istituto della confisca senza condanna "penale", così recuperando, anche se in minor misura, l'indirizzo garantistico di cui alle S.U. Carlea del 1993, non è possibile che si celino talune perplessità.

Infatti, la confisca obbligatoria di cui al comma 2 dell'art. 240 c.p. comporta che l'autorità penale, al verificarsi di talune circostanze legislativamente tipizzate il giudice debba, non residuando alcun margine di discrezionalità, né spazio valutativo,

488 Interessanti critiche alle S.U. Lucci sono state mosse da G. CIVELLO, *Le Sezioni unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale"*, in Archivio penale e A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. Le Sezioni unite ridimensionano gli approdi della Corte costituzionale in tema di confisca urbanistica*, in Archivio penale; F. LUMINO, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, in Cass. pen., 2016, fasc. 4, p. 1384. Sull'ordinanza di rimessione, si veda G. ROMEO, *Alle Sezioni unite la questione della confisca di somme di danaro, sequestrate su conto corrente, costituenti prezzo di reato dichiarato prescritto*, in Dir. pen. cont., 13 aprile 2015.

applicare la confisca, in ciò differenziandosi dalle ipotesi di confisca facoltativa. Ne consegue che proprio in relazione ai casi di confisca obbligatoria sarebbe stata essenziale la pretesa di una sentenza senza condanna formale, non potendosi relegare l'applicazione di una misura così invasiva a non meglio precisate condanne in senso sostanziale, piuttosto che ad accertamenti *incidenter tantum* di responsabilità, i quali, peraltro, sono estranei al codice di procedura penale italiano.

Peraltro, si noti come addirittura prevedere che si possa applicare la confisca senza condanna, seppur a seguito ad (almeno) il primo grado di giudizio nel caso del denaro che derivi del reato pare piuttosto singolare. *A fortiori*, se si considerano le riflessioni svolte dalle Sezioni Unite ric. Lucci all'interno della pronuncia in merito all'istituto di confisca di valore, di natura apertamente punitiva⁴⁸⁹.

Il denaro - la cui confisca la Corte interpreta come confisca diretta - originante dal reato è cosa infungibile che va a confondersi nel patrimonio dell'imputato: è, pertanto, innegabile la sua natura indiretta, la quale rende, inevitabilmente, la confisca parimenti indiretta.

⁴⁸⁹ Si legge, infatti, all'interno della sentenza che: "Da qui, la logica strutturalmente sanzionatoria della confisca di valore, dal momento che è l'imputato che viene ad essere direttamente colpito nelle sue disponibilità economiche (e non la cosa in quanto derivante dal reato), e ciò proprio perché autore dell'illecito, restando il collegamento tra la confisca, da un lato, ed il prezzo o profitto del reato, dall'altro, misurato solo da un meccanismo di equivalenza economica. È evidente, pertanto, che, in una simile prospettiva, l'oggetto della confisca di valore finisca per non presentare, a ben vedere, alcun nesso di pertinenzialità col reato, rappresentandone soltanto la conseguenza sanzionatoria: né più né meno, dunque, della pena applicata con la sentenza di condanna". Sulla natura punitiva della confisca per equivalente, si vedano: A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in (DOLCINI-PALERO a cura di), *Studi in Onore di Giorgio Marinucci*, p. 2108 ss.; E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, op. cit., p. 149 ss. Come rilevato nel primo capitolo, già con le S. U. Gubert (Cass. pen., Sez. Un, 30 gennaio 2014, n. 10561, Pres. Santacroce, Rel. Davigo, Imp. Gubert) avevano asserito la natura punitiva della confisca per equivalente. Sul punto, si vedano: BORSARI, *Reati tributari e confisca di beni societari*; P. CORSO, *Reato non presupposto di responsabilità amministrativa e limiti del sequestro/confisca nei confronti dell'ente*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 990 ss.; A. DELL'OSSO, *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, pp. 401 ss.; G. GIANGRANDE, "Timeo Danaos et dona ferentes": le Sezioni Unite della Cassazione in materia di confisca per equivalente, in *Dir. prat. trib.*, 2014, pp. 638 ss.; C.E. PALIERO, F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2015; R. RUSSO, *Il senso del profitto: la confisca dei beni dell'ente per il reato tributario commesso dal legale rappresentante*, in *Arch. pen.*, n. 3/2015 (rivista web); M. SCOLETTA, *La confisca in capo all'ente per reati tributari commessi dal legale rappresentante: la parola delle Sezioni Unite*, in *Soc.*, 2014, p. 487; T. TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali*, in *Dir. pen. cont.*, 12 marzo 2014; G. VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse" delle Sezioni unite in tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2797 ss; T. E. EPIDENDIO, *Reati tributari e sequestro a fini di confisca di beni societari: un appunto a futura memoria, in attesa delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2014.

Ne deriva, il carattere per “equivalente” della relativa misura ablatoria, assolutamente incompatibile, per consolidato indirizzo giurisprudenziale, con una sentenza di proscioglimento, stante la sua natura afflittiva e non di misura di sicurezza.

Sul piano strettamente processuale si aggiunga che, sebbene, come rilevato, debba “apprezzarsi” la richiesta di almeno una sentenza di condanna, manca comunque l’essenziale requisito della definitività del provvedimento. Questa, si acquisisce, come noto nel caso in cui non si impugnino la sentenza ovvero vengano terminati tutti i gradi di giudizio. Ciò, come è evidente, non accade nel caso di sentenza di condanna che applichi una confisca, poi impugnata in grado di appello, nel caso in cui, in tale sede, maturata la prescrizione, il giudice pronunci sentenza di proscioglimento per estinzione del reato.

L’imputato ha, infatti, il diritto, costituzionalmente tutelato, a ch  si riesamino gli atti in giudizio. Proprio la necessit  di affermare la responsabilit  solo nei casi di “oltre ogni ragionevole dubbio”⁴⁹⁰ ha condotto i padri fondatori dell’ordinamento giuridico penale a prevedere ulteriori gradi (oltre al primo).

E’, infatti, imperativa la necessit  di una doppia verifica, specie in un settore dell’ordinamento talmente “delicato” come quello penale.

Potrebbe obiettarsi che la confisca non involge il bene della libert  personale, che non viene ristretto, eppure, pare opportuno ribadire che la misura ablatoria ha, nella realt  dei giudizi penali, rilevanti effetti indiretti sul bene della libert  personale, a ragione della sua invasivit  e portata.

Pu , quindi, affermarsi che sarebbe auspicabile non solo un nuovo intervento delle Sezioni Unite ma anche un intervento normativo volto a rispettare le tradizionali

⁴⁹⁰ Il riferimento   alla disposizione di cui all’art. 533 c.p.p. rubricata “Condanna dell’imputato”: 1. Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l’imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di l  di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza. 2. Se la condanna riguarda pi  reati, il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che deve essere applicata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene o sulla continuazione. Nei casi previsti dalla legge il giudice dichiara il condannato delinquente o contravventore abituale o professionale o per tendenza. 3. Quando il giudice ritiene di dover concedere la sospensione condizionale della pena o la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, provvede in tal senso con la sentenza di condanna. 3-bis. Quando la condanna riguarda procedimenti per i delitti di cui all’articolo 407, comma 2, lettera a), anche se connessi ad altri reati, il giudice pu  disporre, nel pronunciare la sentenza, la separazione dei procedimenti anche con riferimento allo stesso condannato quando taluno dei condannati si trovi in stato di custodia cautelare e, per la scadenza dei termini e la mancanza di altri titoli, sarebbe rimesso in libert .

garanzie del processo penale, che non manchi di considerare la natura della confisca senza condanna-misura di sicurezza applicata all'interno del processo penale.

Premesse le provvisorie conclusioni cui è la giurisprudenza italiana è giunta nel caso della confisca senza condanna “penale” sino ad ora descritte, nonché quelle relative alla confisca di prevenzione, oggetto del precedente paragrafo, risulta particolarmente importante ampliare la prospettiva al dialogo tra le corti sovranazionali, in particolare guardando alla giurisprudenza della Corte Edu. Ciò, al precipuo fine di comprendere quali siano gli approdi a cui si è pervenuti e quali le prospettive future.

5. IL DIALOGO TRA LE CORTI SULLA CONFISCA DI PREVENZIONE

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di confisca di prevenzione è piuttosto vasta⁴⁹¹. Ciò, in quanto a seguito della celebrazione dei processi interni i ricorsi destinati alla Corte hanno oggetto la violazione degli artt. 6 e 7 CEDU, nonché dell'art. 1 Prot. add. 1 della CEDU, all'interno dei quali sono cristallizzati una pluralità di principi, lungamente interpretati dalla giurisprudenza convenzionale.

Le pronunce di applicazione della confisca di prevenzione vengono sottoposte alla Corte proprio a causa della difficile conciliabilità tra questo istituto e il principio di legalità e dei relativi corollari, tra cui soprattutto quello della prevedibilità, del giusto processo, della presunzione di innocenza.

La Corte Edu ha, sin dalle prime pronunce, concluso per il carattere non affittivo della confisca di prevenzione, utilizzando un approccio tollerante⁴⁹² e concludendo per l'applicazione dei soli artt. 6 comma 1 CEDU e 1 Prot. Add. 1 CEDU, ad esclusione, pertanto, degli artt. 6 comma 2 e 7 CEDU applicabili solo al processo e alle misure penali.

Ciò, in base all'utilizzo delle categorie della *penalty* e della *matière pénale*, attraverso il criterio della “sostanza affittiva della misura”. La creazione dei c.d. criteri sviluppati

⁴⁹¹ C.edu, sez. II, dec. 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, § 1-3; C.edu, sez. II, dec. 5 luglio 2001, Arcuri e altri c. Italia, § 1-2; C.edu, sez. II, sent. 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, § 33-40; C.edu, sez. I, dec. 4 settembre 2001, Riela c. Italia, § 1-2; C.edu, sez. II, sent. 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri c. Italia, § 40-51; C.edu, sez. II, sent. 17 maggio 2011, Capitani e Campanella c. Italia, § 14 ss; C.edu, sez. II, sent. 26 luglio 2011, Paleari c. Italia, § 27-38.

⁴⁹² Così, RUI-SIEBER, *Non-conviction based confiscation in Europe*, 2015, op. cit., p. 142 e ss.

nelle pronunce 08/06/1976, Engel c. Paesi Bassi; 09/01/1995, Welch c. Regno Unito; 30/08/2007, Sud Fondi c. Italia ed altre ha condotto la Corte a ritenere la confisca di prevenzione una misura non afflittiva. Tuttavia, la Corte è pervenuta a tale risultato senza motivare puntualmente rispetto alla mancata integrazione dei tre criteri *engels*. Come rilevato, si tratta dei criteri della natura della infrazione secondo il diritto interno; la natura della sanzione e la concreta gravità della stessa.

Prima di procedere all'analisi circa la sussistenza o meno di detti criteri è opportuno comprendere in quali termini la Corte ha concluso per la non afflittività della misura ablatoria.

La Corte ha infatti motivato rispetto alla natura non afflittiva della misura semplicemente evidenziando come la peculiare situazione dell'ordinamento italiano e la necessità della lotta al fenomeno mafioso imponessero la confisca dei beni di provenienza delittuosa⁴⁹³.

Così facendo ha, spesso troppo sbrigativamente concluso per l'inoperatività dei principi di irretroattività e di *ne bis in idem* di cui all'art. 7 CEDU, sol perché la confisca è nell'ordinamento interno misura assimilabile a quelle di sicurezza, non penali e perché la *ratio* sarebbe quella di rimuovere il bene dal circuito criminale, anche al fine di evitare la commissione di futuri reati.

Anche nel momento in cui si è trovata a riconoscere l'inadeguatezza in punto di garanzie del procedimento di prevenzione⁴⁹⁴, riconoscendo la necessità che anche il procedimento di prevenzione dovesse poter essere celebrato nelle forme dell'udienza pubblica, ha evidenziato che il principio violato è quello del giusto processo, di cui

⁴⁹³ Rileva la Cass. nelle Sezioni Unite ric. Spinelli che: “La sentenza Corte EDU del 22/02/1994, Raimondo c. Italia, ha osservato che la confisca di prevenzione è «destinata a bloccare i movimenti di capitali sospetti per cui costituisce un'arma efficace e necessaria per combattere questo flagello». La sentenza del 15/06/1999, Prisco c. Italia, ha affermato che la confisca di prevenzione «colpisce beni di cui l'autorità giudiziaria ha contestato l'origine illegale allo scopo che il ricorrente potesse utilizzarli per realizzare ulteriormente vantaggio a proprio profitto o profitto dell'organizzazione criminale con la quale è sospettato di intrattenere relazione”. Da ultimo, con le Sezioni Unite n. 39608 del 2018 in materia di tutela dei terzi, la Corte ha rilevato che: “Analogamente, nella decisione 04/09/2001, Riela c. Italia, in causa 52439/09, ha affermato (§ 1) che in materia di prevenzione criminale gli Stati debbono godere di grande discrezionalità, e che quelle adottate dall'Italia per combattere la mafia appaiono misure addirittura 'indispensabili', in considerazione del fatto che i profitti smisurati ricavati dalle attività illecite svolte dalla mafia le attribuiscono un potere che mette in discussione il primato del diritto statale.

⁴⁹⁴ 17/05/2011, Capitani e Campanella c. Italia; 02/02/2010, Leone c. Italia; 05/01/2010, Bongiorno c. Italia; 08/07/2008, Perre c. Italia; 13/11/2007, Bocellari e Rizza c. Italia.

all'art. 6 comma 1 CEDU. Si tratta, infatti, di principio non applicabile alla *matière pénale* ma ai procedimenti civili e amministrativi.

Le ragioni fornite dalla Corte paiono insufficienti e avrebbero necessitato, a dire il vero, di una compiuta motivazione sulla inapplicabilità dei criteri *engels*, i quali, al fine di poter definire una sanzione come non penale, devono mancare cumulativamente.

Diversamente, dall'indagine che segue pare emergere un dato contrario alla volontà politica della Corte.

Infatti, l'unico criterio che parrebbe potersi ritenere integrato è quello della natura della infrazione secondo il diritto interno. La confisca di prevenzione, come dimostrato da ultimo con le Sezioni Unite *ric. Spinelli*, è secondo la giurisprudenza interna misura preventiva alla quale deve rinviarsi l'applicazione della disciplina prevista dal codice penale per le misure di sicurezza.

Pertanto, non sarebbe, malgrado le contestazioni di un'attenta Dottrina⁴⁹⁵, misura sostanzialmente afflittiva in virtù del primo requisito.

Quanto ai criteri della natura della sanzione e della concreta gravità della stessa, tuttavia, pare necessario fare delle considerazioni del tutto diverse.

La natura della confisca di prevenzione è di misura sostanzialmente afflittiva per una serie di ragioni che, senza pretesa di esaustività, si tenterà di tratteggiare brevemente. La mancata previsione di un limite quantitativo per la confisca di prevenzione la rende misura sostanzialmente penale dal momento che può essere confiscati un'ingente quantità di beni.

Inoltre, con l'entrata in vigore delle leggi n. 125 del 2008 d n. 94 del 2009 è stato previsto il principio dell'autonomia delle misure di prevenzione personali da quelle patrimoniali, di talchè la confisca non è più subordinata alla pericolosità attuale del proposto. Pertanto, il giudice penale non deve verificare che il proposto sia pericoloso

⁴⁹⁵ Così: F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975; M. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*. Napoli, 1996; C. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, 33. In tempi più recenti: A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della 'legge', ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, 2017; C. FATTORE, *Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017; M. CERESA-GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 2017; V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 1039 ss.

al momento dell'applicazione della misura, essendo sufficiente che lo fosse stato al momento dell'acquisizione dei beni di provenienza illecita. Si finisce, quindi, per confiscare anche beni non pericolosi dal momento che il nesso di derivazione tra beni e reato della cui commissione si sospetta non viene compiutamente accertato.

Il requisito della pericolosità – che giustificherebbe la natura non penale della confisca di prevenzione - poi, viene del tutto a mancare nei casi in cui il destinatario della confisca sia il terzo che acquista il bene dal proposto ovvero e a fortiori, sia l'erede del proposto. Questi, non solo non ha ricevuto i beni caduti in successione in condizione di pericolosità, dal momento che non è lui stesso indiziato di aver commesso un reato in quanto è semplicemente erede del soggetto pericoloso ma piuttosto non ha, molto probabilmente, alcuna intenzione di immettere i beni ricevuti all'interno del circuito economico criminale⁴⁹⁶.

Quanto al terzo criterio della gravità concreta si noti come paia piuttosto difficile negare la concreta gravità della confisca di prevenzione. Ciò, in quanto tale misura finisce, nella sostanza, per avere oggetto tutti i beni del proposto. I profitti leciti ed illeciti di un'impresa "contaminata" da infiltrazioni mafiose ad esempio, finiscono col confondersi e a venir indistintamente confiscati.

Inoltre, con lo strumento della confisca di prevenzione l'autorità giudiziaria, in seno al procedimento di prevenzione, confisca ingenti beni solo sulla base di indizi di pericolosità, che non devono essere gravi precisi e concordanti ma meri indizi⁴⁹⁷,

⁴⁹⁶ Rileva, condivisibilmente, A. ABUKAR HAYO, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione a confronto: l'incerta linea di discriminazione tra la sanzione del passato e la prevenzione del futuro, nell'ottica del diritto interno e del diritto sovranazionale*, in Archivio penale n. 3/2017, p. 28: "Nel caso di soggetto defunto, il ragionamento è molto semplice. Il soggetto pericoloso in vita, giunto alla "pace eterna", non ha più la disponibilità dei beni; e può fare nulla per convincere i suoi posteri a portare a compimento il suo disegno criminale. Colui che eredita la "disponibilità" della cosa, che apparteneva al defunto, non ha alcun interesse a disfarsi di essa, per immetterla in un circuito economico criminale che gli è estraneo. E d'altronde, non essendo egli stesso pericoloso, deve essere ritenuto, per definizione, "non contiguo" all'area criminale; sicché gli mancano i contatti per realizzare quell'immissione che il suo "predecessore" - nella disponibilità del bene - avrebbe "pericolosamente" perseguito. Ergo, con la morte del soggetto pericoloso, muore anche il pericolo di immissione del bene nel circuito economico criminale. *Mors omnia solvit* e dunque muore con la persona ogni pericolo a lei riconducibile".

⁴⁹⁷ B. MIGLIUCCI, Sempre più lontani i principi costituzionali e del giusto processo, in Guida al diritto, n. 49/50, 2017, 21, secondo il quale "le misure di prevenzione, personali e patrimoniali, sono sanzioni afflittive di natura punitiva", rileva come l'indizio presupposto di cui all'applicazione delle misure di prevenzione non si desuma da un "accertamento positivo, ma da un mero dato negativo conseguente alla insufficiente o inesistente dimostrazione della lecita provenienza della stessa da parte del proprietario".

“semplici indizi” come previamente previsto per le misure cautelari prima della modifica dell’art. 192 del codice di procedura penale.

Peraltro, non sussiste alcun limite temporale alla confiscabilità di prevenzione: possono essere confiscati beni anche molti anni. Ciò, anche perché non opera l’istituto della prescrizione e, di conseguenza, è sempre possibile procedere a confisca in ipotesi di ricorrenza dei requisiti applicativi di cui all’art. 24 del Codice Antimafia.

Da questa personale applicazione dei criteri engels all’istituto della confisca di prevenzione emerge come due su tre requisiti siano integrati: pertanto, dovrebbe essere riconosciuta la natura sostanzialmente affittiva del modello di confisca senza condanna italiano di cui al D.lgs. n. 159/2011.

Ne conseguirebbe l’applicazione degli artt. 6 e 7 CEDU nel loro volet pénal.

Orbene, anche a voler rispettare la univoca giurisprudenza della Corte Edu in punto di natura giuridica della confisca di prevenzione italiana, è bene evidenziare come, anche la mera applicazione alla misura delle regole previste per le confische “civilistiche” pone, invero, non pochi problemi.

La Corte Edu ha, al proposito, affermato che la la confisca di prevenzione-misura non penale non contrasta nemmeno con i principi validi per le confische civili che sono, come già rilevato, gli artt. 6 comma 1⁴⁹⁸ e 1 Prot. add. n. 1 CEDU⁴⁹⁹.

Quanto all’art. 6 comma 1, il quale sancisce il principio del giusto processo, l’unico problema che si è posto, come già rilevato, concerne il principio di pubblicità dell’udienza, poi risolto dalla Corte Edu in senso più garantista per il proposto all’interno del procedimento di prevenzione.

Tuttavia, la lettera⁵⁰⁰ della disposizione pone, invero, maggiori problemi.

⁴⁹⁸ Art. 6, par. 1, CEDU – relativamente alla possibilità per i ricorrenti di chiedere ed ottenere una pubblica udienza nella procedura riguardante l’applicazione delle misure di prevenzione: Bocellari e Rizza c. Italia (ricorso n. 399/02), Perre e altri c. Italia (ricorso n. 1905/05).

⁴⁹⁹ Art. 1, Protocollo n. 1, CEDU – l’uso dei beni in relazione all’interesse generale: Arcuri e altri c. Italia (ricorso n. 52024/99), Riela e altri c. Italia (ricorso n. 52439/99).

⁵⁰⁰ L’art. 6 comma 1 CEDU recita: Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

Infatti, viene in esso cristallizzato non solo il principio della pubblicità dell'udienza, ma quello della equità e della ragionevolezza temporale nella conclusione del processo.

Orbene, si noti come il procedimento di prevenzione non può ritenersi equo, giusto in quanto mancano non poche garanzie per il proposto e il suo diritto di difesa ex art. 24 Cost. dal momento che risulta particolarmente arduo vincere la presunzione di sproporzione sul medesimo gravante. Inoltre, il procedimento si conclude con un decreto, il quale non rispetta l'obbligo di piena motivazione che connota la sentenza pronunciata nel processo penale.

Anche il requisito della ragionevolezza temporale è senz'altro scarsamente rispettato, dal momento che il procedimento di prevenzione manca di limiti temporali di avvio e di definizione, potendo lo stesso essere avviato e concludersi senza limiti temporali.

Di conseguenza, anche l'art. 6 comma 1 CEDU pare messo a dura prova dall'istituto della confisca di prevenzione italiano.

Lo stesso può essere affermato in relazione all'art. 1 Prot. 1 CEDU.

Quest'ultima disposizione enuncia, come già rilevato una serie di fondamentali principi a proposito del diritto di proprietà individuale, il quale può essere limitato solo per causa di utilità pubblica, predeterminazione legislativi e principi generali di diritto internazionale.

Ciò posto, gli Stati membri possono approvare delle leggi che dispongano dell'uso dei beni in conformità all'interesse generale, per fini fiscali o per il pagamento di sanzioni. Da tale previsione emerge che la confisca di prevenzione “deve realizzare il giusto equilibrio tra l'interesse generale e la salvaguardia dei diritti dell'individuo”⁵⁰¹.

Si contrappongono, da un lato, l'interesse dello Stato all'apprensione di beni di provenienza illecita nel più ampio quadro di lotta alla criminalizzata e, dall'altro, il diritto di proprietà individuale di ciascuno.

La Corte Edu ha spesso volte sottolineato che l'ordinamento sovranazionale consente interventi limitativi del “diritto al rispetto dei beni” se ciò sia motivato da ragioni di pubblica utilità, conformemente, come rilevato, all'interesse generale.

⁵⁰¹ Principio ribadito, da ultimo, con le Sezioni Unite n. 39608 del 2018.

In particolare, nella sentenza Raimondo c. Italia⁵⁰², che aveva ad oggetto la verifica circa la compatibilità tra la confisca prevista dalla legge 31 maggio 1965, n. 575, ora dall'art 24 D.Lgs. 159/11 e l'art. 1 Prot. 1 CEDU, la Corte ha concluso: “In quanto destinata a bloccare tali movimenti di capitali sospetti, la confisca costituisce un'arma efficace e necessaria per combattere questo flagello. Essa appare dunque proporzionata all'obiettivo voluto, tanto più che essa non comporta alcuna restrizione aggiuntiva rispetto al sequestro”.

Si tratta di un principio che non convince.

La *ratio* della confisca di prevenzione, infatti, non può “riempire” il requisito di proporzione, insito, a detta della Corte Edu nell'art. 1 Prot. Add. n. 1. Ciò, invero, non può essere tantomeno affermato sulla base della considerazione che la confisca è quantitativamente parametrata al sequestro, che la precede.

E neppure, sull'assunto che la privazione della proprietà che la confisca determina rientri nel significato del capoverso dell'art. 1 prot. Add. n. 1, come affermato nella causa Arcuri contro Italia dalla Corte di Strasburgo⁵⁰³.

Parimenti, l'art. 1 Prot. add. n. 1 non può essere rispettato attraverso la constatazione, non puntualmente motivata, che la confisca di prevenzione sia misura prevista dalla legge e persegua l'interesse pubblico generale⁵⁰⁴.

Una confisca di prevenzione che rispetti il principio di legalità, quello di proporzione e che rappresenti un compromesso tra interesse generale, efficienza e diritti dei terzi non può essere ritenuta ossequiosa dell'art. 1 Prot. add. n. 1 solo a ragione della necessità di giustificare uno strumento ablatorio agevole di lotta alla criminalità da profitto⁵⁰⁵.

Sebbene la confisca di prevenzione sia strumento di limitazione del diritto di proprietà previsto per legge, e lo scopo di utilità sociale, di interesse generale sia il lecito e ragionevole fine della lotta alla criminalità organizzata non si tratta di una misura che rispetta appieno il principio di legalità, né quello di proporzione.

⁵⁰² Corte Edu, Raimondo c. Italia, in causa 12954/87.

⁵⁰³ Corte Edu Arcuri contro Italia, 5 luglio 2001.

⁵⁰⁴ Ancora, Riela e altri c. Italia, 4 settembre 2001 (ricorso n. 52439/99).

⁵⁰⁵ La Corte ha da ultimo ribadito la conformità della confisca di prevenzione con detti principi con la pronuncia Corte Edu Paleari contro Italia, 26 luglio 2011, n. 55772/08, § 37.

Il principio di legalità, nella minore intensità presupposta da un principio non penale, quindi anche nella sua forma “attenuata” implica che una misura come la confisca di prevenzione debba avere presupposti applicativi chiari.

Tuttavia, così non è ed è ciò che è stato rilevato dalla Corte Edu nel celebre caso De Tommaso a riguardo della pericolosità generica, requisito “soggettivo” di applicazione delle misure di prevenzione. Sebbene la pronuncia riguardi esclusivamente le misure di prevenzione personali, il Codice Antimafia ne estende l’applicazione anche a quelle patrimoniali, sicché la pericolosità generica è presupposto “soggettivo”, alternativo alla pericolosità qualificata, anche delle misure di prevenzione patrimoniali, e dunque anche della confisca di prevenzione.

Quanto al requisito della proporzione nella limitazione del diritto di proprietà, la confisca di prevenzione non può, come già accennato, ritenersi proporzionata per le argomentazioni già svolte e, in particolare, a causa della non attualità della pericolosità e della indistinguibilità tra profitti leciti e illeciti la quale conduce ad una confisca indifferenziata.

Non è proporzionata, inoltre, una confisca che intacca il patrimonio di persone diverse dal proprietario del bene, che sia soggetto pericoloso. E invece, la confisca di prevenzione si estende spesso per difficoltà probatorie e inversioni presuntive⁵⁰⁶ su terzi, nonché su terzi creditori i quali la subiscono in via anche indiretta⁵⁰⁷.

Ne emerge un quadro giurisprudenziale in cui la Corte Edu finisce, tranne limitati casi, nel riconoscere la natura non penale della confisca di prevenzione e nell’avvallare la giurisprudenza nazionale sul punto.

Infatti, diversamente da quanto avvenuto in relazione ad altri tipi di confisca analizzati in precedenza, la bonifica garantistica effettuata dalla Corte Edu non riguarda, al momento, la confisca di prevenzione⁵⁰⁸. Ciò, con la riserva di poter compiutamente

⁵⁰⁶ Sistema presuntivo, invero, avallato dalla Corte Edu in più di una pronuncia, sull’assunto che il sistema presuntivo sarebbe controbilanciato dalla possibilità delle parti terze di intervenire e dalla sussistenza di tre gradi di giurisdizione. Così.: Corte EDU, 05/07/2001, Arcuri c. Italia; Corte Edu, Licata contro Italia, 27 maggio 2004 e, da ultimo, Corte Edu sent. 17/06/2014, Cacucci contro Italia.

⁵⁰⁷ Né è riprova la pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione n. 39608 del 2018.

⁵⁰⁸ Sono, invece, oggetto di una bonifica garantistica le misure di prevenzione personali. La riprova di ciò risiede nelle S.U. Paternò del 2017, quanto al presupposto di applicazione della misura della sorveglianza speciale “*dell’honeste vivere*”, art. 75 co. 2 del d.lgs. n. 159/2011, per cui lo Stato italiano era stato “bacchettato” dalla Corte Edu, al quale era seguita una interpretazione tassativizzante della Corte di Cassazione di una disposizione del Codice Antimafia. E ancora, si pensi, alla pronuncia della Corte Edu nel celebre caso De Tommaso - Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia - in cui si evidenzia, della poca aderenza dei presupposti di pericolosità generica

vagliare le ripercussioni del caso De Tommaso sulla confisca di prevenzione, almeno sotto il profilo della necessaria determinatezza dei presupposti applicativi della confisca, nonché sulla conseguente necessaria prevedibilità dei provvedimenti di applicazioni di tale tipo di confisca senza condanna.

Le ragioni per cui tale “bonifica garantistica” non è al momento avvenuta potrebbero essere molteplici. Innanzitutto, si ritiene che ciò sia dovuto a ragioni di politica criminale,

anche perché in relazione ad altri tipi di confisca senza condanna, specificamente civilistica, presenti nelle legislazioni di diversi Stati membri, come vedremo, la Corte Edu ha spesso adottato punti di vista diversi, coniugando in maniera soddisfacente i criteri *Engels*. Inoltre, la necessità di combattere la criminalità organizzata, specie mafiosa, in quanto piaga tipica dell'Italia, conduce la Corte a forzare le categorie giuridico-interpretative da lei poste, al precipuo fine di garantire un'azione efficace contro la criminalità da profitto.

Sotto diverso punto di vista, non è da sottovalutare l'influenza dispiegata dal legislatore europeo. Come già evidenziato⁵⁰⁹, infatti, tutti gli strumenti adottati, quali la direttiva 2014/42/UE e, da ultimo, il regolamento 2018 in materia di mutuo riconoscimento di provvedimenti di confisca senza condanna fanno chiaramente intravedere la volontà, da parte delle Istituzioni europee di pervenire ad un modello sempre più armonizzato di confisca in assenza di condanna.

In generale, si registra un'inversione di tendenza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo che prima utilizzava il criterio sostanzialistico, attraverso i criteri *engels*, per rafforzare le garanzie di istituti controversi quali la confisca di prevenzione, misura ablatoria applicata in assenza di condanna.

Per converso, in tempi più recenti, gli stessi criteri di afflittività sostanziale sembrano essere dalla Corte utilizzati al fine di giustificare *standard* inadeguati.

delle misure di prevenzione personali al principio di tassatività-determinatezza. Si noti, invero, come questi valgano anche per quelle patrimoniali, e quindi anche per la confisca. I risvolti anche sul piano patrimoniale sono da verificarsi. Pende, al momento, una questione di legittimità cost. sollevata dalla Corte di appello di Napoli. Corte d'appello di Napoli, VIII Sez. pen. – misure di prevenzione, ord. 14 marzo 2017, Pres. Grasso, Est. Cioffi con nota di F. VIGANO', *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, Dir. pen. cont., 31 marzo 2017.

⁵⁰⁹ Vedi Cap. II.

Tale parrebbe essere il caso della confisca da lottizzazione abusiva, interessata dalla recente pronuncia della *Grand Chambre* intervenuta nel luglio 2018⁵¹⁰, oggetto di successiva trattazione.

6. IL DIALOGO TRA LE CORTI SULLA CONFISCA SENZA CONDANNA “PENALE”: IL CASO DELLA CONFISCA DA "LOTTIZZAZIONE ABUSIVA"

Il caso maggiormente emblematico di confisca senza condanna “penale” oggetto di un acceso dialogo tra le corti italiane e la Corte Edu è quello della confisca da reato di lottizzazione abusiva.

Il profilo maggiormente controverso ha riguardato la sua natura giuridica. Ciò, al precipuo fine di comprendere se sia o meno possibile applicare tale misura ablatoria nel caso di sentenza di proscioglimento per estinzione del reato da prescrizione.

Il reato di lottizzazione abusiva è previsto dall’art. 44 comma 2 d.P.R. 380/2001⁵¹¹, rubricato “sanzioni penali” il quale recita: *“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”*.

Ad una prima lettura la giurisprudenza l’aveva ritenuta sanzione penale⁵¹², sulla base della rubrica dell’art. 44. Ne conseguiva che l’applicazione fosse subordinata ad una condanna formale.

A partire dal 1990, la stessa venne inquadrata dalla giurisprudenza nel *genus* delle sanzioni amministrative⁵¹³, anche in base al primo comma della disposizione il quale

⁵¹⁰ C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia.

⁵¹¹ Si tratta, del c.d. Testo Unico Edilizia.

⁵¹² Corte di Cassazione, Sez. 3, 18 ottobre 1988, Brunotti; 8 maggio 1991, Ligresti; Sezioni Unite, 3 febbraio 1990, Cancilleri.

⁵¹³ “Con sentenza in data 12 novembre 1990 la Sezione 3 della Corte di cassazione (causa Licastro) affermò che la confisca costituiva una sanzione amministrativa e obbligatoria, indipendente dalla condanna penale. Essa poteva dunque essere pronunciata nei confronti di terzi, poiché all’origine della confisca vi è una situazione (una costruzione, una lottizzazione) che deve essere materialmente abusiva, indipendentemente dall’elemento morale. Perciò la confisca può essere disposta quanto l’autore viene assolto perché il fatto non costituisce reato. Non può invece essere disposta se l’autore viene assolto perché il fatto non sussiste. Questa giurisprudenza fu ampiamente seguita (Corte di Cassazione, Sezione 3, sentenza del 16 novembre 1995, Besana; no 12471, no 1880 del 25 giugno 1999, Negro; 15 maggio

fa salva l'applicazione delle sanzioni amministrative e soprattutto in quanto la confisca, secondo le prime interpretazioni giurisprudenziali era spesso ritenuta una sanzione amministrativa.

Inoltre, il riferimento alla mera "sentenza definitiva" ne consentiva l'inclusione non solo della sentenza di condanna, ma anche di quella di proscioglimento.

I giudici, dunque, confiscavano in assenza di condanna non solo le opere abusivamente costruite, ma anche i terreni abusivamente lottizzati. Riservando l'approfondimento circa la differente confisca senza condanna dei terreni, da quella delle opere a successiva trattazione, si dica subito come risulti difficile non riconoscere la natura di pena della confisca dei terreni, e quindi la ineliminabilità di una sentenza di condanna formale, dal momento che il terreno non è l'opera abusiva, bensì una entità che non è oggetto di attività materiale di tipo delittuoso.

In una seconda fase, la giurisprudenza ha ritenuto la confisca da lottizzazione abusiva una misura di sicurezza, peraltro in linea con il successivo *trend* giurisprudenziale orientato a riconoscere come misure di sicurezza tutte quelle confische previste a corredo dei reati di parte speciale. Si sosteneva, infatti, che tale misura di sicurezza, quindi applicabile anche in assenza di condanna, fosse applicabile sol che fosse accertata la materialità del reato nel caso di sentenza "perché il fatto non costituisce reato".

Mancava, quindi, l'accertamento dell'elemento soggettivo.

Il dibattito giurisprudenziale che seguì alla vasta applicazione, da parte dei giudici italiani, della confisca senza condanna da reato di lottizzazione abusiva, specie nel

1997 no 331, Sucato; 23 dicembre 1997 no 3900, Farano; no 777 del 6 maggio 1999, Iacoangeli). Con l'ordinanza no 187 del 1998, la Corte costituzionale ha riconosciuto la natura amministrativa della confisca. Pur essendo considerata una sanzione amministrativa dalla giurisprudenza, la confisca non può essere annullata da un giudice amministrativo, poiché la competenza in materia appartiene unicamente al giudice penale (Corte di Cassazione Sez. 3, sentenza 10 novembre 1995, Zandomenighi). La confisca di beni si giustifica poiché questi costituiscono gli «oggetti materiali del reato». In quanto tali, i terreni non sono «pericolosi», ma lo diventano quando mettono in pericolo il potere decisionale riservato all'autorità amministrativa (Corte di Cassazione, Sez. 3, no 1298/2000, Petrachi e altri). Se l'amministrazione regolarizza ex post la lottizzazione, la confisca deve essere revocata (Corte di Cassazione, sentenza del 14 dicembre 2000 no 12999, Lanza; 21 gennaio 2002, no 1966, Venuti). Lo scopo della confisca è quello di rendere indisponibile una cosa di cui si presume sia conosciuta la pericolosità: i terreni che sono oggetto di una lottizzazione abusiva e gli immobili abusivamente costruiti. In tal modo si evita che tali immobili vengano messi sul mercato immobiliare. Quanto ai terreni, si evita che vengano commessi altri reati e non si lascia spazio a eventuali pressioni sugli amministratori locali affinché regolarizzino la situazione (Corte di Cassazione, Sez. 3, 8 febbraio 2002, Montalto)". Così, sent. Corte Edu, 20 gennaio 2009 - Ricorso n. 75909/01 - Sud Fondi srl ed altri c. Italia, § 65 e 66.

caso di estinzione del reato per prescrizione, condusse la Corte di Strasburgo, chiamata in causa da un ricorso per asserita violazione dell'art. 1 Prot. add. n.1, a tutela del diritto di proprietà, e dell'art. 7 CEDU Violazioni dell'art. 1 Protocollo n. 1 e art. 7 Cedu, a tutela del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Con la celebre pronuncia intervenuta nel caso Sud Fondi, la Corte, adottando i criteri *engels*, ha disvelato la natura sostanzialmente afflittiva della confisca da lottizzazione abusiva, in quanto consegue alla commissione del reato e riveste un carattere essenzialmente punitivo⁵¹⁴. Il principio di legalità di cui all'art. 7 CED si compone, altresì, del principio di prevedibilità: quindi, affinché si applichi la confisca-pena a seguito della commissione del reato è necessario l'accertamento di un "legame di natura subiettiva (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta materiale dell'autore del reato"⁵¹⁵.

Dalle argomentazioni della Corte risulta che una confisca, la quale venga ritenuta pena non può essere applicata in assenza di condanna.

Rileva, al fine della comprensione della "ragionevolezza" dell'istituto della confisca senza condanna penale, la disamina delle argomentazioni sviluppate dalla Corte a riguardo della violazione del diritto di proprietà. Ciò, in quanto, le osservazioni sviluppate a proposito della confisca di prevenzione in relazione all'art. 1 Prot. add. 1, valgono a fortiori nel caso della confisca senza condanna penale. Anche tale tipo di confisca, infatti, determina una limitazione nel godimento del diritto di proprietà di ciascuno, e deve essere parametrata alla utilità sociale, alla proporzionalità e all'equo bilanciamento tra gli interessi in conflitto.

A proposito della confisca dalla lottizzazione abusiva, *species* del *genus* delle confische senza condanna "penali", la Corte Edu ha concluso per la illegalità e assenza di proporzione nella medesima. Si tratta, infatti, di una misura che colpisce l'85 % dei

⁵¹⁴ Corte Edu n. 39078/2009 e 5857/2011, § 223.

⁵¹⁵ Sent. Corte Edu, 20 gennaio 2009 - Ricorso n. 75909/01 - Sud Fondi srl ed altri c. Italia, §116: "Per quanto concerne la Convenzione, l'articolo 7 non si riferisce in modo espresso al legame morale esistente tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne viene considerata 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) devono intendersi alla luce di una interpretazione dell'articolo 7 che esige, per applicare la pena, un legame di natura subiettiva (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta materiale dell'autore del reato. In caso contrario, la pena non sarebbe giustificata. Sarebbe del resto incoerente, da un lato, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall'altro, permettere che una persona venga ritenuta «colpevole» e quindi «punirla» quando non era in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insuperabile che non può assolutamente imputarsi a colui o colei che né è vittima".

terreni non edificati, senza corresponsione di alcun indennizzo. Di conseguenza, non sussiste alcun bilanciamento tra interesse generale, vale a dire la conformazione dei lotti alle disposizioni urbanistiche e diritto di proprietà, ma, per converso, una netta sproporzione rispetto allo scopo perseguito. A tal proposito, sarebbe stato sufficiente demolire le costruzioni abusive, dichiarando inefficace il progetto di lottizzazione.

Il caso della confisca da lottizzazione abusiva serve per comprendere come misure siffatte sia sostanzialmente afflittive, e dunque pene, ne conseguirebbe l'impossibilità della loro applicazione con sentenza di proscioglimento, benchè non espressamente affermato nella sentenza Sud Fondi.

Ciononostante, a seguito di detta pronuncia, i giudici interni hanno continuato a definire la confisca in argomento misura in assenza di condanna. Si continuava a definirla misura non penale, non applicabile con sentenza di assoluzione piena ma comunque irrogabile con sentenza di estinzione del reato per prescrizione⁵¹⁶.

Ciò, in quanto, detta sentenza avrebbe consentito l'accertamento di quel legame di natura soggettiva, anche in mancanza di sentenza di condanna formale.

Il problema destinato alla risoluzione da parte della successiva giurisprudenza parrebbe dunque essere il seguente: "Può esserci una confisca senza condanna penale limitatamente al caso di estinzione del reato per prescrizione?".

Questo quesito, tuttavia, implica quello relativo alla natura giuridica da attribuirsi alla confisca da lottizzazione abusiva, in quanto tipo di confisca senza condanna "penale". A tal proposito, proprio la giurisprudenza seguita alla pronuncia Sud Fondi, ha reso opportuno un nuovo intervento della Corte di Strasburgo sulla confisca da lottizzazione abusiva⁵¹⁷.

Con la pronuncia emessa nel caso *Varvara* la Corte di Strasburgo ha negato la cittadinanza alla confisca senza condanna "penale" *sub specie* di confisca da reato di

⁵¹⁶ Veniva, infatti, evidenziato che: "per disporre la confisca prevista dal d.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2 il soggetto proprietario della res non deve essere necessariamente condannato, in quanto detta sanzione ben può essere disposta allorquando sia comunque accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (oggettivo e soggettivo) anche se per una causa diversa, qual è, ad esempio, l'intervenuto decorso della prescrizione, non si pervenga alla condanna del suo autore e all'inflizione della pena" (Cass., sez. III, 30 aprile 2009, n. 21188). In tal senso anche, Sez. III, 13 luglio 2009, n. 39078, Apponi e altri; Sez. III, 19 maggio 2009, n. 30933, Costanza; Sez. III, 30 aprile 2009, n. 21188. Più di recente Sez. III, 4 febbraio 2013, Volpe e altri.

⁵¹⁷ P. SILVESTRI, *La confisca senza condanna*, in AA.VV., *Corte di Cassazione e Corti europee*, a cura dell'Ufficio del Ruolo e del Massimario – Corte Suprema di Cassazione, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, Roma, 2014, 260 ss.

lottizzazione abusiva, evidenziando che l'art. 7 della CEDU richiede che una misura intrinsecamente penale necessita di una condanna. Ciò, in base al divieto di comminare una pena senza accertamento di responsabilità di cui al medesimo articolo.

Ciò che emerge da tale pronuncia è che la confisca è pena ed in quanto tale implica una sentenza di condanna. Diversamente, non può essere applicata⁵¹⁸.

Deve ritenersi che la sentenza di condanna cui fa riferimento la pronuncia in oggetto è la sentenza di condanna formale pronunciata dall'autorità giudiziaria interna, e non, diversamente da quanto in seguito affermato dalla giurisprudenza italiana, la condanna sostanziale, alla quale si perviene attraverso un accertamento di responsabilità di tipo soggettivo conforme al principio di colpevolezza⁵¹⁹.

Ciononostante, la risposta della giurisprudenza interna, nelle forme della Corte costituzionale, con la celebre sentenza n. 49 del 15⁵²⁰, ha di nuovo restituito

⁵¹⁸ I passaggi salienti della sentenza pronunciata nel caso Varvara sono i seguenti: “67. 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. 69. L'accostamento dell'articolo 5 § 1 a) agli articoli 6 § 2 e 7 § 1 mostra che ai fini della Convenzione non si può avere «condanna» senza che sia legalmente accertato un illecito – penale o, eventualmente, disciplinare (Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, § 68, serie A n. 22; Guzzardi c. Italia, 6 novembre 1980, § 100, serie A n. 39), così come non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità personale. 71. 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. 72. Nella presente causa, la sanzione penale inflitta al ricorrente, quando il reato era estinto e la sua responsabilità non era stata accertata con una sentenza di condanna, contrasta con i principi di legalità penale appena esposti dalla Corte e che sono parte integrante del principio di legalità che l'articolo 7 della Convenzione impone di rispettare. La sanzione controversa non è quindi prevista dalla legge ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione ed è arbitraria.

⁵¹⁹ V. MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in Cass. pen., 2011.

⁵²⁰ Per approfondimenti sulla pronuncia, si vedano i commenti di M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in DPC, 30 marzo 2015, e quelli, di vivace taglio critico, di F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope (Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione)*, DPC (in sede di editoriale, sempre in data 30 marzo 2015) e di R. CONTI, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in www.giurcost.org; ancora, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, ivi (1 aprile 2015); G. CIVIELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologo di Corti?*, in Archivio penale, n. 1/2015; A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, DPC.

cittadinanza alla confisca senza condanna “penale”, attraverso un’interpretazione discutibile della pronuncia resa nel caso Varvara.

I punti maggiormente salienti di cui alla pronuncia della Consulta concernono: la creazione dell’inedito istituto della “condanna in senso sostanziale”, il riconoscimento della natura non consolidata della pronuncia di cui al caso Varvara e l’opposizione dei *controlimiti*.

Sarebbe, dunque, consentito confiscare in assenza di condanna se c’è un accertamento di responsabilità conforme al principio di colpevolezza. Non serve, dunque, una sentenza di condanna formale.

Tuttavia, anche a voler intendere che la Corte di Strasburgo abbia inteso riferirsi alla confiscabilità solo a mezzo di sentenza di condanna formale, si tratterebbe di una giurisprudenza nuova, che non assurge a “diritto consolidato”.

E, ad ogni modo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non può violare i *controlimiti* statuali, vale a dire i principi fondamentali e diritti inviolabili: quindi, la confisca è applicabile in assenza di condanna.

Queste le principali argomentazioni della Corte costituzionale per difendere il diritto a confiscare in assenza di condanna all’interno del processo penale. Ma ne emerge una debolezza di fondo, riassumibile in poche battute.

In primis, si noti come la Corte di Strasburgo abbia espressamente inteso fare riferimento ad una sentenza di condanna formale e che non possa parlarsi di diritto consolidato con riguardo ad una Corte che decide su ricorsi individuali. Infine, è evidente come non si versi, in tale ipotesi, nel campo dei “*controlimiti*”, in quanto semmai può essere un *controlimite* il diritto all’applicazione della pena solo attraverso un pronunciamento formale di condanna.

Ebbene, il risultato cui perviene la Corte costituzionale con la pronuncia in argomento viene raggiunto dalla successiva sentenza emessa dalla *Grande Chambre* nel 2018, seppure attraverso argomentazioni in parte diverse.

⁵²⁰ La cui natura afflittiva è rimarcata dal venir meno del requisito dell’attualità della pericolosità sociale del proposto in relazione alla confisca. Sul punto, coglie nel segno: Cass. 13 novembre 2012, Occhipinti, in dir. pen. cont. con nota di A. M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza storica?* (26 luglio 2013). Anche V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 313 e ss.

Comprendere che, in base alla più recente giurisprudenza sovranazionale, in linea con quella interna, si riconosce la confisca in assenza di condanna da reato di lottizzazione abusiva - e quindi, deve ritenersi anche quella “penale” in generale- consente di sviluppare delle argomentazioni interessanti su tale istituto.

Il fine è quello di intendersi sulle ragioni di una tale legittimazione, evidenziare le falle del sistema, per poi vagliare i riflessi indiretti che tale pronuncia potrebbe avere sulla confisca di prevenzione di cui al Codice Antimafia.

La decisione della Grande Chambre 2018 contiene molti snodi importanti.

Ciò che preme evidenziare è che la Corte, facendo leva sul suo approccio “*behind the appearances*” spesso utilizzato per disvelare la natura intrinsecamente punitiva di vari tipi di confisca, tra cui anche quella da reato di lottizzazione abusiva, ha concluso per la applicabilità della confisca anche all’interno di un processo che non si concluda con una pronuncia formale di condanna, qualora siano accertati elemento oggettivo e soggettivo del reato. Quindi, il legame intellettuale propedeutico alla confisca può, a detta della Corte, anche venir accertato con sentenza di proscioglimento, in tal caso, di estinzione del reato per prescrizione.

In tale pronuncia, la Corte sembra “piegare” il criterio sostanzialistico da lei creato per legittimare la confisca senza condanna da lottizzazione abusiva⁵²¹, attraverso il requisito “dell’accertamento sostanziale” del legame intellettuale dal quale originerebbe una condanna, per così dire, sostanziale⁵²².

Il che sorprende non poco, in quanto a tale legittimazione si perviene dopo aver ritenuto che l’applicazione della confisca da lottizzazione abusiva abbia violato gli artt. 7 (anche se solo per taluni profili) e 6 comma 2 CEDU.

⁵²¹ “Ciò, sull’assunto della non vincolatività della pronuncia Varvara, nella quale, la stessa Corte aveva concluso per la necessità di una pronuncia formale di condanna per l’applicabilità della confisca. 252. Tuttavia, se da un lato è chiaro che, come indicato nella sentenza Varvara (ibidem), la dichiarazione di responsabilità penale richiesta è spesso contenuta in una sentenza penale che condanna formalmente l’imputato, in ogni caso ciò non costituisce una norma imperativa. In effetti, la sentenza Varvara non permette di concludere che le confische per lottizzazione abusiva devono necessariamente essere accompagnate da condanne penali ai sensi del diritto nazionale. Da parte sua, la Corte deve assicurarsi che la dichiarazione di responsabilità penale rispetti le tutele di cui all’articolo 7 e derivi da un procedimento che soddisfi le esigenze dell’articolo 6. In proposito, la Corte sottolinea che le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico. Il loro carattere vincolante e le loro autorità interpretativa non possono pertanto dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate” (Corte Edu Giem contro altri, 2018, § 252.)

⁵²² Resta il fatto che, quanto all’ordinamento interno, deve ancora essere compreso in cosa consista l’accertamento sostanziale di responsabilità cui si riferisce la Grande Chambre 2018, a seguito della Corte cost. n. 49/2015.

Più in chiaro, la Corte ritiene, conformemente a quanto dalla medesima ritenuto nelle pronunce Sud Fondi e Varvara, la confisca da lottizzazione abusiva una confisca penale ma, comunque, applicabile anche in assenza di condanna. Seguirebbe, per assurdo, che anche riconoscendo la natura penale della confisca di prevenzione si potrebbe, cionondimeno, continuare ad applicarla in assenza di condanna, all'interno del procedimento di prevenzione.

Quindi, se da un lato la Corte richiama le ragioni già espresse nel caso Sud Fondi quanto alla natura intrinsecamente afflittiva della confisca da reato di lottizzazione abusiva⁵²³ - applicata da una corte penale, involgente anche tutti gli altri terreni appartenenti al sito e con finalità deterrente – dall'altro, ne afferma l'applicabilità in assenza di condanna.

Ne emerge una tipologia di confisca senza condanna "penale" di natura dichiaratamente punitiva, anche sotto il profilo sostanziale, compatibile con l'art. 7 comma 1 CEDU sotto il profilo della applicabilità della confisca con condanna "sostanziale", ma incompatibile con il medesimo articolo quanto al "divieto di responsabilità per fatto altrui" violato dalla inflizione della confisca a persone giuridiche e alla presunzione di innocenza.

Quanto a tale profilo la Corte ha segnalato la violazione dell'art. 6 comma 2 CEDU da parte della confisca da lottizzazione abusiva perché una condanna in primo grado, poi seguita da un'assoluzione nel grado di giudizio successivo, non può condurre ad una successiva condanna attraverso l'annullamento senza rinvio operato dalla Corte di cassazione. Si tratta di un caso specifico che, però, cela l'enunciazione di un principio generale: la confisca non può essere senza condanna.

E allora ci si chiede come mai le premesse tradiscano le conclusioni: o meglio, la natura punitiva della confisca da lottizzazione abusiva possa armonizzarsi con una

⁵²³ § 212 della pronuncia in argomento: "Nella causa Sud Fondi S.r.l. e altri (sopra citata, sentenza del 30 agosto 2007 sulla ricevibilità), la Corte ha ritenuto che la confisca per lottizzazione abusiva subita dai ricorrenti dovesse essere vista come una pena ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione, nonostante il fatto che nessuna precedente condanna fosse stata emessa nei confronti delle società ricorrenti o dei loro rappresentanti. In quest'interpretazione, la Corte si è basata sul fatto che la confisca controversa era collegata a un «reato» basato su norme giuridiche generiche, che l'illiceità materiale delle lottizzazioni era stata accertata dai giudici penali, che la pena prevista dall'articolo 19 della legge n. 47 del 1985 mirava essenzialmente a punire per impedire il ripetersi dell'inosservanza delle condizioni stabilite dalla legge, che il testo unico del 2001 classificava la confisca per lottizzazione abusiva tra le pene e, infine, che la pena presentava una certa gravità. Nella sua sentenza Varvara (sopra citata, § 51), la Corte ha confermato le sue conclusioni".

pronuncia di proscioglimento che sia una “*conviction for the purposes of Article 7, which in such cases will not be breached*”⁵²⁴.

Le ragioni di una pronuncia in cui la Corte coniuga correttamente tutti i principi della materia penalistica da lei stabiliti, nonché dei criteri *Welch* da lei enumerati e spiegati, per poi smentirli attraverso nel riconoscimento della confisca senza condanna penale *sub specie* di confisca da reato di lottizzazione abusiva risiedono in una precisa scelta di politica criminale.

Quindi, a fronte della impossibilità della Grande Chambre di smentire la natura sostanzialmente punitiva della confisca senza condanna “penale” è stata trovata un’*escamotage* giuridica attraverso l’applicazione del criterio sostanzialistico, tanto caro alla Corte, seppure con esiti, in tal caso, profondamente diversi.

La difficoltà di confiscare nel caso di tale particolare reato, nonché il relativo termine prescrizione piuttosto breve, tuttavia, non consentono di far assurgere il requisito della condanna a nozione “*transformista*”. Del resto, è la stessa Corte ad aver sempre dato importanza al *nomen iuris* di un istituto, secondo le categorie del diritto interno e ciò, deve valere, sia per il diritto penale sostanziale che per quello processuale, data la profonda interconnessione e interdipendenza tra tali settori di un’unica omogenea materia.

Nonostante le finalità efficientiste di una tale pronuncia, nonché rispettose dei risultati cui è pervenuta la Corte costituzionale con pronuncia n. 49/2015, pare difficile accertare, nel sistema interno, un accertamento sostanziale.

La *Grand Chambre*, peraltro, sembra ritenere compatibile con l’art. 7 CEDU anche con un accertamento sostanziale con pronuncia di proscioglimento di primo grado.

Per converso, all’interno dell’ordinamento interno l’art. 578-bis c.p.p., recentemente introdotto⁵²⁵, la confisca senza condanna da estinzione del reato per prescrizione può essere applicata solo a seguito di una condanna in senso formale che sia pronunciata almeno in primo grado. Certo, resta il fatto che si tratta di una pronuncia non definitiva che, di conseguenza, non ha l’autorità di cosa giudicata.

Peraltro, la confisca ex art. 44 d.P.R. 380/2001 da estinzione del reato per prescrizione e, in generale qualsiasi tipo di confisca senza condanna “penale” non può ritenersi

⁵²⁴ §261, Corte Edu, Giam contro altri, 2018.

⁵²⁵ Art. introdotto dal D.lgs. n. 21 del 2018.

compatibile con un sistema formalista come quello italiano, all'interno del quale il diritto penale è *extrema ratio* e l'oltre ogni ragionevole dubbio prerequisite dell'accertamento formale, ma anche e soprattutto sostanziale, di responsabilità.

Se la confisca è misura penale è l'unica pronuncia che può applicare una pena, alla stregua del nostro ordinamento giuridico, l'art. 578-bis c.p.p. deve ritenersi inapplicabile. Lo stesso, infatti, fa riferimento alle confisca-misura di sicurezza: se la giurisprudenza interna ritiene di "abbracciare" la totalità del ragionamento della Corte deve operare delle rinunce. Riconoscere la confisca come pena significa escludere l'applicabilità della stessa con sentenza di proscioglimento. Quindi, la giurisprudenza interna "recettizia" della pronuncia può solo legittimare la confisca senza condanna da reato di lottizzazione abusiva se continua a conferirle natura di sanzione amministrativa, o attraverso il conferimento della nuova natura di misura di sicurezza. Delle due, l'una.

Inoltre, proprio il riferimento all'estinzione del reato per prescrizione pone ulteriori problematiche. La prescrizione, infatti, istituto di diritto penale sostanziale, è istituto che opera perché l'ordinamento giuridico ritiene che, dopo un determinato lasso di tempo, un fatto illecito, antiggiuridico e colpevole non abbisogni più di pena, e, se la confisca senza condanna è pena non può essere applicata in seguito ad una tale sentenza di proscioglimento.

La confisca senza condanna "penale", quindi, pone rilevanti problemi di legittimità costituzionale ma anche convenzionale⁵²⁶, e la pronuncia in commento li ha, indubbiamente, acuiti.

Tuttavia, non sono da sottovalutare i riflessi indiretti che la recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo può sortire nei confronti dell'altro, problematico, caso di confisca senza condanna di cui all'ordinamento italiano, rappresentato dalla confisca di prevenzione.

Sebbene la pronuncia della Corte riguardi il caso della confisca senza condanna "penale", pena per la medesima, nell'ordinamento interno è sanzione amministrativa ovvero misura di sicurezza. Ne consegue che per entrambe le confische – "penale" e di prevenzione – si applica lo statuto previsto per le misure di sicurezza.

⁵²⁶ Non può ritenersi che la Corte abbia, in tale pronuncia, fatto corretta applicazione dell'art. 7 comma 1 CEDU.

Posto tale rilevante punto di connessione, peraltro già evidenziato nell'incipit del presente capitolo, le aperture di cui alla pronuncia *G.i.e.m. contro altri* fanno presagire un "futuro" ancor più efficientista – e quindi meno garantista – per la confisca di prevenzione.

Qualora dovessimo declinare i criteri fornitici, anche in questa pronuncia dalla Corte Edu, dovremmo concludere per la natura penale della confisca di prevenzione, e per la necessità di una sua applicazione a mezzo di pronunciamento penale di condanna. Ne discenderebbe anche la violazione degli artt. 6 e 7 CEDU nel loro volet pénal.

Ciononostante, la pronuncia sulla confisca da lottizzazione abusiva sembra minare ulteriormente alle "certezze" del passato e alle speranze di una riconduzione a garanzia del sistema delle confische senza condanna italiano.

Ebbene, anche se in futuro la Corte di Strasburgo dovesse "smascherare" la confisca di prevenzione, ritenendola intrinsecamente afflittiva in base all'art. 7 CEDU, perché sproporzionata, dalla *ratio* deterrente, dall'applicazione riservata ad una normativa nebulosa potrebbe, comunque, concludere per l'applicabilità di tale misura a seguito del procedimento di prevenzione, dal momento che, come affermato dalla Corte, misure sostanzialmente penali possono anche essere irrogate in procedimenti amministrativi⁵²⁷.

⁵²⁷ Corte eur. dir. uomo., Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, § 253 e 254: "Ne consegue altresì che, come già dichiarato dalla Corte per quanto riguarda il carattere autonomo della sua interpretazione dell'articolo 7 (paragrafo 233 supra), la conformità con l'articolo 7 come interpretato nella causa *Varvara* non comporta che qualsiasi controversia importante debba essere necessariamente trattata nell'ambito di un procedimento penale in senso stretto. In questo senso, l'applicabilità di questa norma non ha l'effetto di imporre la «criminalizzazione», da parte degli Stati, di procedure che questi ultimi, nell'esercizio del loro potere discrezionale, non fanno rientrare nel diritto penale in senso stretto; 254. In proposito, la Corte rammenta che, basandosi sul principio stabilito nella sentenza *Öztürk* (sopra citata, §§ 49 e 56) ha più volte considerato che «il rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non esclude che, in un procedimento di natura amministrativa, una «pena» sia imposta in primo luogo da un'autorità amministrativa» (*Grande Stevens e altri c. Italia*, n. 18640/10 e altri 4, §§ 138-139, 4 marzo 2014, si vedano anche *Kadubec c. Slovacchia*, 2 settembre 1998, § 57, *Recueil* 1998-VI, *Čanádý c. Slovacchia*, n. 53371/99, § 31, 16 novembre 2004, e *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, n. 43509/08, §§ 58-59, 27 settembre 2011). Tale principio è stato confermato altresì dal punto di vista del diritto alla presunzione di innocenza, previsto dall'articolo 6 § 2 della Convenzione. Così, nella causa *Mamidakis c. Grecia*, (n. 35533/04, § 33, 11 gennaio 2007) la Corte ha ritenuto: «Per quanto riguarda la doglianza secondo la quale i giudici amministrativi non hanno tenuto conto del fatto che il ricorrente non era stato sottoposto a procedimento penale per il medesimo reato, la Corte ritiene che tale situazione non possa essere vista come una violazione della presunzione di innocenza. Infatti, questa affermazione significherebbe che non si potrebbe condurre alcun procedimento amministrativo in mancanza di un procedimento penale e che non potrebbe essere accertato alcun illecito da parte di un tribunale amministrativo in assenza di una dichiarazione formale di colpevolezza da parte del giudice penale. Inoltre, il ricorrente non adduce altri argomenti atti a indurre la Corte a concludere che i tribunali amministrativi lo hanno ritenuto colpevole prima di emettere una pronuncia definitiva sulla sua causa»".

La rassegna della giurisprudenza interna e sovranazionale relativa alla confisca senza condanna italiana fa emergere, come dimostrato, un atteggiamento nettamente prudentiale da parte della Corte Edu, nonché profondamente efficientista, anche con riguardo alle corti nazionali.

Di conseguenza, non resta che analizzare la principale giurisprudenza della Corte Edu relativa alle confische senza condanna degli Stati membri.

Sarà, a tal proposito, interessante verificare se la Corte, con riguardo a tipologie di condanna senza condanna simili a quelle italiane – sia “penale” che di prevenzione – abbia o meno agito in senso efficientista, oppure condannato gli istituti di *non-conviction based confiscation(s)* degli altri Stati membri, in tale ultima ipotesi contribuendo ad un rafforzamento delle garanzie.

Tale risultato sarà accertabile principalmente attraverso la verifica di come la Corte di Strasburgo abbia applicato i criteri sostanzialistici dalla medesima individuati.

Questo, al preciso fine di un’analisi ancora più consapevole del modello di confisca senza condanna italiano che, facendo leva sulle eventuali istanze garantistiche risultanti da pronunce della Corte su omologhi parziali alla misura ablatoria interna, potrebbe far tornare la Corte ad applicare compiutamente i suoi criteri anche all’esperienza italiana.

Diversamente, non resterà che valutare la riconduzione a garanzia della confisca senza condanna interna attraverso vie alternative.

7. LA GIURISPRUDENZA CEDU SULLE NON-CONVICTION BASED CONFISCATION(S) DEGLI STATI MEMBRI: RAFFRONTO UTILE PER L'ESPERIENZA ITALIANA?

L’istituto della confisca senza condanna non è solo stato oggetto di pronunce della Corte Edu con riguardo al caso italiano nelle declinazioni, rispettivamente, di confisca di prevenzione e di confisca senza condanna “penale”, ma la Corte di Strasburgo si è più volte pronunciata anche su ipotesi di confische senza condanna “civili” presenti negli Stati membri, e nei casi di confische applicate all’esito del processo penale.

Orbene, se in relazione alla confisca senza condanna penale la Corte si trova a verificare la mancata violazione anche degli artt. 6 e 7 CEDU nel loro volet pénal, in

relazione alla confisca “civile” le uniche disposizioni oggetto di “scrutinio” paiono essere l’art. 6 comma 1 CEDU e l’art. 1 Prot. Add. N.1.

Sussiste, come vedremo, un approccio quasi sovrapponibile a quello che la Corte adotta in relazione all’esperienza italiana, ma con importanti precisazioni.

Con riguardo al caso della confisca senza condanna da estinzione del reato per prescrizione abbiamo visto che, in seguito all’ultima pronuncia della Corte di Strasburgo, in relazione alla confisca da reato di lottizzazione abusiva, la Corte ha affermato che, data la natura di pena della misura, i requisiti oggettivo e, specialmente, soggettivo di cui si compone il reato possono essere accertati anche a mezzo di procedimento non penale. Rileva, quindi, il risultato e pare emergere, a seguito della individuazione dell’istituto della condanna in senso “sostanziale” anche quello del processo penale in senso “sostanziale”.

Tralasciando (per adesso), le perplessità concernenti la applicabilità di una confisca senza condanna all’interno di un processo civile o amministrativo, in cui si accertino elemento soggettivo e oggettivo del reato, è opportuno concentrarsi sulla ipotesi di processo penale che garantisca l’accertamento sostanziale di responsabilità.

Si deve, quindi, intendersi sulla fase del procedimento (prima del promovimento dell’azione penale) o del processo (successivamente al promovimento dell’azione penale) in cui possa ben applicarsi la confisca senza condanna.

La risposta pare, arrivarci dalla Corte di Strasburgo che, nel caso *Paraponiaris contro Grecia*⁵²⁸ sfuggito all’attenzione della Corte di Cassazione italiana⁵²⁹ ha fornito una indicazione utile a tutti gli Stati membri che applichino una confisca senza condanna all’interno del processo penale.

La presunzione di innocenza prevista dall’art. 6 comma 2 CEDU⁵³⁰, infatti, è senz’altro violata dall’applicazione della confisca nel caso in cui l’estinzione del reato maturi

⁵²⁸ Corte Edu, *Paraponiaris contro Grecia*, 25 settembre 2008.

⁵²⁹ Non è però, sfuggita, all’attenzione di M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?*, in Riv. it. dir. proc. pen., op. cit.

⁵³⁰ Corte Edu, *Varvara*, §68: “Anche questo principio (quello di non colpevolezza) è stato affermato dalla Corte relativamente all’articolo 6 § 2 della Convenzione. Nella causa *Geerings* (*Geerings c. Paesi Bassi*, n. 30810/03, § 47, 1. marzo 2007), i tribunali nazionali avevano confiscato i beni dell’interessato in quanto avevano ritenuto che questi avesse tratto profitto dal reato in questione anche se il ricorrente non era mai stato trovato in possesso di beni di cui non era stato in grado di spiegare l’origine. La Corte aveva ritenuto che la confisca dei «benefici ottenuti illecitamente» fosse una misura inadeguata tanto più che l’interessato non era stato dichiarato colpevole del reato e che non era mai stato stabilito che avesse avuto dei benefici dal reato. La Corte aveva ritenuto che questa situazione non potesse essere

durante la fase dell'udienza preliminare, cioè prima del rinvio a giudizio. E' evidente come in tale caso la Corte abbia ritenuto che l'accertamento di responsabilità soggettiva, in termini sostanziali, non possa occorrere nella fase antecedente a quella dibattimentale.

E parlare di accertamento oggettivo del fatto di reato, intervenuto nella fase dell'udienza preliminare, come invece avevano ritenuto i giudici greci, equivaleva a stanziare una presunzione assoluta di colpevolezza, senza che l'accertamento "oltre ogni ragionevole dubbio" fosse in alcun modo stato verificato⁵³¹.

Resta, chiaramente, da verificare se l'accertamento sostanziale di responsabilità possa o meno intervenire durante la fase del dibattimento.

L'ordinamento italiano, come già rilevato, non pare esprimersi al riguardo, richiedendo che la confisca-misura di sicurezza possa applicarsi solo a seguito di sentenza di condanna formale intervenuta almeno in primo grado.

Quanto alla confisca senza condanna "penale" dovrebbe valere, a fortiori, una condizione della stessa specie di quella appena indicata. Piuttosto, per tale tipo di confisca senza condanna dichiaratamente penale dovrebbe esigersi un pronunciamento formale di condanna ma, al proposito, la giurisprudenza della Corte Edu non pare, allo stato, fornire indicazioni particolari.

compatibile con la presunzione di innocenza e aveva concluso con la violazione dell'articolo 6 § 2 della Convenzione".

⁵³¹ Riassume, correttamente, i passaggi salienti del caso Paraponiaris, A. GALLUCCIO, *La confisca "urbanistica" ritorna all Corte costituzionale*, in D.P.C., 17 gennaio 2014. L'Autrice evidenzia, in particolare, che: "Il Paraponiaris, cittadino greco, era stato 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, in quanto il reato di contrabbando – seppur prescrittosi prima che si potesse giungere ad una condanna – era stato considerato, dalle corti nazionali, "accertato oggettivamente". Ebbene, nel caso di specie la Corte EDU – adita dal Paraponiaris – ravvisò innanzi tutto una violazione dell'art. 6 (1 e 3), per inosservanza del diritto al contraddittorio dell'imputato che – proprio perché si era in sede di udienza preliminare – si attendeva al massimo di essere rinviato a giudizio, e non poteva certo aspettarsi che gli venisse inflitta una sanzione. I giudici riconobbero inoltre – ed è ciò che qui più interessa – una violazione dell'art. 6 (2) della Convenzione. La Corte – dopo aver osservato che «la presunzione di innocenza viene disconosciuta se una decisione giudiziaria riguardante un imputato riflette l'impressione che quest'ultimo sia colpevole, quando la sua colpevolezza non sia stata innanzitutto stabilita legalmente» – afferma come sia difficile comprendere la portata delle espressioni adoperate dai giudici greci «che operano una distinzione, a suo giudizio artificiale, fra un accertamento di colpevolezza ed un accertamento di commissione "oggettiva" di un reato». In effetti – conclude la Corte con estrema chiarezza – non si capisce come si potrebbe considerare l'accertamento dei giudici greci relativa alla commissione "oggettiva" del reato da parte dell'imputato se non come una «accertamento assimilabile a una dichiarazione di colpevolezza e pertanto incompatibile con il rispetto della presunzione di innocenza».

Tuttavia, sempre in relazione alla questione dei rapporti tra confisca e presunzione di innocenza, la Corte era già intervenuta, un anno prima del caso Paraponiaris, con la pronuncia *Geerings c. Paesi Bassi* del 2007⁵³².

Se nel caso Paraponiaris la Corte vieta la confisca da estinzione da reato per prescrizione intervenuta nell'udienza preliminare, nel caso *Geerings* la Corte vieta la confisca a seguito di un assolvimento in primo grado.

Siamo, quindi, sempre nell'ambito di applicazione della confisca senza condanna "penale". Ciò, anche se nei casi nei casi *Phillips c. Regno Unito e Van Offeren c. Paesi Bassi*, la Corte aveva ritenuto che il procedimento di applicazione della confisca a seguito di processo penale, conclusosi indifferentemente con sentenza di condanna o di proscioglimento, militasse fuori dal raggio applicativo della presunzione di innocenza convenzionale.

Il tema intreccia anche quello dei rapporti tra processo penale e procedimento di applicazione della confisca, quindi, tra processo penale e, per così dire, processo al patrimonio, la cui autonomia pare entrare – ragionevolmente- in bilico.

L'esito di proscioglimento del processo penale, infatti, non può non influenzare il successivo procedimento di confisca che si decida di iniziare. E ciò vale non solo per il caso della procedura di applicazione della confisca civile, ma anche per il procedimento di prevenzione.

Si tratta di una interdipendenza indiretta che deve valere a maggior ragione nel caso in cui i beni confiscati siano quelli in relazioni ai quali l'imputato sia stato dichiarato assolto, come, peraltro, è accaduto nel caso *Geerings* in argomento.

Nel caso di specie, infatti, non solo i beni non erano nel possesso dell'imputato, ma concernevano proprio quei reati in relazione ai quali era stato prosciolto.

Bisogna, a questo punto, intendersi sul tipo di pronuncia di proscioglimento: nel caso di assoluzione piena, infatti, è chiaro che la confisca dei beni debba essere preclusa.

Nel caso di formule diverse, quali, pensando al caso italiano, "il fatto non costituisce reato" la giurisprudenza pare, invece, consentire – il ché suscita non poche perplessità- l'avvio di procedimenti volti all'applicazione in assenza di condanna⁵³³.

⁵³² Corte europea dei diritti dell'uomo, III sez., sent. 1 marzo 2007, ric. n. 30810/03, *Geerings c. Paesi Bassi*.

⁵³³ Ciononostante la pronuncia resa nel caso *Geerings* va salutata con favore, in quanto preclude che voci di sospetto, quali le mere risultanze investigative, sopravvenienti alla sentenza di proscioglimento possano favorire la confisca.

Ciò, principalmente a causa della poco garantistica interpretazione che la Corte Edu fa della presunzione di innocenza convenzionale, di cui la giurisprudenza italiana è al corrente⁵³⁴.

Si comprende, quindi, come mai la confisca senza condanna “penale”, *sub specie* di estinzione del reato per prescrizione, non venga anche dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, subordinata alla piena attuazione del criterio “*beyond every reasonable doubt*”.

E un quadro non diverso emerge dall’applicazione, alla confisca senza condanna applicata nel processo penale, del secondo livello di garanzie - applicate sia alle pene che alle misure non penali – inerenti al diritto di proprietà.

In tale caso, il bilanciamento da operare è tra interesse generale alla confisca e diritti del proprietario, specie nel caso in cui si tratti di terzi non interessati dal processo penale.

La Corte Edu è, sul punto, alquanto “permissiva” - come emerge dal caso C.M. contro Francia del 2001⁵³⁵ - non ritenendo venga integrata alcuna violazione dell’art. 1 Prot. add. n. 1 solo nel caso in cui il terzo abbia avuto un pieno diritto alla difesa, e quindi, la possibilità di un ricorso giurisdizionale effettivo.

Ciò, emerge, altresì dalla causa *Silickiene contro Lituania*⁵³⁶, decisa dalla Corte Edu. Pare utile, ai fini della comprensione dell’approccio della Corte di Strasburgo sul punto ripercorrerne la vicenda.

⁵³⁴ Si legge, infatti, in Cass., S. U. – Sent. 3 settembre 2018, n. 39608: “Ha affermato, al riguardo, la Corte Europea che ‘la presunzione d’innocenza non è assoluta’; che qualsiasi ordinamento giuridico contempla delle presunzioni di fatto o di diritto, e che queste ben possono essere utilizzate per ritenere di provenienza illecita i beni di cui il prevenuto non sa spiegare l’acquisto: fermo restando, ovviamente, il diritto incoercibile del prevenuto a fornire con ogni mezzo la prova contraria (Corte EDU, 23 dicembre 2008, Grayson e Barnham c. Regno Unito, § 40, 41 e 45)”. Infatti, per la Corte di Strasburgo non solo la presunzione di innocenza non è assoluta, ma le presunzioni *in peius* sono compatibili con la medesima, ferma, però, la possibilità del proposto/imputato di fornire la prova contraria. Questo principio viene spesso affermato dalla Corte per giustificare la compatibilità convenzionale degli svariati tipi di confische senza condanna con la presunzione di provenienza illecita dei beni, da cui origina la confisca.

⁵³⁵ “In particolare, Corte EDU, 26 giugno 2001, C.M. c. Francia, ha ritenuto che la previsione dell’ordinamento penale francese, la quale consentiva la confisca del veicolo di proprietà di una persona il cui figlio era stato sorpreso ad importare eroina, per mezzo di quel veicolo, non confliggeva con il Prot. 1 CEDU, in quanto al proprietario del bene confiscato era data la possibilità di ricorso al giudice civile, il quale poteva rendere la propria decisione ‘senza avere l’obbligo di sospendere la decisione in attesa dell’esito della l’azione penale, e senza che una eventuale confisca pronunciata in sede penale potesse avere efficacia vincolante sulla decisione in sede civile” (Cass., S. U. – Sent. 3 settembre 2018, n.39608).

⁵³⁶ Corte Edu, *Silickiene contro Lituania*, n. 20496/02.

Durante la medesima, infatti, sono state applicate misure di confisca (relative ad azioni di una società di telecomunicazioni e di un appartamento) alla ricorrente, vedova di un funzionario di polizia fiscale di alto livello incaricato di formare e dirigere un'organizzazione criminale per contrabbando. Il procedimento contro il marito è stato interrotto dopo che si era suicidato. Allo stesso tempo, sono state condannate tre persone accusate congiuntamente. Il Tribunale ha confermato la confisca dei beni della ricorrente in quanto provenienti da proventi di attività criminali dell'intera organizzazione criminale. La Corte non ha riscontrato alcuna violazione dell'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU, ritenendo che *"le autorità lituane hanno di fatto offerto alla ricorrente un'opportunità ragionevole e sufficiente per tutelare adeguatamente i suoi interessi"*.

Inoltre, la Corte non ha riscontrato alcuna violazione dell'art. 1, Protocollo 1. La decisione di confisca era prescritta dalla legge e perseguiva una finalità legittima, vale a dire garantire che l'uso della questione dei beni non procurasse alla ricorrente un vantaggio pecuniario a danno della comunità. La Corte ha rilevato che la ricorrente sapeva direttamente che i beni confiscati potevano essere acquistati solo con i proventi dell'impresa illegale dell'organizzazione criminale e che, in un procedimento penale distinto, aveva confessato di aver commesso reati al fine di aiutare il marito a sottrarsi alla responsabilità penale durante la sua detenzione. Per quanto riguarda le modalità di svolgimento del procedimento di confisca, la Corte ha rilevato che il controllo giurisdizionale è stato condotto da tre tribunali successivi e riguardava la legittimità e la giustificazione della confisca. Infine, data la portata, la sistematicità e il livello organizzativo dell'attività criminale in questione, la Corte ha ritenuto che la misura di confisca denunciata possa essere apparsa essenziale nella lotta contro la criminalità organizzata.

Anche qui, dunque, si è data primaria importanza alla "possibilità" del diritto di difesa⁵³⁷, garantita la quale la confisca viene ritenuta convenzionalmente legittima dalla Corte.

⁵³⁷ Nello stesso segno, benchè con risultato opposto, si veda la causa *Denisova e Moiseyev contro Russia*. Anche qui la mancata garanzia di un diritto alla difesa pieno ha condotto la Corte a ritenere violate le disposizioni di cui agli artt. 6 comma 1 CEDU e art. 1 prot. Add. n. 1. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, infatti, concluso che la Corte ha violato i diritti di proprietà dei ricorrenti per i seguenti motivi: i ricorrenti erano moglie e figlia del sig. Moiseyev, al quale era stata confiscata una grossa somma di denaro, un computer e altri beni. Il coniuge ha rivendicato il suo diritto ad una parte

Più recentemente, nel caso *Veits c. Estonia*⁵³⁸ la Corte ha ritenuto legittima l'applicazione della confisca in assenza di condanna di beni della proprietà della ricorrente, la quale non aveva preso parte al processo, durante il quale alcuni affini alla medesima erano stati condannati.

Sebbene la pronuncia di condanna, la confisca è stata applicata a persona non riguardata dalla sentenza del giudice. Ciononostante, la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha riscontrato né una violazione dell'articolo 6 né dell'articolo 1, protocollo 1. Il giudice sovranazionale ha infatti ritenuto che, sebbene la ricorrente non fosse stata invitata a partecipare al procedimento, i suoi interessi erano *de facto* tutelati dalla presenza in giudizio dei suoi affini, poi condannati, e non sono rimasti non rappresentati.

Anche in questo caso, quindi la confisca senza condanna, benchè non “penale” in senso stretto, in quanto applicata in seguito ad un giudizio penale concluso, è stata interessata da una pronuncia in senso efficientista della Corte.

Quanto sino ad adesso detto ci fa comprendere che si registra – da qualche anno a questa parte - anche a riguardo delle confische senza condanna seppur per adesso solo “penali” un orientamento della Corte di segno efficientista, piuttosto che garantista. La Corte infatti, estendendo (oltremisura) i suoi principi conclude per ritenere la (quasi) piena compatibilità convenzionale delle confische in assenza di condanna.

E si spinge anche oltre: si pensi, ad esempio, alla confisca-pena del possesso ingiustificato di valori. Si tratta di una fattispecie di rilevanza penale, la quale fa discendere dalla mera sproporzione la confisca dei beni (valori) nel possesso dell'imputato. Si tratta di una fattispecie, peraltro, come già rilevato brevemente all'inizio del presente lavoro, dichiarata *in parte qua* incostituzionale all'interno

del denaro e la figlia ha affermato la sua proprietà del pc. La posta in gioco era che i tribunali nazionali non avevano offerto loro un'effettiva possibilità di rivendicare la proprietà. La giurisprudenza nazionale ha indicato che la confisca non può essere estesa a terzi, i quali possono essere soggetti alla confisca solo se in un successivo procedimento civile è stato accertato che hanno agito come uomini di paglia. I ricorrenti non erano parti del procedimento penale e non erano legittimati a presentare osservazioni. Nel procedimento civile, i tribunali civili si sono rifiutati di prendere conoscenza del merito delle rivendicazioni o di fare qualsiasi accertamento autonomo dei fatti e si sono limitati a rinviare alla sentenza del procedimento penale (Corte Edu, Denisova and Moiseyeva c. Russia, n. 16903/03).

⁵³⁸ Corte Edu, *Veits c. Estonia*, n. 12951/1.

dell'ordinamento italiano⁵³⁹, la quale suscita – anche adesso – non pochi dubbi di legittimità costituzionale.

Ai nostri fini, tuttavia, rileva la pronuncia della Corte Edu *Aboufadda contro Francia*⁵⁴⁰, intervenuta nel 2014 in relazione ad una fattispecie omologa al possesso ingiustificato di valori ex art. 708 c.p. italiano.

Ciò che preme sottolineare è che, a seguito della creazione del reato di “*non-justification de ressources ou de l'origin d'un bien*”⁵⁴¹ all'interno dell'ordinamento francese, in relazione al quale la giurisprudenza interna⁵⁴² ha riconosciuto l'operatività di una presunzione di colpa c.d. “*présomption de l'élément moral du délit de non-justification de ressources*”, la Corte ha, altresì, riconosciuto la compatibilità convenzionale di quella che sembra una “confisca in assenza di condanna sostanziale”. Più in chiaro, in tale ipotesi il giudice deve condannare con sentenza formale ma, come è evidente, manca l'accertamento dell'elemento soggettivo.

Ciononostante, la Corte Edu nella pronuncia del 2014 *Aboufadda contro Francia* ha concluso per la conformità di tale confisca-pena alla CEDU nel suo volet pénal. Eppure, paiono innegabili la violazione della presunzione di innocenza, dei principi di offensività e ragionevolezza⁵⁴³. Tale misura, infatti, fonda la condanna penale su di un'inversione dell'onere prova. Quindi, nei casi dubbi si favorisce la condanna del sospettato, piuttosto che la sua innocenza.

E invece, la Corte ha, evitando più “scomode” argomentazioni in punto di principio di legalità penale e presunzione di innocenza, concluso per la compatibilità della misura con il diritto di proprietà di cui all'art. 1 Prot. Add. 1 alla CEDU. Ha infatti evidenziato da un lato la proporzionalità della misura, dall'altro la conformità all'interesse generale della lotta all'occultamento di profitti illeciti. Ritorna, anche in questa

⁵³⁹ Art. 708 c.p.: “Chiunque, trovandosi nelle condizioni personali indicate nell'articolo precedente, è colto in possesso di denaro o di oggetti di valore, o di altre cose non confacenti al suo stato, e dei quali non giustifichi la provenienza, è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno”. La disposizione in esame è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sent. 1 novembre 1996, n. 370, preceduta dalla sent. 19 luglio 1968, n. 110 che aveva già dichiarato tale articolo costituzionalmente illegittimo relativamente alla parte in cui fa richiamo alle condizioni personali di condannato per mendicizia, di ammonito, di sottoposto a misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta.

⁵⁴⁰ Corte Edu, 4 novembre 2014, *Aboufadda c. Francia*.

⁵⁴¹ 321-10-1 c.p. francese.

⁵⁴² Cour de cassation, Chambre criminelle, 7 dicembre 2016, n. 12-81.707 15-85.429.

⁵⁴³ Così, A. M. MAUGERI, *La prevenzione patrimoniale e la legittimità della confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, p. 919 e ss., in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C. E. Paliero, F. Viganò, G. L. Gatta, F. Basile, Giuffrè, 2018.

pronuncia della Corte il ricorso alla legittimità delle presunzioni di fatto o di diritto che, diversamente dai casi precedentemente analizzati, viene utilizzato per questa tipologia di confisca in assenza di condanna “formale”, con una motivazione poco convincente e tutta orientata a sottolineare la necessità della lotta all’occultamento dei beni di provenienza illecita.

Il possesso ingiustificato di valori viene ritenuto l’istituto precursore della confisca di prevenzione⁵⁴⁴. A fronte dei problemi di compatibilità costituzionale che tale fattispecie di reato pone, quindi, non solo il legislatore italiano (con la confisca di prevenzione) ma altri Stati Membri hanno optato per modelli di confisca totalmente sganciate dal processo penale.

Anche rispetto a casi di confisca senza condanna di tipo civile è opportuno verificare quale sia la giurisprudenza della Corte Edu, posta, però, la sola rilevanza degli artt. 6 comma 1 e art. 1 Prot. add. 1 CEDU.

Si pensi al caso inglese. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti avuto l'opportunità di pronunciarsi sulla compatibilità con la Convenzione della confisca "in rem" civile⁵⁴⁵.

Nelle *cause Butler c. UK e Webb c. UK*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che i procedimenti di confisca (confisca di denaro contante) non siano di natura penale. La confisca di denaro contante è, secondo la Corte, una "misura preventiva" che non può essere paragonata ad una sanzione penale, in quanto è intesa a rimuovere dalla circolazione denaro di provenienza illecita. Nel caso di specie, si presumeva che il denaro fosse legato al traffico internazionale di droghe illecite. La Corte ha inoltre ritenuto che il procedimento non comportasse l'accertamento di un'accusa penale e quindi non offrisse tutte le garanzie di cui all'articolo 6 della CEDU nel suo volet pénal, come la presunzione di innocenza.

Posta l’applicazione dei soli articoli della Carta che valgano le misure non penali, si noti come la giurisprudenza della Corte sulla confisca civile sia in prevalenza orientata a riconoscere la compatibilità con il diritto di proprietà, al pari della confisca in assenza di condanna penale.

⁵⁴⁴ Alcuni Autori, invece, ritengono che le figure di possesso ingiustificato di valori rappresentino un male peggiore rispetto alla confisca senza condanna, considerata un “minor evil”. Sul punto, K. LIGETI, M. SIMONATO, *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU*, Hart publishing, 2017.

⁵⁴⁵ A proposito della confisca civile inglese, si veda il Capitolo II.

Ciò, sulla base dell'assunto che se la misura persegue lo scopo di proteggere la *legal economy* allora non è punitiva.

Di questo avviso è stata la Corte Edu anche nella causa *Dassa foundation e altri contro Liechtestein*⁵⁴⁶, del 23 dicembre 2004. Qui, la Corte nel riconoscere natura non punitiva alla confisca “civile” prevista dalla legislazione del Liechtestein⁵⁴⁷ la ha addirittura paragonata ad un ingiustificato arricchimento, di conseguenza abbassandone ulteriormente lo *standard* applicativo. Pare invero arduo sostenere la confisca civile, non solo misura non penale ma addirittura misura che dà origine all'ingiustificato arricchimento del proposto nei confronti dello Stato. Ciò, in quanto, ragionando in tali termini dovremmo riconoscere l'entità statale come proprietaria di tutti i beni che quindi non appartenerebbero legittimamente ai suoi cittadini⁵⁴⁸.

Sebbene non si spinga a paragonare la confisca civile (in assenza di condanna) all'ingiustificato arricchimento, anche nella pronuncia *Gogitidze e altri c. Georgia*⁵⁴⁹, intervenuta nel 2015, la Corte Edu definisce la confisca senza condanna applicata dalla Georgia ad una confisca “civile”, sotto il profilo del diritto convenzionale.

Anche in tale caso la disposizione principale è costituita dal diritto di proprietà di cui all'art. 1 Prot. add. 1 CEDU, che più delle altre norme civile presenti nella CEDU, costituisce metro di valutazione delle ipotesi di confisca in assenza di condanna.

⁵⁴⁶ Corte Edu, *Dassa foundation e altri contro Liechtestein*, n. 696/2005, 23 dicembre 2004.

⁵⁴⁷ Ibid. “The Court reiterates that the concept of “penalty” in Article 7 § 1 is an autonomous one. To render the protection afforded by that Article effective, the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a “penalty” within the meaning of this provision (see *Welch v. the United Kingdom*, judgment of 9 February 1995, Series A no. 307-A, p. 13, § 27; *Jamil v. France*, judgment of 8 June 1995, Series A no. 317-B, p. 27, § 30). The wording of Article 7 § 1, second sentence, indicates that the starting-point in any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in question was imposed following conviction for a “criminal offence”. Further relevant factors to be examined are the characterisation of the measure under domestic law, its nature and purpose, the procedures involved in its making and implementation, and its severity (see *Welch*, cited above, p. 13, § 28; *Adamson v. the United Kingdom* (dec.), no. 42293/98, 26 January 1999; *Van der Velden v. the Netherlands* (dec.), no. 29514/05, ECHR 2006-...). As regards the connection of the orders of seizure of the applicants' assets with a criminal offence, the Court notes that a seizure under section 97a of the Code of Criminal Procedure may only be made if there is a suspicion that assets originate from an act liable to punishment and will therefore be declared forfeited pursuant to section 20b § 2 of the Criminal Code once it is proved that they are the proceeds of crimes. The seizure orders are therefore linked to and dependent on the commission of a criminal offence”.

⁵⁴⁸ Di questo avviso anche, K. LIGETI, M. SIMONATO, *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU*, op. cit. Contra J. BOUCHT, *The Limits of Asset Confiscation, On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*, Hart publishing, 2017.

⁵⁴⁹ C.edu, sez. IV, sent. 12 maggio 2015, *Gogitidze e altri c. Georgia*, § 96 ss.

La civil forfeiture oggetto della pronuncia della Corte è misura che nell'ordinamento interno sarebbe paragonabile alla confisca di prevenzione. Ciò, in quanto è applicata sulla base della mera pendenza di un processo penale e nel caso di sospetto circa la provenienza delittuosa di alcuni beni, segnalata dalla sproporzione tra redditi dichiarati e valore dei beni.

Si tratta di una ipotesi di confisca senza condanna da "white collar crimes" nel caso di reati contro la PA, avverso alla figura del "corrotto".

Tale precisazione è importante in quanto la giustificazione operata dalla Corte sulla compatibilità convenzionale della misura con il diritto di proprietà, nei vari livelli previsti dall'art. 1 Prot. 1 Cedu è operata alla luce di un efficientismo nella repressione di determinati fenomeni criminosi⁵⁵⁰.

La *ratio* della confisca senza condanna in esame, infatti, definita dalla Corte *actio in rem* risiede nella necessità di contrastare i reati contro la PA e il tracciamento di beni di provenienza illecita.

Invero, ciò che maggiormente preoccupa concerne dall'accertamento argomentativo che la Corte fa del requisito della proporzionalità della misura⁵⁵¹. Nonostante i caratteri di applicazione in assenza di condanna, dell'inversione *dell'onus probandi* che tale misura determina, nonché per la sua applicabilità a terzi (i familiari del proposto), la Corte opera un bilanciamento peculiare, ritenendo prevalente la necessità di

⁵⁵⁰ "Secondo i giudici di Strasburgo, anzitutto, la misura ablatoria in parola deve essere qualificata come "actio in rem" di natura civile, ossia come strumento di recupero di ricchezza illecitamente accumulata, finalizzato alla sua restituzione ai legittimi titolari (privati o enti pubblici) (§ 91). La confisca in esame ha una valida base legale, e può essere applicata anche per fatti commessi prima del 2004 (anno dell'entrata in vigore della legge che l'ha introdotta), in quanto - osserva la Corte europea in un passaggio che forse meritava di essere chiarito meglio - rappresenta una sorta di disciplina attuativa, avente ad oggetto gli aspetti pecuniari di standard generali vigenti in materia di anti-corruzione, standard a loro volta sanciti sin dal 1997 nell'Act on Conflicts of Interests and Corruption in the Public Service (§ 99)", disponibile su <http://www.osservatoriomisurediprevenzione.it/2018/09/15/652/>.

⁵⁵¹ Rileva, F. MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto?*, in D.P.C., op. cit., che nella pronuncia in esame la Corte ritiene "rispettato il principio di proporzionalità avendo la Corte di Strasburgo, ad esempio, ritenuto ammissibili misure analoghe previste da altri ordinamenti in materia di corruzione. La Corte, dopo avere valorizzato il quadro giuridico internazionale di prevenzione e contrasto alla corruzione, ritiene la legittimità dell'obiettivo perseguito dalla confisca in esame che «costituiva una parte essenziale di un più ampio pacchetto legislativo volto a intensificare la lotta contro la corruzione nella pubblica amministrazione...» finalizzata alla confisca dei beni acquisiti in modo ingiustificato da persone accusate di gravi reati per ragioni compensative e preventive, nonché la proporzionalità della misura rispetto allo scopo perseguito".

contrastare il fenomeno della corruzione all'interno degli organi amministrativi dello Stato⁵⁵².

Di qui si nota la contraddizione in cui spesso incorre la Corte Edu nel pronunciarsi in materia di confisca senza condanna, allorquando analizzando i presupposti applicativi di misure di confisca civile conclude nell'un caso nella loro compatibilità convenzionale, e nell'altro nella violazione dei principi civilistici contenuti nella Carta convenzionale.

Nella pronuncia *Dimitrovi c. Bulgaria*⁵⁵³, infatti, intervenuta nel medesimo anno di Gogitidze, la Corte nel caso di un omologo alla *civil forfeiture* georgiana ha concluso per la violazione dell'art. 1 prot. add. 1 del modello di confisca senza condanna civile bulgaro.

Si tratta, peraltro, di un modello di confisca simile alla confisca di prevenzione italiana. L'istituto previsto dal codice penale bulgaro (Citizen's Property Act) è ritenuta dalla dottrina bulgara misura non penale. Ciò, in quanto non applicata al termine di un processo penale, né orientata all'ablazione di beni che siano proventi del reato. E' misura precisamente prevista al fine di confiscare "*any unlawful or non-work-related income*", sulla base di una presunzione relativa che opera (alternativamente) nel caso in cui il patrimonio del proposto sia sproporzionato al suo reddito o a quello della sua famiglia oppure nella ipotesi in cui le spese dai medesimi contratti eccedano i redditi leciti percepiti. La misura viene applicata su azione del pubblico ministero o di una commissione regionale all'uopo costituita.

Orbene, la Corte Europea pronunciandosi su tale confisca ha concluso per la violazione dell'art. 1 Prot. add. 1 per una serie di ragioni.

In primis per l'eccessiva discrezionalità che possiede l'autorità procedente nell'applicare la misura della confisca, potendo la medesima aprire, chiudere e aprire nuovamente il procedimento di irrogazione della misura. Secondariamente, viene posto un *onus probandi* sproporzionato in capo al proposto, il quale deve dimostrare la legittima provenienza dei beni, senza alcun limite temporale: in assenza, quindi, di alcun nesso di derivazione. Inoltre, il concetto di "*unlawful income*", non

⁵⁵² Si veda: A.M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in Riv. It. Dir. proc. pen., 2015, 942 ss.

⁵⁵³ C.edu, sez. IV, sent. 3 marzo 2015, *Dimitrovi c. Bulgaria*, § 41 ss.

presupponendo la commissione dell'accertamento di alcun reato non giustifica l'interesse pubblico necessario per limitare il diritto di proprietà privata⁵⁵⁴.

Più in chiaro, se nemmeno la provenienza delittuosa del bene va accertata perché si possa procedere a confisca, non può in alcun modo essere operato un bilanciamento tra diritti del singolo e interesse dello Stato all'ablazione di beni di provenienza delittuosa⁵⁵⁵.

Ad un attento esame gli elementi di cui si compone la misura bulgara sono estremamente simili, in taluni frangenti sovrapponibili a quelli della confisca di prevenzione italiana, che la Corte Edu continua a ritenere compatibile anche con il diritto "minore" costituito dal diritto di proprietà privata.

Ebbene, la conclusione che può trarsi dalla rassegna giurisprudenziale sin qui effettuata, in relazione alle pronunce della Corte Edu sulla confisca senza condanna – "penale" e civile – è che risulta sempre più necessaria una piena declinazione dei criteri *engels o welch* da parte della Corte di Strasburgo. Due sono gli interrogativi con cui ci lasciano le pronunce della Corte Edu in relazione alle confische senza condanna degli Stati membri diversi dall'Italia che sono d'ispirazione per il modello italiano:

1) cosa significa confisca senza condanna (penale) da estinzione del reato per prescrizione applicata a seguito di procedimento in cui si accertino compiutamente elemento oggettivo e soggettivo del reato?

2) può la confisca di prevenzione rientrare nel modello di confisca senza condanna (civile) di cui al modello bulgaro?

In altre parole, quanto al secondo quesito: è possibile che motivando con riguardo alle puntuali caratteristiche della confisca di prevenzione, si "smascheri" la sua incompatibilità con la Carta convenzionale, se non disvelandone la sua natura afflittiva, perlomeno a mezzo del diritto di proprietà ex art. 1 Prot. add. 1 CEDU?

⁵⁵⁴ S. FINOCCHIARO, L. PRESSACCO, *Monitoraggio Corte Edu, marzo 2015, Rassegna di sentenze e decisioni della Corte Edu rilevanti in materia penale sostanziale e processuale*, art. 1 Prot. add. 1, D.P.C.

⁵⁵⁵ Un ulteriore caso di confisca civile in assenza di condanna oggetto di recente pronuncia della Corte Edu è rappresentato dalla causa C.edu, sez. I, sent. 15 gennaio 2015, Rummi c. Estonia. In tale caso la confisca era stata applicata a seguito della morte del proposto, intervenuta durante il procedimento penale a suo carico, nei confronti della moglie-erede.

8. CONSIDERAZIONI FINALI SULLA CONFISCA SENZA CONDANNA NELLA GIURISPRUDENZA INTERNA E SOVRANAZIONALE

La rassegna giurisprudenziale sulla *non-conviction based confiscation* effettuata sino ad ora non consente, tuttavia di risolvere i quesiti sui quali ci si è da ultimo interrogati. Come emerge dal confronto tra la pronuncia *Gogitidze* e quella *Dimitrovi*, nell'analisi tra istituti di confisca civile in possibile violazione dell'art. 1 Prot. add. 1 della CEDU, la Corte di Strasburgo perviene a conclusioni diametralmente opposte, pur coniugando i medesimi principi⁵⁵⁶.

La Corte Edu ritiene le ipotesi di confisca civile di cui agli Stati membri diversi dall'Italia e la confisca di prevenzione di cui all'ordinamento interno misure non penali principalmente per ragioni di politica criminale e, in un certo senso, in ossequio alle tendenze europee di "sdoganamento" ed estensione della *non-conviction based confiscation*. Sebbene, a livello di normazione europea, l'armonizzazione a cui si è pervenuti riguarda solo l'ipotesi della confisca senza condanna "concerning criminal matters", i maggiori organi istituzionali europei, in svariati report e assessments, auspicano un'estensione anche alla confisca senza condanna civile, prendendo a modello l'Inghilterra, l'Irlanda e la Bulgaria.

Alcuni autori ritengono che la contraddittorietà della Corte Edu sia dipesa dal fatto che tale Autorità giudiziaria – pur nella consapevolezza che si tratta di giudice "del caso concreto" – sembra trarre le sue conclusioni analizzando univocamente la finalità della misura, ed escludendo, quindi la valutazione circa la natura della confisca, ogniqualvolta non ci sia un chiaro intento punitivo⁵⁵⁷.

E ciò è in parte vero se solo si considera che in molte delle sue pronunce, la Corte evidenzia prima la *ratio* della confisca di volta in volta considerata, in relazione alle tipologie di reati da cui quei beni provengono, e poi da lì fa derivare la natura giuridica della misura ablatoria.

Sarebbe dunque auspicabile un cambio di approccio da parte della Corte di Strasburgo, ad esempio, cercando di individuare argomentazioni basate su principi meno volubili

⁵⁵⁶ M. SIMONATO, *Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains*, ERA forum (2017), al proposito rileva: "In some cases, measures that were defined as non-criminal by national law were treated as a penalty by the ECtHR. In other similar cases, the national classification has been upheld by the judges in Strasbourg".

⁵⁵⁷ Ibid.

al fine di individuare la vera natura della confisca senza condanna. Tale risultato potrebbe essere raggiunto (senza pretesa di esaustività) basando le sue conclusioni sull'oggetto della confisca, sul tipo di procedura adottata per pervenire all'ablazione dei beni di provenienza illecita, sull'effetto di confusione tra profitti leciti o illeciti⁵⁵⁸. Le uniche conclusioni che possiamo, allo stato, trarre in relazione al caso italiano sono: 1) la Corte Edu e le corti nazionali convengono nel ritenere che la confisca di prevenzione sia natura non penale, ma nemmeno civile, nonostante nel diritto convenzionale le si applichino i principi civilistici e in quello nazionale le siano applicabili le regole giuridiche previste per le misure di sicurezza; 2) la confisca senza condanna "penale" è misura afflittiva per la Corte Edu applicabile anche in assenza di condanna; la confisca senza condanna "penale" è misura di sicurezza per la giurisprudenza interna e dunque è applicabile anche in assenza di condanna. Ebbene, lo stato della giurisprudenza, anche sovranazionale, non aiuta l'interprete a fare chiarezza per i motivi fino ad ora esposti e, pertanto, risulta imprescindibile vagliare altre possibili soluzioni per tentare di fare maggiore chiarezza sul complesso istituto della confisca in assenza di condanna.

9. ALCUNE SOLUZIONI: RISOLUTIVE?

Il complesso istituto della confisca senza condanna nelle sue più problematiche conformazioni di confisca di prevenzione e confisca senza condanna "penale" necessiterebbe, come rilevato, di un intervento riformatore del legislatore.

Risulta, quindi, utile analizzare le possibili soluzioni che, *de iure condendo*, meglio bilancino tra istanze efficientiste e garantiste, tenendo, però, in debita considerazione la necessità di un rafforzamento di tutele per una misura che manca del massimo accertamento di responsabilità costituito dal pronunciamento formale di condanna.

⁵⁵⁸ Così, J. BOUCHT, *The Limits of Asset Confiscation. On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*. Hart Publishing, Oxford (2017); M. PANZAVOLTA, *Confiscation and the concept of punishment: can there be a confiscation without a conviction?* In: Ligeti, K., Simonato, M. (eds.) *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, p. 25. Hart Publishing, Oxford (2017).

Quanto all'ipotesi della confisca di prevenzione, la soluzione più realistica, allo stato dell'attuale politica legislativa, risulta il mantenimento della confisca di prevenzione ma non senza dei rimaneggiamenti in senso garantista.

Si dovrebbe, pertanto, riformare l'istituto iniziando dai presupposti soggettivi di applicazione. Con le recenti novelle legislative, infatti, si è pervenuti ad un ampliamento eccessivo della categoria della pericolosità (qualificata). Infatti, già la presenza della pericolosità generica e i problemi che essa pone con riguardo alla sua aderenza al principio di tassatività⁵⁵⁹, consentiva l'applicazione della confisca a soggetti indiziati di reati i quali sono stati introdotti con disposizione ad hoc nelle ipotesi di pericolosità qualificata. La confisca di prevenzione, infatti, da misura eccezionale applicata per combattere la criminalità organizzata è adesso misura che criminalizza gli indiziati di aver commesso i c.d. *collar crimes*⁵⁶⁰.

L'allargamento eccessivo della elencazione dei pericolosi qualificati ha reso la misura della confisca di prevenzione una misura non più "speciale" ma generale. E, i suoi margini applicativi sono altresì ampliati dalla categoria della pericolosità generica, all'interno della quale sono sussumibili una pluralità di categorie criminologiche, talvolta anche di Autore⁵⁶¹.

Mantenere la confisca di prevenzione, quindi, non può prescindere da una riduzione dei presupposti di applicazione soggettiva e, come rilevato, dal ritorno ad una misura applicata alla sola criminalità organizzata.

Ma non solo: continuare a prevedere l'ablazione patrimoniale sulla base di meri indizi, con evidente semplificazione probatoria e di alleggerimento dell'onere della prova (per l'accusa) determina una violazione degli artt. 111, 24, 27 comma 2 della Carta costituzionali.

Per tale ragione, sarebbe opportuno che si richiedesse (almeno) una certa consistenza per gli indizi di commissione del reato da cui quei beni paiono provenire. Si potrebbe,

⁵⁵⁹ Segnalati, da ultimo, con la pronuncia Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, con nota di F. VIGANO', *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in D.P.C., 2 marzo 2017 e di A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: La Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, op. cit.

⁵⁶⁰ Ci si riferisce, in particolare, agli indiziati dei reati contro la p.a..

⁵⁶¹ T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1995, 334 s.; V. MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in Giur. it., 2015, fasc. n. 6, 1524.

al proposito richiedere gli stessi indizi gravi, precisi e concordanti di cui all'art. 192 c.p.p.

Tale Dottrina⁵⁶², accanto alla modifica sostanziale dell'istituto della confisca di prevenzione, richiede che segua una tutela procedimentale rafforzata, di cui l'irrobustimento della consistenza indiziaria farebbe parte.

Ciò, attraverso la costruzione di un vero e proprio processo al patrimonio

Si propone la creazione di un procedimento penale accessorio al processo penale e di un procedimento penale autonomo (in ipotesi limitate). Il procedimento accessorio a quello penale, giustificato dalla difficoltà degli accertamenti propedeutici alla confisca, può inoltre diventare autonomo laddove il processo penale si concluda. Ciò, solo nei casi di morte, prescrizione, o perché, solo successivamente al termine del processo siano emersi indizi circa la provenienza illecita dei beni. Tale procedimento può essere avviato o proseguito solo in tali ipotesi, e non, invece, nei casi di insufficienza indiziaria che ostacolano il processo penale.

La proposta è, dunque, quella di un procedimento penale che applichi una confisca senza condanna, con le garanzie del processo penale e lo *standard* probatorio simile al medesimo. Vengono, infatti, richiesti indizi gravi precisi e concordanti.

A tal proposito, pare interessante il rimodellamento della confisca di prevenzione come forma di confisca contro la criminalità organizzata applicata sulla base della prova della disponibilità dei beni, quali strumenti del reato e della destinazione a fini illeciti dei beni dell'organizzazione. Si tratterebbe di una misura rispettosa del principio di legalità che non determinerebbe alcuna inversione dell'*onus probandi*. Si andrebbero infatti a confiscare solo i beni strumentali alla commissione di illeciti nell'accertata disponibilità dell'associazione, senza necessità di prova circa l'origine illecita dei beni.

Tuttavia, un tale tipo di processo al patrimonio volto all'applicazione di un tale tipo di confisca penale in assenza di condanna, seppur in limitate condizioni e nella favorevole *giurisdizionalizzazione* che andrebbe a determinare, si pone in frizione con

⁵⁶² A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, pp. 883-870, op. cit e ibid., La legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2017, p. 566 ss., in cui l'Autrice evidenzia la necessità della creazione di un processo penale e patrimoniale allo stesso tempo, all'interno del quale la confisca possa essere assistita da garanzie procedimentali adeguate, anche al precipuo fine di favorire una maggiore cooperazione internazionale in soggetta materia.

i principi costituzionali. Applicare, infatti, una misura dichiaratamente penale, fuori dal processo, viola gli artt. 25, 27 ma anche 111 Cost. Un eventuale procedimento accessorio, autonomo al patrimonio, dalla struttura inevitabilmente snella, determinerebbe un abbassamento delle tutele del proposto, a fronte di una misura che dovrebbe ad ogni modo essere attentamente sottoposta al *test* di proporzionalità⁵⁶³.

Un'ulteriore proposta⁵⁶⁴ di costruzione del processo al patrimonio- finalizzato all'applicazione della confisca di prevenzione e alla sua unificazione con le altre, e parzialmente analoghe, misure ablatorie di patrimoni di illecita provenienza- merita di essere analizzata.

In sintesi, si propone l'unificazione delle confische penali, misure di sicurezza e di prevenzione, pervenendo alla creazione di un modello comune di confisca in assenza di condanna, ma "rafforzata".

Questo esito potrebbe essere raggiunto solo a mezzo dell'abrogazione o della "depenalizzazione" delle misure personali, le quali andrebbero dal giudice solo applicate attraverso misure come la libertà vigilata ex 238 c.p. o a seguito di condanne di reclusione con pena edittale superiore ad un anno.

Per il resto, anche tale modello unificato di confisca, dovrebbe essere applicato a fronte di una consistenza indiziaria rilevante. In particolare, si richiede che vi siano indizi gravi circa la commissione di specifiche fattispecie di reato da cui risultano i beni. Tale misura sarebbe applicabile non solo ai soggetti pericolosi qualificati di cui all'attuale Codice Antimafia ma i reati suscettibili di confisca, attraverso il processo al patrimonio in argomento, dovrebbero essere tutti quelli che creino ricchezza.

Quindi, differentemente dal primo modello di processo al patrimonio, questo allarga le maglie di operatività della confisca senza condanna, chiedendo che la stessa venga

⁵⁶³ Interessante è al proposito la notazione di A M MAUGERI, *Tavolo XV mafie e europa degli stati generali della lotta al crimine organizzato* che, evidenziando proprio la necessità di rispettare il principio di proporzionalità, propone che europeo l'Italia si faccia "promotrice di uno strumento legislativo in materia di "amministrazione giudiziaria dei beni", sul modello dell'art. 34 d.lgs. n. 159/11, o di "controllo giudiziario" ex art. 34 bis d.d.l. n. 2134; si tratterebbe di una strategia di intervento ispirata al rispetto del principio di proporzione laddove tale forma di intervento meno invasiva e priva degli effetti definitivi della confisca, possa essere ritenuta sufficiente (rimane la necessità di interventi di coordinamento/armonizzazione circa la gestione dei beni sequestrati)", disponibile su https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Tavolo_15_Mafie_e_Europa.pdf

⁵⁶⁴ F. MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, p. 145 e ss. op. cit..

applicata in un processo garantito ma semplificato in punto di accertamento della illecita provenienza dei beni e, soprattutto parallelo al processo penale.

Anche qui, in sintesi, si propone un procedimento al patrimonio autonomo a quello penale. Si tratta di proposta da vagliare attentamente e che andrebbe pensata in termini operativi-funzionali, date le notevoli criticità (operative e non solo) che solleva.

Tale pare essere la principale ragione che ha mosso altri Autori, a fronte delle perplessità che la confisca di prevenzione solleva in termini di compatibilità costituzionale, a propendere per l'abrogazione del Codice Antimafia.

La previsione maggiormente garantista sarebbe quella del mantenimento della sola confisca applicata nel processo penale. Del resto, pur se la confisca di prevenzione dovesse venire eliminata dal sistema permarrebbe la confisca allargata di cui all'art. 240-bis del codice penale, la quale ha una struttura in buona parte sovrapponibile a quella della confisca di cui al D.lgs. 159/11.

Un'altra opzione potrebbe essere quella di far confluire direttamente la confisca di prevenzione sempre nel codice penale, ma con *vesti* differenti. Si tratterebbe, invero, di creare una fattispecie penale di possesso ingiustificato di beni alla quale segua la confisca.

In realtà, come già rilevato, tale fattispecie esiste già nel codice penale, all'art. 708 c.p.⁵⁶⁵, quindi, sarebbe sufficiente modificarla in modo da ricomprendere tale misura ablatoria.

Un tale intervento legislativo, però, porrebbe non poche criticità e difficoltà di inquadramento della natura giuridica di questa nuova fattispecie di reato.

Inoltre, determinerebbe l'utilizzo di una presunzione del possesso ingiustificato di valori⁵⁶⁶, a seguito della quale seguirebbe la *probatio* (quasi) *diabolica* della legittima provenienza dei beni, di dubbia compatibilità con i principi del diritto penale.

⁵⁶⁵ A. M. MAUGERI, *La prevenzione patrimoniale e la legittimità della confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, p. 919 e ss., op. cit.

⁵⁶⁶ Rileva M. F. BERTIER, *The confiscation and recovery of criminal property: a European Union state of the art*, ERA Forum (2016) che: "The criminal proceedings rest on the presumption that the property was acquired unlawfully, which can be rebutted by the defendant. A reversal of the burden of the proof therefore operates. Failure to rebut such a presumption results in the conviction of the accused (and the imposition of a penalty which—besides confiscation—may consist in deprivation of liberty)".

Un approccio diametralmente opposto, invece, adotta chi ritiene che la confisca di prevenzione senza condanna debba abbandonare la sua natura ibrida amministrativo-penale per essere integralmente collocata nel diritto civile⁵⁶⁷.

Secondo questa ulteriore ricostruzione la confisca di prevenzione non rappresenterebbe una pena del sospetto, e quindi, una pena senza condanna, ma una mera limitazione del diritto di proprietà, che trova la sua base costituzionale nell'art. 42 della Costituzione⁵⁶⁸.

Ciò, in quanto i proventi derivanti dal reato altro non sarebbero che fonte di illegittimo arricchimento, con l'effetto di rendere tale misura non già una misura punitiva, bensì ripristinatoria.

Ne discenderebbe, in ipotesi il legislatore dovesse decidere riformando la confisca di prevenzione, di assegnarle una *dignità* civile, l'applicazione delle disposizioni CEDU nel loro volet civil, nonché degli articoli 24, 42 e 111 commi 1, 2 e 6 della Carta costituzionale.

In tale caso, la confisca civile non sarebbe incompatibile con presunzioni di difficile reversibilità, che acquisirebbero la connotazione civilistica di presunzioni semplici, con oneri probatori invertiti e standard di prova inadeguati per il processo penale.

Si tratta, invero, di un modello di confisca in assenza che trae legittimazione da altri Stati, quali l'America o l'Inghilterra, i quali ordinamenti recano modelli di confische in rem di tradizione pluridecennale, rispettivamente *civil forfeiture* e *confiscation*.

Se il reo commette un reato e si arricchisce, il risultato di tale illecito va confiscato perché non gli appartiene legittimamente, di talchè deve essere riassegnato al legittimo proprietario, o, *in absentia*, allo Stato.

567 F. VIGANÒ, Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano in La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini, a cura di C. E. Paliero, F. Viganò, G. L. Gatta, F. Basile, Giuffrè, 2018; S. FINOCCHIARO, *La confisca civile dei proventi da reato. Misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, ed. Criminal Justice Network, 2018.

⁵⁶⁸ Lo stesso G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in Dig. disc. pen., VII, 1994, p. 114, nel trattare di misure di prevenzione aveva già fatto riferimento all'art. 41 Cost., che vieta che l'iniziativa economica privata possa svolgersi in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Ibid., *Le misure patrimoniali nelle fonti internazionali ed europee ed il sistema penale italiano*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, 2016, in cui l'Autore evidenzia come le misure di prevenzione possano: "Trovare una base di legittimazione sostanziale proprio nei limiti che la stessa Costituzione pone all'esercizio dell'attività economica e al diritto di proprietà (di modo da) prevenire l'infiltrazione criminale quale fattore di inquinamento del sistema economico e di distorsione del funzionamento del mercato".

Orbene, tale modello civilistico andrebbe a scontrarsi con l'attuale assetto della confisca di prevenzione italiana, in punto di presupposti soggettivi di applicazione, origine delittuosa dei beni da confiscare, standard probatorio e garanzie tanto sostanziali quanto procedurali.

La tesi in argomento evidenzia come, quanto all'ultimo punto, sebbene le garanzie sostanziali di un tale tipo di confisca debbano essere quelle proprie del diritto civile, quanto a quelle procedurali il legislatore della riforma potrebbe costruire un procedimento speciale, con garanzie rafforzate.

Permane, a parere di chi scrive, un rilevante: la compiuta tutela dei diritti del proposto, il quale non potrebbe mai essere adeguatamente tutelato all'interno del procedimento speciale, ma pur sempre di tipo civilistico.

Inoltre, quando parliamo di confisca stiamo invero facendo riferimento alla stigmatizzazione di taluno come criminale.

E, peraltro, tale misura perviene all'ablazione della proprietà in modo illimitato, senza alcun limite temporale.

Potrebbe opinarsi che tale ultima critica possa essere superata attraverso il test di proporzionalità, valutando quindi che i beni per cui si procede siano solo fonte di profitti illeciti, attraverso il compiuto accertamento del nesso di derivazione dal medesimo. Ma, si può facilmente rilevare come risulti impossibile applicare un test ragionevole in assenza di alcun pieno accertamento della commissione del reato, in relazione al quale si confiscano i beni. E, di conseguenza, il nesso di derivazione sarà sempre *inaffidabile*.

Peraltro, non potrebbe in alcun modo superarsi la stigmatizzazione prodottasi sul destinatario della misura ablatoria, con conseguente discredito sociale, e soprattutto economico-imprenditoriale del medesimo.

La confisca civile, in conclusione, si pone come forma di espropriazione della proprietà da parte dello Stato, i cui terreni elettivi è peraltro sempre stato il diritto amministrativo, che può difficilmente trovare cittadinanza all'interno dell'ordinamento italiano, malgrado le tendenze favorevoli che si registrano a livello di Unione Europea e nelle pronunce della Corte di Strasburgo.

Ulteriore stato degenerativo della *degiurisdizionalizzazione* della confisca di prevenzione, nonché ulteriore proposta di riforma della confisca in assenza di

condanna, già legge in molti Stati⁵⁶⁹ è rappresentato dagli *unexplained wealth orders* (UWOs)⁵⁷⁰.

Si tratta di provvedimenti di ablazione di beni che si basano esclusivamente sulla sproporzione tra beni e redditi dichiarati del destinatario della misura.

L'ingiustificata ricchezza del medesimo, quindi, giustifica l'ordine della confisca indipendentemente da un accertamento della commissione di un reato, piuttosto che da un legame intellettuale. Si tratta, per come immediatamente risulta di un approccio ancora meno garantistico di quello che si otterrebbe dal rimodellamento della confisca di prevenzione come misura civilistica.

Eppure, anche l'assetto attuale della confisca di prevenzione somiglia ad una sanzione dal possesso ingiustificato di valori, specie a seguito del venir meno del requisito dell'attualità della pericolosità sociale del proposto⁵⁷¹. Ma, com'è ovvio si compone di altri requisiti di applicazione che la rendono una misura più compatibile con il sistema con una misura come quella in argomento.

Gli *unexplained wealth orders* rappresentano, nonostante le molte perplessità che suscitano in punto di garanzia, la nuova frontiera dell'efficientismo nell'ablazione dei beni di provenienza illecita.

La differenza rispetto alla confisca in assenza di condanna pare essere di tipo quantitativo. Ciò, in quanto, la mancata giustificazione della provenienza lecita dei beni da parte del proposto autorizza il giudice alla confisca, anche a fronte di scarse evidenze probatorie le quali farebbero propendere per la mancata applicazione della misura ablatoria. Inoltre, non rileva la commissione di un reato, o meglio, la presenza di indizi circa la sua commissione: il dato oggettivo della sproporzione, al quale segue la mancata dimostrazione circa l'origine lecita dei beni legittima l'applicazione degli UWOs⁵⁷².

⁵⁶⁹ Il riferimento è all'Australia, all'Irlanda e alla Colombia. Cfr. Transparency International, *Empowering the UK to recover corrupt assets. Unexplained Wealth Orders and other new approaches to illicit enrichment and asset recovery*, Marzo 2016, p. 24, www.transparency.org.uk.

⁵⁷⁰ In argomento, A. M. MAUGERI, *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, op. cit.. S. D. CASSELLA, *The Doctrine of "Unexplained Wealth" and the Confiscation of Criminal Proceeds*, Cambridge International Symposium on Economic Crime Session 2 – September 4, 2018 – 0800, disponibile su Asset Forfeiture Law, LLC www.assetforfeiturelaw.us.

⁵⁷¹ In questi termini, A. M. MAUGERI, *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, op. cit.

⁵⁷² M. F. BERTIER, *The confiscation and recovery of criminal property: a European Union state of the art*, op. cit.

Si tratta di un modello impensabile per il sistema italiano che, a fronte della deriva garantistica che lo riguarda, necessita, al contrario, di un intervento *costituzionalmente orientato*.

Non mancano rilevanti perplessità anche a riguardo della confisca senza condanna “penale”, indipendentemente dalla natura che le venga formalmente attribuita.

Vengono ricomprese in tale formula non solo la confisca-misura di sicurezza di cui all’art. 240 c.p.⁵⁷³, ma anche la confisca “allargata” di cui all’art. 240 bis c.p. e tutte le ipotesi “particolari” di confisca quali quella relativa ai reati di contrabbando⁵⁷⁴, la confisca di animali⁵⁷⁵ e quella di opere d’arte e di beni culturali⁵⁷⁶.

E, *ça va sans dire*, la confisca da reato di lottizzazione abusiva, pena per la giurisprudenza convenzionale, misura di sicurezza/sanzione amministrativa per la giurisprudenza interna. Nonostante la sua natura afflittiva la giurisprudenza CEDU ne ha riconosciuto la applicabilità con sentenza di proscioglimento per estinzione del reato nel caso in cui vi sia accertamento sostanziale di responsabilità.

Anche con riferimento alla confisca-misura di sicurezza di cui all’art. 240 comma 2 n. 1) la giurisprudenza ha paventato la confiscabilità in assenza di condanna, a seguito però, di pronuncia di condanna in primo grado⁵⁷⁷.

Si consente, non senza frizioni con il principio di ragionevolezza, richiedendosi per una confisca recante natura di misura di sicurezza almeno la condanna in primo grado, e per una confisca-pena quale quella da reato di lottizzazione abusiva una applicabilità anche in primo grado, una confisca in assenza di condanna.

Ciò, risulta anche nel caso della “confisca allargata” per espressa previsione di cui all’art. 578-bis c.p.p., a mente del quale la confisca da estinzione del reato per

⁵⁷³ In particolare con riguardo alla confisca diretta dei proventi del reato, sulla quale è intervenuta la Cass., sentenza n. 31617, 2015, causa Lucci.

⁵⁷⁴ Art. 301 del D.P.R. n. 43/1973, come modificato dall’articolo 11 della legge 413/1991 (Cass., sentenza n. 8330, 2014, causa Antonicelli e altri).

⁵⁷⁵ Articolo 4 della legge n. 150 del 1992, Cass., sentenza n. 24815, 2013.

⁵⁷⁶ Articolo 174, comma 3, del decreto legislativo n. 42 del 2004, Cass., sentenza n. 42458, 2015, Amalgia.

⁵⁷⁷ Nelle S.U. Lucci la Cass. ha richiesto che l’accertamento di responsabilità debba “confluire in una pronuncia che, non solo sostanzialmente, ma anche formalmente, la dichiari, con la conseguenza che l’esistenza del reato, la circostanza che l’autore dello stesso abbia percepito una somma e che questa abbia rappresentato il prezzo del reato stesso, devono aver formato oggetto di una condanna, i cui termini essenziali non abbiano, nel corso del giudizio, subito mutazioni quanto alla sussistenza di un accertamento al di là di ogni ragionevole dubbio”.

prescrizione deve seguire alla condanna in primo grado, senza che però manchi, nei successivi gradi di giudizio, l'accertamento della responsabilità dell'imputato.

Si tratta di formula ignota, dal momento che il nostro codice di procedura penale disconosce l'istituto della condanna in senso sostanziale⁵⁷⁸, nè spiega quale sia la consistenza degli accertamenti che possano *garantirla*.

Anche questo tipo di confisca in assenza di condanna, il secondo che il nostro ordinamento riconosce dopo la confisca di prevenzione, necessiterebbe di una riforma *ad hoc*.

A fronte di taluna parte della Dottrina⁵⁷⁹, orientata nel senso di riconoscere la applicabilità della confisca senza condanna "penale" nel processo di primo grado, operando una differenziazione tra le fasi del giudizio, c'è chi nega un tale epilogo⁵⁸⁰.

Più precisamente, con riguardo alla prima tesi, sarebbe possibile applicare la confisca solo a seguito dell'apertura del dibattimento, con esclusione delle sentenze di *proscioglimento anticipato* ex art. 469 c.p.p.

Anche se solo con riguardo alla confisca da reato di lottizzazione abusiva viene contrariamente affermato che anche nella fase di accertamento dibattimentale mancherebbero le garanzie ritenute necessarie dalla Corte cost. n. 49/15⁵⁸¹, e che, ad ogni modo, resterebbe il problema della presunzione di innocenza⁵⁸².

Quindi, si ritiene che "*una soluzione che sia in grado di prescindere dalla presenza di un accertamento espresso ai sensi dell'art 533 c.p.p. pare ipotizzabile solo de jure condendo, attraverso la previsione di un procedimento incidentale inevitabilmente destinato a gravare sui tempi già irragionevoli del nostro processo penale*"⁵⁸³.

In tale senso, la soluzione prospettata dall'art. 578-bis c.p.p. pare non interamente soddisfacente dal momento che si riferisce *expressis verbis* solo all'art. 240-bis c.p. e alle altre disposizioni di legge, non risultando chiaro, al proposito, quali esse siano.

⁵⁷⁸ Così, E. MARZADURI, *Confisca urbanistica, estinzione del reato per intervenuta estinzione ed accertamento della contravvenzione di lottizzazione abusiva* in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Giuffrè editore, 2016.

⁵⁷⁹ M. PANZARASA, *I rapporti tra confisca e proscioglimento dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1671 ss.; *ibid.* *Confisca senza condanna?*, *op. cit.*

⁵⁸⁰ E. MARZADURI, *Confisca urbanistica, estinzione del reato per intervenuta estinzione ed accertamento della contravvenzione di lottizzazione abusiva*, *op. cit.*

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² V MANES, *Lo statuto 'costituzionalmente' ambiguo della confisca urbanistica e la posizione ella Corte EDU nei casi Sud Fondi c. Italia e Varvara c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2015.

⁵⁸³ E. MARZADURI, *op. cit.*

Si potrebbe paventare, al proposito la estendibilità ai casi di cui all'art. 240 comma 2 n. 1), come peraltro recentemente affermato dalle Sezioni Unite nel caso Lucci, ma non potrebbe la giurisprudenza, a meno di non voler ricomprendere tale ipotesi nel fuoco dell'art. 578-bis c.p.p., effettuare un'interpolazione normativa, per giunta *in malam partem*.

Resta poi, ad ogni modo, cosa si debba intendere per “previo accertamento della responsabilità dell'imputato” nei gradi successivi al primo. E, invero, risulta poco chiaro anche con riguardo al primo. Serve, ad esempio, una rinnovazione probatoria ex art. 603 c.p.p. al fine dell'applicazione della confisca in assenza di formale condanna?

Potrebbe, infine, sempre con riguardo alla confisca senza condanna con *probatio semiplena* (in seguito ad un giudizio di primo grado) paventare la possibilità di dare avvio ad un procedimento civile o penale con adeguate garanzie che tenga conto di quanto deciso in primo grado.

Quale che sia la strada prescelta, la giurisprudenza interna non può, a mezzo di interpretazioni *tassativizzanti*⁵⁸⁴ supplire alla mancanza di un intervento legislativo riformatore in materia di confisca senza condanna (confisca di prevenzione e confisca senza condanna “penale”). Nemmeno a livello sovranazionale pare possibile ottenere risultati confortanti o un'omogenea riconduzione a garanzie di questo istituto.

Risulta necessaria una riforma *ad hoc*.

Le possibili soluzioni (risolutive?) *de iure condendo* in questa sede brevemente illustrate,

verranno compiutamente analizzate nella parte conclusiva del presente lavoro, cercando di valutarne soprattutto la fattibilità.

Occorrerà in particolar modo soffermarsi sugli interventi ritenuti maggiormente realizzabili, a livello normativo, nonché compatibili con il sistema costituzionale nel suo *volet* (soprattutto) *penal*. Due saranno i maggiori interrogativi sui quali occorrerà riflettere, il primo con riguardo alla confisca di prevenzione, il secondo alla confisca senza condanna “penale”:

1) i tempi sono maturi per la costruzione di un vero e proprio *illecito di prevenzione*?

584 L'espressione è utilizzata nella pronuncia della Cass., Sez. Un. Pen., sent. 27 aprile 2017 (dep. 5 settembre 2017), n. 40076, Pres. Canzio, Rel. Fidelbo, Ric. Paternò.

2) qual è l'accertamento (*sostanziale*) di responsabilità dell'imputato necessario ai fini dell'applicazione della confisca senza condanna all'interno del processo penale?

Note conclusive

PROSPETTIVE DE IURE CONDENDO SULLA CONFISCA SENZA CONDANNA

La parte finale del presente lavoro sull'istituto della confisca senza condanna trova la sua naturale evoluzione nell'analisi di alcune prospettive di riforma.

L'interrogativo iniziale concerne la possibilità di costruire un illecito di prevenzione all'interno del sistema di cui al Codice Antimafia, il quale legittimi, con adeguate garanzie, l'applicazione della confisca di prevenzione, attualmente prevista dall'art. 24 D.lgs. 159/2011.

Successivamente, dovrà concentrarsi sulla possibilità di costruzione di un modello di confisca senza condanna "penale" che valorizzi al meglio il *fil rouge* dell'accertamento di responsabilità, quale fondamentale *presupposto sostanziale*.

Quindi, l'angolo visuale dal quale vuole esaminarsi il complesso istituto della confisca senza condanna è quello dei suoi presupposti.

Si tratta di una visione prospettica che nasce dall'esigenza di operare un irrobustimento delle garanzie che dovrebbero connotare sia la confisca di prevenzione sia la confisca c.d. senza condanna, nei termini che si sono analizzati in precedenza, con ulteriori vantaggi anche di ordine eminentemente pratico. In particolare, la strutturazione di un illecito da cui derivi l'applicazione della confisca, nel primo caso, e la previsione di un compiuto accertamento della responsabilità (effettivamente garantista), nel secondo, potrebbero avere l'effetto di rafforzare la cooperazione giudiziaria tra Stati membri, soprattutto con riguardo ad un più efficace riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna italiani in Europa.

Quanto al diritto interno, questa evoluzione potrebbe dissipare taluni (non infondati) dubbi di legittimità costituzionale concernenti questa evoluzione della giustizia patrimoniale, a fronte della *storica* necessità di una sentenza di condanna (formale) e definitiva per l'applicazione di pene ed effetti penali della condanna.

Tentare di prospettare delle riforme "allo stato dell'arte", e quindi con piena consapevolezza che le riforme legislative, interne ed europee, nonché la giurisprudenza, anche della Corte Edu, vanno decisamente in senso favorevole rispetto alle ipotesi di confisca che stiamo esaminando, risulta infatti la strada maggiormente percorribile.

Quanto alla confisca senza condanna “penale”, l’introduzione nel codice di procedura penale dell’art. 578-bis c.p.p., che disciplina la confisca da estinzione del reato in casi particolari, conferma il rafforzamento che tale istituto sta avendo negli ultimi anni.

Conforta tale esito anche la giurisprudenza della Corte Edu, la quale non ha mancato di affermare, in più occasioni, la compatibilità convenzionale della confisca di prevenzione italiana e la confiscabilità in assenza di condanna nel caso di reato di lottizzazione abusiva, da ultimo nel giugno 2018 con la sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia del 2018. E, inoltre, anche il legislatore europeo pare avallare un tale progetto di espansione dell’applicabilità della *non-conviction based confiscation*, di cui il regolamento 2018 in materia di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna è piena espressione.

Ne risulta, allo stato attuale, la piena cittadinanza della confisca senza condanna.

Sarebbe dunque sterile e non al passo coi tempi condannare questo istituto per i suoi caratteri evidentemente afflittivi, senza tentare di trovare una soluzione ragionevole che gli consenta di avvicinarsi ai paradigmi di cui alla Carta costituzionale italiana. Non è, infatti, mai stato negato nel presente lavoro il carattere afflittivo della confisca senza condanna “penale” -benchè dalla dottrina italiana sovente definita misura di sicurezza o sanzione amministrativa- e della confisca di prevenzione.

Quest’ultima trae le sue note afflittive soprattutto dall’illimitatezza del suo oggetto, dall’inversione dell’onere probatorio che sostanzialmente determina, dall’assenza di un nesso di correlazione temporale tra beni confiscati e dal fatto indiziario dal quale origina la misura ablatoria⁵⁸⁵.

In parte diverse sono quelle che contraddistinguono la confisca senza condanna “penale”.

⁵⁸⁵ Salvo poi approfondire tale questione nel *prosieguo*, si dica per il momento che il punto maggiormente dolente sul quale la presente analisi deve concentrarsi riguarda l’elemento soggettivo di applicazione della misura. L’espressione può risultare fuorviante in quanto sostanzialmente porta a ritenere la confisca di prevenzione pena, sulla base della quale costruire un reato. Tuttavia, il riferimento è all’accertamento di un illecito di prevenzione o della responsabilità, le cui modalità risultano poco chiare e legislativamente non predeterminate sia nel caso della confisca di prevenzione che in quello della confisca senza condanna “penale”. Con riguardo in particolare all’accertamento di responsabilità, esso deve intendersi comprensivo anche della verifica giudiziale sulla riconduzione anche psicologica del fatto. È necessario, però, precisare che nel caso della confisca, la quale ha per oggetto l’ablazione di beni, la responsabilità soggettiva dell’autore (o del potenziale autore) deve consistere nella consapevolezza che i beni siano derivati dall’illecito commesso.

Per tale ragione, non può in alcun modo sostenersi che la costruzione di un presupposto sostanziale debba portare a strutture della medesima consistenza nel caso della confisca di prevenzione e in quello della confisca senza condanna “penale”, in quanto trattasi di misure che originano da due procedimenti diversi, secondo regole solo in parte assimilabili.

Ciononostante, l'accertamento di un profilo sostanziale (illecito di prevenzione o responsabilità per il fatto di reato) costituisce, con le dovute differenze qualitative e quantitative, presupposto di applicazione di entrambe le misure. Per presupposto sostanziale può intendersi un requisito che presuppone l'applicazione di una misura e che va accertato dal giudice. Solo rispettando tale sequenza è in grado di fornire la legittimazione necessaria per superare il vaglio di legittimità costituzionale.

Nel caso specifico della confisca di prevenzione, la ricerca del suo presupposto sostanziale di applicazione necessita di una riflessione sulla possibilità di costruire un ‘fatto tipico’ di prevenzione.

L'ancoraggio della confisca ad un fatto dal quale origini l'applicazione della misura consentirebbe infatti di superare le censure di legittimità costituzionale continuamente mosse (e non a torto) dalla dottrina e da taluna parte della giurisprudenza.

Per tale ragione, i tempi parrebbero essere maturi per sviluppare una riflessione, in particolare *de iure condendo*, su di un illecito di prevenzione⁵⁸⁶ dal quale discenderebbe l'applicazione, tra le altre misure, della confisca ex art. 24 D.lgs. 159/2011.

Va al proposito osservato che alcuni elementi sono già rinvenibili nel sistema.

Un possibile riferimento è costituito dall'art. 4 comma 1 lett. d), che si riferisce ai presupposti soggettivi di applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali.

All'interno di tale previsione e in relazione ai soli indiziati di aver commesso fattispecie di terrorismo, viene infatti richiesto che siano stati posti in essere *atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi* diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato.

⁵⁸⁶ G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Utet, Torino, 1942, 1-401; F. CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 2016, 51 e ss.

Si tratta di nozioni sostanziali le quali disvelano l'esigenza di costruire una figura di illecito dalla quale possa originare la confisca di prevenzione, con l'effetto di determinare un rafforzamento delle garanzie.

Sorge, quindi, il problema di comprendere in che misura sia possibile ricostruire, in termini più generali, un illecito di prevenzione per la confisca di prevenzione.

Al proposito, nel tentare di costruire un illecito di prevenzione è necessario leggere l'art. 24 del Codice Antimafia in combinato disposto con una pluralità di disposizioni del Codice stesso.

Da tale analisi risulta che la confisca di beni viene applicata ad un soggetto (il proposto) sulla base della sua pericolosità sociale e l'appartenenza ad una delle categorie soggettive di cui agli articoli 4 e 16 del Codice.

Orbene, da questa analisi formale risulta che il giudice dovrebbe procedere, *in primis*, alla verifica della pericolosità sociale del proposto, seppur non più attuale, e in secondo luogo all'appartenenza ad una delle categorie di indiziati tassativamente prevista dagli articoli sopracitati.

Nella indagine giudiziale propedeutica all'applicazione della confisca, in altri termini, il giudice dovrebbe verificare che entrambi i requisiti siano sussistenti; in realtà, com'è noto, il giudice ritiene integrato il pericolo di commissione di reati in futuro solo sulla base della appartenenza ad una delle categorie soggettive di cui agli artt. 4 e 16.

Si tratterebbe, invero, di una pericolosità presunta: "Si è pericolosi per il fatto stesso di essere indiziati di una delle fattispecie presupposto, ivi compresi i reati che non sono di matrice mafiosa"⁵⁸⁷. E del resto questo risultato pratico, a cui peraltro si è pervenuti dopo la emancipazione della categoria della pericolosità sociale dal requisito della attualità, è oggetto di conferme espresse da parte della giurisprudenza. Quest'ultima infatti definisce la pericolosità solo attraverso la sussumibilità del proposto all'interno delle *categorie di indiziati* previste dal Codice.

Peraltro, si noti come l'illogicità del sistema in punto di pericolosità sociale era già manifestata dalla incongruenza tra formale necessità di accertamento da parte del giudice della pericolosità sociale del proposto e assenza di tale accertamento nella confisca di prevenzione dei beni del defunto (art. 18 Codice Antimafia).

⁵⁸⁷ Cass., Sez. Un., c.c. 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), Pres. Santacroce, Rel. Bruno, Ric. Spinelli

Continuare, dunque, a ritenerla operante, seppure nei termini di una verifica della propensione criminosa del proposto al momento della (presunta) commissione del fatto di reato, così trasmessa al bene, attraverso l'inganno della pericolosità oggettiva della *res* pare inutile e, senza dubbio illusorio.

Per tale ragione la proposta di costruzione di un illecito di prevenzione dovrebbe recepire la reale essenza dell'accertamento operato nel procedimento di prevenzione, che ha ormai ad anni abbandonato l'istituto della pericolosità sociale classicamente inteso. Questo effetto peraltro segnerebbe un distacco tra la confisca di prevenzione-misura preventiva e le confische-misure di sicurezza, ancorate al requisito della pericolosità sociale.

Quindi, in primo luogo, l'illecito di prevenzione di cui si indaga dovrebbe essere sganciato dal requisito della pericolosità sociale.

Si potrebbe, tuttavia, continuare a ritenere esistente una pericolosità sociale, se non futura, quanto meno *per il passato*, intesa come accertamento della commissione di un fatto passato. E, difatti, il giudice che applica la confisca di prevenzione accerta sulla base di indizi la commissione di un fatto di reato, quindi, confisca sulla base della probabile già avvenuta commissione di un illecito penale⁵⁸⁸.

Quindi, la finalità preventiva dell'illecito non deve essere più intesa come classica prevenzione della commissione di futuri fatti di reato ma prevenzione nella commissione degli stessi, a tutela della sicurezza e dell'ordine sociale⁵⁸⁹. Si parla, infatti, di prevenzione sistemico-economica⁵⁹⁰, sull'assunto che le finalità della confisca risiederebbero nel voler l'ordinamento evitare il pericolo che la immissione di capitali illeciti inquinino il sistema economico⁵⁹¹.

Si potrebbe a questo punto opinare che la confisca di prevenzione, abbandonato il filtro della pericolosità sociale, diventa ora pienamente sussidiaria alla logica di repressione penale del codice, finendo per costituire una sanzione penale facilmente applicata in mancanza di prove. Questo esito parrebbe confortato dal rilievo che quasi tutte

⁵⁸⁸ F. CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, op. cit., p 53

⁵⁸⁹ Così, F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, 12 settembre 2018, <https://discrimen.it/per-un-ripensamento-radical-del-sistema-di-prevenzione-ante-delictum/>.

⁵⁹⁰ L'espressione è utilizzata da F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, op. cit., il quale individua tale funzione delle misure di prevenzione.

⁵⁹¹ Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 33, Pres. Grossi, Est. Modugno

categorie soggettive di applicazione della misura si riferiscono al sospetto di reati commessi.

E pare rilievo che merita un'analisi *ad hoc*: per tale ragione, a seguito della premessa circa la necessaria eliminazione del requisito della pericolosità soggettiva classicamente intesa della confisca di prevenzione e chiarita la funzione di prevenzione che tale misura principalmente persegue, pare opportuno interrogarsi su quale natura giuridica rivesta l'illecito di prevenzione che si teorizza. Ciò, in quanto dall'inquadramento della sua natura giuridica ne discendono i relativi presupposti applicativi.

Il riferimento più immediato dal quale risulta opportuno prendere avvio, anche sulla base della notazione relativa al venir meno della pericolosità, concerne il reato di possesso ingiustificato di valori⁵⁹², o meglio, come possesso sproporzionato di beni.

Il reato di possesso ingiustificato di valori, assieme al reato di possesso ingiustificato di chiavi o grimaldelli di cui agli artt. 708 e 707 c.p. configuravano a seguito della promulgazione del Codice Rocco reati di mero sospetto. La dottrina si è da subito interrogata sulla compatibilità costituzionale di fattispecie penali, nel caso specifico, contravvenzionali le quali sulla base del mero possesso di beni, applicavano la restrizione della libertà personale. Ciò, a seguito della impossibilità da parte dell'imputato di giustificare la legittima provenienza dei beni nella cui disponibilità si veniva a trovare.

Nel caso dell'art. 707 c.p. il possesso di chiavi o grimaldelli ingenera il sospetto a seguito del quale la fattispecie di reato si ritiene "consumata".

Nel caso del reato di possesso ingiustificato di valori ai sensi dell'art. 708 c.p., invece, chiunque non riesca a giustificare la legittima provenienza delle cose che possiede veniva punito con l'arresto.

La principale analogia tra i due reati di sospetto riguardava le categorie soggettive del reato, e in ciò si legge l'analogia con l'attuale confisca di prevenzione la quale postula una condizione personale come presupposto applicativo. Le condizioni personali teorizzate dai reati di sospetto in analisi concernevano la figura soggettiva del

⁵⁹² Sul tema, in particolare, cfr.: F. COPPI, *Osservazioni sui «reati di sospetto» e, in particolare, sul «possesso ingiustificato di valori»*, in *Giur. cost.*, I, 1968, p. 1730 ss; A. FIORELLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in A.M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, p. 191 ss.

condannato per delitti determinati da fini di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione dei delitti contro il patrimonio, o per mendicizia, o il caso in cui l'imputato fosse già stato ammonito o sottoposto a una misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta.

Emergeva, chiaramente, un *diritto penale del tipo di autore*, in palese violazione con gli articoli 3, 24, 25 e 27 della Costituzione.

E, per tale ragione, da un lato l'art. 707 c.p. è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con sent. 2 febbraio 1971, n. 14 relativamente alla parte in cui fa richiamo alle condizioni personali di condannato per mendicizia, di ammonito, di sottoposto a misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta; dall'altro l'art. 708 c.p. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con sentenza n. 370 del 1996.

Quest'ultima è, infatti, la fattispecie penale più problematica in quanto legittimava l'applicazione dell'arresto sulla base dell'ingiustificata detenzione di denaro o di oggetti di valore, o di altre cose non confacenti al suo stato, realizzando un'inversione dell'onere probatorio autorizzato solo sulla base della sproporzione dei beni nel possesso dell'imputato e dall'appartenenza del medesimo ad alcune categorie soggettive.

La somiglianza di tale fattispecie con la confisca di prevenzione risulta innegabile e le censure che potrebbero essere mosse ad un illecito di prevenzione dalla natura di sanzione penale sono le medesime che la giurisprudenza ha mosso soprattutto con la pronuncia che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della fattispecie.

La creazione di un reato di possesso ingiustificato di valori dal quale segua l'applicazione della confisca, infatti, pone rilevanti problemi di legittimità costituzionale, nonostante la misura che segue alla commissione del reato non è più direttamente lesiva della libertà personale, bensì del patrimonio.

Ciò, in quanto continuerebbero a porsi problemi di compatibilità con l'art. 3 della Carta costituzionale, sotto il profilo della differenza di trattamento per condannati per taluni (ed altri) reati, non giustificata sotto il profilo della ragionevolezza.

Si porrebbero, altresì, problemi di compatibilità con l'art. 24 Cost., *sub specie* di diritto di difesa dell'imputato, il quale si vedrebbe applicata la confisca di beni sulla base di una inversione dell'onere probatorio difficilmente contrastabile. In particolare, la

possibilità da parte dell'imputato di provare la legittima provenienza dei beni nel cui possesso si trova potrebbe altresì condurre lo stesso a fornire dettagli rilevanti e incriminatori su altri reati dal medesimo commessi, in evidente spregio del principio (costituzionalmente garantito) del *nemo tenetur se detegere*.

Inoltre, il reinserimento di un reato della specie di quello dichiarato incostituzionale, anche se contenuto nel Codice Antimafia, determinerebbe la violazione del principio di non colpevolezza *sub specie* di presunzione di innocenza, postulando, in capo all'imputato, una presunzione di colpevolezza. Questa presunzione è in aperto contrasto con l'art. 27 della Costituzione ed è censura che ha già riguardato la fattispecie di possesso ingiustificato di valori.

Quanto, invece, alla impossibilità di ritenere l'illecito di prevenzione vera e propria misura penale a ragione della suo configurarsi come reato senza azione, debbono farsi alcune precisazioni.

Definire il reato di possesso ingiustificato di valori un reato senza azione, senza condotta e quindi una fattispecie incompatibile con il sistema penale, sulla scorta di una iniziale giurisprudenza, non è affermazione accurata.

Da un lato, infatti, si potrebbe rilevare che il possesso medesimo dovesse essere ritenuto condotta del reato, ma è opzione che non convince in quanto insufficiente a costruire l'impianto di una condotta che possa ritenersi tale.

In realtà, la condotta del reato di possesso ingiustificato di valori, e un eventuale illecito di prevenzione cui si attribuisca natura penale è di tipo complesso. E', infatti, da un lato commissiva in quanto legata al reato precedentemente commesso, produttore di ricchezza, e omissiva quanto alla mancata giustificazione della liceità della provenienza dei medesimi.

Il fatto tipico di un tale reato, infatti, altro non sarebbe che la detenzione ingiustificata di beni, con evidente incriminazione di meri atti preparatori costituzionalmente illegittima che, peraltro, creerebbe una non problematica sovrapposizione tra reato consumato e reato tentato.

Da quanto rilevato, pare alquanto arduo paventare la costruzione di un illecito di prevenzione come, in un certo senso, una riproposizione di un reato di possesso ingiustificato di valori, seppur cercando di proporre una fattispecie penale maggiormente in linea con l'assetto costituzionale da quella dichiarata

costituzionalmente illegittima, a cagione dell'eccessivo arretramento della soglia di punibilità che determina. Sarebbero difficilmente superabili, infatti, le censure relative al contrasto con il principio di legalità penale, soprattutto sotto il profilo della tassatività del precetto, attualmente oggetto di attento vaglio da parte della Corte Edu⁵⁹³.

Devono, dunque, essere vagliate strade alternative.

Le censure di illegittimità incostituzionale cui andrebbe incontro un illecito di prevenzione non potrebbero infatti essere mosse ad un illecito di diversa natura. Ciò, chiaramente, solo nel caso in cui l'illecito di prevenzione, il quale dovrebbe mantenere i presupposti applicativi di cui all'attuale confisca di prevenzione (seppur con alcuni adeguamenti), abbia una struttura compatibile con sistemi diversi da quello penale.

La sostanza penale dei presupposti applicativi della fattispecie che si teorizza, infatti, non vuole essere fittiziamente superata per fornire all'illecito una veste giuridica di comodo.

L'illecito di natura diversa non è ipotesi peregrina all'interno del nostro sistema giuridico.

Il primo sistema che è opportuno analizzare è quello dell'illecito civile. L'ordinamento giuridico interno, infatti, colloca l'illecito civile nell'art. 2043 c.c., il quale, peraltro, non si caratterizza come illecito per modalità di lesione ma fa derivare il risarcimento dalla commissione di un fatto illecito.

Orbene, si ritiene che l'illecito di prevenzione non possa ritenersi un illecito civile, in quanto la sua struttura mal si concilia con questo tipo di illeciti. Guardando al dispositivo dell'art. 2043 c.c., ad esempio, si richiede comunque la commissione di un danno che deve essere accertato e pertanto risarcito da parte del giudice.

Il sistema degli illeciti civili punitivi è negli ultimi tempi oggetto di crescente attenzione da parte di dottrina e giurisprudenza. Ci si riferisce, *in primis*, alla introduzione dell'istituto delle sanzioni civili con il D.lgs. 7/2016 di natura apertamente afflittiva e punitiva e, quanto, alla evoluzione giurisprudenziale, alle recenti Sezioni Unite intervenute sui danni punitivi.

Le sanzioni civili, istituite a seguito di alcune depenalizzazioni, sebbene di natura pubblicistica in quanto devolute alla Cassa delle Ammende e applicate d'ufficio, come

⁵⁹³ Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia

corollario dell'accoglimento della domanda di risarcimento, rimangono pur sempre collocate all'interno del sistema civile. Si applicano, infatti, le regole del codice di procedura civile, assolutamente inadeguate per un illecito di prevenzione fin troppo legato alla logica penalistica.

A fortiori quanto sopra deve sostenersi nel caso dei danni punitivi, recanti finalità repressivo-punitiva, i quali si trovano assolutamente fuori dallo spettro applicativo del Codice Antimafia. Si noti, inoltre, come le Sezioni Unite le quali riconoscono nel nostro sistema la presenza di finalità repressive anche in istituti propriamente di diritto civile, non forniscono piena cittadinanza alla contaminazione tra ordinamento civile e penale ma si trovano solo a ritenere eseguibile una sentenza straniera che preveda l'applicazione di danni punitivi all'interno del sistema italiano.

Inoltre, la veste civilistica non si confà all'illecito di prevenzione in quanto si tratta di un sistema, quello civilistico-punitivo, ancora troppo giovane e non esplorato, per poter fornire al sistema della confisca di prevenzione le garanzie necessarie a tutela del proposto e per chiudere il capitolo della paventata incompatibilità costituzionale di tali misure con i principi penalistici recanti copertura costituzionale.

Diversamente dall'ordinamento civile, quello amministrativo punitivo meglio potrebbe conciliarsi con la struttura dell'illecito di prevenzione, il quale, abbandonato l'accertamento della pericolosità sociale del proposto, si relaziona comunque con le categorie del pericolo. Queste ultime fanno parte del sistema penale all'interno del quale sono ricomprese ipotesi di reati di pericolo astratto e concreto. Tuttavia, l'arretramento della soglia di punibilità che si realizza all'interno della confisca di prevenzione, come già visto in relazione al caso del possesso ingiustificato di valori, non giustifica una sua inclusione nel codice penale.

I beni oggetti di confisca, infatti, sono sì pericolosi in quanto determinano, come già visto, un inquinamento del sistema economico generale ma attingono ad una soglia di pericolo inconsistente anche con la categoria, di elaborazione pretoria e maggiormente stridente con le garanzie costituzionali, dei reati di pericolo astratto.

Quindi, il sistema amministrativo meglio si presta a contenere l'illecito di prevenzione e, ad una più attenta analisi la sua struttura ben si concilia con le categorie del diritto amministrativo punitivo.

Del resto, anche questo non disconosce ipotesi di illeciti, per l'appunto, amministrativi⁵⁹⁴: si pensi agli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato dalla cui *commissione* segue l'applicazione della confisca ex art. 187-sexies T.U.F. in base alla quale, al primo comma: “*L'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente capo importa sempre la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo*” e che può anche essere applicata, a titolo residuale, per equivalente e, in ogni caso, solo ai destinatari della sanzione sanzione amministrativa pecuniaria irrogata.

Non resta, dunque, che vagliare la compatibilità dell'illecito di prevenzione con il sistema del diritto punitivo amministrativo.

Immediatamente emerge come il tentativo di riconduzione della figura normativa dell'illecito di prevenzione all'interno della categoria delle sanzioni amministrative pone ulteriori requisiti di compatibilità con la disciplina di cui al Codice Antimafia e in ultima analisi:

- a) L'illecito amministrativo (di prevenzione) si prescrive, e in caso di riposta affermativa, deve seguire la stessa disciplina in tema di prescrizione di cui alla legge n. 689 del 1981 relativa alle sanzioni pecuniarie?
- b) Può essere applicato nei confronti agli eredi del proposto in seguito alla sua morte?

Deve premettersi che la disciplina che si ritiene maggiormente confacente con un eventuale sistema dell'illecito di prevenzione è proprio la legge n. 689 del 1981 la quale si riferisce alle sanzioni pecuniarie ed è in parte costruita sull'impianto del codice penale, ai cui principi fondamentali rimanda.

Del resto l'idea per cui l'illecito di prevenzione debba seguire la disciplina degli illeciti amministrativi *sub specie* di sanzione amministrativa non pecuniaria reale non è totalmente innovativa. Già con riferimento alla confisca di prevenzione, infatti, si faceva spesso in giurisprudenza riferimento ad una disciplina a metà strada tra diritto penale e amministrativo, talvolta paventando un *tertium genus*, altre riconducendo pienamente la confisca antimafia alle sanzioni amministrative, anche tramite il

⁵⁹⁴ C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, op. cit.

richiamo alle misure di sicurezza dalla natura dichiaratamente amministrativa e non penale.

Ma nell'ipotesi che qui si cerca di analizzare, e quindi quella della costruzione di un illecito di prevenzione *ad hoc* l'attribuzione della medesima natura di cui agli illeciti amministrativi, serve, escludendo il rinvio alla disciplina delle misure di sicurezza, ad attestare la possibile applicazione della disciplina prevista per le sanzioni amministrative.

L'impianto normativo previsto per quest'ultima rimanda espressamente al diritto penale, attraverso il riferimento al principio di legalità, alla capacità di intendere e di volere, all'elemento soggettivo, alle cause di esclusione della responsabilità e al concorso di persone.

E' stato non a caso rilevato come a seguito della legge n 689 del 1981 l'illecito amministrativo esca caratterizzato come fatto tipico, antigiuridico e colpevole⁵⁹⁵.

La differenza tra illecito penale e civile discenderebbe dallo stigma discendente dall'aver subito un processo penale e dagli effetti penali della condanna non discendenti dall'applicazione della confisca a seguito di commissione dell'illecito di prevenzione.

Peraltro la tipizzazione di un illecito di prevenzione che rimandi alle regole del sistema delle sanzioni amministrative, seppur con i dovuti adeguamenti, beneficerebbe di principi che ben coniugano efficienza e garantismo. L'art. 1, infatti, da un lato sancisce il principio di irretroattività e dall'altro estende alle sanzioni amministrative il principio *tempus regit actum*, consentendo di rispettare le esigenze sottese all'estensione alla confisca di prevenzione della disciplina delle misure di sicurezza.

Al contempo, l'illecito amministrativo che emerge dalla disciplina della legge n. 689 del 1981 mal si concilia con le fattispecie di mero sospetto, quindi consentirebbe una maggiore tipizzazione della fattispecie dell'illecito di prevenzione.

Per rispondere alle domande che ci si era inizialmente posti in punto di prescrizione e applicabilità di un eventuale illecito di prevenzione al proposto morto a seguito dell'avvio del procedimento di prevenzione, sono necessarie alcune precisazioni.

⁵⁹⁵ C. E. PALIERO, A: TRAVI, *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, op. cit.

Quanto a primo punto, va subito evidenziato che il sistema delle sanzioni amministrative beneficia di un termine di prescrizione quinquennale⁵⁹⁶ il quale garantisce che la confisca di beni del proposto non sia *sine die*. Si potrebbe comunque prevedere un termine di prescrizione più generoso, considerata la difficoltà di risalire ai beni di provenienza illecita di cui il proposto ha la disponibilità.

Il secondo punto merita una riflessione più approfondita. E' stata, infatti, ampiamente criticata nel presente lavoro la previsione della confiscabilità a soggetto morto, anche ove il procedimento di prevenzione inizi successivamente alla sua morte. Al proposito il diritto amministrativo punitivo ritiene (a ragione) non applicabile la sanzione amministrativa a seguito della morte del destinatario del provvedimento. Ciò, in virtù dell'art. 7 della legge 689/91 il quale prevede che l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione non si trasmetta ai suoi eredi.

E ciò, anche nel caso di sentenza di estinzione del reato per morte dell'imputato, come confermato dalla disciplina applicativa del Codice della Strada⁵⁹⁷.

Ad ogni modo, anche ove si volesse continuare a prevedere che la confisca segua alla morte del proposto, il venir meno del requisito della pericolosità sociale, eliminerebbe la ragion d'essere delle principali censure concernenti l'art. 18 del Codice Antimafia. Anche con riguardo allo spinoso problema della confisca nei confronti di beni di proprietà di terzi, la disciplina in esame prevede che la sanzione sia personale. Quindi, nella ipotesi di un illecito di prevenzione, garantendo la confiscabilità solo dei beni del

⁵⁹⁶ L'art. 28 legge 689 del 1991 recita: "Prescrizione: Il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione. L'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del codice civile".

⁵⁹⁷ L'art 224 D.Lgs. n. 285/1992 recita: "1. Quando la sentenza penale o il decreto di accertamento del reato e di condanna sono irrevocabili, anche a pena condizionalmente sospesa, il prefetto, se è previsto dal presente codice che da esso consegua la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente, adotta il relativo provvedimento per la durata stabilita dall'autorità giudiziaria e ne dà comunicazione al competente ufficio provinciale della Direzione generale della M.C.T.C. 2. Quando la sanzione amministrativa accessoria è costituita dalla revoca della patente, il prefetto, entro quindici giorni dalla comunicazione della sentenza o del decreto di condanna irrevocabile, adotta il relativo provvedimento di revoca comunicandolo all'interessato e all'ufficio della Direzione generale della M.C.T.C. 3. La declaratoria di estinzione del reato per morte dell'imputato importa l'estinzione della sanzione amministrativa accessoria. Nel caso di estinzione del reato per altra causa, il prefetto procede all'accertamento della sussistenza o meno delle condizioni di legge per l'applicazione della sanzione amministrativa accessoria e procede ai sensi degli articoli 218 e 219 nelle parti compatibili. L'estinzione della pena successiva alla sentenza irrevocabile di condanna non ha effetto sulla applicazione della sanzione amministrativa accessoria. 4. Salvo quanto previsto dal comma 3, nel caso di sentenza irrevocabile di proscioglimento, il prefetto, ricevuta la comunicazione della cancelleria, ordina la restituzione della patente all'intestatario. L'ordinanza di estinzione è comunicata all'interessato e all'ufficio della Direzione generale della M.C.T.C. Essa è iscritta nella patente".

soggetto che abbia effettivamente commesso il reato, anche se solo sulla base di una prova più debole, si garantisce il rispetto del principio di personalità della sanzione previsto dalla legge in esame.

Le norme solo sommariamente descritte stabiliscono, per come emerge, principi molto più garantistici di quelli previsti nel Codice Antimafia per le misure di prevenzione, e di quelli analogicamente applicati in tema di misure di sicurezza. I principi del diritto amministrativo *punitivo* non raggiungendo la medesima consistenza del *nucleo esteso*⁵⁹⁸ dei principi penalistici, non pongono problemi in termini di vaglio di compatibilità costituzionale.

Più in chiaro ci si riferisce alla esistenza confermata dalla giurisprudenza della Corte Edu, e anche dalla Corte costituzionale - sebbene in un *obiter dictum* nella sentenza 33 del 2018- di una serie di principi applicabili solo alle norme formalmente e sostanzialmente penali e altri principi, recanti parimenti copertura costituzionale, che sebbene originariamente applicati solo alle norme penali devono applicarsi anche a norme diverse, purchè abbiano risvolti (in parte) afflittivi.

Tale condivisibile orientamento dottrinale⁵⁹⁹ discende dalla presa di coscienza che nell'attuale sistema si sta tentando - per ragioni di politica criminale e nel tentativo di riaffermare un diritto penale che sia effettivamente *extrema ratio*- di inquadrare istituti dalla funzione non solamente o principalmente afflittiva all'interno di sistemi giuridici diversi, quale quello amministrativo.

Non si deve, invero, trattare di principi del diritto penale diversi ma recanti diversa intensità. Si pensi ad esempio all'art. 27 della Costituzione: può essere declinato come divieto di responsabilità per fatto altrui, come principio di responsabilità penale personale, ma anche come principio di non colpevolezza e presunzione di innocenza. Nel caso del diritto amministrativo punitivo all'interno del quale rientrerebbe detto illecito di prevenzione è ovvio che mancando un processo penale, mancando la prova

⁵⁹⁸ Parla di nucleo duro (ristretto) dei principi penalistici, richiamandosi anche ad una giurisprudenza che lo richiama, L. MASERA, *Spunti di riflessione sulla nozione costituzionale di sanzione penale*, in Scritti in onore di E. DOLCINI, Giuffrè 2018, p. 1039 e ss. L'Autore è in particolare a favore del riconoscimento di una nozione sostanziale di sanzione penale, coerentemente con una parte di giurisprudenza sul punto. Contra, D. BIANCHI, *Irretroattività e retroattività nella recente giurisprudenza costituzionale in materia penale*, Dir. pen. e processo n. 2/2018.

⁵⁹⁹ Ibid.

circa la commissione del reato l'accertamento di responsabilità del proposto non potrebbe mai essere vagliata alla luce della presunzione di innocenza.

E' bene evidenziare come un eventuale illecito di prevenzione, pur rinviando alla disciplina e di conseguenza ai principi del diritto amministrativo punitivo, in quanto fatto dal quale origina l'applicazione della confisca di prevenzione, debba essere contenuto all'interno del D.lgs. 159 del 2011.

L'obiettivo del legislatore, quindi, dovrebbe essere quello di modellare la disciplina del Codice Antimafia, caratterizzata dal procedimento speciale rappresentato da quello di prevenzione, attraverso la legge n. 689 del 1981 e ai suoi principi, che, se non *stricto sensu* penalistici, determinano un rilevante innalzamento delle garanzie attuali.

Posto quanto precedentemente detto in tema di pericolosità – la quale non avrebbe alcuna ragion d'essere all'interno della fattispecie e che, in ultima analisi, dovrebbe determinare una ancor più netta rottura con il sistema di prevenzione personale – può, quindi, adesso essere possibile abbozzare una fattispecie di illecito di prevenzione che si rifaccia alle categorie del diritto amministrativo punitivo.

Convivono, in tale modello di illecito di prevenzione, sia presupposti sostanziali che processuali. Si tratta, invero, di una fattispecie a condotta complessa, in quanto il fatto che origina l'ablazione patrimoniale non rientra nella classica definizione di azione od omissione cara al diritto penale. Proprio la sua attrazione nell'orbita del diritto amministrativo consente un tale disallineamento.

Orbene, il fatto dell'illecito di prevenzione dovrebbe consistere nel possesso o nella detenzione di beni in maniera sproporzionata. La sproporzione in questo caso, altro non è che il presupposto sostanziale da cui il fatto della disponibilità dei beni trae la sua legittimazione.

A ciò si aggiunge la mancanza di giustificazioni sulla legittima provenienza dei beni da parte del proposto.

L'insieme di tali elementi dovrebbe, in sintesi, costituire la condotta tipica dell'illecito di prevenzione.

Tale assunto, però, non è in linea con quella parte di giurisprudenza la quale sostiene che il presupposto della misura di prevenzione non sia un illecito di qualsivoglia natura bensì una “condizione personale” irriducibile ad un fatto propriamente inteso⁶⁰⁰.

⁶⁰⁰ Cass. Sez. VI, 16 luglio 2014, Muià e altro.

Tuttavia, deve ritenersi che il possesso ingiustificato di beni, la cui sproporzione segnala l'opportunità di una condotta attiva di giustificazione della legittima provenienza della *res* da parte del proposto non sia una condizione personale bensì un fatto dal quale origina, in caso di esito negativo e a seguito di accertamento di colpevolezza da parte del giudice, l'opportunità della confisca.

Ciò, sulla base di indizi di commissione di determinati reati, ai quali la nuova figura dell'illecito di prevenzione dovrebbe rivolgersi, in un'ottica maggiormente garantistica.

Gli indizi rappresentano il presupposto processuale della misura, che conduce alla formazione del *fatto indiziario complesso* dell'illecito di prevenzione.

Quindi dal fatto applicativo, si passa all'accertamento di responsabilità che ha come punto di partenza *i sufficienti indizi* di cui parla l'art. 20 del Codice Antimafia.

Tali sono, allo stato, solo le acquisizioni probatorie in grado di giustificare, sul piano razionale ed empirico, il sospetto che il proposto abbia commesso il reato.

Questo, nonostante la giurisprudenza aggiunga che tali sospetti debbano essere saldamente ancorati a elementi di fatto di sicuro valore sintomatico, storicamente accertati e obiettivamente verificabili⁶⁰¹. La formula giudiziaria qui riportata sostanzialmente equipara l'accertamento necessario per applicare la confisca di prevenzione a quello (necessario) per iscrivere la *notizia criminis* all'interno del suo registro.

Di conseguenza, i sufficienti indizi di commissione di reati rientranti nelle (allo stato) categorie di pericolosità soggettiva di cui agli artt. 4 e 16 del Codice non sono adeguato accertamento di responsabilità al quale far seguire l'applicazione di una misura con finalità afflittive (non solo preventive) quale la confisca.

E ad ogni modo potrebbe essere, allo stato della normativa opinato, che se la consistenza indiziaria semplice legittima l'ablazione patrimoniale nel caso di mancata dimostrazione di provenienza legittima, anche una dimostrazione di provenienza legittima che non assurga a piena prova dovrebbe giustificare la mancata applicazione della misura.

Si potrebbe, in tal senso ipotizzare, un parallelo con il c.p.p. che all'art. 192 richiede, ai fini dell'applicazione delle misure cautelari indizi gravi, precisi e concordanti.

⁶⁰¹ Cass. Sez. I, 23 gennaio 1992, Barbaro.

Oppure, sempre nel caso delle misure cautelari, si potrebbe introdurre per tutti i presupposti soggettivi di applicazione dell'illecito di prevenzione l'accertamento di gravi indizi, come avviene ai sensi dell'art. 45 comma 1 del sistema di responsabilità amministrativa dipendente da reato (D.lgs 231 del 2001)⁶⁰². Invero, le specifiche modalità con le quali si chieda che venga accertata la responsabilità amministrativa dipendente da reato della persona giuridica potrebbero essere d'ispirazione per la costruzione di un illecito di prevenzione in cui l'accertamento del fatto e della responsabilità abbia un proprio *peso specifico*, pur in assenza di una condanna formale⁶⁰³.

Peraltro, gli indizi di commissione di determinati reati, i quali dovrebbero essere rafforzati attraverso un'espressa menzione nel Codice Antimafia, verrebbero in ogni caso supportati dalla mancata giustificazione della legittima provenienza. Questa svolge un ruolo importante sia in relazione al fatto indiziario che all'accertamento di responsabilità.

Tale condotta "*omissiva*" potrebbe essere letta anche come *elemento* soggettivo indiziante della commissione dell'illecito da parte del proposto. Più in chiaro, potrebbe rivelare che i beni oggetto di disponibilità provengano dal reato. Per tale ragione il proposto avrebbe quindi deciso di non giustificarne la legittima provenienza.

⁶⁰² Art. 45. Applicazione delle misure cautelari: "1. Quando sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede, il pubblico ministero può richiedere l'applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, presentando al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi quelli a favore dell'ente e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate".

⁶⁰³ In Dottrina, infatti, si guarda sempre con maggiore attenzione alla creazione di un illecito punitivo dell'ente, seppure come illecito colposo. Si tratterebbe, in tale caso, di operare un bilanciamento tra libertà di autorganizzazione dell'ente e adozione delle misure di prevenzione. Le proposte sino ad ora avanzate concernono, alternativamente, un illecito a due o a tre elementi. Nel primo caso, l'illecito dovrebbe essere composto dal fatto oggettivo colposo di disorganizzazione dell'ente collegato al reato e della esigibilità soggettiva di condotta ente conforme a standard oggettivo. Si parla, infatti, di fattispecie autonoma di illecito punitivo dell'ente: quindi, di illecito colposo, che presuppone fatti umani e in relazione al quale non occorre l'identificazione della persona (arg. ex art. 8 D.lgs. 231 del 2001). Si teorizza, quindi, un illecito di omessa prevenzione del reato. Secondo una diversa ricostruzione, l'illecito punitivo dell'ente andrebbe costruito come: 1) reato senza azione; 2) Illecito con evento necessario (che è il reato presupposto); 3) Illecito a condotta normativa ma con condotta fuori dal fatto: rispetto al fatto di reato la condotta, come la si costruisca, precede il fatto stesso, semmai lo segue. Si tratta di teorizzazioni utili alla stessa creazione, seppure con le dovute distinzioni, di un illecito di prevenzione. I contributi alla creazione di un illecito punitivo dell'ente sono stati forniti presso il Congresso annuale AIDP, *Ripensare la responsabilità dell'ente*, Milano, 23-24 marzo 2018.

La mancanza di giustificazione della provenienza può essere variamente definita condizione oggettiva di non punibilità ovvero condotta costitutiva dell'illecito. Per le ragioni di sopra esposte, quest'ultima deve ritenersi elemento costitutivo dell'illecito di prevenzione.

Ciò posto, un soddisfacente accertamento di responsabilità, in relazione ad un *costituzionalmente orientato* illecito di prevenzione non può in alcun modo fondarsi sulla sola mancata giustificazione, *presupposto ibrido* della fattispecie.

L'accertamento sostanziale di responsabilità, il quale deve prendere avvio da indizi con consistenza probatoria adeguata e dalla mancanza di giustificazione, deve avere una chiara consistenza sostanziale.

Si può, quindi, paventare che il giudice della prevenzione debba, come si legge in alcune sentenze della Cassazione, accertare solo la coscienza e volontà della provenienza delittuosa dei beni, ovvero richiedere qualcosa in più, attraverso il riferimento alle categorie del dolo o della colpa.

Quanto a questo secondo punto, deve ritenersi che la commissione dell'illecito di prevenzione è incompatibile con la mera colpa sia con riferimento ai reati presupposto che con riferimento alla condotta di possesso ingiustificato. Il proposto che abbia commesso i reati non può, infatti, ritenersi per ciò solo autore dell'illecito di prevenzione sol perché abbia, in ipotesi, dimenticato di predisporre i documenti che giustificano la sproporzione patrimoniale.

Ciononostante nella prassi applicativa attuale questo scenario è usuale, dal momento che gli imprenditori subiscono la confisca anche sulla base di una loro *colpa organizzativa*⁶⁰⁴.

Un puntuale accertamento di responsabilità, però, scongiurerebbe un tale effetto, confiscando i beni di chi abbia commesso reati e che dolosamente celi i beni-provento, non potendo (o non volendo, magari per celare la commissione di più gravi reati) così giustificare la legittima provenienza.

Si tratterebbe, quindi, di una sorta di dolo indiziario complesso, categoria incompatibile con il sistema penale, ma non così in relazione al diritto amministrativo. Si pensi al caso classico dell'associazione ex art. 416-bis c.p.: potrebbe configurarsi in questa ipotesi un dolo di partecipazione in relazione al reato indiziato, e uno di

⁶⁰⁴ L'espressione è utilizzata in senso volutamente atecnico.

accumulazione illecita di beni. Sulla base di questo doppio accertamento, seppure allo stato indiziario, si potrebbe procedere alla confisca a seguito della commissione dell'illecito di prevenzione che qui si teorizza⁶⁰⁵.

Il dolo dell'illecito di prevenzione, quindi, dovrebbe consistere nel possesso con coscienza e volontà dei beni da parte del proposto con l'intenzione e volontà di non spiegarne la (il)legittima provenienza. Ciò, in quanto il possesso ingiustificato rappresenterebbe un comportamento positivo⁶⁰⁶, seppure *prima facie* solo omissivo, in quanto l'art. 24 parla solo di *impossibilità di giustificazione della legittima provenienza*.

In questo caso, la condotta verrebbe punita in sé, come indizio (rafforzato) della commissione d'un illecito qualora esso risulti in connessione con determinate condizioni personali dell'agente.

La condotta e, quindi, l'accertamento soggettivo sono quindi complessi, perché riguardano sia l'atto di acquisizione dei beni sia il loro consapevole possesso.

Del resto, anche il generale sistema legislativo delle sanzioni amministrative richiede un accertamento di responsabilità *ad hoc*, che all'art. 3 del D.lgs. 68 del 1981 rubricato *elemento soggettivo*, assume la consistenza di una violazione responsabile, cosciente e volontaria, che assuma la connotazione (alternativamente) di dolo o colpa.

Un tale accertamento sostanziale di responsabilità, inoltre, avrebbe il pregio di fornire al procedimento di prevenzione quella tanto agognata autonomia dal processo penale, interrompendo l'opera di sovrapposizione tra i due procedimenti, a discapito di quello penale. Vuole evitarsi, invero, che il procedimento di prevenzione diventi corsia preferenziale dei reati difficilmente accertabili in sede penale⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ Chiaramente un tale scenario potrebbe essere teorizzato nei casi di quei reati, di cui ai presupposti soggettivi di applicazione delle misure di prevenzione, non economicamente orientati, quale il delitto di *stalking*.

⁶⁰⁶ Sul possesso come comportamento positivo, F. COPPI, Osservazioni sui «reati di sospetto» e, in particolare, sul «possesso ingiustificato di valori», op. cit.

⁶⁰⁷ Contra R MAGI, *Commento al D.lgs. 159/11* in Codice delle confische, a cura di T. Epidendio e G. Varraso, Giuffrè, 2018. p. 1084 il quale sostiene che: “Una configurazione dell'illecito di prevenzione che dia adeguato rilievo al fatto di prevenzione nonché all'accertamento di responsabilità, peraltro, consente la creazione di un “modello epistemologico unitario tra procedimento penale e di prevenzione sia sul piano della modalità di accertamento della condizione soggettiva di pericolosità che soprattutto su quello della confisca dei beni di derivazione illecita secondo il modello della confisca estesa (art. 240 bis)”.

Ebbene, un tale risultato può essere raggiunto solo nella misura in cui si chiarisca anche in cosa consista l'accertamento sostanziale di responsabilità propedeutico all'applicazione della confisca senza condanna all'interno del processo penale, non solo nei gradi successivi alla sentenza di condanna pronunciata in primo grado, come previsto dall'art. 578-bis c.p.p., ma anche nella fase di giudizio iniziale.

Anche nel caso di confisca senza condanna penale il problema, quindi, concerne il presupposto che, se a prima vista dalla consistenza solo processuale, ha forte rilevanza altresì sul piano sostanziale.

Sarebbe, invero, ad una più attenta analisi definibile *presupposto reale*. Per comprendere una tale affermazione è opportuna una breve digressione sul significato da attribuire alla norma reale⁶⁰⁸. Orbene, parrebbe peregrina la distinzione tra norma del diritto penale sostanziale e del diritto penale processuale e, va da sé, tra natura sostanziale o processuale di un istituto del sistema penale interno. Sarebbero da considerare, al contrario, istituti coesenziali dalla natura indistinguibile. Ciò, in quanto la norma di diritto penale sostanziale si inverte nel processo e acquista piena consistenza, nonché significato all'interno di esso, restandone al contempo priva se a fronte di una dimensione processuale, manchi di quella sostanziale, necessaria precondizione logico-giuridica.

L'effetto sanzionatorio, quindi, non può prescindere dall'accertamento del fatto ed è ciò che deve essere precisato nel caso della confisca senza condanna penale che è misura sanzionatoria che non può prescindere dal presupposto reale consistente nell'accertamento di responsabilità dell'imputato.

Per pervenire ad un tale risultato le elaborazioni giurisprudenziali non sono sufficienti a chiarire in cosa debba consistere l'accertamento di responsabilità.

E', al contrario necessario che il legislatore intervenga per introdurre le regole giuridiche che ne presuppongono l'applicazione.

Può, però, allo stato dell'arte operarsi una riflessione in merito, di modo da vagliare le strade più facilmente percorribili, sempre in un'ottica *costituzionalmente orientata*, nel caso di confisca senza condanna applicata in primo grado e nei successivi gradi di giudizio.

⁶⁰⁸ M. GALLO, *Appunti di Diritto Penale vol. 1: La Legge Penale*.

La prima domanda che è bene porsi è la seguente: cosa vuol dire accertamento di responsabilità penale?

E di conseguenza: deve comunque pretendersi che l'imputato sia accertato come colpevole oltre ogni ragionevole dubbio pur in mancanza di una pronuncia formale di condanna?

La giurisprudenza interna e sovranazionale in materia di accertamento di responsabilità senza condanna hanno evidenziato come l'accertamento dei presupposti oggettivi e soggettivi del reato dal quale poi non segua la condanna (per cause diverse dalla integrazione della fattispecie) non si possa avere sempre e solo attraverso la condanna formale. Quindi, qualora vi sia una *condanna sostanziale*, la confisca può essere applicata.

Si è talvolta parlato di legame di natura intellettuale tra *res* e autore del reato, talaltra di accertamento pieno della responsabilità penale dell'imputato, senza che la giurisprudenza si sia mai spinta a spiegare cosa debba intendersi e cosa debba essere effettivamente accertato in termini di responsabilità soggettiva dell'autore del fatto di reato.

Peculiare è, sull'argomento la consistenza dell'accertamento sostanziale di responsabilità suggerito dalla Corte Edu, da ultimo con la pronuncia G.I.E.M. e altri contro Italia del giugno 2018. La quale si è sostanzialmente distaccata dal principio enunciato nella sentenza c.d. Varvara. In tale pronuncia, la Corte aveva ritenuto la condanna formale unica pronuncia in grado di soddisfare l'accertamento sostanziale di responsabilità e quindi di supportare la dichiarazione di colpevolezza, evidenziando, nel contempo, l'impossibilità della prescrizione di assurgere a ipotesi di condanna sostanziale.

Nella sentenza da ultimo pronunciata, invece, la Corte ha ritenuto l'accertamento sostanziale di responsabilità compatibile con una pronuncia di proscioglimento e con un processo, anche non penale, purché corredato delle garanzie sostanziali, escludendo così il contrasto con l'art. 7 CEDU⁶⁰⁹.

⁶⁰⁹ Tuttavia la Corte ha, al contempo, ritenuto l'accertamento sostanziale di responsabilità nei casi di estinzione del reato per prescrizione "effettuato" con sentenza di non doversi procedere in violazione del diritto di difesa dell'imputato implicato dal principio colpevolezza e dalla presunzione di innocenza di cui all'art. 6 § 2 CEDU. Ciò, a causa della impossibilità di una istruzione probatoria in tale fase. Così, A. QUATTROCCHI, *Lottizzazione abusiva e confisca urbanistica: la discussa compatibilità convenzionale davanti alla Grande Camera della Corte Edu*, in Riv. Dir. pen. e proc., 11/2018.

Ciò, a cagione di due ragioni principali: *in primis*, della necessità di ostacolare l'impunità derivante da taluni reati e, in secondo luogo, per il carattere complesso dei reati oggetto di accertamento⁶¹⁰.

La Corte sovranazionale, quindi, si spinge sostanzialmente ad avallare il nuovo istituto della condanna sostanziale, già ricostruito dalla Corte costituzionale italiana e ad operare un bilanciamento, per così dire, innovativo. In sostanza, la Corte Edu ha finito per rafforzare l'istituto della confisca senza condanna "penale" sotto l'egida dell'impunità e della categoria dei reati complessi⁶¹¹.

In ultima analisi, ragioni di politica amministrativa prevaricano le garanzie sostanziali e processuali della misura ablatoria in argomento.

Il tutto, senza che sul piano dell'ordinamento interno sia stato in alcun chiarito cosa debba intendersi per accertamento sostanziale di responsabilità. Per evitare, dunque, che ciò diventi un'implicita autorizzazione giudiziale alla piena discrezionalità nell'applicazione della confisca senza condanna⁶¹² è bene determinarsi, al più presto possibile, e con un intervento legislativo, sulla consistenza di tale accertamento. Questo, a fronte di una innegabile attenuazione del principio di legalità (anche) in materia di confisca senza condanna "penale".

⁶¹⁰ C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, § 260: "Secondo la Corte, si deve tener conto, da una parte, dell'importanza che ha, in una società democratica, il fatto di garantire lo Stato di diritto e la fiducia nella giustizia delle persone sottoposte a giudizio, e, dall'altra, dell'oggetto e dello scopo del regime applicato dai tribunali italiani. A questo proposito, sembra che l'obiettivo di questo regime sia la lotta contro l'impunità che deriva dal fatto che, per l'effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi, gli autori di questi reati sfuggirebbero sistematicamente all'azione penale e, soprattutto, alle conseguenze dei loro misfatti (si veda, *mutatis mutandis*, El-Masri c. l'ex Repubblica iugoslava di Macedonia [GC], n. 39630/09, § 192, CEDU 2012)".

⁶¹¹ Rileva, condivisibilmente, P. D. ALBUQUERQUE, nella *Opinione parzialmente concordante e parzialmente dissenziente* alla sentenza G.I.E.M. e altri contro Italia del 2018 (nota 75), riferendosi al §260 della pronuncia, che: "La maggioranza si limita a supporre quello che deve essere dimostrato. Ancora peggio, essa ignora il diritto italiano. Nella sentenza o nel fascicolo non vi è nulla che suggerisca che il reato di lottizzazione abusiva sia più complesso nel diritto italiano rispetto a reati analoghi in altri paesi, o che sia più difficile perseguire tale reato in Italia che perseguire gli autori di reati analoghi in altri paesi. Nulla prova inoltre che il legislatore italiano ritenga che tale reato sia di per sé complesso. Al contrario, il legislatore ritiene che si tratti di un reato minore (contravvenzione), punibile con una pena detentiva massima di due anni e con un'ammenda non superiore a 51.645 euro, per il quale è addirittura consentita la sospensione condizionale (articolo 163 del codice penale italiano). Se la persona condannata non commette reati nei due anni di sospensione condizionale, il reato è estinto ai sensi dell'articolo 167 del codice penale. La sospensione condizionale associata alla pena non comporta, tuttavia, la sospensione della confisca".

⁶¹² Secondo il pensiero del giudice P. D. ALBUQUERQUE, nella *Opinione parzialmente concordante e parzialmente dissenziente* alla sentenza G.I.E.M. e altri contro Italia del 2018, infatti: "In realtà, la dichiarazione «sostanziale» di responsabilità è un assegno in bianco che consente ai giudici nazionali di agire come desiderano".

Sull'argomento la Dottrina⁶¹³ si è solo soffermata sull'analisi di quale sia la fase di giudizio (di primo grado) maggiormente garantita ai fini dell'applicazione della confisca senza condanna "penale", non spingendosi ad analizzare cosa si possa intendere per accertamento sostanziale di responsabilità⁶¹⁴.

Ciò, soprattutto a seguito della pronuncia n. 49/2015 della Corte costituzionale, la quale richiede, ad ogni modo, un effettivo apprezzamento della responsabilità.

Per tale ragione, è stato sostenuto, non potrebbe applicarsi la confisca nella fase delle indagini preliminari, né tantomeno con il decreto di archiviazione. Deve affermarsi la medesima cosa con riguardo alla udienza preliminare, all'interno della quale non si può parlare concretamente di diritto alla prova dell'imputato, sebbene l'art. 425 comma 4 c.p.p. preveda che il giudice possa applicare la confisca con sentenza di non luogo a procedere. Inoltre, il provvedimento emesso in tale fase non è appellabile ma solo ricorribile in Cassazione.

La declaratoria immediata di estinzione del reato ex art. 129 c.p.p., peraltro, non consente alcun tipo di accertamento nel merito ma determina una cesura subitanea.

L'unica fase in cui può riconoscersi un (seppur non del tutto soddisfacente) accertamento di responsabilità di tipo sostanziale è quella dibattimentale.

Non può chiaramente parlarsi di accertamento pieno nel caso di sentenza predibattimentale ai sensi dell'art. 469 c.p.p. perché manca la possibilità di procedere all'istruttoria e neppure nei casi di emissione di sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato sulla base dell'art. 531 comma 1 c.p.p..

Di conseguenza, la misura ablatoria sarebbe applicabile solo a seguito di giudizio di dibattimento *inoltrato*, anche se residuano non pochi dubbi sulla pienezza di un accertamento in assenza di condanna formale. Sarebbe, infatti, più accurato parlare di *constatazione* (in fase di dibattimento) all'interno del primo grado di giudizio⁶¹⁵.

La giurisprudenza ha, tuttavia, rilevato come il giudice penale possa - anche in caso di estinzione del reato per prescrizione pronunciata con sentenza di immediata

⁶¹³ M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?*, op. cit.; E. MARZADURI, *Confisca urbanistica, estinzione del reato per intervenuta estinzione ed accertamento della contravvenzione di lottizzazione abusiva* in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, op. cit.; E. MANCUSO, *Decisione e confisca*, in *Codice delle confische*, op.cit.

⁶¹⁴ Tale riflessione è stata operata con riguardo al caso della confisca da reato di lottizzazione abusiva, nella ipotesi di estinzione del reato per prescrizione.

⁶¹⁵ Così, E. MARZADURI, op. cit.

declaratoria ex art. 129 c.p.p. – compiere accertamenti complessi⁶¹⁶. Si tratta di affermazione che, a parere di scrive, necessiterebbe di non pochi correttivi⁶¹⁷, e, comunque, resta il fatto che il giudice non potrà svolgere accertamenti ulteriori rispetto agli elementi acquisiti in quel momento da parte del giudicante⁶¹⁸.

Resta, comunque, il problema del presupposto reale, e quindi della consistenza di questo accertamento di responsabilità.

Problematica che, come anticipato, investe anche le fasi successive al giudizio di primo grado. Infatti, anche nel caso in cui il giudice penale abbia pronunciato sentenza di condanna e poi segua la estinzione del reato per prescrizione (in fase di appello ovvero in Cassazione) non si comprende che tipo di accertamento debba precedere l'applicazione della confisca.

L'esigenza di una risposta è ulteriormente sottolineata dal nuovo articolo 578-bis c.p.p., rubricato "*Ipotesi di confisca in casi particolari*": sembrerebbe riferirsi solo alla confisca allargata ex art. 240-bis c.p. e ad altre non meglio precisate ipotesi di confisca. Difatti, l'articolo in questione si riferisce univocamente alla confisca allargata, peraltro di recente inserita all'interno del codice penale⁶¹⁹.

Fa riferimento poi, alla *confisca sulla base delle altre disposizioni di legge*, e, stando alla rubrica dell'articolo sembra si voglia riferire solo alla confisca applicata in ipotesi particolari, analogamente a quanto previsto sulla base del solo primo comma dell'art. 240-bis c.p.

Si potrebbe, dunque, ritenere che la sentenza di confisca in assenza di condanna possa essere applicata a tutti i casi di confisca, salvo quello di confisca per equivalente, misura riconosciuta dalla giurisprudenza come pena. Tuttavia, sulla base della norma sarebbe anche possibile sostenere che la disposizione si applichi solo ai casi di confische speciali previste nel codice o da altre disposizioni che non abbiano natura afflittiva e che rivestano i connotati dell'obbligatorietà sulla falsariga dell'art. 240-bis comma 1 c.p..

⁶¹⁶ C. cost. n. 85/2008 e S.U. 38834/08.

⁶¹⁷ Torna la riflessione circa la fase di giudizio in cui interviene la sentenza di immediata declaratoria delle cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p.

⁶¹⁸ M. ARANCI e L. GARGIULO, *Lottizzazione in Codice delle confische*, a cura di T. Epidendio e G. Varraso, Giuffrè, 2018, p. 694 e ss.

⁶¹⁹ A. MACCHIA, voce *Pubblica Amministrazione (artt. 322-ter e 335-bis c.p.)*, in *Codice delle confische*, a cura di T. Epidendio e G. Varraso, Giuffrè, 2018, p. 799.

Invero, tale è la lettura preferibile dal momento che un'interpretazione estensiva della disposizione creerebbe non pochi problemi di compatibilità costituzionale dell'istituto, divenendo fonte di legittimazione a tutto tondo della confisca senza condanna "penale". Ciò, seppure la misura venga dalla norma prevista nei soli casi eccezionali di amnistia e prescrizione, così determinando, a parere di chi scrive, un regime *contra reum* limitato ai soli casi di estinzione e amnistia, come se il legislatore li ritenesse più gravi rispetto alle altre sentenze di proscioglimento a formula piena diverse (com'è chiaro) da quella per difetto di imputabilità.

Senza contare che l'introduzione di tale disposizione nel codice di procedura penale sembra aver influito sul recente orientamento giurisprudenziale che ammette l'applicabilità della confisca anche nel caso di sentenza di estinzione per particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.⁶²⁰, con evidente analogia *in malam partem* della disposizione.

Si auspica, dunque, che la giurisprudenza chiarisca tale profilo, assieme a quello relativo all'applicabilità di tale tipo di confisca in grado di appello e in Cassazione.

Quanto al primo, va subito evidenziato come l'art. 578-bis c.p.p. paia essere in conflitto con la natura e dinamica processuale di applicazione della confisca per estinzione del reato per prescrizione. La pronuncia di estinzione per prescrizione del reato, infatti, segna un'immediata battuta di arresto nel processo penale pendente. Il giudice, infatti, dichiara l'estinzione del reato senza accertare alcunché nel merito. Risulta, quindi, poco comprensibile in cosa debba consistere l'accertamento di responsabilità richiesto *expressis verbis* dalla norma.

Inoltre, emerge una disciplina irragionevole e discriminatoria tra art. 578 e 578-bis c.p.p. Nel caso di sentenza di estinzione del reato per prescrizione, intervenuta in appello a seguito di sentenza di condanna, infatti, il giudice deve dichiarare immediatamente la prescrizione, senza poter effettuare alcun accertamento nel merito. Contrariamente nel caso di sentenza di condanna impugnata in fase di appello, ove il giudice debba pronunciarsi anche sulle domande civili⁶²¹, la decisione sui capi civili della sentenza impugnata è preceduta da un accertamento nel merito.

⁶²⁰ E. MANCUSO, *Decisione e confisca*, in Codice delle confische, a cura di T. Epidendio e G. Varraso, Giuffrè, 2018, p. 1260 e ss.

⁶²¹ Ciò nel caso in cui siano stati impugnati i capi civili della sentenza di primo grado, ma intervenga interinalmente la estinzione del reato.

E da qui nasce l'incongruenza dell'art. 578-bis c.p.p. che chiede proprio un accertamento di responsabilità (nel merito)⁶²².

Nel caso della confisca senza condanna prevista dal nuovo articolo, poi, la necessità di una esplicitazione normativa dell'accertamento di responsabilità discende dal carattere afflittivo della misura, che il riferimento alla *responsabilità* dell'imputato segnala.

Va, al proposito chiarito, che nonostante la confisca da lottizzazione abusiva sia considerata una pena dalla Corte Edu, la stessa continui a rivestire natura amministrativa o di misura di sicurezza per la giurisprudenza interna e dunque sia ritenuta compatibile con una pronuncia di proscioglimento.

Il discorso, quindi, non riguarda unicamente le ipotesi di confische "penali" che siano apertamente riconosciute come "pene", perché, come dimostrato nel capitolo I del presente lavoro, qualsiasi tipo di confisca presente nell'ordinamento interno ha natura (anche) afflittiva.

A riprova di ciò, si noti come la giurisprudenza sia sempre più incline ad applicare la confisca amministrativa a fronte della mera prova del fatto materiale e dell'elemento soggettivo, senza ritenere determinante che il processo si concluda con sentenza di condanna o di proscioglimento.

Addirittura si consente l'applicazione della confisca amministrativa anche a seguito di decreto di archiviazione. E' questo il caso, ad esempio della confisca dei beni culturali illecitamente esportati⁶²³. In relazione a questa la Cassazione⁶²⁴ ha sostenuto che non si debba procedere a confisca solo a seguito dell'ottenimento della piena prova della proprietà statale dei beni. Così argomentando si richiede all'indagato di vincere la presunzione di appartenenza statale dei beni illecitamente esportati ancor prima del provvedimento di archiviazione⁶²⁵.

⁶²² E. MARZADURI, *Confisca urbanistica, estinzione del reato per intervenuta estinzione ed accertamento della contravvenzione di lottizzazione abusiva* in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, op. cit.

⁶²³ Art. 174 comma 3 D.lgs. n. 42/2004.

⁶²⁴ Cass. Sez. III., n. 42458/15.

⁶²⁵ Il rilievo è di D. NEGRI, *Prova della confisca*, in *Codice delle confische*, a cura di T. Epidendio e G. Varraso, Giuffrè, 2018, p. 1250.

Ciò posto, pur nella consapevolezza che il novello istituto della condanna sostanziale sia in contraddizione con se stesso⁶²⁶ dal momento che si richiede un accertamento sostanziale per applicare una pena senza che segua una condanna formale, è necessario specificare quanto segue.

Preso atto che l'ordinamento segue la strada del rafforzamento dell'istituto della confisca in assenza di condanna, pare imprescindibile l'intervento del legislatore che sia esplicativo della consistenza della condanna sostanziale.

Affidare alla giurisprudenza un tale compito risulterebbe, infatti, poco determinante nel rafforzamento delle garanzie dell'istituto: unica via al momento percorribile. Semmai la giurisprudenza potrebbe concretamente interrogarsi sulla portata di un tale accertamento, al fine di un successivo recepimento normativo.

Si potrebbe, per esempio, pensare alla introduzione di una rinnovazione probatoria in grado di appello ex art. 603 c.p.p. ovvero ad un accertamento di responsabilità da effettuarsi *expressis verbis* nel merito. Un accertamento di responsabilità allo stato degli atti, infatti, non può essere ritenuto autenticamente nel merito ma andrebbe previsto (*de iure condendo*) attraverso un procedimento incidentale, non senza incidere negativamente sull'economia processuale.

E, sempre nell'ottica del rafforzamento dei principi cristallizzati negli artt. 25 e 27 Cost. potrebbe essere utile prevedere delle condotte di collaborazione dell'imputato a seguito delle quali eliminare/ridurre la misura della confisca, in un'ottica di efficienza del sistema di giustizia ma anche di garanzia per il condannato (anche se solo sul piano sostanziale).

Del resto, tale logica non sarebbe dissimile da quella dell'eliminazione delle conseguenze del reato prima della dichiarazione di estinzione da parte del giudice nel

⁶²⁶ Condivisibilmente, il giudice P. D. ALBUQUERQUE, nella *Opinione parzialmente concordante e parzialmente dissenziente alla sentenza G.I.E.M. e altri contro Italia del 2018*, infatti rileva: “§10. Un tale principio porterebbe a un rompicapo linguistico, se non addirittura logico. Che cosa significherebbe una sentenza di condanna «sostanziale» seguita dall'imposizione di una pena? In cosa differirebbe da una «condanna formale»? Nella distinzione così fatta dalla maggioranza noi riusciamo a vedere soltanto una questione di tipo linguistico: una «dichiarazione sostanziale» di colpevolezza sarebbe esattamente simile a una «condanna formale» (perché deve decidere in fatto e in diritto, perché può essere seguita dall'imposizione di una pena, ecc.), senza tuttavia essere chiamata «condanna formale». I termini legali di prescrizione ostacolerebbero non le dichiarazioni «sostanziali» di colpevolezza accompagnate dall'imposizione di pena, bensì le sole condanne definite «formali»”.

caso di positivo esito della messa alla prova, a seguito del quale non si può procedere a confisca⁶²⁷.

Se non pochi dubbi suscita la portata dell'accertamento di responsabilità in grado di appello, altrettante perplessità ingenera questo tipo di verifica all'interno del giudizio di legittimità operato dalla Corte di Cassazione.

In quella sede la Corte potrebbe solo limitarsi a confermare gli accertamenti effettuati in altra sede sulla base, non potendo contestare la manifesta illogicità della motivazione ma intervenire nel solo caso di evidente innocenza dell'imputato⁶²⁸.

Dovrebbe, nella fase di giudizio innanzi alla Cassazione, essere espressamente previsto l'obbligo, da parte della Corte, di cassare con rinvio la sentenza di estinzione del reato di prescrizione, di modo che il giudice del rinvio possa operare l'accertamento di responsabilità richiesto dall'art. 578-bis c.p.p.

Dalla disamina che precede, si è evidenziato come la strada maggiormente percorribile in materia di confisca senza condanna da prevenzione e penale sia quella del rinsaldamento del suo presupposto sostanziale, *sub specie* di accertamento di responsabilità. Da questo seguirà il tanto agognato rafforzamento delle garanzie in senso *costituzionalmente orientato*.

Tale obiettivo può essere (al momento) perseguito:

- a) attraverso la costruzione di un illecito di prevenzione⁶²⁹ inserito nel Codice Antimafia all'interno del quale presupposti sostanziali e processuali vengano bilanciati adeguatamente;
- b) con la determinazione legislativa della consistenza dell'accertamento di responsabilità propedeutico all'applicazione di una confisca senza condanna coerente con i principi costituzionali ad essa applicabili.

⁶²⁷ I rapporti tra confisca e sentenza di estinzione del reato per positivo esito della messa alla prova sono stati esaminati da Cass. Sez. III, n. 39455/17 richiamata da M. ARANCI e L. GARGIULO, *Lottizzazione in Codice delle confische*, op. cit.

⁶²⁸ F. VIGANO', *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, op.cit.

⁶²⁹ Tale proposta, del resto, ha riguardato la responsabilità amministrativa da reato degli enti, in relazione alla quale si sta vagliando la costruzione di un illecito *ad hoc*.

BIBLIOGRAFIA

ABUKAR HAYO A., *Misure di sicurezza e misure di prevenzione a confronto: l'incerta linea di discriminazione tra la sanzione del passato e la prevenzione del futuro, nell'ottica del diritto interno e del diritto sovranazionale*, in *Archivio penale*.

ACQUAROLI R., *L'estensione dell'art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 2, 251; S. FURFARO, *Le misure di prevenzione*, Torino, 2013.

ACQUAROLI R., *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, DIKE, Roma, 2012.

AGOSTINI B., *Riflessi processuali dell'evoluzione della confisca*, in *Riv. Trim. Dir. pen. Cont.* n. 3/15, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/foto/4129rivista0315.pdf#page=107&view=Fit>
ALAGNA F., *Non-conviction Based Confiscation: Why the EU Directive is a Missed Opportunity*, *Eur J Crim Policy Res* (2015) 21:447–461, Springer Science+Business Media Dordrecht 2014.

ALBANESE D., *Confisca di prevenzione: 'smussato' il requisito della correlazione temporale*, 19 aprile 2018, disponibile su https://www.penalecontemporaneo.it/d/5983-confisca-di-prevenzione-smussato-il-requisito-della-correlazione-temporale#_ftn1.

ALBRECHT H.-J. in Meyer u. a. *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten* (1989) in A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*.

ALESSANDRI A., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI E., PALIERO C.E., Milano, 2006, tomo III.

ALESSANDRI A., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in (DOLCINI-PALIERO a cura di), *Studi in Onore di Giorgio Marinucci*, p. 2108 ss.;

ALESSANDRI A., *voce Confisca nel diritto penale* in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989.

ALIQUO' V., FIANDACA G., COSTANTINO S., *La legge Antimafia tre anni dopo il bilancio di un'esperienza applicativa*, Edizioni F. Angeli, Milano, 1986.

AMARELLI G., *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.

AMARELLI G., *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio *societas delinquere non potest**, *Riv. Trim. di dir. pen. dell'economia*, 2003.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, p.te generale, XVI ed., Milano, 2003.

ARANCI M. e GARGIULO L., *Lottizzazione in Codice delle confische*, a cura di T. Epidendio e G. Varraso, Giuffrè, 2018.

ARDIZZONE G., *Considerazioni in tema di confisca obbligatoria in La giustizia penale*, 1947, II.

ARDIZZONE U., *Appunti in tema di confisca*, in Riv. dir. pubbl., 1942.

ARDIZZONE U., *Confisca e diritto di proprietà di terzi sulla cosa*, in Giust. pen., 1948, II.

ARNONE M., BORLINI L. S., *Corruption: Economic Analysis and International Law*. Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 2014.

AURIEMMA M., *Sequestro preventivo ai fini della confisca nella responsabilità da reato degli enti collettivi*” in Giur. it.

BALDUCCI P., *La confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative*, in Dir. pen. e proc., 2011.

BALSAMO A., *Il "Codice antimafia" e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?* 20 luglio 2012, disponibile su Dir. pen. cont..

BALSAMO A., *La Corte europea e la “confisca senza condanna” per la lottizzazione abusiva*, in Cass. pen., 2014.

BALSAMO A., *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in Cass. pen., 2008.

BALSAMO A., *Voce Codice Antimafia*, in Digesto delle discipline penali, Aggiornamento, Torino, 2014.

BARBUTO M., *Responsabilità amministrativa della società per reati commessi a suo vantaggio*, in Impresa c.i., 2001.

BARGI A, CISTERNA A., *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011.

BARGI A., *L'accertamento di pericolosità nelle misure di prevenzione, profili sistematici e rapporti con il processo penale*, Napoli, 1988.

BATTAGLINI G., *La natura giuridica delle misure di sicurezza*, Roma, 1930.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, a cura di G.D. PISAPIA, Milano, 1973.

BELFIORE E., *Sub art. 12 sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in Commentario breve alle leggi penali complementari, a cura di PALAZZO F., PALIERO C.E., Padova,

2007.

BERNARDI S., *Il nuovo principio della riserva di codice e le modifiche al codice penale: scheda informativa*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 aprile 2018.

BERNASCONI A., *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, in *Rivista* 231, n.3, p.212.

BERNIERI G., *Alcuni cenni sulla confisca nel nuovo codice*, in *Riv. pen.*, 1931, I.

BERTIER M. F., *The confiscation and recovery of criminal property: a European Union state of the art*, ERA Forum (2016).

BETTELS T., *Gewinabschöpfung zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität am Beispiel Italiens*, Nomos, Baden-Baden, 2016.

BETTELS T., *Misure di prevenzione patrimoniali. Demnächst auch in Deutschland?*, disponibile su DPC, 16 dicembre 2016, 4.

BIANCHI D., *Irretroattività e retroattività nella recente giurisprudenza costituzionale in materia penale*, *Dir. pen. e processo* n. 2/2018.

BIGNAMI, M. *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in DPC, 30 marzo 2015.

BISACCIA MEILT M., *Civil asset forfeiture laws and equitable sharing activity by the police*. *Criminology & Public Policy*, 2018.

BOEHM E., *Here are all the things Idaho's governor got wrong about asset forfeiture in his veto statement*. Reason, 2017, disponibile su reason.com/blog/2017/04/13/idaho-gov-butch-otters-veto-of-asset-for.

BORSARI R., *Reati tributari e confisca di beni societari*; in *Società*, 2014.

BOUCHT J., *The Limits of Asset Confiscation. On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*. Hart Publishing, Oxford (2017).

BRICOLA F., *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, AA. VV., atti del IX Convegno "Enrico De Nicola", Milano 1975.

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. ital.*, Torino, 1973.

BRICOLA, *Forme di tutela 'ante-delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, in A.A.V.V., *Le misure di prevenzione*, Atti del IX Convegno "Enrico De Nicola", Milano, 1975.

BRUNO L. G., *Il contrasto all'illecita accumulazione della ricchezza: dal sistema antiriciclaggio alle forme di confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 2009.

CACCIAVILLANI I.- GIUSTOZZI R., *Sulla confisca*. in *Giust. pen.*, II, 1974.

CACCIAVILLANI I., GIUSTOZZI R., *Sul problema delle modifiche al sistema delle misure di sicurezza*, in *Problemi generali di diritto penale*.

CACCIAVILLANI I., GIUSTOZZI R., *Sulla confisca*, in CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970.

CALVANESE E., *L'esecuzione delle decisioni di confisca*, in *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2015.

CAMPELL L., *'Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence'* 76(4) *Modern Law Review*, 2013.

CAMPELL L., *'The Recovery of "Criminal" Assets in New Zealand, Ireland and England: Fighting Organised and Serious Crime in the "Civil" Realm'* 41 *Victoria University Wellington Law Review*, 2010.

CAMPELL L., *'Theorising Asset Forfeiture in Ireland'* 71(5) *Journal of Criminal Law* 441-460.

CAMPELL L., *Organised Crime and the Law: A Comparative Analysis* (Oxford: Hart Publishing), 2013.

CAPITANI F. G., *Le Sezioni Unite: la confisca sopravvive alla causa estintiva del reato, purché ci sia già stata condanna e si tratti di confisca diretta*, in *Diritto e Giustizia*, 2015, fasc. 29.

CAPOROTUNDO F., *Estinzione del reato per condotte riparatorie e "confisca senza condanna": problemi applicativi alla luce dei più recenti approdi della giurisprudenza*, *Riv. giur. online Giurisprudenza penale*, disponibile su http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2018/03/Caporotundo162_gp_2018_3-.pdf.

CAPRIOLI F., *Fatto e misure di prevenzione*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 2016.

CARAVITA F., *'La confisca dei beni nelle leggi sulle sanzioni contro il fascismo'*, in *Foro.it* II, 1946.

CARBADO D. W., CHERYL I. H., KIMBETLE W. C., *Racial profiling lives on*. *The New York Times*. Aug. 14. Retrieved from nytimes.com/2013/08/15/opinion/racial-profiling-lives-on.html, 2013.

CARDONE V., PONTIERI F., *Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca dei beni della società per delitti tributari commessi dal legale rappresentante*, in Riv. dir. trib., 2014.

CARMONA A., *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Cedam, Padova, 2002.

CARPENTER D., KNEPPER L., ERICKSON A., & McDONALD J., *Policing for Profit: The Abuse of Civil Asset Forfeiture* 10, 2015 (Ministero della Giustizia Assets Forfeiture Fund ha confiscato \$ 4,5 miliardi nel 2014).

CASSELLA S. D., *"Civil Asset Recovery: The American Experience" Working Title* (2013), disponibile su http://works.bepress.com/stefan_cassella/30/

CASSELLA S. D., *Asset forfeiture law in the United States* § 15-3(d) (New York, Juris 2007).

CASSELLA S. D., *Nature and Basic Problems of Non-conviction-based confiscation in the United States*, 2018, disponibile su <http://assetforfeiturelaw.us/wp-content/uploads/2018/05/Nature-and-Basic-Problems-of-NCB-Confiscation.pdf>.

CASSELLA S. D., *The Doctrine of "Unexplained Wealth" and the Confiscation of Criminal Proceeds*, Cambridge International Symposium on Economic Crime Session 2 – September 4, 2018 – 0800, disponibile su Asset Forfeiture Law, LLC www.assetforfeiturelaw.us.

CAVALLA F., *La confisca di cose appartenenti all'estraneo al reato nella possibilità di revoca o modifica e l'intangibilità del giudicato* in *Giustizia penale*, 1964, III.

CELENTANO P.; *Verso una giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione*, in Riv. Pen. Econ., 1992.

CERESA-GASTALDO M., *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in Cass. pen., 2010.

CERESA-GASTALDO M., *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolumabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in Dir. pen. cont., 2017.

CHIAROTTI F., *La nozione di appartenenza nel diritto penale*, Milano, 1950.

CHIAROTTI F., *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca*, in Giust. pen., 1956, II.

CIVELLO G., *Le Sezioni unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale"*, in Archivio penale.

CIVELLO G., *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologo di Corti?*, in Archivio penale, n. 1/2015.

CIVOLI C., Confisca (Diritto penale), in Digesto Italiano, Torino, 1893, p. 900.

COMUCCI P., *Il sequestro e la confisca nella legge antimafia*, in Riv. It. Dir. proc. Pen. 1985.

CONSTABLE A., *Civil forfeiture ongoing despite change to state law*. Santa Fe New Mexican, 2016, disponibile su santafenewmexican.com/news/local_news/civil-forfeiture-ongoing-despite-change-to-state-law/article_bbc6c721-b1ff-5438-b735-65d533fd3706.html.

CONTI L., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio societas delinquere non potest?*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2001.

CONTI R., *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in www.giurcost.org

COPPI F., *Osservazioni sui «reati di sospetto» e, in particolare, sul «possesso ingiustificato di valori»*, in Giur. cost., I, 1968.

CORSO P., *Reato non presupposto di responsabilità amministrativa e limiti del sequestro/confisca nei confronti dell'ente*, in Giur. it., 2014.

D'AGOSTINO L., *L'operatività della confisca e le sorti del sequestro preventivo in presenza di impegno al pagamento del debito tributario: in dubio pro reo?* in Rivista Trimestrale di diritto tributario, 2017, 2.

D'ASCOLA V. N., *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità "patrimoniale"* in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di A. BARGI, A. CISTERNA, UTET giuridica, TORINO, 2011.

D'ASCOLA V. N., *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Misure di Prevenzione*, S. FURFARO, Diritto e processo penale, Torino, 2013.

DE AMICIS G., *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale: verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giuridiziarie*, Giuffrè, 2007.

DE PERSIO G., *What are the advantages and disadvantages of a command economy?* Investopedia, 2015, disponibile su investopedia.com/ask/answers/032515/what-are-advantages-and-disadvantages-command-economy.asp.

DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri oggettivi di imputazione*, 28 ottobre 2012, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1351253564De%20Simone%20defin>

itivo.pdf

DEL VECCHIO F., *Circolazione delle sentenze irrevocabili e presunzione d'innocenza nell'interpretazione della Corte europea*, in *archivio penale*, n. 2/14.

DELL'OSSO A., *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014.

DELLA VOLPE G., *La confisca nei reati tributari: ermeneutici correttivi e problemi irrisolti*, in *Giurisprudenza penale*, disponibile su www.giurisprudenzapenale.com.

DELLO RUSSO A., *Prescrizione e confisca. L'ultima interpretazione abrogans della terza Sezione*, Dicembre 2017, disponibile su *Archivio penale*, [http://www.archiviopenale.it/confisca-prescrizione--cass-sez-iii-20-novembre-2017-\(cc-13-luglio-2017\)-martino-con-nota-di-a-dello-russo/contenuti/6723](http://www.archiviopenale.it/confisca-prescrizione--cass-sez-iii-20-novembre-2017-(cc-13-luglio-2017)-martino-con-nota-di-a-dello-russo/contenuti/6723).

DELLO RUSSO A., *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, DPC.

DELLO RUSSO A., *Prescrizione e confisca. Le Sezioni unite ridimensionano gli approdi della Corte costituzionale in tema di confisca urbanistica*, in *Archivio penale*.

DI CHIARA G., *Modelli e standard probatori in tema di confisca dei proventi di reato nello spazio giudiziario europeo: problemi e prospettive*, in *Foro it.*, 2002, 363.

DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984m p. 589.

DONINI M., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, a cura di Brunelli, Napoli, 2011.

DOYLE C., *Crime and Forfeiture* (CRS Report 97-139 A). Washington, DC: Congressional Research Service, 2007, disponibile su fas.org/sgp/crs/misc/97-139.pdf;
DREHER E., TRONDLE H., *Strafgesetzbuch Und Nebengesetze*. 46. Auflage Gebundene Ausgabe – 1993, §73.

DUBOURG R., PRICHARD S., *The impact of Organised crime in the UK: Financial Revenues and Economic and Social Costs*, Home Office, 2007, str. 76.

EPIDENDIO T. E., *I principi costituzionali e internazionali e la disciplina punitiva degli enti*, in A. BASSI/T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2006.

EPIDENDIO T. E., *Reati tributari e sequestro a fini di confisca di beni societari: un appunto a futura memoria, in attesa delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2014.

EPIDENDIO T., *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova: CEDAM, cop. 2011.

FATTORE C., *Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

FERRARO A., *Sui rapporti tra procedimento di prevenzione e procedimento penale per associazione di tipo mafioso*, in *Cass. pen.*, 1986.

FIANDACA G., *Le misure patrimoniali nelle fonti internazionali ed europee ed il sistema penale italiano*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, 2016.

FIANDACA G., *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1994.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 7[^] ed.

FIANDACA G., voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. delle Disc. Pen.*, vol. VIII, Torino 1994.

FIDELBO G., *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in *Cass. pen.*, 2004.

FILIPPI L., *La confisca di prevenzione: un'anomalia tutta italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2005.

FILIPPI-CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, Giappichelli, 2011.

FINOCCHIARO S., *La confisca civile dei proventi da reato. Misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, ed. Criminal Justice Network, 2018.

FINOCCHIARO S., *La riforma del Codice antimafia e non solo: uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte* in *Riv. dir. pen. cont.* n. 10/17.

FINOCCHIARO S., PRESSACCO L., *Monitoraggio Corte Edu, marzo 2015, Rassegna di sentenze e decisioni della Corte Edu rilevanti in materia penale sostanziale e processuale*, art. 1 Prot. add. 1, D.P.C.

IORELLA A., *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in G. LANCELLOTTI (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Giappichelli, Torino, 2003.

IORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006.

FIGLIOLA A., *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in A.M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985.

FIGLIOLA F., *Le misure di prevenzione personali*, Milano, 2012.

FIGLIOLA, SCHWARZ, DREHER, TRONDLE, § 76, *Selbständige Anordnung*, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, ult. ed., 715. Il n. I e II, in A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*.

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

FIGLIOLA M., *Justice Thomas's doubts about civil forfeiture*. The Atlantic. Apr. 3. 2017 disponibile su theatlantic.com/politics/arann-ve/2017/04/clarence-thomas-civil-forfeiture/521583.

FIGLIOLA G., *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12 sexies della legge n. 356 del 1992*, in Crit. dir., 1994, n. 3, p. 11; R.A. FIGLIOLA, *Pena* (dir. pen.), in Nov. dig. ital., Torino, 1969.

FIGLIOLA J., IRVING B., NANOPOULOS E., FAZEKAS M., *Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets*, disponibile su <http://mihalyfazekas.eu/wp-content/uploads/2015/08/Forsaithe-et-al-Asset-confiscation-IA-2012.pdf>.

FIGLIOLA C., *Il "dialogo col morto" spiegato ai suoi eredi. La confisca di prevenzione in caso di decesso del soggetto pericoloso tra successione ereditaria, intestazione fittizia di beni e nullità degli atti di disposizione: dalle Sezioni Unite una soluzione equilibrata che assicura l'efficienza del sistema*, 16.3.2017, disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

FIGLIOLA G., *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 1965.

FIGLIOLA, *Das Strafgesetzbuch für Das Deutsche Reich*, 18. Ed. 1931 pp. 754-755 in A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*.

FIGLIOLA G., FRUSTAGLI D., *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione Europea*, Wolters Kluwers, 2016, 2016.

FIGLIOLA S., *Diritto e processo penale*, Torino, 2013.

FIGLIOLA S., voce *Confisca*, in Dig. Pen., Agg. III, Torino, 2005.

FIGLIOLA E., voce *Misure di prevenzione*, in Enc. giur. Treccani, vol. XX, Roma 1990, Appendice di aggiornamento, Roma 1996.

GALLO M., *Appunti di Diritto Penale vol. 1: La Legge Penale*.

GALLUCCIO A., *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte Edu, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Dir. pen. Cont.*, 3 luglio 2018.

GALLUCCIO A., *La confisca "urbanistica" ritorna all Corte costituzionale*, in *D.P.C.*, 17 gennaio 2014.

GIALANELLA A., *Patrimoni di mafia La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli, 1998.

GIANGRANDE G., "Tìmeo Dànaos et dona ferentes": le Sezioni Unite della Cassazione in materia di confisca per equivalente, in *Dir. prat. trib.*, 2014.

GIUDICELLI-DELAGE G., MANACORDA S. a cura di, *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Paris, 2005.

GOLDSMITH J. W., Jr. -*Grant Co. v. Stati Uniti*, 254 U. S. 505, 511.

GOLDSMITH W. M. J., *Strafen und verwandte Maßregeln, in Ergleinnchende Darstellung des deutschen und auslandshen Strafreschts*, Allg. Teil, Bd 4, Berlin, 1908, pp. 81-470 in A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*.

GRASSO G., *Art. 240*, in M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale- III – Art. 150-240*, Milnao, 2011.

GRASSO G. (a) in ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, art. 150-240, II ediz, Milano 2011.

GRAY A. D. 'Forfeiture Provisions and the Criminal/ Civil Divide' 15 *New Criminal Law Review*, 2012.

GREENHUT S., *Cops now take more than robbers: New findings show as- set forfeiture a growing attack on property rights*. Reason. Nov. 27, 2015 disponibile su reason.com/archives/2015/11/27/cops-now-take-more-than-robbers.

GUARNERI G., *La confisca*, in *Nov. Digesto Penale*, Torino, 1957.

GULLO D., *Sulla confisca*, in *Giust. pen.*, 1981, II.

HENDRY J., KING C., *How Far Is Too Far? Theorising Non-Conviction-Based Asset Forfeiture*. *International Journal of Law in Context*, 11 (4). 1., 2015.

HILDENSTAB, Die Gewinnabschöpfung im Umwelstraverfahren, Köln 1990, 43 ss in A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, pp. 69-85.

IACCARINO C. M., *La confisca*, Cressati, Bari, 1935.

IUZZOLINO G., *L'armonizzazione della confisca*, in AA. VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006.

KASTE M., *New Mexico ended civil asset forfeiture. Why then is it still happening?* NPR. 2016, disponibile su org/2016/06/07/481058641/new-mexico-ended-civil-asset-forfeiture-why-then-is-it-still-happening.

KENNEDY A., *Designing a civil forfeiture system: an issues list for policymakers and legislators*, JFC 13,2, disponibile su www.emeraldinsight.com/1359-0790.htm

KING C.; WALKER C., *Dirty assets : emerging issues in the regulation of criminal and terrorist assets*, Farnham : Ashgate, 2014.

KLIMEK L., (2017). *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*. Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-44377-5>

KOHL-RAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 40 Anm., 1, 43 ed Berlin 1961, p. 116 in A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*.

LACKNER, §73, in *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München 1995, 471.

LEBRON C., *What we are teaching black children*. The New York Times. June 22. Retrieved from nytimes.com/2017/06/22/opinion/charleena-lyles-philando-castile.html.

LIGETI K., SIMONATO M., *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU*, Hart publishing, 2017.

LIPTON E., FANDOS N., *Departing ethics chief: U.S. is close to a "laughingstock."* The New York Times, 2017 disponibile su nytimes.com/2017/07/17/us/politics/walter-shaub-ethics.html.

LO GIUDICE L. V., *Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 28 aprile 2017.

LO VOI F., *Intervento durante la Conferenza su "Mutual recognition of judicial decisions and confiscation 15 years after Tampere: an additional tool for depriving criminals of their illicit assets all over the Union"*, organizzata dalla Presidenza italiana del Consiglio dell'Unione europea in collaborazione con la Commissione europea e il Ministero della Giustizia, disponibile su www.giustizia.it

LORENZETTO E., *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, Riv. It. Dir. e proc. Pen. 2008.

LUMINO F., *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, in Cass. pen., 2016, fasc. 4.

MACCHIA A., voce *Pubblica Amministrazione* (artt. 322-ter e 335-bis c.p.), in *Codice delle confische*, a cura di T. Epidendio e G. Varraso, Giuffrè, 2018.

MACHAN R. T., *Some Skeptical Reflections on Research and Development*. Hoover Press, 2002, disponibile su media.hoover.org/sites/default/files/documents/0817929428_xi.pdf.

MAGI R., *Commento al D.lgs. 159/11* in *Codice delle confische*, a cura di T. Epidendio e G. Varraso, Giuffrè, 2018.

MAIELLO V., *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed ancora aperte*, in *Foro napoletano*, 2012.

MAIELLO V., *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017.

MAIELLO V., *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001.

MAIELLO V., *La prevenzione ante delictum*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Giappichelli, Torino, 2015.

MAIELLO V., *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Giur. it.*, 2015, fasc. n. 6, 1524.

MANACORDA S., *Diritto penale europeo*, disponibile su www.treccani.it;

MANCUSO E., *Decisione e confisca*, in *Codice delle confische*, Giuffrè, 2018.

MANES V., *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it;

MANES V., *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011.

MANES V., *Lo statuto ‘costituzionalmente’ ambiguo della confisca urbanistica e la posizione della Corte EDU nei casi Sud Fondi c. Italia e Varvara c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2015.

MANES V., *The Last Imperative of Criminal Policy: Nullum Crimen Sine Confiscatione*, «EUROPEAN CRIMINAL LAW REVIEW», 2016, 6, pp. 143 – 160.

MANGIONE A. in F. CASSANO, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il pacchetto di sicurezza*, Nel diritto editore, Roma, 2009.

MANGIONE A., *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, 2001.

MANGIONE A., *Le misure di prevenzione antimafia al vaglio dei principi del giusto processo: riflettendo sull'art. 111 Cost.*, in CASSANO (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, Nel Diritto editore 2009.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 9^a ed.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di P. NUVOLONE, G. D. PISAPIA, Torino, 1981 – 1986.

MARZADURI E., *Confisca urbanistica, estinzione del reato per intervenuta estinzione ed accertamento della contravvenzione di lottizzazione abusiva* in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Giuffrè editore, 2016.

MARZULLO, *Ancora in tema di sequestro per equivalente funzionale alla confisca del profitto del reato: prime applicazioni (e stessi dubbi) dopo l'intervento delle Sezioni Unite Penali*, in *Cass. pen.*, 2010.

MASERA L., *Spunti di riflessione sulla nozione costituzionale di sanzione penale*, in *Scritti in onore di E. DOLCINI*, Giuffrè 2018.

MASSA M., voce *Confisca in diritto e procedura penale*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961.

MASSARO A., *Dalle criticità del diritto penale a quelle del "diritto penale europeo": chi è causa del suo mal pianga se stesso? Riflessioni su Taricco e dintorni*, in *Arch. pen.*, 3, 2017, 5.

MAUGERI A. M., *"L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie Cedu?"*, 17 luglio 2013, disponibile su *Dir. pen. cont.*

MAUGERI A. M., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in AA. VV., *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. MAZZA - F. VIGANÒ, Torino, 2009.

MAUGERI A. M., *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza storica?* (26 luglio 2013), *D.P.C.*

MAUGERI A. M., *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"*, *Riv. Trim. Dir. Pen. Contemporaneo*.

MAUGERI A. M., *La prevenzione patrimoniale e la legittimità della confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, p. 919 e ss., in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C. E. Paliero, F. Viganò, G. L. Gatta, F. Basile, Giuffrè, 2018.

MAUGERI A. M., *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Riv. dir. pen. cont* n. 1/2015.

MAUGERI A. M., *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, 28 marzo 2018, disponibile su <http://www.archiviopenale.it/la-riforma-delle-misure-di-prevenzione-patrimoniali-ad-opera-della-l-161-2017-tra-istanze-efficientiste-e-tentativi-incompiuti-di-giurisdizionalizzazione-del-procedimento-di-prevenzione/articoli/15353>.

MAUGERI A. M., *Le moderne sanzioni penali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001.

MAUGERI A. M., *Le Sezioni Unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività: la necessità della correlazione temporale*, 7 aprile 2014, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/d/2952>

MAUGERI A. M., *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: La Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, D.P.C.

MAUGERI A. M., *Prime osservazioni sulla nuova "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>

MAUGERI A. M., *Principi e regole del sistema della prevenzione nel dialogo tra le Corti* in F. Cassano, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il pacchetto di sicurezza*, Nel diritto editore, Roma, 2009, p.120.

MAUGERI A. M., *Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni. Note alla proposta della Commissione COM/2012/085 final - 2012/0036 (COD) 12 marzo 2012*, disponibile su www.penalecontemporaneo.it

MAUGERI A. M., *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, *Riv. It. Dir. e proc. Penale*, 2015.

MAUGERI A. M., voce *confisca*, *Enc. Dir. annali*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015.

MAUGERI A.M., *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in Riv. It. Dir. proc. pen., 2015.

MAUGERI, A. M. *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione* (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018), 29 marzo 2018, disponibile su Archivio Penale, [http://www.archiviopenale.it/la-riforma-della-confisca-\(dlgs-202-2016\)-lo-statuto-della-confisca-allargata-ex-art-240-bis-cp-spada-di-damocle-sine-die-sottratta-alla-pres/articoli/15351](http://www.archiviopenale.it/la-riforma-della-confisca-(dlgs-202-2016)-lo-statuto-della-confisca-allargata-ex-art-240-bis-cp-spada-di-damocle-sine-die-sottratta-alla-pres/articoli/15351)

MAUGERI A. M., *Misure di prevenzione patrimoniale: tutela dei terzi e nozione di buona fede*, 12 settembre 2011, disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

MAYER M. E., *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts – Lehrburch*, Heidelberg, 1915 in A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*.

MAZZACUVA F., *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale "classico" e diritto penale "moderno"*, in Bargi – Cisterna, *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011, Tomo I, p. 245.

MAZZACUVA F., *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, disponibile su D. P. C., 5 novembre 2013.

MAZZACUVA F., *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, 16 luglio 2013, disponibile su Dir. pen. cont.

MAZZACUVA F., *Le pene nascoste: topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino, 2017.

MAZZACUVA F., *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, disponibile su www.penalecontemporaneo.it

MAZZACUVA F., *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza di Punta Perotti*, in Dir. pen. proc., 2009, 1540 ss.; per una riflessione a tutto tondo a partire dalla posizione della Corte EDU.

MELCHIONDA A., *Disorientamento giurisprudenziale in tema di confisca*, in Riv. it., 1977.

MELILLO G., *Estinzione del reato e confisca di cose diverse da quelle oggettivamente criminose, ovvero di mai sopiti contrasti giurisprudenziali*, in Cass. pen., 2002, p.1702 (nota a Cass., Sez. I, 25 settembre 2000, Todesco).

MELILLO G., *L' esecuzione all'estero delle misure di prevenzione patrimoniali (Una interessante pronuncia della Corte di cassazione francese)*, Rielaborazione della relazione su 'Accertamenti patrimoniali, sequestro e confisca all'estero', tenuta nell'ambito dell'Incontro di studi - dedicato alla memoria di Rosario Livatino - organizzato dal Cons. Sup. Mag. su 'Le misure di prevenzione patrimoniali', Roma, 26 novembre 2003, in *Questione giustizia* - 2004.

MENDITTO F., *Le misure di prevenzione e la confisca allargata*. (l. 17 ottobre 2017, n. 161), Edizione 161, Officina del diritto. Il penalista, Giuffrè, 2017, p. 95; F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giuffrè, 2012.

MENDITTO F., *Le Sezioni Unite verso lo "statuto" della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, 26 maggio 2014, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3096>

MENDITTO F., *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice antimafia) e della confisca allargata*, in www.penalecontemporaneo.it; G. CHIARIELLO, *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.

MENDOZA R., *L'incidenza dei vincoli paesistici su opere in corso alla data del 7 settembre 1985*

MEZZETTI E., *Profitto e prezzo confiscabile e confisca per equivalente nei reati contro la pubblica amministrazione*, 21 febbraio 2014, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1392819551MEZZETTI%202014a.pdf>

MIRTO P., *Osservazioni sulla confisca prevista dalla legge sulla caccia*, in *Riv. Dir. sportivo*, 1949.

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 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 *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008.

MONGILLO V., *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in *Giur. cost.*, n. 2/15.

MONTAGNA M., *Reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca* in A. MARANDOLA, *Cooperazione giudiziaria penale in Le fonti del diritto italiano*, Giuffrè editore, 2018, parte V Confisca.

MONTELEONE G., *Effetti ultra partes delle misure patrimoniali antimafia*, in *Riv. trim. dir. eproc. civ.*, 1988.

MUSCO E., *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 23.

NEGRI D., *Prova della confisca*, in *Codice delle confische*, a cura di T. Epidendio e G. Varraso, Giuffrè, 2018.

NICOSIA E., *La confisca, le confische: funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, a cura di Giappichelli, 2012.

NOCETI A., *Confisca e altre misure ablatorie patrimoniali*, Torino, 2011.

NUNZIATA M., *La confisca nel codice penale italiano*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2010.

NUVOLONE P., *La confisca dei beni e la costituzione*, estr. da *Giur. Cost.*, 1961.

NUVOLONE P., *Presunzione di colpa nella confisca dei mezzi di trasporto non appartenenti all'esecutore del contrabbando?*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1940, I.

NUVOLONE P., voce *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, p.635.

PADOVANI T., *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995.

PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze, "Premio" e "Corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986.

PADOVANI T., *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014.

PAGLIARO A., voce *Sanzione (Sanzione penale)*, in *Enc. Giur.*, XXVIII, Roma, 1994, 5.

PALAZZO F., *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, 12 settembre 2018, <https://discrimen.it/per-un-ripensamento-radicale-del-sistema-di-prevenzione-ante-delictum/>.

PALIERO C.E., *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001.

PALIERO C. - TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, 33.

PALIERO C.E., MUCCIARELLI F., *Le Sezioni unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2015.

PANZARASA M., *I rapporti tra confisca e proscioglimento dell'imputato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2010, p. 1671 ss.; *ibid.* *Confisca senza condanna?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2010.

PANZAVOLTA M. e FLOR R., *A necessary evil? The Italian "non-criminal" system of asset forfeiture*. Nel volume a cura di RUI-SIEBER, *Non-conviction-based confiscation in Europe*, 2015, Duncker & Humblot – Berlino.

PANZAVOLTA M., *Confiscation and the concept of punishment: can there be a confiscation without a conviction?* In: Ligeti, K., Simonato, M. (eds.) *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, p. 25. Hart Publishing, Oxford (2017).

PETRINI M., *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*. Napoli, 1996.

PIACENTE N., *Overview of italian legislation and case law on judicial cooperation*, in Riv. Dir. pen. cont. n. 9/2018, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/6617-piacente2018a.pdf>

PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest*. Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma, in Quest. giust., 2002b.

PIMENTEL D., *Civil asset forfeiture abuses: Can state legislation solve the problem?* *George Mason Law Review*, 2018.

PIMENTEL D., *Documented Abuses and Uncertain Benefits of Civil Asset Forfeiture*, *Criminology & Public Policy*, 17, 1, (97-100), 2018, Wiley Online Library.

PIMENTEL D., *Forfeitures and the Eighth Amendment: A practical approach to the excessive fines clause as a check on government seizures*. *Harvard Law and Policy Review*, 2017. disponibile su harvardlpr.com/wp-content/uploads/2017/07/Pimentel.pdf.

PIMENTEL D., *Forfeitures revisited: Bringing principle to practice in federal court*. *NevadaLaw Review*, 13, 2012.

PISANI M. (a cura di), *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991.

PIVA D., *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, in Dir. pen. cont. – Riv. trim., 1, 2013.

PIZZOTTI S., *La natura della responsabilità delle società, nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in Resp. civ. prev., 2002.

POTTER J. D., TAVITS M., *Curbing corruption with political institutions*. In (Susan Rose-Ackerman and Tina Søreide, eds.), *International Handbook on the Economics of*

Corruption, vol. II. Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 2011; Policing and profit. 2015. Harvard Law Review, 128.

QUATTROCCHI A., *Lottizzazione abusiva e confisca urbanistica: la discussa compatibilità convenzionale davanti alla Grande Camera della Corte Edu*, in Riv. Dir. pen. e proc., 11/2018.

RAPINO F., *La modernizzazione delle misure di prevenzione. Riflessioni a margine dell'applicazione di misure personali e patrimoniali all'evasore fiscale socialmente pericoloso*, 26 MARZO 2013, D.P.C.

REDWITZ F. V.: *Die polizeilichen Maßregeln des Reichsstrafgesetzbuchs und ihr Verhältnis zu dessen allgemeinen Grundsätzen. Breslau 1909* A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*.

ROCCO A., *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in Rivista di diritto penitenziario, 1930, pagg. 1245-1283.

ROMANO M., *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015.

ROMANO M., GRASSO G., PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 1994.

ROMANO M., *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in Riv. It. Dir. proc. Pen., 1993.

ROMEO G., *Alle Sezioni unite la questione della confisca di somme di danaro, sequestrate su conto corrente, costituenti prezzo di reato dichiarato prescritto*, in Dir. pen. cont., 13 aprile 2015.

ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena* in Riv. it. dir. proc. pen., 1984.

RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, (1 aprile 2015), D.P.C..

RUI J. R., SIEBER U., *Non-Conviction-Based confiscation in Europe*, Duncker & Humblot- Berlin, 2015.

RUIZ R. R., *Justice Dept. revives criticized policy allowing assets to be seized*. The New York Times, 2017 disponibile su [nytimes.com/2017/07/19/us/politics/justice-department-civil-asset-forfeiture.html?_r=0](https://www.nytimes.com/2017/07/19/us/politics/justice-department-civil-asset-forfeiture.html?_r=0).

RUSSO R., *Il senso del profitto: la confisca dei beni dell'ente per il reato tributario commesso dal legale rappresentante*, in Arch. pen., n. 3/2015 (rivista web).

SALAZAR L., *L'applicazione del principio del reciproco riconoscimento nel settore della confisca e del congelamento dei patrimoni criminali*; in A. M. MAUGERI, *Le*

moderne sanzioni patrimoniali.

SALTELLI C., voce *Confisca* in *Nuovo digesto italiano*, III, 1938.

SANSO' L., *I rapporti tra l'amnistia e la confisca regolata dal c.p. e dalle leggi speciali*, estr. da Riv. pen., 1951, fasc. VII.

SANTINI S., *Concorso di persone e c.d. solidarietà passiva tra correi nel sequestro a carico degli enti*, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/d/4630-concorso-di-persone-e-cd-solidarieta-passiva-tra-correi-nel-sequestro-a-carico-degli-enti>

SANTORIELLO C., *Confiscabilità "limitata" dei beni della società per i reati commessi dall'amministratore*, in Fisco, 2014.

SAVONA E. U. e RICCARDI M., *"From illegal markets to legitimate businesses: the portfolio of organized crime in Europe"*, Final Report of project OCP – organised crime portfolio (www.ocportfolio.eu), 2015, p. 7.

SCARDIA M., *Ancora in tema di rapporti tra confisca ed amnistia*, in Riv. pen., 1948.

SCOLETTA M., *La confisca in capo all'ente per reati tributari commessi dal legale rappresentante: la parola delle Sezioni Unite*, in Soc., 2014.

SELVAGGI N., in *Disposizioni dell'Unione Europea, Direttiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 "relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi del reato nell'Unione Europea"*, in T. EPIDENDIO, G. VARRASO, *Codice delle confische penali*, Giuffrè, 2018.

SELVAGGI N., *Le conclusioni del consultative forum dei pubblici ministeri degli Stati membri UE in materia di confisca dei proventi di reato e traffico di esseri umani*, in www.penalecontemporaneo.it.

SELVAGGI N., *On instruments adopted in the area of freezing and confiscation*, in www.penalecontemporaneo.it.

SGUBBI F., *L'art. 12 quinquies della legge n. 356 del 1992 come ipotesi tipica di anticipazione: dalla Corte costituzionale all'art. 12 sexies*, Torino, 1996.

SIBILLA N., *Civil forfeiture now requires a criminal conviction in Montana and New Mexico*. Forbes, 2015, disponibile su forbes.com/sites/instituteforjustice/2015/07/02/civil-forfeiture-now-requires-a-criminal-conviction-in-montana-and-new-mexico/#83565fd6a481.

SILVESTRI P., *La confisca senza condanna*, in AA.VV., *Corte di Cassazione e Corti europee*, a cura dell'Ufficio del Ruolo e del Massimario – Corte Suprema di Cassazione, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, Roma, 2014.

SIMONATO M., *Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains*, ERA forum (2017).

SMITH A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. London, U.K.: W. Strahan and T. Cadell, 1976.

SMITH D. B., *An insider's view of the Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000*. Champion. 2000; U.S. Department of Justice. 2017. Ethics Handbook for On and Off-Duty Conduct (5 C.F.R 2635.101(b)).

SMITH I., *Civil Asset Recovery – The English Experience*. In J. Peeter Rui, U. Sieber (eds.), *Non-Conviction Based Confiscation in Europe*, Berlin, Max-Planck-Institut, 2015.

SOANA L., *Le Sezioni Unite pongono limiti alla confisca nei confronti delle persone giuridiche per i reati tributari*, in Riv. giur. trib., 2014.

SQUILLACI E., *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, in Dir. pen. proc., 2009.

STOOS, NISSEN, ESER, *Die strafrechtlichen Sanktionen* in A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*.

STORTONI, *Le misure di prevenzione contro la mafia*, in *Le misure di prevenzione. Teoria e prassi applicativa*.

TAORMINA, *Il procedimento di prevenzione nella legislazione antimafia*, Milano, 1988.

TODARO G., *Sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente e reati tributari: analisi e prospettive*, in *Giurisprudenza delle imposte*, 2014, 3, p. 5,

TONA G., *La confisca nella legislazione in materia di criminalità organizzata: normativa italiana e diritto europeo*, in *Il merito*, 2005, n. 9.

TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. pen.*, 1, 2017, 16.

TRAVI A., *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. n. 231/2000: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Soc.*, 2001.

TRINCHERA T., *La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali*, in *Dir. pen. cont.*, 12 marzo 2014.

VARRASO G., Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni “inespresse” delle Sezioni unite in tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari, in Cass. pen., 2014.

VASSALI G., *Confisca con indennizzo*, in G. Vassalli, Scritti giuridici. La legge penale e la sua interpretazione, il reato e la responsabilità penale, le pene e le misure di sicurezza, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1997.

VASSALLI G., *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, in Giur. cost., 1977, I.

VASSALLI G., *La confisca dei beni. Storia recente e profili dogmatici*, CEDAM, 1951.

VASSALLI G., *La potestà punitiva*, Utet, Torino, 1942, 1-401.

VASSALLI G., *Scritti giuridici*, vol. I, *La legge penale e la sua interpretazione, il reato e la responsabilità penale le pene e le misure di sicurezza*, Giuffrè, Milano, 1997.

VENEZIANI P., “*Le confische*” in Trattato di diritto penale, La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato, a cura di Mvltà pavcis AG, Milano, 2014.

VIGANÒ F., *La Consulta e la tela di Penelope (Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione)*, DPC (in sede di editoriale, sempre in data 30 marzo 2015).

VIGANÒ F., *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano* in La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini, a cura di C. E. Paliero, F. Viganò, G. L. Gatta, F. Basile, Giuffrè, 2018.

VIGANO’ F., *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, Dir. pen. cont., 31 marzo 2017.

VIGANO’ F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in D.P.C., 2 marzo 2017.

VIGANO’ F., *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano* in La pena, ancora: tra attualità e tradizione: Presentazione degli “Studi in onore di Emilio Dolcini”, a cura di C. E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G. L. Gatta, Giuffrè, 2018.

VISCONTI C., TONA C., *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del Codice Antimafia*, 14 febbraio 2018, disponibile su <http://www.la legislazione penale.eu/nuove-pericolosita-e-nuove->

[misure-di-prevenzione-percorsi-contorti-e-prospettive-aperte-nella-riforma-del-codice-antimafia-giovanbattista-tona-costantino-visconti/](#)

YU CHI K. A., *Follow the money: Getting to the root of the problem with civil forfeiture in California*. California Law Review, 90: 1635–1673, 2002; Code of Conduct for United States Judges. 2014, disponibile su uscourts.gov/judges-judgeships/code-conduct-united-states-judges.

ZAFFARONI E. R., *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in MOCCIA, a cura di Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia, Napoli, 1999.

ZIRULIA S., *La tutela del giudice amministrativo avverso le sanzioni "penali" dell'AGCM è conforme ai principi dell'equo processo sanciti dalla Convenzione EDU*, nota a Corte EDU, sez. II, sent. 27.9.2011.