



LA CONFISCA PENALE

Roma, Giovedì 16 maggio 2019, Aula Giallombardo - Corte di Cassazione

REPORT

a cura del Dott. Paolo Di Geronimo, Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario della Corte

In data 16 maggio 2019, presso l'Aula Giallombardo della Corte Suprema di Cassazione, ha avuto luogo l'incontro di studio organizzato dalla Struttura della formazione decentrata della Corte di Cassazione dal titolo "La confisca penale"

Ha introdotto i lavori il Consigliere della Corte di Cassazione Alessandra Bassi, la quale ha evidenziato come l'incontro di studio tragga origine dall'esigenza di esaminare ed approfondire le diverse ipotesi di confisca che sono state introdotte nell'ordinamento, sottolineando la molteplicità di funzioni e la conseguente diversità di struttura che l'istituto ha assunto rispetto all'originaria previsione contenuta all'art.240 c.p. Oramai è possibile parlare di un "diritto delle confische", proprio in considerazione della molteplicità delle ipotesi di confisca, molte delle quali disseminate nella normativa speciale. In particolare, la Cons.Bassi ha sottolineato anche i problemi derivanti dalle pronunce della Corte EDU che hanno avuto ad oggetto la confisca urbanistica, ma che in parte coinvolgono aspetti più generali e problematiche potenzialmente configurabili anche in relazione a tipologie diverse di confisca.

I temi, affidati alla trattazione dei relatori, magistrati di legittimità e professori universitari, offrono, pertanto, l'occasione per fare il punto sullo stato dell'arte della dottrina e della giurisprudenza, e per verificare quali sono ad oggi le criticità interpretative per le quali vi è un ineludibile necessità di risposte.

Il Presidente Aggiunto della Corte di Cassazione, Domenico Carcano, nell'introdurre i lavori, ha richiamato i principali filoni giurisprudenziali che hanno riguardato l'istituto in esame, sottolineando come la confisca penale è al centro dell'attenzione degli operatori del diritto. Il Pres.Carcano ha, inoltre, evidenziato come il crescente interesse del Legislatore per la confisca deriva dal fatto che

trattasi di uno degli strumenti maggiormente efficaci nel contrasto alla criminalità, non solo organizzata; strumento in grado, peraltro, di operare fin dal momento delle indagini preliminari per il tramite del sequestro preventivo finalizzato all'ablazione. L'apprensione del lucro derivante dal reato genera una contropinta rispetto all'utilità prodotta dal reato ed, in tal modo, diviene un efficace deterrente oltre che una misura ripristinatoria rispetto all'illecita locupletazione. Proprio l'estrema efficacia della confisca ha fatto sì che tale istituto ha assunto finalità diverse, passando da misura di sicurezza patrimoniale a vero e proprio strumento sanzionatorio, per effetto dell'ampliamento dei casi di confisca per equivalente, tipicamente sganciata dal riconoscimento dell'esistenza del nesso di pertinenzialità tra il bene ed il reato.

Infine, sottolinea il Pres. Carcano come da un utilizzo marginale della confisca, si è attualmente pervenuti ad un'applicazione dell'istituto che da alcuni è considerato quasi eccessivamente invasivo; l'implementazione dei casi ed il sempre maggior ricorso a tale strumento, tuttavia, è una implicita conseguenza del fatto che la confisca sopperisce alle carenze dell'ordinario apparato sanzionatorio, consentendo un recupero di efficacia del sistema penale.

Dopo gli interventi introduttivi, ha preso la parola il **Consigliere Alberto Macchia, Assistente di studio della Corte costituzionale**.

Il Cons. Macchia ha preso spunto dal panorama normativo, sottolineando come questo sia profondamente mutato e risenta di interventi "plurilivello" provenienti sia dalla CEDU che dal CGCE, il che rischia di determinare una "grande confusione".

Per effetto del sovrapporsi di interventi normativi poco omogenei tra di loro e della conseguente elaborazione giurisprudenziale, l'istituto della confisca è divenuto poco chiaro nei caratteri strutturali e nelle sue finalità (sanzionatoria, ripristinatoria, misura di sicurezza o di prevenzione).

Ne consegue che ove pure si voglia continuare a riferirsi alla confisca quale istituto dotato di un minimo comun denominatore, non può non considerarsi la notevole diversificazione delle diverse forme di confisca, sicchè, in concreto l'analisi giuridica dovrebbe procedere secondo un "modulo euristico di tipo strutturalista". Dietro il termine di "confisca", attualmente vi è una assoluta disomogeneità di beni attinti dall'ablazione, di finalità sottese all'istituto e, conseguentemente, anche le garanzie e le modalità attuative spesso divergono.

Si potrebbe distinguere in considerazione della natura del bene attinto dalla confisca, come avviene nel caso dell'art. 240 c.p., lì dove la confisca del prezzo, prodotto, profitto o strumento del reato si giustifica in quanto tali beni vanno "allontanati" dall'autore del reato per evitare che questi conservi il "ricordo" del mal fatto; in quest'ottica si valorizza la pericolosità *in rem*, valorizzando la natura special-preventiva della confisca.

Ancor più evidente è tale funzione nel caso in cui la confisca concerna beni di per sé "pericolosi", rispetto ai quali è irrilevante la disponibilità degli stessi da parte dell'autore del reato ovvero di terzi, assumendo valore una prospettiva meramente oggettivistica.

In altri casi la “pericolosità” viene riferita ad una determinata categoria di reato, sicchè un bene la cui detenzione e circolazione è di norma del tutto lecita, diviene suscettibile di confisca nella misura in cui è collegato alla commissione di una determinata specie di reato; ciò avviene nel caso di cessione di un alloggio in favore di cittadini extracomunitari illegalmente presenti sul territorio nazionale, lì dove la confisca dell’immobile è direttamente collegata al tipo di reato.

Analogo discorso è applicabile nel caso di esercizio abusivo della professione, lì dove la nuova previsione 348, comma secondo, c.p., prevede che alla condanna consegua la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato. Anche in tal caso, si consente la confisca dell’immobile nella misura in cui è strumentale alla commissione del reato; non è la natura dell’immobile a giustificare la confisca, bensì il collegamento con il fatto illecito.

Diversa tecnica normativa è stata impiegata nella legge Merlin, con riguardo all’alloggio utilizzato per il meretricio, atteso che in tal caso non è stata prevista l’obbligatorietà della confisca, ma la norma si limita a richiamare l’art.240 c.p.

Altro tipo di prospettiva è quello di “tipo soggettivistico”, per effetto della quale non si valuta il bene e nemmeno il classico nesso di pertinenzialità rispetto al reato, bensì il collegamento rispetto alla persona intesa quale soggetto che, per le sue qualità, “illumina in quadro di disvalore” l’oggetto da confiscare.

Rispetto a tali ipotesi è lecito chiedersi se la confisca sottintenda ad una punibilità del tipo di autore, piuttosto che dalla specifica natura del fatto previsto come reato. Tale perplessità si pone essenzialmente con riferimento alla confisca di prevenzione, collegata al tipo di autore e finalizzata ad attuare la logica secondo cui occorre dar effettività al principio per cui il “delitto non paga”, tale impostazione, tuttavia, rischia di confliggere con il principio di personalità e colpevolezza.

Analoghe considerazioni valgono per le plurime ipotesi di confisca allargata, recentemente ricondotte nell’alveo dell’art.240 bis, c.p., tutte contraddistinte dalla valorizzazione del tipo di autore, secondo una logica che potrebbe in qualche modo ricondurre alla teoria di un diritto penale del “nemico” elaborata da Jakobs.

Tali tematiche sono state affrontate dalla Corte costituzionale nelle sentenze n.24 e 25 del 2019; con tale pronuncia è stata vagliata la legittimità costituzionale della figura dei “pericolosi generici” e la compatibilità con la sentenza Di Tommaso che aveva stigmatizzato il difetto di tipizzazione.

La Consulta ha ritenuto di dover elaborare una sorta di statuto di garanzia in tema di misure patrimoniali; la confisca di prevenzione è “giusta” se raccordata ad elementi di carattere presuntivo dai quali si possa trarre il nesso di pertinenzialità con il reato; solo in presenza di elementi concreti dai quali desumere l’illegittimità dell’accumulo, è consentito un “meccanismo di compensazione” mediante il quale si sottrae la ricchezza indebitamente procurata. In quest’ottica, è necessario quanto meno un rapporto di “contiguità temporale” tra la condotta illecita e l’acquisto dei beni, in mancanza di un reato tipizzante.

La prospettiva meramente soggettivistica non è di per sé sufficiente; oltre alla necessità di una previsione normativa che legittimi la confisca, occorre un oggetto giuridico della confisca che abbia una ontologica strumentalità rispetto all'interesse tutelato dal reato. Tale esigenza è ancor più avvertita in un contesto in cui ad ogni introduzione di norme incriminatrici è accompagnata dalla previsione di una corrispondente ipotesi di confisca.

Il Cons. Macchia ha anche sottolineato la particolarità dell'istituto così come declinato in materia ambientale, lì dove è stata introdotta una sorta di confisca sottoposta "a condizione"; in tal caso, infatti, è previsto che non si provvede alla confisca ove l'autore dell'illecito assuma una condotta collaborativa e provveda alla riduzione in pristino dei luoghi.

Altrettanto singolare è la previsione contenuta all'art. 187 C.d.s. che prevede l'obbligo di confisca e la successiva restituzione (non già la mera revoca del sequestro) nell'ipotesi in cui il condannato acceda al lavoro di pubblica utilità, in tal modo introducendosi una vera e propria alternativa tra "sanzioni" del tutto autonome e distinte tra di loro.

Ben diverso è, invece, l'approccio seguito con riferimento ai reati contro la p.a., lì dove si tende a sovrapporre forme di apprensione patrimoniale, rendendo concreto il rischio di una vera e propria duplicazione di tipologie di misure patrimoniali che, pur formalmente diverse, finiscono per aggravare eccessivamente l'aspetto latamente sanzionatorio riconnesso a tale particolare categoria di reati.

Il Cons. Macchia, sulla base dell'ampio *excursus* relativo alle diverse forme e funzioni che la confisca può assumere, ha concluso sottolineando che l'istituto – già indicato come istituto polifunzionale fin dalle pronunce della Consulta degli anni '60 – è attualmente ancor più poliforme, in quanto non è mutata solo la struttura, ma anche la finalità che tende ad assicurare. Una conferma di ciò è desumibile dall'evoluzione della confisca disposta in conseguenza dell'applicazione di misure di prevenzione, che *ab origine* presupponeva il contrasto alla criminalità organizzata e l'esigenza di disporre di uno strumento adeguato a fronteggiare un fenomeno di estrema gravità (soluzione ritenuta adeguata al fenomeno anche dalla CEDU); attualmente, le situazioni che possono dar luogo a confisca quale misura di tipo preventivo vanno ben al di là del tipico ambito circoscritto alla criminalità organizzata, a riprova di come l'istituto sia stato esteso anche a fenomeni contraddistinti da una gravità criminale non paragonabile a quella tipica dei fenomeni associativi.

In definitiva, quindi, se si vuol dare un minimo di sistematicità deve necessariamente prendersi atto del fatto che la confisca è divenuta uno strumento trasversale ad una pluralità di finalità e di ambiti soggettivi, sicché a seconda delle diverse ipotesi occorre procedere all'individuazione della funzione prevalente.

Parallelamente occorre anche porsi il problema della "proporzionalità" della complessiva risposta sanzionatoria, nel cui ambito occorre necessariamente tener conto anche degli effetti prodotti dalla confisca. Tale problematica è stata affrontata nella recente sentenza della Corte costituzionale in tema di sanzioni per il market abuse, lì dove si è ritenuta la proporzionalità della confisca del plusvalore, ma non anche quella del capitale investito, rispetto al quale non pare neppure

ipotizzabile la confisca in quanto “*instrumentum sceleris*”, categoria che viene tradizionalmente ricollegata a mezzi intrinsecamente funzionali alla commissione del reato.

Terminato l'intervento del Cons. Macchia, ha preso la parola il **Consigliere della Corte di Cassazione Antonio Corbo**, il quale ha condiviso le osservazioni in precedenza svolte sottolineando come, pur nella obiettiva eterogeneità delle ipotesi di confisca, un dato che accomuna le diverse ipotesi è ravvisabile nell'esigenza di escludere che la commissione di illeciti penali possa consentire locupletazioni indebite; tuttavia, l'esigenza di effettività connaturata all'affermazione secondo cui “il delitto non paga” deve necessariamente contemperarsi con la tutela dei diritti dei terzi e con l'attuazione della proporzionalità della risposta sanzionatoria complessiva.

Seguendo l'ordine dei lavori, è successivamente intervenuta la **Professoressa Anna Maria Maugeri**, che ha affrontato i profili problematici riconnessi alla confisca per equivalente ed alla confisca per sproporzione.

La Prof.ssa Maugeri ha esordito sottolineando come la confisca – compresa la confisca per equivalente e la confisca per sproporzione –, rappresenta quasi nell'ottica del Legislatore l'unico strumento realmente efficace, tant'è che in quasi tutti gli interventi normativi che hanno condotto all'introduzione di nuove figure di reato, come pure nel caso di rivisitazione di normative preesistenti, ampio spazio è stato dato alle diverse forme di confisca.

A fronte del ruolo centrale che “le confische” hanno assunto nell'odierno panorama normativo, ci si sarebbe aspettati un intervento unitario e sistematico di riforma e di razionalizzazione, peraltro più volte richiesto anche dalle varie Commissioni ministeriali che si sono occupate di progetti di riforma in materia (da ultimo quelle coordinate dal Prof. Palazzo e dal dott.re Marasca), ma tale sistematicità non è stata finora attuata.

Anche il recente d.lgs. 202/2016, che attua nell'ordinamento interno le disposizioni della direttiva 2014/42/UE, ha deluso le aspettative e rappresenta un'occasione mancata.

Per quanto concerne la confisca per equivalente, l'esigenza di una disciplina generale è ancor più avvertita, anche in considerazione delle sollecitazioni in tal senso provenienti da plurime fonti sovranazionali.

Nell'ordinamento italiano tale forma di confisca è prevista come forma di applicazione di sempre più numerose forme di **confisca speciale**. Si pensi ad esempio agli artt. 322 *ter*, 600 *septies*, 640 *quater*, 644, 2641 c.c., art. 187 T.U. n. 58/1998 in materia di intermediazione, art. 11 della l. 16 marzo 2006 n. 146 in relazione ai reati transnazionali. Per procedere alla confisca del *tantundem* occorre che nella sfera giuridico patrimoniale del responsabile **non sia stato rinvenuto**, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o profitto (di cui sia però “**certa**” l'esistenza) del reato (C s.u. 05/41936, *Guida dir.* 05, 47, 52; C 16-1-2004, *F. it.* 04, II, 685; C 3-7-2002). In sostanza la confisca per equivalente non deve rappresentare un **escamotage** per consentire alla giurisprudenza di sottrarsi dall'onere di accertare il profitto del reato, ma deve essere applicabile solo nell'ipotesi in cui è stato verificato il conseguimento del prezzo o del profitto (nella sua obiettiva esistenza ed entità), al fine di superare le difficoltà - l'oggettiva impossibilità - di acquisire nella loro originaria

consistenza i beni costituenti il prezzo o il profitto del reato per cui è stata pronunciata la sentenza di condanna (C 08/31339, *Dir. giust.* 08; C 06/31988, Chetta, *G. it.* 07, 966; C 04/15445).

NATURA PUNITIVA. In base ad un orientamento piuttosto prevalente della Suprema Corte si riconosce la **natura punitiva** della confisca per equivalente in relazione alla quale la provenienza dei beni da reato non rappresenta più oggetto di prova, scomparendo, di fatto, ogni relazione di tipo causale (C s.u. 15/31617; C 13/45951; C 12/11768, *R. pen.* 12, 754; C 12/18799 che proprio in virtù di tale natura punitiva ne nega l'applicazione in caso di estinzione del reato; C 10/29724). Questa posizione è condivisa dalla Corte cost. (09/97) che ha ritenuto non consentita, in base all'art. 25 Cost., co. 2, l'applicazione retroattiva di quella forma di confisca, escludendo l'applicabilità dell'art. 200 c.p.

USO A FINI PUNITIVI. Proprio in base a tale natura "punitiva" la Suprema Corte nell'ipotesi di **concorso di persone** ritiene che, se non è possibile stabilire la quota attribuibile a ciascun concorrente, il sequestro preventivo può essere adottato per l'intero importo del prezzo o del profitto nei confronti di ciascuno dei concorrenti in vista della eventuale futura confisca (C 07/30966); o che il sequestro e poi anche la confisca può attingere uno qualsiasi dei concorrenti, pur se l'intero importo del ritenuto prezzo o profitto dello stesso reato sorgente non sia affatto transitato, o sia transitato in minima parte, nel patrimonio del concorrente onerato dalla confisca, anche se poi la confisca complessivamente disposta non può eccedere l'ammontare del profitto (C s.u. 08/26654; C 14/21227; C 12/8740; C 12/35999; C 12/20976; C 12/30140); o ha applicato, addirittura, la confisca *per intero* nei confronti di ciascun concorrente, **trasformandola in una vera e propria pena patrimoniale in palese disprezzo dei principi di legalità, colpevolezza e proporzione** (C 09/33409, *C. pen.* 09, 3102; conforme C, 10/21027). Inoltre la Suprema Corte, sempre in applicazione del principio di solidarietà passiva, applica il sequestro per intero ai fini della confisca contemporaneamente nei confronti dell'ente, ai sensi dell'art. 19 e 53 d. legisl. n. 231/2001, e delle persone fisiche responsabili del reato, *ex art. 322 ter c.p.*, in una sorta di "concorso di persone" tra persone fisiche e persone giuridiche, senza verificare a chi sia pervenuto il profitto e quindi delimitare il sequestro in tali limiti (C 15/1156; C 14/21227; C 13/21222; C 12/10567, *Guida dir.* 13, 15, 55; C 12/20976; C 09/26611; C 06/31989).

Contra. Tale approccio non è ritenuto appagante dalla Prof.ssa Maugeri, la quale ha sottolineato come l'interpretazione giurisprudenziale della confisca per equivalente ha finito per trasformare tale strumento – finalizzato a recuperare beni in assenza di quelli confiscabili direttamente – in una pena patrimoniale *tout court*.

Invero, la confisca per equivalente andava considerata essenzialmente sotto il profilo di strumento "esecutivo" volto ad impedire che, mediante condotte distrattive e di occultamento del provento del reato, si potesse vanificare la confisca; doveva essere valorizzato, pertanto, il fatto che l'istituto era destinato ad operare essenzialmente sul piano esecutivo.

Nell'ipotesi base la confisca per equivalente dovrebbe costituire una mera misura con carattere surrogatorio, **una mera modalità di realizzazione della confisca del profitto accertato**, connesso al reato, rimanendo **una forma di riequilibrio economico** (C 04/15455; C 02/32797; MAUGERI, *La lotta*

contro l'accumulazione, op. cit., 489 ss.; conforme MONGILLO, Art. 322-ter, in *Codice penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, VII, 2010, 256; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione – I delitti dei pubblici ufficiali, Commentario sistematico*, 2006, 254). Non ha la capacità di infliggere un *quid pluris* di afflittivo laddove si limita a privare il soggetto, anche se in forma equivalente, di quanto illecitamente conseguito attraverso il reato; e, in ogni caso, **dovrebbe assumere la stessa natura della confisca che consente di applicare nella forma equivalente. Chiaramente tutto ciò presuppone che venga correttamente interpretata; laddove viene applicata al concorrente che non ha percepito il profitto o per intero a ciascun concorrente, diventa una vera e propria pena patrimoniale** (MAUGERI, *R. trim. d. pen. ec.* 13, 669 ss.; C 13/7078; C 7-12-2011; C 09/26176). Sembra emergere, poi, una sorta di contraddizione nella giurisprudenza in esame: da una parte si tratta la confisca come se fosse una pena, affermando il principio della **responsabilità correale** in base al quale la pena deve affliggere per intero ciascuno dei concorrenti proprio per realizzare la sua finalità afflittiva; dall'altra si applica **il principio della solidarietà passiva tra i concorrenti nonché tra ente e persone fisiche**, proprio delle misure riparatorie e affermato per le sanzioni amministrative (art. 6 l. 689/'81) e civilistiche (TUTINELLI, in *Resp. amm. soc. enti* 09, 89 ss.). Tale **contraddizione** è stata messa in evidenza dalla **stessa giurisprudenza della Suprema Corte** laddove, pur salvando il principio della solidarietà passiva, ha precisato che **non si può affatto trasferire la misura patrimoniale della confisca per equivalente nel panorama delle pene propriamente intese**, data la sua natura **surrogatoria** rispetto alla confisca di proprietà, e che ove il legislatore avesse davvero inteso imprimere alla confisca per equivalente le stigmate della sanzione criminale, non si spiegherebbe la previsione della **irretroattività** sancita dal richiamato l. n. 300/2000, art. 15, bastando a tal fine il generale precetto sancito dall'art. 25, co. 2, della Carta Fondamentale (C 06/30729); si tratta comunque di una forma di confisca che trova il suo fondamento e limite nel vantaggio tratto dal reato e prescinde dalla pericolosità derivante dalla *res*, in quanto non è commisurata né alla colpevolezza dell'autore del reato, né alla gravità della condotta (C 13/19051, *Guida dir.* 13, 22, 67, con nota di AMATO; C 12/46295, *Guida dir.* 13, 7, 63).

Proseguendo nell'esame delle principali problematiche in materia, la Prof.ssa Maugeri ha sottolineato come i principi espressi dalle Sezioni unite con la sentenza "Gubert" (n. 10561/2014) non sono immuni da censure. Tale sentenza, oltre ad accogliere una nozione molto ampia di profitto, ricomprendendo anche le utilità indirette, ritiene che **il risparmio rientra nella nozione di profitto confiscabile** e, in particolare nel caso di specie, il denaro sottratto alla tassazione, nella misura dell'imposta evasa; non solo ma la Corte ritiene che la "confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta"¹ (nel caso di specie ex art. 240 c.p. o 322 *ter* c.p.).

Tale orientamento in relazione alla confiscabilità del profitto risparmio è ribadito dalle Sezioni Unite nella sentenza Thyssenkrupp in un settore diverso da quello tributario, con riguardo ad una condotta

¹ Cass., Sez. Unite, 30 gennaio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10561, Gubert., in *Dir. pen. cont.* 2014, 12 marzo 2014; conforme Cass., Sez. III, 9 maggio 2012, dep. 4 ottobre 2012, n. 38740, Sgarbi, Rv. 254795; Cass., 16 settembre 2014, n. 37846; Cass., sez. III, 2 ottobre 2018, n. 105; Cass., sez. III, 2 marzo 2018, n. 24042.

che reca la violazione di una disciplina prevenzionistica². E sempre accogliendo tale nozione di profitto ricomprensivo del risparmio di spesa, le Sezioni Unite nella sentenza Lucci hanno addirittura sancito la possibilità di applicare la confisca obbligatoria diretta³ in caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione⁴.

In queste sentenze si utilizza il condivisibile orientamento giurisprudenziale in base al quale la confisca del denaro rimane diretta anche quando non sia possibile la sottrazione dell'*eadem res* direttamente derivante dal reato (il denaro oggetto della rapina) ma di un ammontare equivalente (denaro depositato in banca nel conto del rapinatore), trattandosi di un bene fungibile⁵, per trarne la conseguenza, con un evidente salto logico, che anche il risparmio di spesa rientra nella nozione di profitto del reato direttamente confiscabile, dimenticando la differenza fondamentale tra le due ipotesi in questione: nel caso della confisca diretta del denaro si è avuto comunque un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, avente una sua esternalità e causalmente connesso al reato, mentre nel caso di confisca del profitto risparmio manca il beneficio aggiunto di tipo patrimoniale in questione e il patrimonio dell'evasore rimane invariato in seguito al reato.

Lo scopo dell'orientamento Gubert è in realtà quello di consentire la confisca diretta del risparmio profitto dei reati tributari anche presso l'ente, che non può essere considerato estraneo al reato perchè beneficiario⁶. Le Sezioni Unite hanno forzato la nozione di profitto per consentire l'applicazione della confisca diretta, dato che si riconosce pacificamente la possibilità di applicare la confisca ex art. 240 c.p. o 322 *ter* c.p. alle *persone giuridiche* cui sia pervenuto il profitto del reato consumato dalla persona fisica, sul presupposto che la confisca non sia una sanzione penale ma una misura di sicurezza patrimoniale, applicabile anche nei confronti di soggetti sforniti di capacità penale e, quindi, anche nei confronti delle persone giuridiche laddove abbiano beneficiato del

² Conforme Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343.

³ "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**".

⁴ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, Lucci: "a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna e che l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla penale responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto rimanga inalterato nel merito nei successivi gradi di giudizio".

⁵ Cass., 14 giugno 2007 - 30 luglio 2007 n. 30966, Puliga, rv. 236984; Cass., sez. 6, 25 marzo 2003, n. 23773, Madaffari, rv. 225727; Cass., Sez. Un. 9 luglio 2004, n. 29951; Cass., sez. VI, 1 febbraio 1995 n. 4289.

⁶ La Corte ha, quindi, considerato non estranea al reato la società, il cui legale rappresentante sia stato condannato o sia indiziato per un reato realizzato nell'interesse dell'impresa, ritenendo che anche la persona giuridica può compiere "attività di concorso o altrimenti connesse, ancorché si tratti di persona non punibile perché priva di responsabilità penale" così Cass., 8 luglio 1991, Capital Finanziaria Italiana, in *Cass. pen.* 1992, 3035; o ritenendo che gli stati soggettivi dei loro legali rappresentanti debbano essere imputati, in forza dei principi di rappresentanza, alle persone giuridiche, Cass., 18 novembre 1992, Tappinari, in *Cass. pen.* 1994, 1217. Cfr. Cass., 29 marzo 2001, Mingione, n. 17349; Cass. 11 aprile 2002, Fallimento S.I.T. A.a. in c.p. Bossi, in *Dir. pen. e proc.* 2003, n. 2, 213; Cass., 3 dicembre 2003, in *Impresa c.p.i.* 2004, 315; Cass., 16 gennaio 2004, n. 97, N.G., in *Impresa c.p.i.* 2004, 1444; Cass., S.U., 9 luglio 2004, 29951, Focarelli, rv. 228163; Cass. 25 luglio 2006, in www.cortedicassazione.it; Cass., sez. VI, 5 maggio 2008, n. 35802, Rv. 241376; in tale direzione PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G.DE FRANCESCO, Torino 2004, 13 ss.

reato⁷; altrimenti tale profitto risparmio non sarebbe stato confiscabile presso l'ente perché da una parte non si potrebbe applicare la confisca di valore, prevista nel settore dei reati tributari, in quanto ha natura punitiva e quindi non applicabile nei confronti di terzi⁸ e dall'altra parte non è prevista la responsabilità da reato ex d.lgs. n. 231/2001 per gli enti. Tali forzature non sarebbero necessarie laddove non si attribuisse, come sarà evidenziato, natura punitiva alla confisca di valore, che consentirebbe così di recuperare, anche se nella forma equivalente, il profitto risparmio pervenuto all'ente.

Il principio di legalità delle sanzioni imporrebbe, in ogni caso, di stabilire, allora, se nella nozione di profitto direttamente confiscabile rientra anche il risparmio oppure se quest'ultimo possa essere confiscato per equivalente come previsto in altri ordinamenti, - ad esempio attraverso il *Wertersatzverfall* ai sensi del § 73 a StGB nei limiti in cui il risparmio sia economicamente valutabile, attribuendo a tal fine al giudice un potere di stima (§73b, *Schätzung*, StGB o art. 70 ult. co. swStGB), che deve essere esercitato adempiendo ad un congruo obbligo di motivazione e consentendo il contraddittorio sul punto (il §73a StGB prevede il *Verfall des Wertersatzes*); fermo restando che la quantificazione concreta di un simile profitto risparmio raramente potrebbe rispondere a criteri di assoluta precisione ed oggettività e che, comunque, sarebbe preferibile riservare la confisca del risparmio alle ipotesi tassativamente previste, come previsto nel progetto Palazzo ("Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio", redatto dalla Commissione ministeriale presieduta dal Professore Palazzo⁹).

Il decreto legislativo n. 202/2016 rappresenta un'occasione mancata di razionalizzazione di tale disciplina; la Direttiva n. 42/2014 accoglie una nozione assolutamente ampia di profitto (ricomprensiva di surrogati e ulteriori utilità).

⁷ Si tratterebbe di recuperare un ingiustificato arricchimento in capo alla persona giuridica, nel nome e per conto della quale il singolo, come suo organo, ha commesso il fatto di reato .

⁸ La Suprema Corte ha ammesso l'applicazione della confisca per equivalente nei confronti dell'ente in quanto l'amministratore ha agito nell'interesse dell'ente che ha percepito il profitto; i fatti costituenti reato sono posti in essere dai, e ascrivibili ai, suoi rappresentanti, ossia a coloro che agiscono nell'ambito dei poteri e con le facoltà conferite loro dall'ente stesso (tra le altre Cass., sez. III, 12/17485, Maione; Cass., sez. III, 12/38740, Sgarbi; Cass., sez. III, 11/28731, Soc. Coop. P.R. Burlando S.r.l., in *Riv. di giur. trib.*, 2011, p. 944, con nota di VALLINI; Cass., sez. III, 11/26389, Occhipinti); si esclude la pretesa estraneità al reato dell'ente beneficiario in quanto, anche in base al dato normativo costituito dall'art. 1, lett. e) del d.legisl. n. 74 del 2000, il «fine di evadere le imposte» ed il «fine di sottrarsi al pagamento» si intendono riferiti alla società, all'ente o alla persona fisica per conto della quale si agisce (D. POTETTI, *A proposito dei reati tributari: l'estraneità al reato nella confisca per equivalente dei beni della società*, in *Riv. pen.*, 2013, p. 483). In dottrina e in base ad un diverso orientamento giurisprudenziale ormai prevalente, tuttavia, emerge il timore che in tal modo si finisca per estendere la responsabilità da reato alla persona giuridica al di là dei limiti previsti dal d.legisl. 231/2001 e cioè in relazione a reati per i quali non è prevista la responsabilità degli enti, in violazione del principio di legalità, consentendo addirittura la confisca degli strumenti del reato; si tratterebbe di un'interpretazione analogica *in malam partem*. In particolare, poi, in relazione alla confisca per equivalente si evidenzia il suo carattere afflittivo (Cass., sez. III, 13/45951; Cass., sez. III, 13/42638; Cass., sez. III, 13/42476; Cass., sez. III, 13/42477). Eventualmente la confisca potrebbe essere disposta esclusivamente nell'ipotesi in cui la struttura aziendale costituisca un apparato fittizio utilizzato dal reo per commettere gli illeciti (*ex pluris* Cass., sez. II, 15/45520; Cass., S.U. 14/10561; Cass., sez. III, 13/36927; [Cass., sez. III, 12/1256](#), Unicredit, rv. 254796).

⁹ *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014.

Proseguendo nella rassegna delle ipotesi maggiormente problematiche, la Prof.ssa Maugeri ha sottolineato l'incongruenza che si è determinata a seguito dell'introduzione della possibilità di disporre la confisca per equivalente anche a carico degli eredi del destinatario di una misura di prevenzione, pur nei limiti del patrimonio ereditato (sul punto è stata richiamata la modifica introdotta all'art. del d.lgs. n.159 del 2011, dalla l.n. 161 del 2017). Ove fosse corretta la tesi per cui la confisca per equivalente è misura sanzionatoria, ne sarebbe dovuta conseguire l'inapplicabilità nei confronti degli eredi; quanto detto dimostra come, per effetto della disciplina introdotta, si determina un problema di incoerenza del sistema.

Altro esempio delle problematiche scaturite dalla natura sanzionatoria della confisca per equivalente è desumibile dall'art. 322 ter c.p., norma relativa alla confisca, anche per equivalente, del profitto o del prezzo di determinati reati contro la pubblica amministrazione. In tal caso, sottolinea la Prof.ssa Maugeri come la norma sia funzionale a garantire la confisca del profitto del corruttore ed abbia essenzialmente una funzione di semplificazione probatoria, nel senso che consente la determinazione del profitto in misura non inferiore al valore del "denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale". In concreto, invece, la norma è stata applicata nel senso che, pur se non viene dimostrata l'entità del profitto, si applica la confisca quale una vera e propria pena patrimoniale (**C 10/21027; contra correttamente C 14/9929**).

La Prof.ssa Maugeri ha richiamato l'attenzione su una problematica sicuramente destinata ad emergere nella futura applicazione dell'art. 578 bis c.p.p., recentemente introdotto e contemplante la possibilità di disporre la confisca allargata ex art. 240 bis c.p. anche a fronte di una pronuncia di primo grado che abbia riconosciuto l'intervenuta prescrizione. La norma in questione è stata ulteriormente modificata dall'art.3, lett.f), della l.n.3 del 2019, c.d. "Spazzacorrotti", che ha espressamente esteso l'applicabilità dell'art. 578 bis c.p.p. anche all'ipotesi contemplata dall'art.322-ter c.p. Premesso che l'art.322 ter c.p. contempla anche la possibilità di disporre la confisca per equivalente, si potrebbe dubitare della legittimità costituzionale di tale confisca ove fosse applicata anche nel caso di intervenuta prescrizione del reato, atteso che se la confisca per equivalente è una vera e propria sanzione in base all'opinione prevalente della Corte Costituzionale e della Suprema Corte; la causa estintiva del reato dovrebbe impedirne qualsivoglia risposta punitiva. Inoltre si evidenzia l'incoerenza determinata dal fatto che nella stessa legge che stabilisce la sospensione della prescrizione dopo il primo grado, si preveda l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 578 bis c.p.p.

La Prof.ssa Maugeri, inoltre, ha parlato in termini positivi della recente sentenza della Corte Costituzionale n. 212/2019.

CONFISCA ALLARGATA EX ART. 240 BIS C.P.

In relazione alla confisca allargata ex art. 240 bis c.p. (prima art. 12 sexies d.l. n. 306/92 convertito in legge 356/92) la Prof.ssa Maugeri ha ricordato, come da ultimo evidenziato anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 33 del 2018, che la forma di confisca in esame si fonda "su una **presunzione di provenienza criminosa dei beni posseduti dai soggetti condannati per taluni reati**, per lo più (ma non sempre) connessi a forme di criminalità organizzata: in presenza di determinate

condizioni, si presume, cioè, che il condannato abbia commesso non solo il delitto che ha dato luogo alla condanna, ma anche altri reati, non accertati giudizialmente, dai quali deriverebbero i beni di cui egli dispone”¹⁰. Si tratta della duplice presunzione su cui si fonda il modello di confisca allargata e cioè la presunzione che il soggetto ha commesso altri reati, oltre quello oggetto di condanna, e che da questi reati abbia tratto profitto¹¹. Nella sentenza n. 33/2018 la Corte Cost., pur rigettando la questione di costituzionalità, riconosce pienamente che “sebbene l’obiettivo della confisca “allargata” fosse stato esplicitamente individuato nel contrasto all’accumulazione dei patrimoni della criminalità organizzata, e mafiosa in specie, e alla loro infiltrazione massiccia nel circuito economico, *la scelta dei “reati matrice” è risultata fin dal principio non rigorosamente sintonica rispetto a tale dichiarazione d’intenti*. L’ambito di applicazione di questa forma di confisca allargata **si è sempre più esteso in maniera non coerente con le originarie intenzioni del legislatore, evidenzia la Corte Costituzionale, che cita come esempio** di fattispecie estranee alla logica originaria proprio l’ “ampia platea di delitti contro la pubblica amministrazione, disposta dall’art. 1, comma 220, della legge 27 dicembre 2006, n. 296». “Come è stato da più parti osservato, si tratta di una categoria di reati che – specie in rapporto ad alcune figure (vengono citati, ad esempio, il peculato e il peculato mediante profitto dell’errore altrui, la malversazione a danno dello Stato, l’utilizzazione di invenzioni o scoperte conosciute per ragioni di ufficio) – risulta del tutto priva di diretta attinenza con la criminalità organizzata, e che neppure denota, nell’autore del singolo fatto, una necessaria “professionalità” o dedizione all’illecito” su cui si dovrebbe fondare la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale. Il legislatore della l. 161/2017, addirittura, ha fatto rientrare proprio gli indiziati di tale categoria di delitti, seppure realizzati in forma associata, nell’ambito della categoria dei soggetti a pericolosità qualificata ai fini dell’applicazione delle misure di prevenzione).

La Corte Costituzionale auspica quindi non solo il **self-restraint** del legislatore nella selezione dei reati spia, ma che “il giudice conservi la possibilità di verificare se, in relazione alle circostanze del caso concreto e alla personalità del suo autore – le quali valgono, in particolare, a connotare la vicenda criminosa come del tutto episodica ed occasionale e produttiva di modesto arricchimento – il fatto per cui è intervenuta condanna esuli in modo manifesto dal “modello” che vale a fondare la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza da parte del condannato”. Non potendo trasformare una forma di confisca obbligatoria in facoltativa, tale auspicio dovrebbe richiamare a una più corretto accertamento del requisito della sproporzione.

La Prof. Maugeri richiama quindi la più garantistica giurisprudenza, comprese le sezioni unite Montella del 2004, che pretendono un accertamento della **sproporzione**, quale indizio dell’origine illecita dei beni come sottolineato dalla Corte Cost. nella sentenza n. 33/2018, **in relazione ad ogni singolo bene al momento dell’acquisto**, pretendendo una ricostruzione storica; non solo, ma, come da ultimo evidenziato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 33/2018 e n. 24/2019, si limita l’applicazione di tale forma di confisca (come stabilito nella confisca di prevenzione dalle s.u. Spinelli) in un ambito di **ragionevolezza temporale, consentendo di rendere tale forma di confisca**

¹⁰ Corte Cost., 8 novembre 2017 (21 febbraio 2018), n. 33.

¹¹ MAUGERI, *Relazione Introduttiva. I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, in a cura di MAUGERI, [Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione](#), Milano 2008, 16 ss.

maggiormente conforme al principio di proporzione, alla presunzione di innocenza salvaguardando il diritto di difesa (non pretendendo una probatio diabolica). Fermo restando che le Sezioni Unite Montella, pur negando che la norma imponga un'inversione dell'onere della prova e la violazione del diritto alla difesa pretendono un'esauriente spiegazione in termini economici (e non semplicemente giuridico – formali) di una derivazione del bene da attività consentite dall'ordinamento, che sarà valutata secondo il principio del libero convincimento: occorre dimostrare sostanzialmente come è stato economicamente possibile compiere gli acquisti (conformi **C 16/51; C 15/29554; C 11/32563; C 10/5452; C 09/10756; C 2-6-1994, *C. pen.* 95, 907, con nota favorevole di CERASE). In questa prospettiva interpretativa rimane però il dubbio che il **silenzio dell'imputato possa dare dignità probatoria a indizi altrimenti insufficienti**, finendo così per assumere una valenza *contra reum* (sul rapporto di simili forme di confisca con la presunzione d'innocenza MAUGERI, *Le moderne sanzioni, cit.*, 831 ss.-775 ss.). Il rispetto della presunzione d'innocenza, allora, dovrebbe imporre in ogni caso che si debba rispettare il principio *in dubio pro reo*, in base al quale laddove la prova fornita dall'accusa non sia convincente (nel rispetto della presunzione d'innocenza come **regola della dignità della prova**), il giudice non potrà applicare la confisca in base ad una mera presunzione-**

Da ultimo sono intervenuti due provvedimenti legislativi che hanno ulteriormente dilatato l'ambito di applicazione della confisca allargata ex art. 12 sexies del d.l. 306/1992, la l. 161/2017 e il d.lgs. n. 21/2018, – «Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103» ; in particolare con queste riforme emerge la preoccupante tendenza ad avvicinare anche la disciplina della confisca allargata al modello dell'actio in rem, consentendone l'applicazione anche in mancanza di condanna definitiva o dopo la morte del reo (fermo restando che si richiede un giudizio di "responsabilità soggettiva").

- 1) Il d.lgs. n. 21/2018 ha abrogato l'art. 12 sexies d.l. 306/92 e ne ha riproposto in gran parte la disciplina nell'art. 240 bis c.p., confisca in casi particolari, in accoglimento della proposta della Commissione Marasca, al fine di rendere più facilmente conoscibile questa forma di confisca in conformità al principio di legalità, quale garanzia della prevedibilità dell'intervento penale, e quindi di colpevolezza
- 2) La l. 161/17 ha introdotto «**una specifica preclusione in ordine alla possibilità che la giustificazione della legittima provenienza dei beni si fondi sulla disponibilità di denaro provento o reimpiego di evasione fiscale**» non solo in relazione alla confisca di prevenzione, come afferma la giurisprudenza consolidata, ma in relazione alla confisca allargata ex art. 240 bis c.p.. Il legislatore vuole estendere l'interpretazione giurisprudenziale meno garantistica anche nei confronti della confisca allargata, in contrasto con il recente orientamento che consente di provare il carattere proporzionato dei beni, per sottrarli alla confisca ex art. 12 sexies, anche adducendo che sono stati acquistati con il provento dell'evasione fiscale¹². Tra l'altro **nella prassi della confisca di prevenzione si impedisce all'evasore di dimostrare il carattere proporzionato del valore del bene al momento dell'acquisto anche attraverso**

¹² Cass., sez. II, 7 novembre 2011, n. 40048.

quella parte del proprio reddito imponibile di fonte lecita, sottratta alla tassazione (si veda sentenza S.U. Repaci¹³), con un'opzione di politica criminale piuttosto draconiana, in contrasto con il principio di proporzione, perché si finirebbe per ampliare l'ambito di applicazione della confisca in esame in relazione a beni di valore proporzionato e quindi di origine lecita, **trasformando la confisca in esame in una vera e propria pena patrimoniale**.

- 3) **Si cristallizza poi in una norma la prassi giurisprudenziale in base alla quale competente a emettere sequestro e confisca** (anche per equivalente) ex art. 240 bis c.p., dopo l'irrevocabilità della sentenza, **è il giudice dell'esecuzione** (comma 4 sexies dell'art. 12 sexies, introdotto dalla legge n. 161/2017 e abrogato dal d.lgs. n. 21/2018 che ne ha trasposto il contenuto nel comma 1 dell'art. 183 quater del decr. leg. 271/1989 – «Esecuzione della confisca in casi particolari» –), **sorvolando sui problemi evidenziati dalla dottrina in termini di garanzie della difesa** (la confisca **può essere pronunciata inaudita altera parte**, salva la possibilità di udienza camerale in seguito all'opposizione, **non è possibile l'impugnazione in appello**..). Tale questione assumerebbe un ulteriore rilievo laddove fosse approvato il Regolamento UE sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca, che pretende che la confisca sia pronunciata in un procedimento penale con le relative garanzie (pur non mancando ambiguità laddove sembra ammettere l'uso di presunzioni). E, del resto, già ora la **giurisprudenza della Corte Edu nel caso Paraponiaris c. Grecia** afferma l'illegittimità ai sensi dell'art. 6 CEDU e, quindi, dei principi del giusto processo e della presunzione d'innocenza (art. 6, c. 2), delle confische inflitte in fasi processuali che non consentano un adeguato esercizio del diritto di difesa¹⁴.
- 4) Sulla via, poi, della **separazione del procedimento di applicazione della confisca allargata rispetto al processo penale, la l. 161/2017 ha previsto l'applicazione della confisca allargata** (ad eccezione dell'ipotesi di confisca per equivalente) in caso di **estinzione del reato per prescrizione o amnistia**, intervenuta in appello o nel giudizio di cassazione a seguito di una pronuncia di condanna in uno dei gradi di giudizio (comma 4 septies introdotto dalla l. 161/17 e abrogato dal d.lgs. n. 21/2018, che ha introdotto **l'art. 578 bis del c.p.**, la cui rubrica recita «Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione»)¹⁵.
- 5) Con l'introduzione del secondo comma dell'art. 183 quater d.lgs. 271/1989 da parte del d.lgs. n. 21/2018 (che ha abrogato e così sostituito il comma 4 octies dell'art. 12 sexies d.l. 306/92); si prevede, inoltre, che, **in caso di morte del soggetto nei cui confronti sia stata disposta la confisca con sentenza di condanna passata in giudicato, il procedimento di esecuzione inizi o prosegua nei confronti degli eredi e degli aventi causa del de cuius**. Si recepisce

¹³ Sez. U, n. 33451 del 29/05/2014, Repaci, Rv. 260247.

¹⁴ Corte EDU, sez. I, 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*, ric. n. 42132/06;

¹⁵ «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». Per un'ampia trattazione di tale profilo della riforma sia consentito il rinvio a 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), in *Arch. Pen.*, 2018, § 7.1.

sostanzialmente il recente orientamento giurisprudenziale che si è affermato in materia¹⁶ per il caso di prescrizione in seguito ad una condanna in primo grado e, inoltre, si consente l'applicazione della confisca contro i successori nel caso di morte del reo, laddove non sarebbe più possibile applicare tardivamente la confisca attraverso l'incidente di esecuzione per la sopravvenuta morte del condannato, come sancito nel caso Ciancimino¹⁷.

Si trasforma la confisca allargata in seguito a condanna in una sorta di *actio in rem*, applicabile anche in mancanza di una condanna per sopravvenuta prescrizione (- fermo restando che si richiede l'accertamento della responsabilità penale, diversamente da quanto previsto per applicare la confisca di prevenzione -) e, anche se in seguito a condanna, nei confronti degli eredi. Anzi mentre la possibilità di procedere contro gli eredi con il procedimento di prevenzione volto ad applicare la confisca ex art. 24 d.lgs. n. 159/2011, è possibile solo entro i cinque anni dalla morte, in tale ipotesi non è previsto un termine. Emerge anche in questo caso una problematica tendenza espansiva.

L'anomalia di tale disposizione, inoltre, è data dal fatto che nel nostro ordinamento non è prevista una simile disciplina nell'ipotesi di confisca diretta in cui sarebbe ammissibile in base ai principi della materia penale, considerando che la sottrazione del profitto accertato del reato non rappresenta una pena, perché non limita un diritto o interesse del condannato, ma si limita a recuperare qualcosa che il condannato non ha diritto a detenere in quanto frutto del crimine e il reato non è una legittima fonte di arricchimento; fermo restando che, come ricordato, **la più recente giurisprudenza a Sezioni Unite ammette l'applicazione della confisca misura di sicurezza obbligatoria in caso di prescrizione in seguito a condanna in primo grado**¹⁸. Più problematica è invece una simile disciplina in relazione alla confisca allargata, che non presuppone un pieno accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare, ma è fondata sulla presunzione che il reo ha realizzato altri crimini oltre a quello oggetto della condanna, da cui abbia tratto un profitto illecito, salva la prova della sproporzione del valore di ogni singolo bene al momento dell'acquisto a carico dell'accusa e l'onere del condannato di giustificare l'origine del suo patrimonio; **anzi la presunzione di origine illecita dei beni da confiscare si fonda proprio sulla condanna** che in questo caso mancherebbe (nell'ipotesi di mancanza di una condanna definitiva per intervenuta prescrizione del reato). **Nella misura in cui manca un pieno accertamento della natura illecita dei profitti da confiscare, la confisca allargata rischia di assumere una natura punitiva dell'attività criminale sospetta**, ferma restando la sua finalità di impedire l'infiltrazione criminale nell'economia lecita. Si tratta, in ogni caso, di una forma di confisca che presuppone un pieno contraddittorio imponendo, come esaminato, un onere di allegazione in capo al condannato per dimostrare l'origine lecita dei suoi beni, onere di difficile assolvimento in capo al successore.

Si pone il problema, inoltre, di stabilire se una qualunque sanzione punitiva, applicata dal giudice penale in assenza di condanna formale, rispetti il nucleo assiologico della presunzione di innocenza/non colpevolezza; l'applicazione di una sanzione punitiva "nel corso di un processo penale, in assenza del provvedimento che "istituzionalmente" cristallizza l'accertamento della

¹⁶ Si veda *supra* § 2.

¹⁷ Cass., 20 maggio 2008, Ciancimino, rv. 240584.

¹⁸ Cass., S.U. 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci, cit.

responsabilità penale, lede, in spregio dell'art. 6, co. 2, CEDU, il diritto dell'imputato prosciolto a non vedersi "macchiato", socialmente stigmatizzato, da una sanzione afflittiva, comunque qualificata"¹⁹.

E, infine, ci si dovrebbe chiedere, come accennato, se l'applicazione di una forma di confisca allargata, avente un impatto afflittivo e stigmatizzante, possa essere considerata compatibile con la natura sostanziale che la Consulta attribuisce alla prescrizione, come da ultimo ribadito nell'ordinanza n. 24 del 2017(«si tratta infatti di un istituto che incide sulla punibilità della persona e la legge, di conseguenza, lo disciplina in ragione di una valutazione che viene compiuta con riferimento al grado di allarme sociale indotto da un certo reato e all'idea che, trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuino le esigenze di punizione e maturi un diritto all'oblio in capo all'autore di esso»). L'attenuarsi delle esigenze di punizione non riguarderebbe le sanzioni che incidono sul diritto di proprietà e sulla libertà di iniziativa economica.

Tale osservazione è ripresa nell'opinione dissenziente del giudice **Pinto de Albuquerque** nel recentissimo caso G.I.E.M., il quale evidenzia che in uno Stato di diritto sottoposto al principio di legalità, il potere dello Stato di perseguire e punire i reati, anche complessi, è limitato da vincoli di tempo o usando l'elegante formula della Corte Costituzionale italiana dal **diritto all'oblio**. "Altrimenti i valori della certezza giuridica e prevedibilità inerenti al principio di legalità, e di conseguenza lo stesso principio di legalità in sé, sarà sacrificato all'altare dell'efficienza del sistema della giustizia" (§ 23).. Sulla base di queste premesse, osserva il giudice, se un reato è prescritto, le ragioni alla base della sua persecuzione non possono più prevalere e gli scopi della punizione penale non possono più essere ottenuti. Se lo scopo di combattere l'impunità prevale, non ci possono essere reati sottoposti alla prescrizione.

La Corte Cost. n. 24/2019 attribuisce mera natura **ripristinatoria** a tale forma di confisca (nonché alla confisca di prevenzione ex art. 24 d.lgs.n. 159/2011). La Prof.ssa Maugeri esprime le sue perplessità per le ragioni sopra evidenziate, a parte l'effetto anche stigmatizzante che assume una simile forma di confisca basata sulla presunzione che il soggetto abbia commesso altri reati oltre a quelli oggetto di condanna da cui abbia tratto profitto; ritiene che una così invadente forma di confisca, come evidenziato nel caso Welch (C. EDU, Welch v. United Kingdom, *Legislazione penale* 95, 522)-per il sistema britannico meriti l'applicazione delle garanzie della materia penale

(anche se la Corte EDU nel caso *Phillips c. Royaume-Uni* e altri successivi, tuttavia, la Corte europea, pur riconoscendo le garanzie del giusto processo (art. 6, co. 1 Cedu), nega la natura penale del procedimento volto all'applicazione del *confiscation* previsto dal *Drug Trafficking Act* 1994 in quanto ritiene che esso non comporti ai sensi dell'art. 6, co. 2 Cedu una "nuova imputazione", oltre a quella oggetto della condanna presupposta per l'applicazione della confisca in esame, ma faccia parte del procedimento volto a stabilire la sanzione (*sentencing process*) che segue alla condanna, in maniera analoga ad un procedimento volto a stabilire la misura della pena detentiva (C. EDU, *Phillips c.p. Royaume-Uni*, cit., §§ 36, 32-34; *Grayson & Barnham*, 23-9-2008, n. 19955/05 e 15085/06, § 37 ss.). Considerazioni analoghe sono state espresse nel caso *Van Offeren - the Netherlands*, in relazione a

¹⁹ Cfr. MANES, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato*, in *Cass. Pen.* 2015, 2195.

una forma di confisca allargata prevista dall'art. 36 del Codice penale olandese (C. EDU, 5-7-2005, Van Offeren c. the Netherlands, n. 19581/04)

Passando all'esame delle questioni specificamente riguardanti la confisca urbanistica, è intervenuto il **Consigliere della Corte di Cassazione, Vito Di Nicola**, il quale ha affrontato la questione partendo dal presupposto, consolidato nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui la confisca urbanistica è una sanzione di tipo amministrativo applicata in sede penale.

Il Cons. Di Nicola ha evidenziato come, ferma restando la qualificazione giuridica, vi sono sfumature nella giurisprudenza di legittimità circa i rapporti tra l'intervento del giudice e quello della pubblica amministrazione, anche se tendenzialmente si afferma che il giudice esercita una funzione sostitutiva della pubblica amministrazione, derivante dal fatto che l'accertamento del reato è presupposto della successiva confisca del bene.

L'evoluzione giurisprudenziale che ha riguardato la materia è stata frutto di plurimi interventi non solo della Corte di Cassazione, ma anche della Corte costituzionale e della CEDU; in particolare, sottolinea il Cons. Di Nicola come con la sentenza "Sud Fondi" la CEDU si è occupata della materia principalmente per stabilire se ed in che limiti sia ammissibile la confisca di un bene appartenente a terzi, potenzialmente estranei al reato di lottizzazione abusiva. La suddetta pronuncia è stata di centrale importanza in primo luogo perché ha precisato che la confisca urbanistica, secondo l'ottica sostanzialistica della CEDU, deve considerarsi una vera e propria sanzione di tipo penale, dal che la Corte EDU ne fa conseguire la necessità di individuare un coefficiente di colpevolezza in capo al terzo destinatario della confisca.

La problematica è stata ulteriormente approfondita dalla sentenza "Varvara", all'esito della quale sembrava risolta la questione circa la compatibilità tra l'intervenuta prescrizione del reato e la confisca del bene, nel senso che la prescrizione, non contemplando l'adozione di una formale condanna, precludesse alla successiva confisca del bene.

A seguito di tale pronuncia, la Cassazione si è posta il problema dei rapporti tra confisca urbanistica e prescrizione del reato, anche tenendo conto di quella che, secondo l'interpretazione data nell'ordinamento interno, è la natura della confisca urbanistica. A ben vedere, la diversa qualificazione giuridica della confisca comporta, a cascata, una diversa disciplina dell'istituto; proprio per tale ragione i risultati cui perveniva la Corte EDU entravano in conflitto rispetto alla consolidata giurisprudenza interna.

La problematica ha dato luogo alla proposizione di una questione di legittimità costituzionale, sollevata anche dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione, cui ha dato risposta la Corte costituzionale con la sentenza n.49 del 2015.

Il Cons. Di Nicola ha richiamato i principi affermati in quest'ultima pronuncia, sottolineando in particolare l'interpretazione che è stata data in merito alla compatibilità tra l'adozione di una sentenza di prescrizione e l'accertamento "implicito" della sussistenza del reato. Tale compatibilità sembrava, invero, non consentita all'esito della decisione assunta dalla CEDU con la sentenza "Varvara", sentenza della quale la Corte costituzionale ha dato una diversa lettura che,

successivamente, è stata pienamente confermata dalla recente sentenza CEDU emessa nel caso “GIEM”.

Sottolinea il Cons. Di Nicola come quest’ultima pronuncia ha in gran parte risolto la questione concernente la compatibilità tra una sentenza di prescrizione e la confisca urbanistica, essendosi recepita la soluzione – già prospettata dalla Corte costituzionale – secondo cui anche la pronuncia di proscioglimento può contenere un accertamento in concreto della sussistenza del fatto di reato. In quest’ottica, la confisca urbanistica ben può essere disposta in tutti quei casi in cui è provata la commissione del reato di lottizzazione abusiva, pur senza che intervenga la condanna del responsabile per effetto dell’intervenuta prescrizione. L’unico limite a tale ipotesi di “accertamento incidentale” del reato deriva dal fatto che l’esercizio dell’azione penale deve intervenire prima della prescrizione, non essendo altrimenti consentito l’avvio del procedimento al solo fine di pervenire alla confisca urbanistica.

Il Cons. Di Nicola ha evidenziato come la sentenza CEDU in questione ha risolto l’aspetto problematico relativo ai rapporti tra confisca e prescrizione del reato, ma al contempo ha segnalato una serie di criticità ulteriori, molte delle quali, peraltro, rilevanti anche con riguardo a forme di confisca diverse da quella urbanistica.

In particolare, la sentenza “GIEM” ha chiarito come la confisca non possa riguardare un terzo estraneo al procedimento penale nell’ambito del quale la confisca viene disposta, il che determina una serie di problematiche di natura propriamente processuali, ad iniziare dall’individuazione delle modalità con le quali il terzo proprietario del bene suscettibile di confisca possa partecipare al processo penale.

Nel caso in cui i beni appartengano ad una persona giuridica, si è precisato che, non rientrando i reati urbanistici in quelli che danno luogo alla responsabilità dell’ente ai sensi del d.lgs. n.231 del 2001, non è possibile consentire la partecipazione dell’ente proprietario del bene, sicché la tutela del terzo andrebbe attuata essenzialmente in fase esecutiva, salvo il ricorso all’interpretazione analogica delle norme che prevedono la citazione in giudizio delle persone giuridiche obbligate al pagamento della pena pecuniaria (comb. disp. ex art. 197 cod. pen. e 89 cod. proc. pen.) .

Ulteriore problematica sottolineata dalla sentenza “GIEM” attiene al requisito della proporzionalità della confisca urbanistica, essendosi evidenziata la difficoltà di graduare l’estensione della confisca in correlazione alla gravità del reato.

E’ stato poi ricordato come si tratti di questioni, che dopo la sentenza GIEM della Grande Camera, sono state recentemente affrontate dalla giurisprudenza di legittimità con la sentenza Alessandrini ed altri (Cass. 3, n. 8350 del 29/01/2019, non ancora mass.)

Infine, il Cons. Di Nicola ha riferito che la Terza Sezione della Cassazione ha rimesso alle Sezioni unite, con la recentissima ordinanza del 15 maggio 2019, ha rimesso alle Sezioni Unite la questione in ordine al “ Se, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, sia consentito l’annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura, secondo il principio

indicato dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 28 giugno 2018, causa G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia.”

È intervenuto il **Sostituto Procuratore generale presso la Corte di Cassazione Tommaso Emilio Epidendio**, il quale ha affrontato specificamente le problematiche concernenti la tutela dei terzi rispetto alle diverse ipotesi di confisca.

La tutela del terzo è uno degli elementi centrali che si pongono in tema di confisca, atteso che, tranne i casi di confisca ex art.240 c.p. di beni intrinsecamente illeciti, in tutte le altre ipotesi vi è una evidente esigenza di evitare che il provvedimento ablativo vada a discapito di un soggetto diverso dall'autore del reato ed estraneo rispetto al fatto illecito.

La tutela del terzo, peraltro, va letta sotto il duplice profilo sostanziale e processuale, posto che non solo si pone il problema di verificare se ed in quali casi la confisca possa colpire il terzo, ma occorre predisporre ed individuare ambiti processuali e modalità specifiche mediante le quali il terzo può far valere i propri diritti.

Anche in relazione alla posizione del terzo, si è sottolineato come la natura giuridica della confisca conforma i limiti della tutela. Con riguardo alla tradizionale impostazione della confisca quale misura di sicurezza, il tipo di pericolosità incide sulla posizione del terzo: se il bene è pericoloso in sé non rileva chi ne sia il proprietario, proprio perché il semplice possesso costituisce reato.

Ben diversa è la situazione che si realizza ove si configuri una “pericolosità relazionale”, nel senso che l'esigenza della confisca nasce dalla strumentalità o, comunque, dal legame tra il bene ed il reato, nel qual caso la tutela del terzo si attua appieno ove il terzo sia estraneo al reato, come previsto dall'art.240, comma secondo c.p.

Nelle ipotesi di confisca dettate dalle diverse normative speciali è stata la Consulta a stabilire la tutela minima dei diritti del terzo, valorizzando i criteri interpretativi del concetto di appartenenza a persona estranea (confisca in relazione ai reati di contrabbando e tutela di beni artistici), essenzialmente facendo leva sul principio secondo cui il terzo è tutelabile nella misura in cui non si sia avvantaggiato della commissione del reato.

Problematiche del tutto peculiari si sono poste, invece, nel caso della confisca disposta su beni appartenenti a soggetto dichiarato fallito, lì dove è intuitivo che la confisca non va a colpire l'autore del reato che, al contempo, sia anche fallito, ma soprattutto i creditori che si vedono in tal modo ridurre la garanzia patrimoniale.

Tale problematica è stata ampiamente trattata in due pronunce rese dalle Sezioni unite della Cassazione, con la sentenza “Focarelli” ed “Uniland”, quest'ultima concernente un'ipotesi in cui la confisca era stata disposta ai sensi del d.lgs. n.231 del 2001 nei confronti di un ente fallito e sottoposto a procedimento per fatti integranti la responsabilità da reato.

Ha chiarito il Sost.PG Epidendio come la sentenza “Uniland” ha individuato un corretto bilanciamento tra le contrapposte esigenze, prevedendo che la tutela dei creditori ben può trovare attuazione all'esito della procedura fallimentare e nel momento in cui i beni, sottratti

definitivamente al fallito, vengono trasferiti a soggetti terzi, nei cui confronti è possibile affermare l'estraneità al reato.

La problematica concernente la tutela dei terzi assume connotati di ancor maggiore complessità nei casi in cui la confisca viene qualificata quale sanzione e, quindi, essenzialmente nei casi di confisca per equivalente.

A tal proposito, sottolinea il Sost.PG Epidendio come "omnia definitio periculosa est", condividendo l'impostazione in precedenza esposta dalla Prof.ssa Maugeri secondo la quale vi sono spazi interpretativi che consentirebbero di escludere la natura sanzionatoria della confisca per equivalente, privilegiando la funzione meramente esecutiva dell'istituto.

Se la confisca per equivalente viene considerata alla stregua di una sanzione, ne consegue la sua inapplicabilità nei confronti del terzo; viceversa, ove si recuperasse una diversa qualificazione di tale forma di confisca, privilegiando l'aspetto funzionale all'esecuzione in caso di dispersione del cespite suscettibile di confisca diretta, piuttosto che la natura giuridica dell'istituto, risulterebbe più agevole procedere alla confisca per equivalente anche nei confronti di soggetti formalmente estranei al reato.

Un esempio emblematico dei problemi derivanti dalla ritenuta natura sanzionatoria della confisca per equivalente è ravvisabile con riguardo alla confisca prevista in tema di reati tributari, nel qual caso la giurisprudenza ha risolto il problema della apprensione dei beni dell'ente nel cui interesse il reato tributario viene commesso, elaborando il principio per cui la confisca di denaro è sempre una confisca diretta. Invero, proprio con riguardo a tale categoria di reati risulterebbe estremamente opportuna l'estensione della responsabilità degli enti ex d.lgs. n.231 del 2001, ma tale soluzione non ha trovato finora l'avallo del Legislatore.

Ulteriore profilo problematico concernente i rapporti tra confisca e tutela del terzo è sicuramente ravvisabile nella necessità di garantire il terzo richiedendo una qualche forma di rimproverabilità, sia pur attenuata rispetto a quella gravante sull'imputato, che possa giustificare l'adozione della confisca.

Tale esigenza è stata avvertita dalla giurisprudenza di legittimità, ma ancor più dalla Corte Costituzionale e dalla Corte EDU; sulla base di tale elaborazione, si può affermare che la confisca nei confronti del terzo richieda quanto meno l'accertamento di una generica rimproverabilità in capo al terzo, essendo necessario che il rapporto tra il terzo e la cosa confiscabile, in quanto collegata ad un reato, denoti un atteggiamento quantomeno colposo in capo al terzo.

Passando all'esame delle problematiche di natura prettamente processuale, il Sost.PG Epidendio sottolinea come la giurisprudenza di legittimità, non senza incertezze, riconosce attualmente una adeguata tutela del terzo, sia in sede cautelare che esecutiva, come precisato dalla recente pronuncia sul tema emessa dalle Sezioni Unite (n.48126 del 2017).

La questione merita un ulteriore approfondimento a seguito dei principi espressi dalla sentenza "GIEM" della Corte EDU che, alla tutela processuale del terzo, ha dedicato ampio spazio. In

particolare, si sottolinea come la citata sentenza chiarisce che alcun problema di tutela della partecipazione del terzo al processo si pone nel caso in cui la società sia un mero schermo rispetto alla persona fisica, viceversa, nei casi in cui vi è una effettiva diversità soggettiva tra indagato/imputato e società titolare del bene suscettibile di confisca, a quest'ultima va assicurata l'effettiva partecipazione al giudizio, realizzandosi in caso contrario una violazione dell'art.7 della CEDU.

Il problema è, pertanto, quello di verificare in concreto se l'assetto emergente dalla giurisprudenza interna, che tende a privilegiare la tutela del terzo in fase esecutiva, anziché nell'ordinario giudizio di accertamento, possa o meno considerarsi una garanzia partecipativa idonea e sufficiente.

In tale contesto, si sottolinea come il novellato art.104 bis, comma 1 quinquies, disp.att. c.p.p., prevede che il terzo titolare di diritti reali o personali di godimento sul bene suscettibile di confisca deve essere citato nel processo di cognizione. Tale norma, pertanto, attua sicuramente una adeguata tutela del terzo sul piano processuale, tuttavia, si tratta di una previsione che non contempla tutte le ipotesi di confisca, bensì concerne esclusivamente la confisca di prevenzione e le plurime ipotesi di confisca allargata attualmente disciplinate dall'art.240 bis c.p.

Ha concluso i lavori il **Consigliere della Corte di Cassazione Antonio Corbo**, il quale ha evidenziato come la disciplina delle diverse ipotesi di confisca presenti plurimi "poli di tensione", non tanto con riguardo al profilo dell'efficacia della misura, quanto in relazione alla predisposizione di adeguate garanzie sostanziali e processuali; al contempo, l'eccessiva frammentazione della normativa ingenera un concreto rischio di dispersione all'interno di un sistema complesso, privo di omogeneità anche e soprattutto con riguardo alle finalità che l'istituto della confisca di volta in volta persegue.