

Anna Maria 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 una logica di valorizzazione dello strumento della confisca allargata, prevista dall'art. 5 della direttiva n. 42/2014, il legislatore italiano ha ritenuto opportuno inserirne la disciplina nel codice penale come art. 240-bis (d.lgs. 21/2018). La legge n. 161/2017 ha riformato in maniera significativa la disciplina di tale forma di confisca, cristallizzando gli orientamenti giurisprudenziali meno garantisti, ma soprattutto perseguendo il preciso disegno di politica criminale di assimilarne la disciplina a quella della confisca misura di prevenzione. Il legislatore ha sancito così la sua applicazione nel procedimento di esecuzione in mancanza di sufficienti garanzie procedurali, ma soprattutto ne ha consentito l'applicazione anche in caso di prescrizione (dopo una sentenza di condanna) e di morte del condannato (dopo la sentenza definitiva), e senza la possibilità di dimostrare il valore proporzionato degli acquisti attraverso i proventi dell'evasione fiscale, se non addirittura attraverso il reddito imponibile sottratto alla tassazione. Tra l'altro la problematicità della riforma è accentuata dal fatto che il legislatore tende ad estendere sempre di più l'ambito di applicazione di tale forma di confisca a fattispecie estranee alla sua logica originaria, come da ultimo evidenziato anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 33 del 2018. Il tutto è reso ancora più paradossale dalla considerazione che il legislatore, se da una parte considera la confisca uno strumento fondamentale di politica criminale, dall'altra non ha colto l'occasione rappresentata dal recepimento della direttiva n. 42/2014 con il d.lgs. n. 202/2016, per razionalizzare la disciplina generale della confisca penale.

In a logic of enhancing the instrument of extended confiscation, provided for by art. 5 of the Directive n. 42/2014, the Italian legislator has included its discipline in the penal code as art. 240-bis c.p. (d.lgs. 21/2018). The law n. 161/2017 has significantly reformed the rules on extended confiscation of art. 12-sexies d.l. 306 / '92, according to the jurisprudence less respectful of safeguards. The reform pursues the precise design of criminal policy to assimilate the discipline of this form of confiscation to that of the confiscation preventive measure (art. 24 d.lgs. n. 159/2011). The legislator has thus enshrined its application in the enforcement procedure in the absence of sufficient procedural safeguards, and, above all, it has enabled its application even when the offence is time barred (after a sentence of conviction) and the convicted person is dead (after the final sentence). The reform doesn't allow to demonstrate the proportionate value of purchases (goods) through the proceeds of tax evasion, or even through not declared (for taxation) income. Furthermore, the problematic nature of the reform is improved by the fact that the legislator tends to extend more and more the scope of this form of confiscation to offences unrelated to its original logic, as the Constitutional Court has recently stressed with the ruling n. 33 of 2018. Everything is made even more paradoxical by the consideration that the legislator, if on one hand considers confiscation a fundamental instrument of criminal policy, on the other hand he did not take the opportunity, represented by the implementation of the directive n. 42/2014 with Legislative Decree no. 202/2016, to rationalize the general discipline of criminal confiscation.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il deludente intervento di riforma rappresentato dal d.lgs. 202/2016. - 3. L'inserimento nel codice penale della disciplina della confisca allargata: art. 240-bis c.p. - 4. La riforma della confisca ex art. 12-sexies d.l. 306/'92 (240-bis c.p.). - 5. L'ambito di applicazione: questione di legittimità costituzionale (Corte costituzionale, sentenza n. 33 del 2018). - 6. L'applicazione in sede di esecuzione. - 7. L'applicazione in caso di proscioglimento e di morte del reo. Precedenti giurisprudenziali. - 7.1. La confisca allargata in caso di estinzione del reato per amnistia o prescrizione (la sentenza G.I.E.M. e

altri c. Italia). - 7.1.1. La confisca allargata in caso di prescrizione: rilievi critici e l'opinione dissenziente del giudice Albuquerque nel caso G.I.E.M. - 7.2. La confisca allargata in caso di morte del condannato. - 7.3. Parziali conclusioni. - 8. La sproporzione: la rilevanza dei redditi sottratti alla dichiarazione fiscale prima della l. 161/2017. - 8.1. *Segue*: Riforma: irrilevanza del provento o reimpiego dell'evasione fiscale. - 8.2. *Segue*: «Salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge». - 9. La rilevanza della sproporzione e della ragionevolezza temporale per la Corte costituzionale (n. 33/2018). - 10. La confisca per equivalente *ex art. 240-bis*, co. 2, c.p. - 11. Conclusioni.

1. *Premessa*. In Italia si assiste ad uno strano fenomeno per cui da una parte il nostro legislatore considera la confisca uno strumento fondamentale di lotta contro qualunque forma di criminalità del profitto, al punto da continuare a intervenire al fine di estendere l'ambito di applicazione di forme di confisca allargata e a garantirne una applicazione ispirata ad esigenze di efficienza a scapito della garanzia della materia penale, come testimonia la recente legge n. 161/2017 che ha riformato in maniera rilevante la disciplina della confisca allargata *ex art. 12-sexies* d.l. 306/'92 (convertito in l. 356/'92)¹, – appena trasposta nell'art. 240-*bis* c.p. introdotto dal d.lgs. n. 21/2018 –, nonché della confisca di prevenzione *ex art. 24* d.lgs. n. 159/2011; in particolare con tale riforma 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.

Dall'altra parte, però, in maniera poco razionale il legislatore, non ha ancora provveduto a una piena sistematizzazione e razionalizzazione della disciplina della confisca penale. Anche il recente d.lgs. 202/2016², che attua nell'ordinamento interno le disposizioni della direttiva 2014/42/UE³, ha deluso le aspettative e rappresenta un'occasione mancata. La varietà delle forme di confisca presenti nell'ordinamento italiano, al punto che la Corte costituzionale e la Suprema Corte considerano la confisca uno strumento “poliforme”⁴, fanno emergere, infatti, la necessità di una rivisitazione organica della disciplina generale di

1. Articolo aggiunto dall'articolo 2, comma 1, del d.l. 20 giugno 1994, n. 399, come modificato dalla legge 8 agosto 1994, n. 501, in sede di conversione.

2. Il decreto legislativo n. 202/2016 - (GU n. 262 del 9 novembre 2016) entrato in vigore il 24 novembre 2016.

3. MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un “work in progress”*, in *DPC Riv. Trim.*, 2015, 326; SIMONATO, *Directive 2014/42/EU and Non-Conviction Based Confiscation: A Step Forward on Asset Recovery?*, in *NJECL*, 2015, v. 6, 2, 213-228; VOLINO, *I recenti interventi dell'Unione Europea in materia di confisca post delictum e le ripercussioni sull'ordinamento italiano. Direttiva 2014/42/UE*, in *LP* 2014, v. 34, 4, 287; FAZEKAS, NANOPOULOS, *The Effectiveness of EU Law: Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation*, in *EJCCLCJ*, 2016, 39.

4. Corte cost., 9 giugno 1961, n. 29; Corte cost., 16 giugno 1964, n. 46; conforme Cass., Sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti Spa e altri, Mass. Uff. n. 239923.

tale strumento, in modo da garantire in ogni settore il rispetto di talune direttive fondamentali, come evidenziato anche nei lavori di recenti Commissioni Ministeriali. Ciò è necessario in una duplice ottica, sia di efficienza sia di garanzia dei principi della materia penale.

Nel prosieguo si procederà all'analisi delle recenti riforme in tema di confisca penale, a partire da quelle introdotte dal d.l. 202/2016 per poi concentrarsi sulla significativa revisione della disciplina della confisca *ex art. 12-sexies* d.l. 306/'92, ormai art. 240-bis c.p., che rappresenta la forma di confisca che recepisce nell'ordinamento italiano il modello di confisca allargata contemplato dall'art. 5 della Direttiva n. 42/2014⁵. La disciplina di tale forma di confisca è stata, innanzitutto, modificata ad opera dell'art. 31, co. 1, lett. a), della l. 17 ottobre 2017, n. 161 e dall'art. 13-ter, co. 1, del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito con modificazioni dalla l. 4 dicembre 2017, n. 172. Da ultimo l'art. 12-sexies (commi 1, 2-ter, 4-bis, 4-quinquies, 4-sexies, 4-septies, 4-octies e 4-novies) è stato abrogato dall'articolo 7, co. 1, lett. l), del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 e la disciplina della confisca allargata è stata, innanzitutto (co. 1 e 2-ter), trasposta nel nuovo art. 240-bis c.p., introdotto dall'art. 6, co. 1, d.lgs. n. 21/2018.

2. *Il deludente intervento di riforma rappresentato dal d.lgs. 202/2016.* Il decreto legislativo n. 202/2016 procede sempre in una direzione frammentaria limitandosi ad estendere alle fattispecie espressamente considerate dalla Direttiva, i c.d. "eurocrimes", l'applicazione della confisca per equivalente⁶ e della confisca allargata *ex art. 12-sexies* d.l. 306/'92 (ora 240-bis c.p.); perlomeno laddove non fossero già previste⁷.

5. Per un'ampia disamina della disciplina della confisca *ex art. 12-sexies* d.l. 306/'92, anche alla luce della Direttiva n. 42/2014 sia consentito il rinvio a MAUGERI, *Confisca "allargata"*, in CNPDS, "Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie", Milano 2016, 63 ss.

6. «Art. 240 (Confisca). Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose, che ne sono il prodotto o il profitto. È sempre ordinata la confisca: 1. delle cose che costituiscono il prezzo del reato; 1-bis. dei beni e degli strumenti informatici o telematici che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione dei reati di cui agli articoli 615-ter, 615-quater, 615-quinquies, 617-bis, 617-ter, 617-quater, 617-quinquies, 617-sexies, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinquies, 640-ter e 640-quinquies nonché dei beni che ne costituiscono il profitto o il prodotto ovvero di somme di denaro, beni o altre utilità di cui il colpevole ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto, se non è possibile eseguire la confisca del profitto o del prodotto diretti; 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. Le disposizioni della prima parte e dei numeri 1 e 1-bis del capoverso precedente non si applicano se la cosa o il bene o lo strumento informatico o telematico appartiene a persona estranea al reato. La disposizione del numero 1-bis del capoverso precedente si applica anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale. La disposizione del n. 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».

7. TRINCHERA, *Introdotte nuove ipotesi speciali di confisca per dare attuazione alla direttiva 2014/42/UE*. D.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, in *Dir. Pen. Cont.*, 1 dicembre 2016.

Si è persa un'ulteriore occasione di razionalizzazione della disciplina della confisca, a partire dall'art. 240 c.p., e per l'introduzione di una normativa comune nella quale dovrebbero trovare attuazione i principi fondamentali, essenzialmente di garanzia, che debbono assistere questo sempre più incisivo e diffuso strumento sanzionatorio. In tale direzione, del resto, rimangono assolutamente interessanti le proposte avanzate dalla Commissione Palazzo nel 2013⁸, riprese dalla Commissione Marasca nel 2017⁹.

Il legislatore non ha previsto, innanzitutto, l'introduzione del carattere obbligatorio della confisca del profitto e del prodotto come previsto nell'art. 2 della Direttiva, e continua a prevedere il carattere obbligatorio solo della confisca del prezzo, mantenendo questa obsoleta distinzione tra prezzo e profitto. Non è stata introdotta una disciplina generale della confisca per equivalente nell'ambito dell'art. 240 c.p. come forma surrogatoria della confisca diretta del profitto, ponendo fine tra l'altro alle problematiche in materia di successione di leggi, determinate dalla successiva introduzione di sempre nuove forme di confisca di valore, o a forzature interpretative del concetto di profitto, connesse alla mancata previsione di tale forma di confisca per talune fattispecie (l'art. 4 della Direttiva n. 42/2014 prevede la confisca per equivalente). Si è introdotto il carattere obbligatorio della confisca del profitto e del prodotto, anche nella forma per equivalente, solo in relazione ai c.d. "reati informatici" espressamente previsti nell'ambito di applicazione della direttiva, determinando l'anomalia incomprensibile per cui in una norma che contiene la disciplina generale della confisca, viene inserita una forma speciale di confisca di valore.

Il carattere obbligatorio della confisca del profitto e la confisca per equivalente sono previsti in tutte le fonti sovranazionali in materia (dalla Convenzione di Strasburgo del 1990, la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato del 2000, la decisione quadro n. 2001/500/GAI, la decisione quadro 2005/212 GAI sui poteri allargati di confisca, sino alla decisione quadro 783/2006 sul reciproco riconoscimento). Ad esempio l'art. 2 della decisione quadro 212/2005, che rimane in vigore anche dopo l'entrata in vigore della direttiva, prevede il carattere obbligatorio della confisca degli strumenti e dei proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a

8. Nello «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 Palazzo, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014, 10 febbraio 2014.

9. Istituita con decreto del 3 maggio 2016 dal Ministro della Giustizia on. Andrea Orlando, per la elaborazione dello schema di decreto legislativo per un riordino della parte speciale del codice penale, in attuazione della previsione di legge delega sul principio c.d. "della tendenziale riserva di codice in materia penale", contenuto nel disegno di legge delega approvato dalla Camera dei deputati il 23 settembre 2015 e all'esame del Senato (A.S. n. 2067) all'epoca della costituzione della Commissione.

tali proventi. Molti ordinamenti stranieri prevedono già da molti anni il carattere obbligatorio della confisca dei profitti e della confisca di valore con una disciplina di carattere generale che si applica a tutti i reati. E anche in Italia la legge comunitaria 2007 (l.n. 34/2008), un decreto legislativo cui non è stata data attuazione, prevedeva già l'introduzione di una serie di principi direttivi per adeguare la disciplina interna alle indicazioni dell'art. 2 della decisione quadro 212/2005, sia in relazione alla confisca degli strumenti sia in relazione alla confisca dei profitti del reato (all'art. 31). Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, ad esempio, si prevedeva la necessità di garantire l'obbligatorietà della confisca del prodotto e del prezzo del reato, nonché del profitto, derivato direttamente o indirettamente dal reato, e del suo impiego, nella parte in cui non debbano essere restituiti al danneggiato; si introduceva, inoltre, l'obbligatorietà della confisca per equivalente del prezzo, del prodotto o del profitto del reato, con eccezione dei beni impignorabili ai sensi dell'art. 514 c.p.c.¹⁰.

La Direttiva ai considerando 17 e 18 sollecita, inoltre, il rispetto del principio di proporzionalità e, nella medesima direzione, l'introduzione di una clausola dell'onerosità, come già previsto in diversi ordinamenti stranieri¹¹. Tale clausola, come evidenziato in altra sede, potrebbe rappresentare un opportuno strumento di discrezionalità giudiziaria per evitare il c.d. "effetto strangolamento" della confisca, soprattutto laddove questa misura venga applicata ad enti che svolgono un'attività economica¹².

Nell'ambito dell'auspicata disciplina generale, tra l'altro, si dovrebbe tentare di fornire una definizione della nozione di provento del reato alla luce della Direttiva 42/2014, che ne accoglie una nozione particolarmente ampia comprensiva sia dei surrogati sia delle ulteriori utilità¹³, e in risposta alle esigenze di tassatività (che, ad esempio, sembrano ampiamente disattese nell'ampia nozione di profitto risparmio accolto dalla più recente giurisprudenza)¹⁴. Anche la salvaguardia dei

10. MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. di dir. pen. econ.*, 2007, 489 ss.; ID., *La confisca per equivalente - ex art. 322-ter - tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 777.

11. Nell'ordinamento tedesco al § 73 c *Härtevorschrift* (cfr. BGH 5 StR 133/17 - Beschluss vom 11. Mai 2017 (LG Neuruppin)); nell'ordinamento svizzero l'*Härtefallklausel* art. 71, co. 2, swStGB; l'art. 128 CP nell'ordinamento spagnolo, "*principio de proporcionalidad en relación con los efectos e instrumentos*".

12. MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE*, cit., 308.

13. MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE*, cit., 326; sulla nozione di profitto cfr. ID., *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, 669 ss.; ID., *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari: ulteriore espressione di voracità statale o utile strumento di politica criminale*, in MEZZETTI, PIVA, *Punire l'autoriciclaggio: Come, quando e perché*, Padova, 112 ss. e dottrina e giurisprudenza ivi citata.

14. Cfr. MAUGERI, *L'autoriciclaggio dei proventi*, cit., 113 ss. e dottrina e giurisprudenza ivi citata.

diritti del danneggiato merita un'apposita disciplina, precisando che dovrebbe essere confiscata esclusivamente la parte di profitto che non deve essere restituita al danneggiato, evitando però di far dipendere il provvedimento ablatorio dal comportamento dello stesso danneggiato¹⁵. Dovrebbe essere garantita la sottrazione del profitto presso i terzi cui sia pervenuto, nonché, come affermato nel progetto Pisapia, «il perfezionamento della disciplina di tutela dei terzi che vantano diritti sulle cose confiscate», anche alla luce dell'art. 6 della Direttiva (considerando n. 24). L'applicazione della confisca diretta e obbligatoria del profitto dovrebbe essere prevista anche in caso di proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione del reato, la cui esistenza sia accertata con la sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato (progetto Pisapia lettera a), comma 2, art. 55, ultimo periodo), come sancito da un certo orientamento giurisprudenziale, culminato con la sentenza a Sezioni unite Lucci n. 31617/2015¹⁶, e in conformità alle previsioni dell'art. 4, co. 2, della Direttiva n. 42/2014. In relazione alla confisca degli strumenti del reato si dovrebbe richiedere un nesso sostanziale con il reato, se si vuole salvaguardare la natura preventiva-interdittiva di questa misura, che, altrimenti, acquista un mero carattere punitivo (come nell'ipotesi dell'immobile utilizzato per realizzare il reato di corruzione tra privati)¹⁷.

15. Si suggerisce di prevedere che, da una parte, il danneggiato possa esercitare il diritto al risarcimento anche sui beni oggetto di confisca, qualora il patrimonio dell'autore del reato sia incapiente; dall'altra, che la non applicazione della confisca sia subordinata all'effettivo esercizio del diritto alla restituzione da parte del danneggiato, come, del resto, affermato dalla Suprema Corte, Cass., Sez. II, 21 febbraio 2011, n. 6459, Morello e altro, in Mass. Uff. n. 249403; cfr. Cass., Sez. II, 16 novembre 2011, 5 dicembre 2011, n. 45054, Benzoni e altro, in Mass. Uff. n. 251070; Cass., Sez. II, 27 giugno (9/10) 2012, n. 39840. Cfr. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, cit., 702 ss.

16. Cass., Sez. Un., 21 luglio 2015, n. 31617, Lucci in Mass. Uff. n. 264434. Conforme da ultimo Cass., Sez. III, 13 luglio 2017 (30 novembre 2017), n. 53692.

17. Cass., Sez. V, 6 luglio 2017, Società Archimede 96 S.r.l., n. 33027, in Mass. Uff. n. 270337: «È soggetto alla confisca obbligatoria di cui all'art. 2641 c.c. e, pertanto, al sequestro preventivo, ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p., il bene utilizzato per commettere il reato di corruzione fra privati, dovendo attribuirsi tale qualifica con riferimento al momento storico del perfezionamento dell'accordo criminoso (e verificando che tale caratteristica sia stata mantenuta nel momento successivo dell'esecuzione dell'accordo) quale mezzo concretamente utilizzato dalle parti per far conseguire ad uno dei soggetti indicati dall'art. 2635 c.c. l'utilità illecita, indipendentemente dal fatto che il bene stesso non sia strutturalmente funzionale alla commissione del reato e che successivamente ad essa non abbia conservato una destinazione illecita. (Fattispecie di sequestro finalizzato alla confisca di immobile acquistato dal corrotto con mutuo proprio, allo scopo di farne oggetto di un contratto di locazione stipulato con il corruttore che prevedeva la corresponsione di canoni superiore ai ratei mensili di mutuo, consistendo proprio in tale differenza il prezzo del reato di cui all'art. 2635 c.c.; nella circostanza, la S.C. ha ritenuto legittimo il diniego di restituzione dell'immobile anche dopo il venir meno del contratto di locazione, osservando che tale tipo di sequestro richiede solo l'esistenza del nesso strumentale, anche occasionale, fra la *res* e la perpetrazione del reato, e non esige invece alcun rapporto di stabile asservimento della cosa alla commissione del

Una più razionale e complessiva disciplina avrebbe evitato la necessità di futuri interventi legislativi laddove la Direttiva n. 42/2014 sarà applicata a nuovi reati che saranno oggetto di armonizzazione, come previsto nell'ultimo comma dell'art. 3 della stessa Direttiva.

La disciplina generale della confisca dovrebbe, infine, essere coordinata ed adeguata alla disciplina degli enti di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Ad esempio, da ultimo, il legislatore ha introdotto una forma obbligatoria di confisca del prodotto, profitto e strumenti del reato, *ex art. 452-undecies c.p.* nel settore dei reati a tutela dell'ambiente, che non deve essere applicata laddove l'imputato abbia efficacemente provveduto alla messa in sicurezza, all'attività di bonifica e di ripristino dello stato dei luoghi, il tutto in un'interessante logica riparatoria in materia di reati ambientali¹⁸; non è stata prevista, però, l'applicazione di tale disciplina agli enti che sono spesso gli autori di tale tipologia di reati. In tale settore, la tutela penale dell'ambiente, proprio la responsabilizzazione degli enti *ex d.lgs. 231/2001* sembra rappresentare la migliore strategia di intervento.

3. *L'inserimento nel codice penale della disciplina della confisca allargata: art. 240-bis c.p.* Il decreto legislativo 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»¹⁹ –, ha recepito la proposta della Commissione Marasca²⁰ di trasferire nel nuovo art. 240-bis c.p., confisca in casi particolari, la disciplina della confisca allargata *ex art. 12-sexies* del d.l. 306/'92.

Tale riforma si inserisce nell'ambito di un decreto legislativo che ha realizzato il progetto di tendenziale riserva di codice consistente nel riordino della materia penale, «ferme restando le scelte incriminatrici già operate dal legislatore», in modo da assicurare centralità al codice secondo la gerarchia di interessi che la Costituzione delinea, «al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena»; il compito principale della Commissione Marasca è stato, infatti, la ricognizione della rilevante legislazione penale speciale per valutare quali siano i settori di essa meritevoli di trovare sistemazione nel codice penale per la rilevanza costituzionale dei beni e degli interessi tutelati, lasciando nella legislazione speciale quelle fat-

reato che si traduca in una prognosi di pericolosità connessa alla sua libera disponibilità)». In materia MAUGERI, *Art. 240 c.p.*, in *Commentario breve al Codice penale*, a cura di Forti, Zuccalà, Seminara, Padova 2017, 804; *Id.*, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, 193.

18. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162; cfr. EUSEBI, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in *Giustizia riparativa*, a cura di Mannozi, Lodigiani, Bologna 2015, 97 ss.

19. In GU n. 68 del 22/3/2018.

20. Si veda nota 9.

tispecie che presentino una stretta connessione con la disciplina amministrativa di riferimento. Il decreto, innanzitutto, ha normativizzato il c.d. “principio della riserva di codice” all’art. 3-bis c.p.

Con il trasferimento della confisca allargata *ex art. 12-sexies* nell’art. 240-bis c.p. si è perseguito lo scopo di rendere più facilmente conoscibile in conformità al principio di legalità, quale garanzia della prevedibilità dell’intervento penale, e quindi di colpevolezza, questa forma di confisca che ha assunto un rilievo fondamentale e, come ricordato, corrisponde al modello di confisca allargata prevista e la cui adozione è imposta agli Stati membri dall’art. 5 della Direttiva n. 42/2014. In tale direzione è assolutamente condivisibile tale inserimento nel codice penale della disciplina della confisca allargata, subito dopo la norma che, pur con i limiti evidenziati, contiene la disciplina generale della confisca, art. 240 c.p. Del resto in molti ordinamenti di *civil law* la norma che prevede la confisca allargata è inserita nel codice penale (basti pensare al precedente § 73d StGB, *Erweiterter Verfall*, ora § 73 a StGB *Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern*, al decomiso ampliato *ex artt. 127-bis, 127-quinquies e 127-sexies c.p.*).

Come accennato il decreto legislativo non recepisce la più ampia proposta di revisione della disciplina della confisca elaborata dalla Commissione, nonostante ciò non rientrasse pienamente nei limiti della delega. Anche dai lavori della Commissione, peraltro, è emersa la pluralità di forme di confisca speciali previste nel nostro ordinamento, che non solo testimoniano il ruolo strategico in termini di politica criminale che ha assunto tale strumento, ma anche l’insipienza di un legislatore che, invece di riformare organicamente la disciplina generale, preferisce introdurre in forma caotica sempre nuove forme speciali di confisca dinanzi all’insufficienza dell’art. 240 c.p. che, innanzitutto, come esaminato, non prevede ancora il carattere obbligatorio dell’ablazione del profitto del reato e una figura generale di confisca per equivalente.

Sia consentito solo un accenno alla circostanza che i lavori della Commissione sono stati caratterizzati da vivaci discussioni, in quanto molti membri della stessa manifestavano forti perplessità «al fatto di intervenire su un codice penale che nato in un clima culturale e politico assai diverso, andrebbe radicalmente modificato e non periodicamente *rabberciato*» (relazione finale, 4). Un progetto di attuazione della riserva di codice, finalizzato a garantire la conoscibilità delle norme penali, ha senso solo se si mette mano alla revisione delle fattispecie incriminatrici della parte speciale del codice penale e della legislazione complementare (la Commissione, in ogni caso, ha proposto abrogazioni e, esorbitando il mandato, la modifica di talune fattispecie per renderle, alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali e dottrinarie, meglio comprensibili). Sono state manifestate forti perplessità «già su un piano teorico, nei confronti della capacità razionalizzante della riserva di codice, strumento che reputano inadeguato ad interpretare nell’attuale momento storico le istanze di criminalizzazione, soprattutto – ma

non soltanto – alla luce della forte interdipendenza tra diritto penale e normativa di contesto» e, in particolare, si contestava anche il modo in cui la riserva di codice è stata intesa nella legge delega «vale a dire come un'operazione di mero trasferimento di disposizioni incriminatrici, così come sono, da un luogo all'altro del sistema penale, quasi che i gravi problemi di irrazionalità e inintelligibilità che affliggono tale sistema (e lo stesso codice) dipendano da questioni 'topografiche' e non, come invece è, dal ricorso eccessivo e non sempre adeguatamente meditato alla sanzione penale, dalla natura estemporanea e simbolica di certe scelte di politica criminale, dalle approssimazioni tecniche che condizionano la redazione delle norme, dalla mancanza di una visione organica e di un qualsiasi progetto complessivo di dosimetria sanzionatoria» (relazione della I sottocommissione²¹).

In particolare proprio la scelta di inserire una norma che introducesse espressamente il c.d. "principio di riserva di codice" è stata fortemente contrastata, e voluta solo dal Presidente e da una minoranza dei componenti della Commissione che hanno considerato tale norma necessaria per dare attuazione alla delega e opportuna «perché segnerebbe l'avvio di un processo virtuoso che vuole porre un freno alla dannosa proliferazione della legislazione penale e rendere il codice centro del sistema penale, ponendo in tal modo le basi per una futura riduzione dell'area penale» (relazione finale). Nella stessa relazione della Commissione si mette in evidenza che l'effetto del riordino sarà anche l'ulteriore creazione di disarmonie e contraddizioni, a partire dalla proporzionalità del trattamento sanzionatorio.

4. *La riforma della confisca ex art. 12-sexies d.l. 306/'92 (240-bis c.p.)*. L'art. 4 del disegno di legge n. 2798 presentato dal Governo alla Camera dei deputati il 23 dicembre 2014, connetteva alla lotta contro il fenomeno della corruzione la necessità di riformulare e ampliare l'ambito di applicazione dell'art. 12-sexies d.l. 306/'92. Nella medesima direzione l'art. 27 del d.d.l. 2134/S, approvato alla Camera dei deputati nel novembre del 2015, – A.C. 1039 e abb. –, poi recepito nell'art. 31 della legge n. 161/2017 che ha riformato in maniera piuttosto decisa la disciplina della confisca ex art. 12-sexies d.l. 306/'92 (ora 240-bis c.p.), avvicinandola a quella della confisca senza condanna, in realizzazione di un preciso disegno di politica criminale volto a incrementare le potenzialità di tale strumento, – come evidenziato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 33/2018²² che afferma che le «innovazioni si muovono, infatti, nella direzione del potenziamento e dell'ampliamento del campo di operatività della confisca 'allargata'» –, anche se a scapito del rispetto dei principi e delle garanzie della materia penale.

21. Presieduta dalla Prof.ssa Ombretta Di Giovine.

22. Corte cost., 8 novembre 2017 (21 febbraio 2018), n. 33.

Il legislatore riformula, innanzitutto, il comma 1 mediante un'elencazione sistematica delle fattispecie di reato cui si applica la confisca, effettuata attraverso il rinvio all'articolo 51, co. 3-*bis*, del codice di procedura penale²³ – in simmetria si potrebbe dire con le ipotesi di pericolosità qualificata cui si applica la confisca di prevenzione –, l'inserimento di tutti gli ulteriori delitti prima previsti e contenuti in parte nel comma 2, 2-*bis*, 2-*quater* (che vengono abrogati) e l'aggiunta dei delitti di cui agli artt. 603-*bis* e 648-*ter*²⁴. Successivamente il comma 1 dell'art. 12-*sexies* è stato nuovamente sostituito dall'art. 13-*ter* del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148 («Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili»), convertito, con modificazioni, in legge 172/2017, ma al solo fine di reinserire nella lista dei reati presupposto le figure criminose che, già aggiunte dall'art. 5 del d.lgs. n. 202/'16 in attuazione della normativa dell'Unione europea, ne erano state espunte in sede di riscrittura della disposizione ad opera dell'art. 31 della l. n. 161/'17. Il comma 1 ora è stato abrogato dall'art. 7 del d.lgs. n. 21/2018 e il suo contenuto, parzialmente, riportato nell'art. 240-*bis* c.p., introdotto dall'art. 6 del d.lgs. n. 21/2018.

L'art. 240-*bis* c.p. non fa riferimento, diversamente dall'art. 12-*sexies* d.l. 306/'92, all'articolo 295, 2 co., del testo unico in materia doganale, di cui al d.P.R. n. 43/'73, e all'articolo 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, del testo unico in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope di cui al d.P.R. n. 309/'90. Il legislatore del d.lgs. n. 21/2018, infatti, ha preferito introdurre una disposizione *ad hoc* che introduce la confisca allargata all'interno del testo unico doganale e all'interno del testo unico in materia di stupefacenti, introducendo, rispettivamente, nel primo il co. 5-*bis* dell'art. 301 e nel secondo l'art. 85-*bis* («Ipotesi particolare di confisca»), stabilendo in entrambe le fattispecie che «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 [...] si applica l'articolo 240-*bis* del codice penale». Si conferma la logica della riserva di codice come prevista dall'art. 3-*bis* c.p. («Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia») nel senso che, come suggerito nella Relazione Marasca, laddove la disciplina di una materia sia contenuta in un testo unico, tutte le relative previsioni legislative devono essere inserite in maniera organica nello stesso testo unico, piuttosto che nel codice o

23. Detto richiamo implica l'applicabilità della confisca in questione anche nel caso di condanna per i reati di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (articolo 291-*quater* t.u. d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43) e di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (articolo 260 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

24. MENDITTO, *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 (cd. codice antimafia) e della confisca allargata*, in *DPC*, 22 dicembre 2015, 68: «per un difetto di coordinamento è stato elencato nel testo anche l'art. 260 d.lgs. n. 152/2006 che è inutilmente ripetuto rientrando tra i delitti dell'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.».

in separate leggi speciali, al fine di garantire la migliore conoscibilità della legge. Chiaramente ciò si rende necessario perché il legislatore prevede espressamente le fattispecie cui si applica la confisca allargata in esame, piuttosto che estenderne l'applicazione a qualunque fattispecie capace di generare profitti, come invece previsto in altri ordinamenti (come in quello tedesco).

Anche la confisca per equivalente della confisca allargata in esame, prevista nel comma 2-ter dell'art. 12-sexies d.l. 306/'92 (già modificato dall'art. 31, co. 1, c), della 161/2017, estendendone l'ambito di applicazione a tutti i reati previsti dal comma 1, piuttosto che solo a quelli indicati nel comma 2) è stata trasposta nel comma 2 dell'art. 240-bis c.p.

Sotto il profilo procedurale la l. 161/2017 introduce, in conformità alle modifiche introdotte per la confisca di prevenzione: la trattazione prioritaria lett. f-bis) all'art. 132-bis, comma 1, disp. att. c.p.p. (con l'anomalia di avere ripetuto nella stessa norma la lettera f-bis²⁵), a riprova dell'importanza attribuita allo strumento della confisca; nonché correttamente la citazione nel processo di cognizione dei «terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in stato di sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo» (comma 4-quinquies, art. 12-sexies d.l. 306/'92). Quest'ultima disposizione è oggi contenuta nel co. 1-quinquies dell'art. 104-bis del d.lgs. n. 271/1989 («Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale»), introdotto dal d.lgs. n. 21/2018, che ha abrogato il co. 4-quinquies dell'art. 12-sexies. In tal modo si garantisce piena tutela ai diritti difensivi dei terzi. Anche se tale «disposizione, di natura innovativa perché tale citazione non è riconosciuta dalla giurisprudenza²⁶, appare mal coordinata con quanto previsto per il procedimento di prevenzione in cui è disposta, in seguito alla l. 161/2017, la citazione anche dei titolari di diritti reali di garanzia»²⁷.

La legge n. 161/'17, articolo 31, co. 1, e), interviene inoltre in materia di tutela dei terzi con lo scopo di concludere, dopo alterne vicende, la progressiva unificazione della disciplina in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati in sede di prevenzione e ai sensi dell'art. 12-sexies l. n. 356/92. La legge n. 228/2012 (art. 1, co. 190) aveva già stabilito che «le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati previste dal decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159» si applicassero anche ai casi di sequestro e confisca ex art. 12-sexies; la legge 161/'17 estende l'assimilazione richiamando espressamente al comma 4-bis le norme «in materia di tutela dei terzi e di esecuzio-

25. Già aggiunta dall'art. 1, comma 74, l. 23.06.2017, n. 103 con decorrenza dal 03.08.2017: f-bis) ai processi relativi ai delitti di cui agli articoli 317, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321 e 322-bis del codice penale.

26. Cass., Sez. III, 22 giugno 2010, n. 23926, Baraldi, in Mass. Uff. n. 247797.

27. Così MENDITTO, *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011*, cit., 69.

ne del sequestro previste dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011»²⁸. Tale comma 4-bis è stato abrogato dal d.lgs. 21/2018, che ne ha riportato il contenuto nel nuovo co. 1-*quater*²⁹ dell'art. 104-bis del d.lgs. n. 271/1989, la cui sostituita rubrica recita «Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo e a sequestro e confisca in casi particolari. Tutela dei terzi nel giudizio». Si conferma la tendenza del legislatore a unificare la disciplina delle due forme di confisca estesa in questione. Il procedimento di prevenzione diventa, in particolare, un modello di procedura specializzata in relazione alla trattazione dei profili relativi alla tutela dei terzi che intervengono nell'applicazione della confisca. Rimangono dei dubbi circa la fase in cui si dovrà procedere alla verifica dei crediti (dopo la confisca in primo grado per la confisca di prevenzione in base all'art. 57, comma 2, d.lgs. n. 159/2011), che la giurisprudenza attribuiva al giudice dell'esecuzione³⁰.

L'art. 31, co. 1, f), l. 161/2017 aveva introdotto il comma 4-*novies* dell'art. 12-*sexies* d.l. 306/'92, che, recependo l'orientamento giurisprudenziale ormai costante, stabiliva che «L'autorità giudiziaria competente ad amministrare i beni sequestrati è il giudice che ha disposto il sequestro ovvero, se organo collegiale, il giudice delegato nominato dal collegio stesso»³¹. Il comma 4-*novies* dell'art. 12-*sexies* d.l. 306/'92 è stato abrogato dal d.lgs. 21/2018 e il suo contenuto traspeso nel terzo comma dell'art. 183-*quater*, del d.lgs. 271/1989 che è intitolato «Esecuzione della confisca in casi particolari»³².

28. Cfr. MENDITTO, *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011*, cit., 72 s.

29. Le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati nonché quelle in materia di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro previste dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, si applicano ai casi di sequestro e confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240-*bis* del codice penale o dalle altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice. In tali casi l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata coadiuva l'autorità giudiziaria nell'amministrazione e nella custodia dei beni sequestrati, fino al provvedimento di confisca emesso dalla Corte di appello e, successivamente a tale provvedimento, amministra i beni medesimi secondo le modalità previste dal citato codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno.

30. Cass., Sez. I, 19 giugno 2014, n. 26527, Italfondario S.p.a., in Mass. Uff. n. 259331. In materia cfr. AIELLO, *Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel c.d. codice antimafia*, in *Dir. Pen. Cont.*, 11 aprile 2014, 22 ss.

31. La norma continua stabilendo che «L'opposizione ai provvedimenti adottati, ove consentita, è presentata, nelle forme dell'articolo 666 del codice, allo stesso giudice ovvero, nel caso di provvedimento del giudice delegato, al collegio». Cfr. MENDITTO, *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011*, cit., 72 s.

32. «Competente a emettere i provvedimenti di confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240-*bis* del codice penale o da altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano dopo l'irrevocabilità della sentenza, è il giudice di cui all'articolo 666, commi 1, 2 e 3, del codice. Il giudice, sulla richiesta di sequestro e contestuale confisca proposta dal pubblico ministero, provvede nelle

5. *L'ambito di applicazione: questione di legittimità costituzionale* (Corte costituzionale, sentenza n. 33 del 2018). L'ambito di applicazione di questa forma di confisca allargata si è sempre più esteso in maniera non coerente con le originarie intenzioni del legislatore³³, come da ultimo evidenziato anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 33 del 2018 in cui si evidenzia, innanzitutto, 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»³⁴. Si tratta della duplice presunzione su cui si fonda il modello di confisca allargata, come evidenziato in altra sede, e cioè la presunzione che il soggetto ha commesso altri reati, oltre quello oggetto di condanna, e che da questi reati abbia tratto profitto³⁵. Ma soprattutto la Corte evidenzia che «l'istituto si basa sulla presunzione che le risorse economiche, sproporzionate e non giustificate, rinvenute in capo al condannato *derivino dall'accumulazione di illecita ricchezza che talune categorie di reati sono ordinariamente idonee a produrre*» (corsivo aggiunto) e che tale presunzione è già stata ritenuta dalla Corte costituzionale non irragionevole e conforme con il principio di eguaglianza e il diritto di difesa, anche in riferimento all'art. 42 Cost. (ordinanza n. 18 del 1996). La ragionevolezza della presunzione di cui si discute rimarrebbe collegata alla circostanza che ci si trovi al

forme previste dall'articolo 667, comma 4, del codice. L'opposizione è proposta, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione del decreto».

33. CANTONE, *La confisca per sproporzione*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di MAIELLO, Torino 2015, 125, osserva che a monte alcune delle fattispecie incluse (estorsione, sequestro di persona, usura, riciclaggio, reimpiego), pur essendo manifestazioni delittuose tipiche delle consorterie mafiose, possono essere realizzate in contesti diversi che nulla hanno a che vedere con queste ultime (come il riciclaggio che consiste nel taroccamento delle autovetture); sarebbe più coerente punirle solo se commesse avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. o al fine di agevolare le associazioni in questione ex art. 7, legge n. 203/1991. Nel 2001 l'art. 24 della l. 45/2001 estende l'art. 12-sexies a reati con finalità di terrorismo e quindi in presenza della sola aggravante anche se si tratta di reati non funzionali ad accumulare ricchezza. Così come si contesta l'inclusione della ricettazione che raramente ha attinenza con vicende di criminalità organizzata, così SGUBBI, *L'art. 12-quinquies della legge n. 356 del 1992*, in *Atti del IV Convegno nazionale in Diritto penale*, Torino, 1996, 26. Più coerente l'inclusione delle fattispecie di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), tratta di persone (art. 601 c.p.), acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.) e associazione a delinquere finalizzata a commettere tali delitti (art. 416, co. 6, c.p.), il tutto ad opera dell'art. 7, co. 3 della legge n. 228/2003; si tratta di reati commessi da organizzazioni criminali al fine di profitto. Cfr. MAUGERI, *Confisca "allargata"*, in CNPDS, cit., 65 ss.

34. Corte cost., 8 novembre 2017 (21 febbraio 2018), n. 33.

35. 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.

cospetto di delitti usualmente perpetrati «in forma quasi professionale» e che si pongano come fonte ordinaria di un illecito accumulo di ricchezza³⁶.

Il giudice rimettente contestava la violazione dell'art. 3 Cost. per il fatto di includere il delitto di ricettazione tra quelli per i quali è sempre disposta la forma di confisca in esame, in quanto la presunzione legale di provenienza illecita del patrimonio del condannato sarebbe in questo caso priva di giustificazione razionale, non trattandosi, alla luce dell'esperienza giudiziaria, di reato normalmente commesso «in forma quasi professionale» e costituente «fonte ordinaria di illecito accumulo di ricchezza»; spesso si tratta di persone che hanno commesso il reato «estemporaneamente», procurandosi cose provenienti da delitto sul «mercato nero» solo per realizzare un risparmio di spesa o per acquisire beni fuori dalla loro portata economica o legale, o «per altre innumerevoli ragioni». Il giudice rimettente critica, da una parte, l'irragionevole assimilazione del predetto reato agli altri gravi delitti indicati dalla norma censurata, rispetto ai quali la presunzione apparirebbe invece razionalmente giustificata alla luce delle caratteristiche della condotta incriminata; dall'altro lato, l'irragionevole equiparazione del trattamento delle diverse ipotesi riconducibili al paradigma punitivo considerato, fortemente eterogenee tra loro sul piano dell'idoneità a fondare una presunzione di pericolosità.

La Corte costituzionale, innanzitutto, rigetta la questione di legittimità costituzionale ricordando l'importanza di tale misura patrimoniale che si colloca nell'alveo delle forme «moderne» di confisca alle quali, già da tempo, plurimi Stati europei hanno fatto ricorso per superare i limiti di efficacia della confisca penale «classica»; si tratta del modello di «confisca allargata» già contemplato da diversi strumenti sovranazionali in materia che sollecitano anche l'introduzione di forme di inversione dell'onere della prova per garantire l'efficienza della confisca, dalla Convenzione di Vienna contro il narcotraffico del 1988, alla Convenzione di Palermo contro il crimine organizzato del 2000, sino agli strumenti europei della decisione quadro 212/2005 e della Direttiva 42/2014.

In particolare proprio la Direttiva n. 42/2014 comporta un ampliamento dell'ambito di applicazione delle sanzioni patrimoniali a settori diversi della lotta al crimine organizzato o al terrorismo, cui faceva riferimento la decisione

36. In tale direzione Cass., Sez. VI, 28 maggio 1996, Berti, n. 1600, in Mass. Uff. n. 205428, in *Cass. pen.*, 1996, 3649; Cass., Sez. I, 16 febbraio 2018, n. 19470; Cass., Sez. II, 11 aprile (24 aprile) 2014, n. 17794, in *Dir. & Giust.*, 2014, 28 aprile; Cass., Sez. II, 25 ottobre 2013, Coppola, n. 43776, in Mass. Uff. n. 257305; Cass., Sez. I, n. 25728, 5 giugno 2008, Mass. Uff. n. 240471; Cass., Sez. VI, 20 novembre 2012, in Mass. Uff. n. 253816. La confisca *ex 12-sexies*, come precisa la Suprema Corte nella sentenza Montella Cass., Sez. un., 19 gennaio 2004, n. 920, in Mass. Uff. n. 226490, in *Cass. pen.* 2004, 1182, è basata su «una fondamentale scelta di politica criminale del legislatore, operata con l'individuare delitti particolarmente allarmanti, idonei a creare una accumulazione economica, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti, e quindi col trarne una presunzione, *iuris tantum*, di origine illecita del patrimonio 'sproporzionato' a disposizione del condannato per tali delitti».

212/2005. Nonostante, infatti, la direttiva sottolinei, innanzitutto, l'opportunità di utilizzare la confisca estesa nel settore della lotta alla criminalità organizzata (considerando n. 1 e n. 19), prevede, da una parte, l'applicazione delle sue disposizioni a tutti i reati contemplati nelle direttive elencate nell'art. 3, non necessariamente consumati in forma organizzata, e dall'altra parte, a tutti i reati che saranno soggetti all'armonizzazione in base all'art. 83, § 2 TFUE, come sancito nell'art. 3, ultimo comma, e, comunque, come pleonasticamente specificato nell'art. 5 (e nel considerando n. 20), suscettibili di «produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico»³⁷.

La Corte costituzionale, però, 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*. A fianco di figure criminose che postulano un'organizzazione stabile e strutturata, diretta al conseguimento di profitti illeciti, quali l'associazione di tipo mafioso o l'associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti, la norma censurata richiamava, infatti, sin dall'origine, una serie di altri delitti – quali l'estorsione, il sequestro di persona a scopo di estorsione, l'usura, il riciclaggio, il reimpiego, l'intestazione fittizia di beni, il traffico illecito di stupefacenti, il contrabbando aggravato (oltre, appunto, alla ricettazione, esclusa l'ipotesi del fatto di lieve entità di cui all'art. 648, secondo comma, c.p.) – i quali, pur essendo considerati tipici della criminalità organizzata (e mafiosa in particolare), in fatto ben possono essere perpetrati in contesti del tutto avulsi da questa e che neppure implicano, in modo assoluto e indefettibile, la qualità di delinquente "seriale" del loro autore. Lo stesso delitto di riciclaggio (art. 648-bis c.p.) – che la Corte rimettente addita, in opposto alla ricettazione, come uniformemente evocativo di un «modello di agente tipico» sintonico con la presunzione espressa dalla norma denunciata – abbraccia, in realtà, anch'esso fattispecie eterogenee sotto il profilo considerato»³⁸.

Non solo la Corte evidenzia che «in prosieguo di tempo, peraltro, il catalogo dei reati presupposto è stato arricchito, in modo progressivo ed 'alluvionale', da una serie di interventi novellistici» e «tale processo di implementazione» «si è ispirato, in più d'un caso, a logiche chiaramente estranee a quella primigenia dell'istituto».

La Corte, come aveva già evidenziato la dottrina, cita come esempio di estensione dell'ambito di applicazione della confisca allargata a fattispecie estranee alla logica originaria proprio l'«ampia platea di delitti contro la pubblica ammi-

37. Ampiamente sul punto cfr. MAUGERI, *Confisca "allargata"*, in CNPDS, cit., 104 s.

38. In tale direzione cfr. CANTONE, *op. cit.*, 125 (vedi nota 33).

nistrazione, 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». 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.

Già in altra sede³⁹, si era evidenziato che tale estensione preoccupa in termini di politica criminale perché si tratta di reati, come il peculato mediante profitto dell'errore altrui o l'utilizzazione d'invenzioni o scoperte conosciute per ragione di ufficio, che non sono connessi al crimine organizzato, come invece può essere la corruzione, né, si tratta di reati il cui disvalore sia tale da meritare una simile forma di confisca allargata; la presunzione di illecita accumulazione che la Corte costituzionale ha ritenuto ragionevole in seguito ad una condanna per reati connessi al crimine organizzato, non trova alcun fondamento in tale settore⁴⁰. Emerge il dubbio che tale indiscriminata estensione della confisca allargata sia legata ad una mera e discutibile finalità di semplificazione probatoria con tutti i rischi connessi in termini di rispetto della presunzione d'innocenza e del diritto al silenzio dell'imputato⁴¹. A parte l'irrazionalità determinata dalla non applicabilità della confisca in esame al corruttore, non essendo richiamato l'art. 321 c.p.⁴², mentre sarà applicabile all'indotto *ex art. 319-quater c.p.*

Solo nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata o a certa criminalità professionale si potrebbe, al limite, ammettere l'utilizzo di tale strumento che comunque comporta il ricorso ad una presunzione *iuris tantum* di illecita accumulazione patrimoniale.

39. MAUGERI, *Confisca "allargata"*, in CNPDS, cit., 65 s.; cfr. MAZZACUVA, *Le Pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 177.

40. Corte cost., 22 gennaio 1996, n. 18, in *Cass. pen.*, 1996, 1385, che dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, il 12 dicembre 1994 per contrasto con gli artt. 3, 24 co. 2, 27, co. 2, 42 e 97 Cost.; cfr. Corte cost. 28 marzo 2000, n. 88, in *Cass. pen.* 2000, 1054 che dichiara inammissibile la questione proposta riguardante la razionalità dell'esclusione dal novero dei reati matrice dell'ipotesi delittuosa contemplata dal comma 5 dell'art. 73 d.P.R. n. 309/1990.

41. Cfr. MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti*, cit., 497; ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Roma, 2012, 95.

42. Cass., Sez. I, 13 luglio 2012, Acampora, n. 28011, in *Mass. Uff.* n. 253392; CANTONE, *op. cit.*, 127.

La Corte costituzionale nella sentenza n. 33 del 2018 condivide a tal punto le perplessità evidenziate e quelle sollevate dal giudice rimettente che, pur stabilendo che non sussistano gli estremi di una dichiarazione di incostituzionalità, afferma che nell'«ottica di valorizzazione della *ratio legis*, può ritenersi, peraltro, che – quando si discuta di reati che, per loro natura, non implicano un programma criminoso dilatato nel tempo (com'è per la ricettazione) e che non risultino altresì commessi, comunque sia, in un ambito di criminalità organizzata – 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».

Chiaramente un tale richiamo a una corretta interpretazione dell'art. 12-*sexies* non può essere inteso nel senso che si possa consentire una sorta di giudizio discrezionale da parte del giudice circa la necessità di applicare tale forma di confisca nel caso concreto, valutando se la condanna per il singolo episodio possa o meno contribuire a fondare la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale in qualità di reato spia di un'attività di carattere di continuativo e professionale e quindi se effettivamente corrisponda al «‘modello’ che vale a fondare la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza da parte del condannato». Una simile interpretazione varrebbe a trasformare la confisca *ex art. 240-bis c.p.* in una forma di confisca facoltativa, piuttosto che obbligatoria, in contrasto con il principio di legalità. E, allora, si può ritenere che, alla luce di questo richiamo della Corte costituzionale, in presenza della condanna il giudice dovrà valutare con estrema accortezza se sussista il presupposto della sproporzione, che, come evidenzia la stessa Corte costituzionale, fonda insieme alla condanna la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale, costituendo elemento sintomatico dell'origine illecita.

Rimane la problematicità della presunzione di illecito arricchimento su cui si fonda la confisca *ex art. 240-bis c.p.*, problematicità evidenziata dal giudice rimettente e riconosciuta, tutto sommato, dalla stessa Corte costituzionale; la condanna per un singolo reato, non necessariamente realizzato in forma organizzata e/o professionale, non rappresenta un valido fondamento, seppure insieme alla sproporzione, della presunzione di illecita accumulazione patrimoniale cui consegue l'imposizione a carico del condannato di un onere di allegazione, – se non una vera e propria inversione dell'onere della prova –, circa l'origine lecita del patrimonio.

Sembra, allora, correttissimo l'auspicio formulato dal giudice delle leggi, sempre nella sentenza n. 33/2018, circa la necessità in una prospettiva *de iure condendo* che «la selezione dei ‘delitti matrice’ da parte del legislatore avvenga, fin tanto che l'istituto conservi la sua attuale fisionomia, secondo criteri ad essa strettamente co-

esi e, dunque, ragionevolmente restrittivi. Ad evitare, infatti, evidenti tensioni sul piano delle garanzie che devono assistere misure tanto invasive sul piano patrimoniale, non può non sottolinearsi l'esigenza che la rassegna dei reati presupposto si fondi su tipologie e modalità di fatti in sé sintomatiche di un illecito arricchimento del loro autore, che trascenda la singola vicenda giudizialmente accertata, così da poter veramente annettere il patrimonio 'sproporzionato' e 'ingiustificato' di cui l'agente dispone ad una ulteriore attività criminosa rimasta 'sommersa'».

6. *L'applicazione in sede di esecuzione.* L'applicazione della forma di confisca in esame presuppone la pronuncia della sentenza di condanna. Sin dall'introduzione di tale forma di confisca si è posto il problema che, in mancanza di una struttura bifasica del processo penale che distingua la fase dell'accertamento della responsabilità e la fase dell'applicazione della pena e delle misure di sicurezza, la pronuncia di un ordine di confisca *ex art. 12-sexies* d.l. 306/'92 (ora 240-*bis* c.p.) potrebbe ritardare la pronuncia della condanna. Al riguardo era stata mossa anche una questione di legittimità costituzionale⁴³. La dottrina evidenziava, del resto, che il giudizio ordinario, per le sue caratteristiche di oralità, concentrazione e pubblicità, ben poco si presta alle complesse verifiche di carattere documentale richieste per l'applicazione delle misure patrimoniali⁴⁴.

In risposta a tali problematiche si è affermata la prassi di rinviare l'applicazione della confisca obbligatoria *ex art. 12-sexies* in sede di esecuzione (art. 676 c.p.p.)⁴⁵, prassi riconosciuta dalle Sezioni unite con la sentenza Deourach⁴⁶ e da ultimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 33/2018⁴⁷, che riconosce la validità di tale

43. Cfr. Ord. Trib. Santa Maria Capua Vetere, in *Riv. pen.*, 1995, 740.

44. Cfr. CELENTANO, *Verso una giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione*, in *Riv. pen. dell'econ.*, 1992, 519.

45. Cfr. Cass., 26 novembre 1997, Cavallari ed altri, in Mass. Uff. n. 209042, in *Cass. pen.* 1998, 3247. Cfr. Cass., Sez. V, 23 giugno 2015, Cannone, n. 26481, in Mass. Uff. n. 264004, che considera, invece, «abnorme, infatti, il provvedimento con cui il Tribunale - dopo la pronuncia della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti - disponga, - con provvedimento fuori udienza la confisca di beni patrimoniali del condannato (Sez. IV, n. 34152 del 13/06/2012 - dep. 06/09/2012, Fusha, Mass. Uff. n. 253518). 2. Si veda anche Sez. VI, n. 49071 del 06/11/2013, Santamaria, Mass. Uff. n. 258359 (conf. Sez. II, Sentenza n. 21420 del 20/04/2011, Mass. Uff. n. 250264): [...] Sez. VI, Sentenza n. 10623 del 19/02/2014, Mass. Uff. n. 261886».

46. Cass., Sez. un., 17 luglio 2001, Derouach, n. 29022, in Mass. Uff. n. 219221; conforme Cass., Sez. I, 18 maggio 2015, Caponera, n. 20507, in Mass. Uff. n. 263479, che precisa che non si viola l'art. 24, co. 2 della Costituzione, perché il diritto di difesa non va inteso in senso assoluto ma va modulato secondo l'oggetto (altro è in relazione all'accertamento della colpevolezza, altro è in rapporto all'applicazione di una misura di sicurezza patrimoniale). Il fenomeno del contraddittorio differito, poi, è presente nel sistema (v. in materia di applicazione di misure cautelari, di procedimento per decreto), senza che il doppio grado di merito sia un postulato generale (arg. *ex artt.* 111 della Costituzione, 593, co. 3, e, appunto, 666, co. 6, c.p.p., nonché v. sentenze n. 236/84 e n. 116/74 della Corte costituzionale).

47. Corte cost., 8 novembre 2017 (21 febbraio 2018), n. 33.

soluzione, ormai normativizzata nel comma 4-*sexies*⁴⁸ dell'art. 12-*sexies* dalla legge n. 161/2017. Tale comma è stato abrogato dal d.lgs. n. 21/2018 e il suo contenuto trasposto nel comma 1 dell'art. 183-*quater* del d.lgs. 271/1989 («Esecuzione della confisca in casi particolari»)⁴⁹.

La precedente prassi e la nuova disciplina suscitano qualche perplessità perché i poteri del giudice dell'esecuzione sono poteri residuali e contro le decisioni del giudice dell'esecuzione non è possibile l'appello, ma solo il ricorso per cassazione⁵⁰. Il giudice di esecuzione, inoltre, può decidere *de plano* sulla base della richiesta e degli elementi proposti dal P.m. (o d'ufficio)⁵¹; trattandosi di una procedura meno garantita, la Suprema Corte è arrivata a chiedere che vi si ricorra solo se i dati da valutare siano già emersi dagli accertamenti contenuti nei provvedimenti definitivi di merito⁵².

Fermo restando che contro la decisione, P.m. e condannato potranno proporre opposizione entro *trenta giorni* (e non quindici come previsto dall'art. 667, co. 4), all'esito della quale verrà fissata udienza camerale a contraddittorio pieno *ex art.* 666 c.p.p. e il provvedimento adottato sarà ricorribile per Cassazione⁵³. Il giudice potrà direttamente fissare l'udienza camerale, come sarebbe preferibile soprattutto quando gli elementi avanzati dal P.m. siano complessi e si ritenga opportuno acquisire da subito le ragioni del condannato in ordine a eventuali giustificazioni: nella materia in esame la procedura camerale dovrebbe essere la regola, altrimenti si pronuncerebbe la confisca *ex art.* 240-*bis* c.p. in assenza del presupposto della "mancanza di giustificazioni". La problematicità di tale procedura è proprio determinata dal fatto che uno dei presupposti della confisca in esame è la mancata

48. «Competente a emettere i provvedimenti previsti dai commi 1 e 2-*ter*, dopo l'irrevocabilità della sentenza, è il giudice di cui all'articolo 666, commi 1, 2 e 3, del codice di procedura penale. Il giudice, sulla richiesta di sequestro e contestuale confisca proposta dal pubblico ministero, provvede nelle forme previste dall'articolo 667, comma 4, del codice di procedura penale. L'opposizione è proposta, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione del decreto».

49. «Competente a emettere i provvedimenti di confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240-*bis* del codice penale o da altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano dopo l'irrevocabilità della sentenza, è il giudice di cui all'articolo 666, commi 1, 2 e 3, del codice. Il giudice, sulla richiesta di sequestro e contestuale confisca proposta dal pubblico ministero, provvede nelle forme previste dall'articolo 667, comma 4, del codice. L'opposizione è proposta, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione del decreto».

50. AYMONE, in *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, Bari 1998, 62-63; cfr. FOSCHINI, *La natura e il procedimento per l'applicazione della "misura" di cui all'art. 12-*sexies* legge n. 356/92*, in *Atti del IV Congresso nazionale di diritto penale*, Torino, 1996, 198.

51. Cass., Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 9984; Cass., Sez. VI, 4 luglio 2008, Ciancimino, n. 27343, in Mass. Uff. n. 240585; Cass., Sez. V, 3 marzo 2008, Doldo, n. 9576, in Mass. Uff. n. 239117.

52. Cass., Sez. I, 10 settembre 2015, Acri e altro, n. 36754, in Mass. Uff. n. 264705; Cass., Sez. VI, 4 luglio 2008, Ciancimino, n. 27343, in Mass. Uff. n. 240585; Cass., Sez. V, 3 marzo 2008, Doldo, n. 9576, in Mass. Uff. n. 239117; cfr. MAUGERI, *Confisca "allargata"*, cit., 66 ss.

53. Cass., I, 23 febbraio 2018, n. 9984: "salvo che sulla questione non abbia già provveduto il giudice della cognizione con conseguente preclusione processuale".

giustificazione del carattere proporzionato dei beni da parte del condannato, che presuppone un contraddittorio in cui fare valere le proprie ragioni⁵⁴; il mancato contraddittorio comporta una violazione del principio di legalità, in quanto consentirebbe di applicare la confisca in esame in mancanza di uno dei presupposti espressamente previsti dalla legge («la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza»).

Si dovrebbe, in ogni caso, a questo punto riflettere sulla possibilità di rinviare l'applicazione di tale forma di confisca al procedimento di prevenzione, purché venga costruito realmente come giusto processo al patrimonio⁵⁵, in considerazione della particolare specializzazione che sta assumendo tale giudice in seguito alla riforma dell'ordinamento giudiziario (comma 2-*sexies* dell'articolo 7-*bis* dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12), introdotta dalla l. 161/2017.

A tal proposito si deve evidenziare, in ogni caso, che la Corte EDU nella sentenza *Paraponiaris c. Grecia* afferma l'illegittimità ai sensi dell'art. 6 C.E.D.U. e, quindi, dei principi del giusto processo e della presunzione d'innocenza (art. 6, co. 2), delle confische inflitte con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione e in fasi processuali che non consentano un adeguato esercizio del diritto di difesa, nel caso di specie all'esito di un'udienza preliminare. La Corte ha ritenuto incongruente irrogare una sanzione in una sede deputata a valutare soltanto l'opportunità di affrontare la fase dibattimentale, nel caso di specie si trattava dell'applicazione di una forma di confisca per equivalente alla quale la nostra giurisprudenza attribuisce natura punitiva, ma in ogni caso le esigenze di tutela del diritto alla difesa rimangono le stesse⁵⁶. La Corte costituzionale, di contro, nel confermare la legittimità costituzionale del procedimento di prevenzione, ha sottolineato, come già stabilito nelle sue precedenti sentenze n. 21 e 216 del 2012, che «le forme di esercizio del diritto di difesa possano essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento»; in particolare, ha evidenziato come anche in relazione alla confisca *ex art. 12-*sexies**

54. Cass., 7 settembre 2017, P.G. in proc. Giampà e altri, n. 40855, in Mass. Uff. n. 271162, che sottolinea l'importanza del contraddittorio per applicare la confisca *ex art. 12-*sexies**.

55. Cfr. MAUGERI, *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 564 ss.

56. Corte eur. dir. uomo, I Sezione, 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*, ric. n. 42132/06; PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1672, 1701 il quale ritiene che gli stessi problemi si possono porre nel caso, ad esempio, della confisca disposta in sede di archiviazione, ovvero in sede di udienza preliminare, o ancora in occasione del proscioglimento anticipato ai sensi degli artt. 129 c.p.p. e 469 c.p.p.; cfr. GALLUCCIO, *La confisca "urbanistica" ritorna alla Corte Costituzionale. Nota a Tribunale di Teramo, ord. 17 gennaio 2014, Giud. Tetto*, in questa Rivista, 8 giugno; BALSAMO, KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano: nuovi scenari dopo "il caso Dorigo" e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino, 2008, 139 ss.

(ora 240-bis c.p.) si pongono delle limitazioni del diritto di difesa in quanto «mentre nel procedimento di prevenzione è previsto il ‘ricorso alla Corte d’appello, anche per il merito’ [...] in quello di esecuzione è previsto solo il ricorso per cassazione»⁵⁷. Tale limitazione è considerata conforme all’art. 24 Cost. Nella medesima direzione la Suprema Corte ha sancito che è «manifestamente infondata la q.l.c., della disciplina relativa al procedimento per l’adozione della confisca prevista dall’art. 12-sexies l. n. 356 del 1992 in fase di esecuzione, nella parte in cui non prevede un doppio esame di merito sulla sussistenza dei relativi presupposti in riferimento agli art. 3 e 24 Cost., poiché la garanzia dell’opposizione, sperimentabile anche quando il provvedimento ablativo è stato disposto all’esito di procedura in contraddittorio, assicura in concreto una doppia valutazione nel merito»⁵⁸, e in ogni caso si ritiene che il doppio grado di giurisdizione sia una regola non costituzionalmente obbligata⁵⁹.

Nella pronuncia n. 109/2015 la Suprema Corte ha dichiarato illegittimi gli articoli 666, co. 3, 667, co. 4, e 676 c.p.p., 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 (principio che è componente essenziale della garanzia dell’equo processo ai sensi dell’art. 6 C.E.D.U. e dell’art. 111 Cost.)⁶⁰; ciò in maniera corrispondente a quanto previsto in relazione alle misure di prevenzione in seguito alla condanna della Corte EDU (che ha considerato la mancanza della possibilità di un’udienza pubblica incompatibile con le garanzie del giusto processo previste dall’art. 6, co. 1, C.E.D.U.)⁶¹.

57. Cfr. Corte cost., 15 aprile (9 giugno) 2015, n. 106; Cass., Sez. VI, 26 settembre 2014, P.G. in proc. Scuto e altro, n. 39911, in Mass. Uff. n. 261587. In tema di misure di sicurezza patrimoniali, il giudice di appello non può disporre il sequestro e la confisca previsti dall’art. 12-sexies d.l. 8 giugno 1992 n. 306 (conv. con l. n. 356 del 1992), qualora il giudizio di primo grado si è concluso senza l’applicazione della predetta misura, e non è stata proposta impugnazione dal P.m. in relazione a tale punto della decisione, in quanto, altrimenti, la misura ablatoria sarebbe disposta in violazione del principio devolutivo e del divieto di *reformatio in peius*.

58. Cass., Sez. I, 15 dicembre 2014, Bimbola, n. 52058, in Mass. Uff. n. 261604.

59. Cass., Sez. un., 17 luglio 2001, Derouach, n. 29022, in Mass. Uff. n. 219221; Cass., Sez. IV, 11 febbraio 2002, D’Amelio, n. 5397, in Mass. Uff. n. 221336, e in *Riv. Pen.*, 2002, 472; Cass., Sez. I, 11 giugno 2007, Billeci, n. 22752, in Mass. Uff. n. 236876.

60. Corte cost., 15 aprile (15 giugno) 2015, n. 109.

61. Corte eur. dir. dell’uomo, *Bocellari e Rizza c. Italia*, n.º. 399/02, § 8; *Perre et autres c. Italie*, 8 luglio 2008, n.º 1905/05; *Bongiorno c. Italia*, 5 gennaio 2010, n. 4514/07; *Leone c. Italia*, 2 febbraio 2010, n. 30506/07; *Capitani e Campanella c. Italia*, 17 maggio 2011, n. 24920/07, § 27; *Paleari c. Italia*, 26 luglio 2011, n. 55772/08, § 24; conforme Corte costituzionale, 12 marzo 2010, n. 93; cfr. Corte Cost., 7 marzo 2011, n. 80, in G.U. 13/03/2011, che nega la necessità dell’udienza pubblica nel ricorso in Cassazione. Cfr. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights - Commentary*, München 2014, 145 ss. Il codice delle misure di prevenzione, d.lgs. n. 159/2 O 11, ha riconosciuto espressamente il diritto a richiedere l’udienza pubblica all’articolo 7, c. 1.

Un altro effetto della possibilità di pronunciare la confisca *ex art. 240-bis c.p.* nel procedimento di esecuzione è data dalla prassi per cui si inizia tale procedimento a distanza di anni dalla conclusione del processo di cognizione e si consente la confisca di beni entrati nella disponibilità del condannato anni dopo la commissione del reato presupposto⁶², finendo per trasformare anche questa forma di confisca, così come la confisca di prevenzione, in una sorta di spada di Damocle che non conosce prescrizione. La Direttiva n. 42/2014, in verità, al considerando n. 30 e all'art. 9 stabilisce la necessità di garantire l'esecuzione dei provvedimenti di confisca anche in epoca successiva alla condanna definitiva o al procedimento *ex art. 4, co. 2*, ma solo laddove durante il processo non sia stato possibile individuare i proventi del reato o non siano stati individuati in misura sufficiente, e l'ordine di confisca non sia stato eseguito; a tal fine il provvedimento di confisca deve stabilire la misura dei beni da confiscare. In tal modo si vuole garantire la sottrazione dei proventi illeciti nonostante le manovre elusive dell'imputato, che spera di godere di tali proventi dopo avere scontato la pena. La determinazione a priori dell'esatto ammontare da confiscare sarà possibile, in ogni caso, solo rispetto alla confisca diretta dei profitti accertati, mentre non sarà possibile in relazione alla confisca allargata che finisce per applicarsi a tutti i beni nella disponibilità del reo, di cui lo stesso non riesca a giustificare l'origine lecita.

Da ultimo la Suprema Corte ha escluso la questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti della confisca di prevenzione per l'assenza del termine per inoltrare l'istanza di applicazione del provvedimento, in violazione degli artt. 3, 27 e 42 Cost.: «I principi costituzionali e quelli contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo non impongono che sia imposto un limite temporale alla possibilità di chiedere la confisca, né l'assenza di un tale limite appare irragionevole (considerata la particolare natura e finalità del procedimento di prevenzione) e tale da determinare una compromissione del diritto di difesa, nel fornire la prova di legittima provenienza dei beni. Invero, la difesa può ricorrere a qualsiasi mezzo di prova, non solo documentale, di cui a distanza di molti anni potrebbe essere non agevole il reperimento, ma anche a prove orali ed il giudice, nel valutare le stesse, deve tener conto delle difficoltà di fornire una prova precisa in relazione a redditi percepiti o a spese sostenute in anni assai risalenti»⁶³.

In realtà, per contro e in contrasto con quanto afferma la Suprema Corte, si deve evidenziare che la Corte europea nel caso *Dimitrovi c. Bulgaria* ha contestato in relazione a una forma di confisca allargata, senza condanna, la possibilità di applicare

62. Trib. di Roma, 17 aprile 2008, in *Giur. Mer.*, 2009, 202, che ha confiscato in fase esecutiva una somma di denaro di poco più di ventimila euro, trovata in possesso di un cittadino straniero, condannato per spaccio di droga cinque anni prima.

63. Cass., Sez. V, 25 novembre 2015 (7 gennaio 2016), n. 155, in *Dir. & Giust.*, 2016, 8 gennaio (nota di LA MUSCATELLA).

la confisca anche con riferimento a fatti assolutamente risalenti (senza prescrizione e senza giudicato), evidenziando che la misura in questione è sostanzialmente sottratta alla prescrizione con la conseguenza che «that individuals being investigated under it could be required to provide evidence of the income they had received and their expenditure many years earlier and without any reasonable limitation in time»; «the prosecution authorities were free to open, suspend, close and open again proceedings at will at any time». Il tutto comporta che tale disciplina non consente di garantire la prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni («the CPA did not meet the foreseeability requirement set out in the paragraph above, which entails that a person should be able – if need be with appropriate advice – to reasonably foresee the consequences which a given action may cause»)⁶⁴.

Non solo ma, addirittura, la Corte europea⁶⁵ ha condannato il Regno Unito per la violazione del diritto alla ragionevole durata del procedimento come espressione del diritto al giusto processo, art. 6, § 1, C.E.D.U., proprio con riferimento a un procedimento destinato ad applicare una forma di confisca allargata – il *confiscation britannico* – in seguito a condanna (procedimento equiparato dalla Corte EDU a un procedimento per la determinazione della pena), precisando che il periodo da prendere in considerazione incomincia a decorrere dalla pronuncia della sentenza di condanna⁶⁶.

7. *L'applicazione in caso di proscioglimento e di morte del reo. Precedenti giurisprudenziali.* In base all'orientamento che era assolutamente prevalente in giurisprudenza con riferimento alle forme di confisca obbligatoria⁶⁷, il testuale riferimento alla condanna dovrebbe escludere l'applicabilità della confisca in caso di proscioglimento anche se per estinzione del reato a seguito di maturata prescrizione o declaratoria di amnistia⁶⁸.

In tale direzione la Suprema Corte sottolinea che «non può essere disposta la confisca ex art. 12-*sexies* della legge n. 356 del 1992 nel caso in cui il giudice dichiari estinto il reato per prescrizione, ostandovi lo stesso tenore letterale della norma che richiede, quale presupposto indefettibile per l'applicazione della misura ablativa

64. Corte eur. dir. uomo, 3 giugno 2015, *Dimitrovi v. Bulgaria*, n. 12655/09, § 46.

65. Corte EDU, 21 luglio 2015, *Piper v. the United Kingdom*, n. 44547/10, § 51.

66. Corte EDU, 8 gennaio 2009, *Bullen and Soneji v. the United Kingdom*, n. 3383/06, § 48; *Piper*, cit., § 52.

67. Cass., Sez. un., 23 aprile 1993, *Carlea*, n. 5, in Mass. Uff. n. 193119, in *Cass. pen.* 1993, 1670, che, però, invitano il legislatore – *de iure condendo* – a prevedere la pronunciabilità della confisca obbligatoria anche in caso di estinzione; Cass., Sez. un., 15 ottobre 2008, *De Maio*, n. 38834, in Mass. Uff. n. 240565; Cass., Sez. VI, 2 marzo 2011, *Ferone*, n. 8382, in Mass. Uff. n. 249590; Cass., Sez. III, 12 aprile 2013, *Boccuti*, n. 16785, in Mass. Uff. n. 255455.

68. Cass., Sez. II, 29 marzo 2010, *Dragone*, n. 12325, in Mass. Uff. n. 247012; Cass., Sez. I, 10 maggio 2010, n. 17716, *Mele e altro*, in Mass. Uff. n. 247067.

ria, la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, ex art. 444 cod. proc. pen., e non già il mero proscioglimento per estinzione del reato, coerentemente alla natura sanzionatoria della confisca e in conformità all'interpretazione dell'art. 7 C.E.D.U. elaborata dalla Corte di Strasburgo (cfr. Welch c. Regno Unito, 9 febbraio 1995)⁶⁹. Si cita a sostegno la precedente giurisprudenza della stessa Suprema Corte che valorizza l'interpretazione letterale⁷⁰, nonché la sentenza delle Sezioni unite Spinelli a sostegno della natura sanzionatoria della forma di confisca in esame, continuando a fare confusione, come fa la sentenza Spinelli, tra la confisca per equivalente e la confisca allargata, nel senso che la sentenza Spinelli attribuisce erroneamente natura punitiva alla confisca ex art. 12-*sexies* (ora 240-*bis* c.p.) richiamando la giurisprudenza sulla confisca per equivalente⁷¹; ferme restando le perplessità sulla natura della confisca in esame. In ogni caso la sentenza citata della Suprema Corte evidenzia che la connotazione punitiva postula una pronuncia di condanna o statuizione ad essa equiparata, posto che la sanzione si riconnette alla violazione di un precetto, sancita, appunto, da una pronuncia di colpevolezza. Il che, in tutta evidenza, non può dirsi in caso di declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione⁷².

In talune pronunce, però, la giurisprudenza ha ammesso l'applicazione della confisca ex art. 12-*sexies* d.l. 306/'92 (ora 240-*bis* c.p.) in presenza di una declaratoria, in sede di giudizio di appello, di estinzione del reato per prescrizione, conseguente ad una sentenza di condanna in primo grado, in una situazione, quindi, in cui comunque il giudice ha accertato la commissione del reato presupposto, in base alla considerazione che il codice di rito riconosce al giudice ampi poteri di

69. Cass., Sez. V, 24 febbraio 2015 (dep. 17/06/2015), Prestanicola e altri, n. 25475, in Mass. Uff. n. 263904.

70. «Sez. II, n. 12325 del 4 marzo 2010, Dragone, in Mass. Uff. n. 247012, secondo cui nell'ipotesi in cui il giudice dichiara estinto il reato per intervenuta prescrizione, la confisca può essere ordinata solo quando la sua applicazione non presupponga la condanna e possa avere luogo anche in seguito ad una declaratoria di proscioglimento; cfr. per la confisca obbligatoria, ex art. 240 c.p. (Sez. un., n. 38834, 10 luglio 2008, De Maio, Mass. Uff. n. 240565), e tale lettura merita di essere ribadita in questa sede». Cfr. Cass., Sez. II, 18 marzo 2015, Provitera e altro, n. 11324, in Mass. Uff. n. 263159, che afferma che «in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 12-*sexies* [...], l'esistenza del *fumus commissi delicti* viene meno quando il reato presupposto risulti estinto per prescrizione, in quanto la causa di estinzione esclude la possibilità di configurare astrattamente la presenza delle condizioni di legittimità del vincolo cautelare reale».

71. «Una siffatta soluzione esegetica risulta coerente con l'attribuzione alla confisca in questione della natura sanzionatoria (cfr., Sez. un., Sentenza n. 4880 del 26/06/2014, Spinelli, Mass. Uff. n. 26260 con riferimento alla "confisca per equivalente" o "allargata" di cui al d.l. n. 306 del 1992, art. 12-*sexies*; cfr., pure, Sez. un., n. 33451 del 29/05/2014, Repaci, Mass. Uff. n. 260247)». Sia consentito sul punto il rinvio a 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.

72. Cass., Sez. V, 17 giugno 2015, Prestanicola e altri, n. 25475, in Mass. Uff. n. 263904.

accertamento del fatto, – ad esempio, quando sia necessario decidere sull’azione civile –, anche quando il reato sia prescritto⁷³. Tale orientamento è stato recentemente confermato dalle Sezioni unite nella sentenza Lucci in relazione a forme di confisca – misura di sicurezza – del prezzo o del profitto del reato, di carattere *obbligatorio* (artt. 240, comma secondo, n. 1, e 322-*ter* c.p.)⁷⁴. La Suprema Corte, però, ha escluso l’applicazione della confisca per equivalente in seguito all’estinzione del reato in virtù della sua natura punitiva⁷⁵.

Mentre il proscioglimento per morte del reo preclude ogni accertamento sulla responsabilità dell’imputato, escludendo l’applicabilità della confisca⁷⁶. Si ammette, però, l’applicazione in sede esecutiva della confisca in esame nei confronti degli eredi del soggetto che sia morto in seguito alla condanna definitiva⁷⁷ (si attiva il contraddittorio nei confronti degli eredi), ritenendo analogicamente applicabili le recenti disposizioni previste in materia di misure di prevenzione patrimoniale e sempre che la questione non sia stata affrontata in fase di cognizione⁷⁸, o, comunque, si afferma che gli eredi del condannato «non rientrano

73. Cass., Sez. II, 24 agosto 2010, Pastore, n. 32273, in Mass. Uff. n. 248409; Cass., Sez. VI, 4 luglio 2008, Ciancimino, n. 27343, in Mass. Uff. n. 240585.

74. Cass., Sez. un., 21 luglio 2015, n. 31617, Lucci in Mass. Uff. n. 264434. Conforme Cass., Sez. VI, 14 marzo 2016, Mercuri e altro, n. 10708, in Mass. Uff. n. 266558. *Contra* un precedente orientamento giurisprudenziale, Cass., Sez. un., 23 aprile 1993, Carlea, n. 5, in Mass. Uff. n. 193119, in *Cass. pen.*, 1993, 1670; Cass., Sez. un., 15 ottobre 2008, De Maio, n. 38834, in Mass. Uff. n. 240565, in *Cass. pen.*, 2008, 1392 con nota di IELO, in un caso relativo al prezzo del reato di corruzione; Cass., Sez. III, 12 aprile 2013, Boccuto, n. 16785, in Mass. Uff. n. 255455; Cass., Sez. I, 12 febbraio (14 febbraio) 2013, n. 7361, in *Dir. e Giust. online*, 2013, 15 febbraio. Cfr. LUMINO, *La confisca del prezzo o del profitto del reato prescritto*, *Cass. pen.*, 2016, 1384; MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015, 453 ss. In relazione alla confisca obbligatoria disciplinata dall’articolo 174 del decreto legislativo n. 42 del 2004, cfr. Cass., Sez. III, 22 ottobre 2015, Almagià, n. 42458, in Mass. Uff. n. 265046 sulla confisca dei beni culturali esportati illecitamente all’estero, che non richiede necessariamente la contestuale sentenza di condanna penale.

75. Cass., Sez. VI, 17 maggio 2013, Barla e altri, n. 21192, in Mass. Uff. n. 255367; Cass., Sez. VI, 29 aprile 2013, n. 18799, Attianese, in Mass. Uff. n. 255164.

76. Cass., Sez. I, 10 maggio 2010, n. 17716, Mele e altro, in Mass. Uff. n. 247067; Cass., Sez. II, 25 ottobre 2013, Coppola, n. 43776, in Mass. Uff. n. 257305. Cfr. Cass., Sez. I, 31 ottobre 2014, Pg. in proc. Provenzan, n. 45138, in Mass. Uff. n. 261131: «È inammissibile il procedimento per la confisca di cui all’art. 12-*sexies*, comma 1, d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. nella l. 7 agosto 1992 n. 356, come modificato dall’art. 2 d.l. 20 giugno 1994 n. 399, conv. nella l. 8 agosto 1994 n. 501, quando lo stesso è iniziato nei confronti del successore di persona fisica defunta, ritenuta, solo *post mortem*, come interposta del condannato per uno dei delitti indicati dal medesimo art. 12-*sexies* nell’acquisto dei beni oggetto della richiesta di ablazione, in quanto l’avente causa del preteso soggetto interposto non è equiparabile all’erede del supposto interponente, ma terzo estraneo rispetto a quest’ultimo»; conforme Cass., Sez. II, 10 marzo 2015, Grasso e altri, n. 10063, in Mass. Uff. n. 262579.

77. Cass., Sez. VI, 4 luglio 2008, Ciancimino, n. 27343, in Mass. Uff. n. 240585; Cass., Sez. V, 3 marzo 2008, Doldo, n. 9576, in Mass. Uff. n. 239117.

78. Cass., Sez. V, 3 marzo 2008, Doldo, n. 9576, in Mass. Uff. n. 239117.

nella categoria dei ‘terzi estranei’ di cui all’art. 240 c.p. e gli effetti della sentenza di condanna definitiva che vengono inevitabilmente a cessare dopo la morte del condannato sono quelli di natura penale e non quelli di natura reale»⁷⁹; tale orientamento lascia intendere che vi siano degli effetti reali non penali, nozione comprensibile solo laddove si attribuisca alla confisca mera natura compensativa e non punitiva, anche se la Corte non richiama la natura della misura per argomentare la soluzione adottata⁸⁰.

Nel «Rapporto della Commissione Garofoli per l’elaborazione di proposte in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità», presentato nel 2014⁸¹ e nei progetti di legge n. 2798 e n. 2134/S, sono state inserite delle disposizioni che recepiscono tali orientamenti giurisprudenziali, disposizioni trasfuse nel comma 4-*septies* e 4-*octies* dell’art. 12-*sexies* d.l. 306/’92 da parte della l. 161/’17.

7.1. *La confisca allargata in caso di estinzione del reato per amnistia o prescrizione (la sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia)*. Sulla via della separazione del procedimento di applicazione della confisca allargata rispetto al processo penale, il nuovo comma 4-*septies* dell’art. 12-*sexies* d.l. 306/’92 ha disciplinato l’applicazione della confisca allargata (ad eccezione dell’ipotesi di confisca per equivalente di cui al comma 2-*ter*) 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. In un sistema penale in cui le esigenze di difesa sociale rimangono spesso frustrate a causa della prescrizione, il legislatore vuole salvaguardare l’efficienza del sistema almeno attraverso la confisca.

Si riteneva in via interpretativa che il procedimento dovesse proseguire solo ai fini della confisca estendendo la disciplina già prevista in materia di impugnazione dall’art. 578 c.p.p. per i soli effetti civili. Il d.lgs. n. 21/2018, infatti, ha abrogato il comma 4-*septies* e introdotto con lo stesso contenuto 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»⁸².

79. Cass., Sez. VI, 4 luglio 2008, Ciancimino, n. 27343, in Mass. Uff. n. 240585.

80. Cfr. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Cedam 2011, 94 che evidenzia come in relazione alla confisca di prevenzione una simile soluzione, anche nella sentenza in questione, è stata innanzitutto giustificata, prima delle riforme in materia, proprio in virtù della natura giuridica di questa forma di ablazione patrimoniale.

81. Nominata con decreto del 7 giugno 2013 dal Presidente del Consiglio dei Ministri Enrico Letta, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 febbraio 2014.

82. «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».

Tale disciplina recepisce pienamente il recente orientamento giurisprudenziale, sopra esaminato, che consente di applicare la confisca allargata nel caso di prescrizione in seguito ad una condanna in primo grado, *parzialmente* trasformando la confisca allargata in una sorta di *actio in rem*, applicabile anche in mancanza di una condanna definitiva per sopravvenuta prescrizione e, anche se in seguito al giudicato, nei confronti degli eredi.

Alcune precisazioni, innanzitutto. L'art. 578-bis c.p.p. stabilisce «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». Da tale disposizione emerge in maniera più chiara rispetto al dettato del precedente comma 4-septies d.l. 306/'92⁸³ che, in ogni caso, la confisca *deve essere già stata pronunciata* dal giudice di cognizione nel primo grado (o in appello) (in maniera corrispondente l'art. 578 c.p.p. prevede «quando [...] è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni») e il giudice di appello o la Corte di Cassazione possono decidere sull'impugnazione ai soli effetti della confisca e, quindi, applicare la confisca, anche se dichiarano estinto il reato per amnistia o prescrizione. Nella precedente versione mancava l'incipit «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» e quindi sarebbe stato possibile applicare la confisca, dopo la prescrizione, anche se non pronunciata in primo grado o in appello. Si tratta di una significativa e apprezzabile limitazione dell'ambito di operatività dell'art. 578-bis c.p.p., pretendendo che già prima della prescrizione il giudice abbia pronunciato la confisca; del resto, laddove la confisca non fosse già stata ordinata, sarà sempre possibile iniziare il procedimento di prevenzione ai fini dell'applicazione della confisca *ex art. 24 d.lgs. n. 159/2011*.

L'espressa previsione di tale disciplina prima con il comma 4-septies dell'art. 12-sexies d.l. 306/'92 e poi con il nuovo art. 578-bis c.p.p. risponde ad apprezzabili esigenze di tassatività, in quanto 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 nor-

83. 4-septies. «Le disposizioni di cui ai commi precedenti, ad eccezione del comma 2-ter, si applicano quando, pronunciata sentenza di condanna in uno dei gradi di giudizio, il giudice di appello o la Corte di Cassazione dichiarano estinto il reato per prescrizione o per amnistia, decidendo sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato».

ma 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 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: «il carattere del precetto [...] rende evidente che [esso] *non si applica oltre i casi e i tempi in esso considerati*»⁸⁴). Anche la prassi giurisprudenziale, consacrata con la sentenza delle Sez. un. Lucci⁸⁵ che consente di applicare forme di confisca diretta obbligatoria in seguito a prescrizione, viola il principio di legalità in quanto non si fonda su alcuna espressa previsione normativa e si pone in contrasto con il dettato dell'art. 240 c.p., che prevede la possibilità di applicare la confisca senza condanna solo nell'ipotesi del comma 2, n. 2.

Si deve, inoltre, evidenziare che la norma stabilisce «previo accertamento della responsabilità dell'imputato» precisando, quindi, che, diversamente da ciò che avviene nel procedimento di prevenzione, per applicare la confisca, in ogni caso, la Corte di appello e la Corte di Cassazione (nel senso che procederà al rinvio alla Corte di appello) dovrebbero confermare il giudizio di responsabilità dell'imputato. Non si dovrebbe solo accertare la confiscabilità dei beni per il loro carattere sproporzionato e la mancata giustificazione dell'origine lecita da parte del condannato, non definitivamente; ma si dovrebbe comunque confermare il giudizio di responsabilità quale presupposto della confisca, in maniera analoga a quanto stabilito dalla Suprema Corte nell'interpretazione dell'art. 578 c.p.p., pretendendo una duplice valutazione di cui occorre dare conto in motivazione: da un lato il giudice deve verificare che sussistano gli estremi del reato dal quale la parte civile fa discendere il proprio diritto e, dall'altro, è chiamato ad accertare, sia pure in modo sommario, la sussistenza di tale diritto⁸⁶. In relazione all'art. 578 c.p.p. si ritiene, infatti, che non sia possibile dare conferma alla condanna al risarcimento in ragione della mancanza di prova dell'innocenza secondo quanto previsto dall'art. 129, co. 2, c.p.p. e, quindi, i motivi di impugnazione dell'imputato devono essere esaminati compiutamente⁸⁷; come confermato dalle Sezioni unite, il proscioglimento nel merito prevale sulla causa estintiva, pur nel caso di accertata contraddittorietà o insufficienza della prova, anche se il giudice è chiamato ad approfondire il materiale probatorio acquisito

84. Cass., Sez. un., 7 novembre 2016, n. 46688, Schirru, in Mass. Uff. n. 267885, con nota di ANDOLFATO, *Abolito criminis e nuovi illeciti puniti con sanzione pecuniaria civile: le Sezioni Unite negano la possibilità per il giudice dell'impugnazione di pronunciarsi sulle statuizioni civili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 dicembre 2016.

85. Cass., Sez. un., 21 luglio 2015, n. 31617, Lucci in Mass. Uff. n. 264434.

86. Per tutte Cass., Sez. III, 8 marzo 2001, Franzan, in Mass. Uff. n. 219510.

87. Per tutte Cass., Sez. VI, 5 maggio 2004, Zaccheo, n. 21102, in Mass. Uff. n. 229023; Cass., Sez. V, 2 aprile 2009, Petrilli, n. 14522, in Mass. Uff. n. 243343.

solo ai fini civilistici⁸⁸. Se si afferma questo ai fini della pronuncia sugli effetti civili, tanto più si dovrebbe ribadire ai fini della pronuncia di una forma così incisiva – se non punitiva – di confisca, come quella allargata. Tale accertamento di responsabilità, infatti, dovrebbe sostituire la condanna quale fondamento della presunzione su cui si fonda la confisca allargata in esame, considerata ragionevole dalla Corte costituzionale⁸⁹ – come recentemente ribadito nella sentenza n. 33/2018 –: la problematica presunzione, come sopra esaminato⁹⁰, che proprio la *condanna* e, quindi, l'accertata responsabilità per taluno dei reati presupposti costituisce elemento di per sé rivelatore di “dedizione all'illecito” e del conseguente illecito arricchimento⁹¹. La riforma fonda tale presunzione su questo accertamento di responsabilità *ex art. 578-bis c.p.p.*, funzionalmente equiparato alla condanna, che dovrebbe assicurare allora la *qualità* dell'accertamento di colpevolezza e il rispetto delle garanzie penalistiche del processo penale, se non si vuole violare la presunzione d'innocenza nella sua fondamentale *ratio* garantistica del principio di legalità, volta ad impedire l'applicazione di conseguenze giuridiche repressive o comunque limitative di diritti in base a fatti rimasti «*in uno stato di incerta efficacia* in quanto la loro esistenza non è stata provata in un regolare processo»⁹². Se questo principio vale, ad avviso della Corte europea, anche per le pretese al risarcimento o per il pagamento delle spese processuali, tanto più dovrebbe valere per una forma di confisca allargata⁹³.

A tal proposito si deve ricordare quanto precisato dalla Corte costituzionale circa l'accertamento della responsabilità necessario ai fini dell'applicazione della confisca urbanistica in seguito a prescrizione, per adeguarsi ai dettami della Corte EDU che a partire dalla sentenza Sud Fondi ha riconosciuto natura punitiva *ex art. 7 C.E.D.U.* a tale forma di confisca e, quindi, ha preteso un accertamento di colpevolezza per applicarla («può pertanto venire disposta solo nei confronti di colui la cui responsabilità

88. Cass., Sez. un., 15 settembre 2009, Tettamanti, n. 35490, in Mass. Uff. n. 244273.

89. Corte costituzionale, ordinanza 29 gennaio 1996, n. 18, Basco, in *Cass. pen.*, 1996, 1385.

90. Si veda § 5.

91. Cass., Sez. VI, 28 maggio 1996, Berti, n. 1600, in Mass. Uff. n. 205428, in *Cass. pen.*, 1996, 3649; Cass., Sez. II, 11 aprile (24 aprile) 2014, n. 17794, in *Dir. & Giust.*, 2014, 28 aprile; Cass., Sez. II, 25 ottobre 2013, Coppola, n. 43776, in Mass. Uff. n. 257305; Cass., Sez. I, n. 25728, 5 giugno 2008, Mass. Uff. n. 240471; Cass., Sez. VI, 20 novembre 2012, in Mass. Uff. n. 253816. La confisca *ex 12-sexies*, come precisa la Suprema Corte nella sentenza Montella Cass., Sez. un., 19 gennaio 2004, n. 920, in Mass. Uff. n. 226490, in *Cass. pen.*, 2004, 1182, è basata su «una fondamentale scelta di politica criminale del legislatore, operata con l'individuare delitti particolarmente allarmanti, idonei a creare una accumulazione economica, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti, e quindi col trarne una presunzione, *iuris tantum*, di origine illecita del patrimonio 'sproporzionato' a disposizione del condannato per tali delitti».

92. Così MARXEN, *Medienfreiheit und Unschuldvermutung*, in *Goltdammers Archiv*, 1990, 375; cfr. GULLO, *La confisca*, in *Giust. pen.*, 1981, II, co. 48.

93. Cfr. MÜLLER, *Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht (Art. 58 und 58 bis) - Unter Berücksichtigung der Gesetzgebung zur Geldwäscherei*, Bern, 1993, 116; GRABER, *Geldwäscherei*, Bern, 1990, 97 ss.; Corte EDU, Minelli; cfr. Corte EDU, 15 gennaio 2015, *Cleve v. Germany*.

sia stata accertata in ragione di un legame intellettuale (coscienza e volontà) con i fatti», Corte cost. n. 49/2015)⁹⁴. La Corte costituzionale con la sentenza n. 239/2009⁹⁵ e poi con la sentenza n. 49/2015 ha sancito che «nel nostro ordinamento, l'accertamento ben può essere contenuto in una sentenza penale di proscioglimento dovuto a prescrizione del reato, la quale, pur non avendo condannato l'imputato, abbia comunque adeguatamente motivato in ordine alla responsabilità personale di chi è soggetto alla misura ablativa, sia esso l'autore del fatto, ovvero il terzo di mala fede acquirente del bene (sentenze n. 239 del 2009 e n. 85 del 2008)»⁹⁶. Ad avviso della Corte costituzionale non è necessaria una condanna del giudice penale per applicare una pena, intesa in base al concetto autonomo di materia penale della Corte EDU (ricordiamo che il giudice delle leggi continua a riconoscere carattere amministrativo alla confisca urbanistica, pur se punitiva ai fini della C.E.D.U.)⁹⁷: «l'art. 7 della C.E.D.U. esige una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato (paragrafo 71), poiché non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità personale (paragrafo 69). Non è in definitiva concepibile un sistema che punisca coloro che non sono responsabili (paragrafo 66), in quanto non dichiarati tali con una sentenza di colpevolezza (paragrafo 67). Simili espressioni, linguisticamente aperte ad un'interpretazione che non costringa l'accertamento di responsabilità nelle sole forme della condanna penale, ben si accordano sul piano logico con la funzione, propria della Corte EDU, di percepire la lesione del diritto

94. Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi Srl e Altre 2 c. Italia*, n. 75909/01, § 125-129. Corte Cost., 14 gennaio 2015, n. 49; cfr. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2015; BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, C.e.d.u. e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015; VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope (Osservazioni a prmissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49)*, *ivi*, 30 marzo 2015; CONTI, *La C.e.d.u. assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in www.giurcost.org; RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della C.e.d.u. in ambito interno*, in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2015; CIVIELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologo di Corti?*, in *Arch. pen.*, 2015, 1; DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, in www.archivio-penale.it; LARONGA, *La confisca urbanistica in assenza di condanna, dopo C. Cost 49/15*, in *Quest. giust.*, 4 giugno 2015, <http://www.questionegiustizia.it>.

95. Corte cost., 24 luglio 2009, n. 239, V. e altro, in *Foro it.* 2010, 1, I, 345.

96. Corte cost., 14 gennaio (26 marzo) 2015, n. 49, § 5, che continua precisando: «Naturalmente, non spetta a questa Corte soffermarsi sui limiti che l'ordinamento processuale può, di volta in volta e a seconda della fase in cui versa il processo, imporre al giudice penale quanto alle attività necessarie per giungere all'accertamento della responsabilità, benché si possa ravvisare in giurisprudenza una linea di tendenza favorevole ad un ampliamento di essi (ad esempio, Corte di Cassazione, Sezioni unite penali, 10 luglio 2008, n. 38834). Resta il fatto che, di per sé, non è escluso che il proscioglimento per prescrizione possa accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato».

97. Non dimentichiamo che la Corte considera pur sempre la confisca urbanistica sanzione amministrativa, avente natura punitiva.

umano nella sua dimensione concreta, quale che sia stata la formula astratta con cui il legislatore nazionale ha qualificato i fatti. *Come si è già ricordato, nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità. Quest'ultimo, anzi, è doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica»* (corsivo aggiunto)⁹⁸. Ciò che rileva, ad avviso della Corte EDU, non è la “forma della pronuncia”, ma “la sostanza dell'accertamento”. La stessa Corte di Strasburgo, pronunciandosi in altra occasione sulla compatibilità con la presunzione di non colpevolezza di una condanna alle spese adottata nonostante la prescrizione del reato, ha infatti escluso di poter decidere la controversia sulla base della sola natura della sentenza adottata dal giudice nazionale, senza invece valutare come quest'ultimo avesse motivato in concreto (sentenza 25 marzo 1983, Minelli contro Svizzera).

Tale orientamento della Corte costituzionale, che consente di applicare una forma di confisca pena anche in seguito a prescrizione e a una dichiarazione di colpevolezza che non sia consacrata in una sentenza di condanna definitiva da parte di una corte penale, era stato contestato dalla Corte EDU nella sentenza *Varvara c. Italia* sempre in relazione alla confisca urbanistica, sancendo che l'applicazione di tale forma di confisca nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato, «senza alcun grado di responsabilità penale registrato in una condanna», costituisce una violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7⁹⁹, nonché del principio di responsabilità personale insito negli artt. 7 e 6, co. 2 C.E.D.U.¹⁰⁰ (la sentenza della Corte costituzionale n. 49/'15 è una risposta a tale pronuncia). La Grande Camera, però, nella recentissima sentenza *G.I.E.M. s.r.l. and others v. Italy*¹⁰¹, sancisce nel suo massimo consesso che l'applicazione di una pena non presuppone obbligatoriamente *la sentenza di una corte penale che condanna formalmente* l'imputato. Anzi, dialogando con la Corte Costituzionale italiana e in risposta alla sentenza 49/'15, precisa che la sentenza *Varvara* non conduce a tale conclusione, ma solo evidenzia che spesso ciò avviene, però «this should not be seen as a mandatory rule». Si deve assicurare, piuttosto, che la dichiarazione di responsabilità penale sia conforme alle garanzie stabilite nell'articolo 7 e in un procedimento in contraddittorio conforme all'art. 6 C.E.D.U.¹⁰².

98. Corte cost., n. 49/2015, cit., § 6.2.

99. Cfr. Corte eur. dir. uomo, II Sez., 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, §§ 71 e 64 ss. L'approccio della giurisprudenza italiana è «stato fulminato dalla Corte europea», così MAZZACUVA, *op. cit.*, 174.

100. Il cui rilievo è purtroppo ridimensionato dalla Corte nella sentenza *Varvara*, rispetto alla posizione assunta nella sentenza *Sud Fondi*.

101. Corte eur. dei dir. dell'uomo, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. s.r.l. and others v. Italy*, n. 1828/06 and 2 others.

102. La Grande Camera risponde alla sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015 precisando in una sorta di *obiter dictum* che «tutte le sentenze [della Corte EDU] hanno il medesimo valore legale. La loro natura vincolante e autorità interpretativa non può essere fatta discendere dalla

Si dovrebbe, allora, ritenere che l'accertamento di responsabilità penale *ex art. 578-bis c.p.* debba avere i caratteri richiesti dalla Corte EDU, che sempre nella sentenza G.I.E.M. precisa che, andando al di là delle apparenze e del linguaggio usato e concentrandosi sulla realtà della situazione, si deve guardare alla sostanza della pronuncia, alla motivazione che integra la decisione (see, *mutatis mutandis*, *Allen v. the United Kingdom* [GC], no. 25424/09, § 127, 12 July 2013).

La Corte utilizza, poi, delle argomentazioni che fanno rabbrivire in termini di funzionalismo efficientista. La Grande Camera, infatti, precisa che occorre prendere in considerazione l'importanza in una società democratica di sostenere lo stato di diritto e la fiducia del pubblico nel sistema giudiziario, e in secondo luogo, l'oggetto e lo scopo delle regole applicate dai tribunali italiani; in tale prospettiva si ritiene che le regole rilevanti siano rivolte a impedire l'impunità in situazioni in cui, l'effetto combinato di reati complessi e di relativamente brevi periodi di prescrizione, comportano che gli autori dei reati considerati evitino in maniera sistematica di essere perseguiti e, soprattutto, le conseguenze della loro cattiva condotta (§ 260). Queste argomenti sono usati dalla Grande Camera in relazione ai reati urbanistici e di lottizzazione abusiva, ma si tratta di argomenti assolutamente coincidenti a quelli alla base delle recenti riforme legislative volte ad estendere l'ambito di applicazione della confisca allargata anche nell'ipotesi di intervenuta prescrizione, garantendo una qualche forma di punizione anche laddove il decorso del tempo impedisce di ottenere la condanna.

In conformità a queste pronunce la Suprema Corte ha precisato che ai fini dell'applicazione della confisca nei casi in cui non si pervenga a una sentenza di condanna perché il reato è estinto, si debba accertare la sussistenza del reato nei suoi estremi oggettivi e soggettivi¹⁰³, anzi si precisa «il giudice, per disporre legittimamente la confisca, deve svolgere tutti gli accertamenti necessari per la configurazione sia dell'oggettiva esistenza di una illecita vicenda lottizzatoria sia di una partecipazione, quanto meno colpevole, alla stessa, dei soggetti nei confronti dei quali la sanzione venga adottata».

Ciò è possibile alla luce di quell'orientamento giurisprudenziale delle Sezioni unite, consacrato nella sentenza Lucci, che, come accennato, ritiene che l'estinzione del reato non impedisce che al giudice possano essere riconosciuti ampi poteri di accertamento al fine di determinare se sussistano i presupposti della confisca, a condizione

composizione nella quale vengono rese» (§ 252). «Una 'risposta' ai giudici costituzionali e alle loro affermazioni circa la diversa 'persuasività' (beninteso, in casi diversi da quelli direttamente giudicati dalla Corte EDU, in relazione ai quali vige un obbligo espresso di conformarsi) delle sentenze della Corte di Strasburgo», così A. GALLUCCIO, *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, § 8.2.

103. Cass., Sez. III, 29 aprile 2009, P.M. in proc. Quarta e altri, in Mass. Uff. n. 243751; Cass., Sez. III, 20 maggio 2009, Casasanta e altri, n. 21188, in Mass. Uff. n. 243630.

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 giudizio¹⁰⁴. Le Sez. un. rievocano la sentenza della Corte cost. 85/'08, la quale, nel segnalare, appunto, come fra le sentenze di proscioglimento fossero annoverabili figure che comportano – in diverse forme e gradazioni – un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o, comunque, l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo, evocasse, come paradigmatica la fattispecie oggetto dei giudizi *a quibus*: dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione¹⁰⁵.

In questa prospettiva la disciplina dell'art. 578 c.p., e non solo, è considerata emblematica della possibilità del giudice penale di proseguire l'accertamento del fatto di reato e della colpevolezza in seguito alla prescrizione del reato; l'art. 578 c.p. non prevede un mero accertamento dell'illecito civile, ma proprio del reato anche se solo ai fini degli effetti civili, e rappresenta un degno precedente che ha consentito di introdurre l'art. 578-bis c.p.

7.1.1. *La confisca allargata in caso di prescrizione: rilievi critici e l'opinione dissenziente del giudice Albuquerque nel caso G.I.E.M.* Precisato il contenuto e la *ratio* dell'art. 578-bis c.p.p., si deve osservare che tale disciplina sembra, pur nell'apprezzabile rispetto del principio di legalità, assolutamente funzionale ad esigenze di efficienza e non del tutto coerente con le garanzie della materia penale.

L'anomalia di tale disposizione è data dal fatto che, innanzitutto, nel nostro ordinamento non è prevista una simile disciplina nell'ipotesi di confisca diretta in cui potrebbe essere più facilmente 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

104. Cass., Sez. un., 21 luglio 2015, n. 31617, Lucci in Mass. Uff. n. 264434. La Corte evidenzia che la legge processuale prevede ampi poteri di accertamento in capo al giudice che rilevi la sussistenza di una causa estintiva del reato (art. 578 c.p.p., in tema di interessi civili, o art. 425, co. 4, c.p.p., in sede di sentenza di non luogo a procedere, o ipotesi di confisca senza condanna previste dalle leggi speciali, come quella in tema di lottizzazione abusiva, ai sensi del d.P.R. 6/6/2001, n. 380, art. 44, co. 2).

105. Proscioglimento per cause di non punibilità legate a condotte o accadimenti *post factum*; proscioglimento per concessione del perdono giudiziale, che si traduce - per *communis opinio* - in una vera e propria affermazione di responsabilità. Ipotesi alle quali le Sez. un. nella sentenza Lucci, - Cass., Sez. un., 21 luglio 2015, n. 31617, in Mass. Uff. n. 264434 -, aggiungono quelle di: proscioglimento per difetto di imputabilità; sentenza di non luogo a procedere *ex art. 26* del d.P.R. n. 448/1988, nei confronti dei minorenni; nonché, da ultimo, la sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 131-bis c.p., introdotto dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, art. 1 (che presuppone un accertamento di merito «pieno» sulla responsabilità, al punto che la relativa declaratoria, non soltanto viene iscritta nel casellario giudiziale, ma - a norma dell'art. 651-bis c.p.p. - ove pronunciata in seguito a dibattimento, «ha efficacia di giudicato...»), nonché la possibilità di applicare la confisca nell'ipotesi del patteggiamento art. 445 c.p.p., co. 1.

recuperare qualcosa che il condannato non ha diritto a detenere in quanto frutto del crimine e il reato non è una legittima fonte di arricchimento¹⁰⁶; la confisca del profitto accertato rappresenta una forma di riequilibrio economico, per cui la sua applicazione in caso di prescrizione o amnistia potrebbe essere ammessa nei limiti in cui sia accertato che il reato sia stato consumato e ne sia conseguito un profitto, e si garantiscano i diritti di difesa nel procedimento che comunque seguirà in relazione alla confisca¹⁰⁷. Il tutto purché una tale soluzione possa essere considerata compatibile con la natura sostanziale attribuita alla prescrizione dalla Corte costituzionale¹⁰⁸; sarebbe sicuramente più semplice attribuire mera natura processuale alla prescrizione come affermato dalla Corte di Giustizia¹⁰⁹. In ogni caso, 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 grado¹¹⁰; tale ricostruzione interpretativa, ormai sempre più consolidata¹¹¹, appare piuttosto forzata in termini di rispetto del principio di legalità in base al dettato normativo che presuppone una condanna¹¹² come sopra evidenziato.

L'inserimento di una simile disciplina appare, invece, più problematico 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. 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; e ancor più assumerà tale *impatto punitivo*, laddove, in seguito alla riforma (l. 161/2017), la giurisprudenza non consentisse di giustificare l'origine lecita dei beni attraverso i redditi sottratti al fisco. Non si può neanche

106. Contra PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali*, Bari, 2012, 53 ss., il quale riconosce natura punitiva anche al *disgorgement*, e cioè all'istituto che prevede la retroversione del profitto derivante da illecito, natura "quasi punitiva" perché volto a soddisfare l'interesse della comunità al rispetto del precetto, più che l'interesse dell'attore.

107. Contra PANZARASA, *op. cit.*, 1672, in particolare 1702 ss., il quale richiede l'accertamento della responsabilità in base allo standard probatorio previsto dall'art. 533 c.p.p.

108. 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».

109. Corte di Giustizia (Grande Sezione), 8 settembre 2015, C105/14, Taricco; Corte di Giustizia (Grande Sezione), 5 dicembre 2017, C-42/17.

110. Cass., Sez. un., 21 luglio 2015, n. 31617, Lucci in Mass. Uff. n. 264434.

111. Cass., Sez. VI, 14 marzo 2016, Mercuri, n. 10708, Mass. Uff. n. 266558.

112. Una simile disposizione era già stata prevista nella l. n. 34 del 2008, legge comunitaria 2007, come esaminato (si veda p. 239). L'introduzione di tale disciplina, inoltre, era contemplata nel progetto Pisapia lett. a), co. 2, art. 55, ult. periodo e nel progetto Grosso di riforma del codice penale, ed è già prevista in altri ordinamenti, anche garantisti come quello tedesco (§ 76a I, § 440, 441 StPO; cfr. MAUGERI, voce *Confisca*, cit., 198 ss.; ID., *Art. 240 c.p.*, cit., 812).

parlare di mera natura preventiva di tale forma di confisca, come emergerebbe dalla qualifica di misura di sicurezza attribuita dalla giurisprudenza a tale misura, perché la pericolosità dei beni e dei destinatari non ha mai figurato tra i presupposti¹¹³ e altrimenti non avrebbe senso la confisca nei confronti degli eredi¹¹⁴. A parte il fatto che l'applicazione di una forma di confisca allargata, basata sulla presunzione di origine illecita dei beni di valore sproporzionato e quindi su una presunta carriera criminale, comporta un effetto stigmatizzante di carattere penale.

L'art. 578 c.p.p., che ha rappresentato il modello di riferimento dell'art. 578-bis c.p.p., consente un accertamento di responsabilità anche in seguito alla prescrizione ma solo ai fini degli effetti civili del reato, che non assumono alcun carattere punitivo; non si possono paragonare gli effetti civili del reato con la confisca allargata. L'orientamento esaminato in materia di confisca urbanistica presenta l'anomalia di consentire l'applicazione di una vera e propria pena in seguito a prescrizione e la nuova disciplina in esame, in relazione alla confisca allargata, presenta la medesima anomalia.

*Tanto è vero che la stessa Suprema Corte nega che si possa applicare la confisca per equivalente in seguito a prescrizione proprio in virtù della sua riconosciuta natura punitiva*¹¹⁵. Allora, a parte l'anomalia della confisca urbanistica, si configura il paradosso per cui non sarà possibile applicare in seguito a prescrizione la confisca di valore di una forma di confisca diretta, che ad avviso di chi scrive non assume carattere punitivo¹¹⁶ – limitandosi a garantire, anche se in forma equivalente, la sottrazione del profitto di natura illecita (che il reo non ha diritto a ritenere, perché il reato non è legittimo titolo di acquisto di beni) –, mentre sarà possibile applicare la confisca allargata in esame che finisce per assumere un impatto punitivo (una misura, come definita dalla Corte cost. nella sentenza n. 33/2018, «così tanto invasiva sul piano patrimoniale»¹¹⁷). Nel caso Welch¹¹⁸ la Corte europea ha riconosciuto pienamente le garanzie della materia penale, a partire dal principio di irretroattività, in relazione a una forma di confisca allargata (il *confiscation* inglese) proprio in considerazione del suo carattere punitivo e degli *ampi poteri* di confisca riconosciuti al giudice¹¹⁹.

113. Cfr. MAZZACUVA, *op. cit.*, 177.

114. Cfr. MAUGERI, *Confisca "allargata"*, in CNPDS, cit., 90 ss.

115. Cass., Sez. VI, 17 maggio 2013, Barla e altri, n. 21192, in Mass. Uff. n. 255367; Cass., Sez. VI, 29 aprile 2013, n. 18799, Attianese, in Mass. Uff. n. 255164; cfr. nella medesima direzione Cass., Sez. VI, 29 aprile 2013, Attianese e altri, n. 18799, in Mass. Uff. n. 255164.

116. MAUGERI, *La confisca per equivalente - ex art. 322 ter tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 791; voce *Confisca*, cit., 200 ss.; Id., *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, cit., 695 ss.

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

118. Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Welch*, cit.

119. Anche se poi a partire dal caso *Phillips c.p. Royaume-Uni*, 12 dicembre 2001, n° 41087/98, la Corte Europea ammette l'uso di presunzioni e dello standard civilistico per accertare l'origine

Si pone il problema, insomma, 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 responsabilità penale, lede, in spregio dell'art. 6, co. 2, C.E.D.U., il diritto dell'imputato prosciolto a non vedersi 'macchiato', socialmente stigmatizzato, da una sanzione afflittiva, comunque qualificata»¹²⁰.

Nella sentenza *Paraponiaris c. Grecia*, prima citata, addirittura, la Corte europea ha considerato incompatibile con il principio della presunzione di innocenza l'applicazione di una misura ablativa adottata con una pronuncia di proscioglimento¹²¹.

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'oblio¹²². «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.

illecita dei profitti in relazione a tale forma di confisca. Cfr. MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della Corte Europea in tema di confisca*, in a cura di MONTAGNA, 2017, 18 ss.

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

121. Corte eur. dir. uomo, I sezione, 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*, 528. n. 42132/06, cit.

122. Cfr. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo (a proposito di Cass. pen., Sez. III, ord. 30 aprile 2014)*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2014, 3-4, 286.

Questo è il nucleo della sentenza Varvara, “il diritto *all’oblio*”, che è cancellato dalla Corte costituzionale. Ad avviso del giudice dissenziente, non ci può essere punizione senza una formale dichiarazione di colpevolezza, perché non ci può essere tale dichiarazione dopo la prescrizione del reato. In altre parole, il nucleo del famoso paragrafo 72 di Varvara sta nel riconoscere che l’applicazione dello statuto della prescrizione non è una condanna (dichiarazione di colpevolezza) sostanziale. Mentre la pronuncia Sud Fondi ha stabilito il principio *nulla poena sine culpa*, la sentenza Varvara ha riconosciuto la prescrizione come parte integrante del principio di legalità. L’articolo 7 esclude quindi l’applicazione della confisca (che è una “penalty” ...) a un reato prescritto, poiché la prescrizione ha il significato di una garanzia sostanziale, e non un mero significato procedurale, «sia nella Convenzione che nella legge nazionale» (§ 24).

L’argomento, poi, che la Corte non pretende la condanna formale in virtù della nozione sostanziale di pena della Corte europea, e quindi del richiamo alla protezione della “sostanza dei diritti umani”, è utilizzato dalla Corte costituzionale per indebolire i diritti umani dell’imputato destinatario della confisca senza condanna; ma, osserva il giudice Albuquerque, non è ammissibile un simile uso *contra reum* di una teoria elaborata dalla Corte europea a beneficio dell’imputato (§ 25). Ciò vale anche per l’argomento derivante dalla necessità di combattere l’ipertrofia del diritto penale; è inammissibile utilizzare questo argomento *in malam partem*, al fine di privare il convenuto della protezione di cui all’articolo 7 e sottoporlo a confisca senza una condanna formale a causa della prescrizione. La sussidiarietà della legge penale è capovolta per estendere la pena oltre la prescrizione¹²³ (§ 26).

Il giudice dissenziente osserva, inoltre, che la Corte costituzionale non ha chiarito le attività necessarie per raggiungere la valutazione della responsabilità, e cioè se la confisca urbanistica possa essere applicata solo quando gli elementi oggettivi e soggettivi di responsabilità siano già stati stabiliti prima della prescrizione del reato o se il giudice possa integrare l’inchiesta dopo tale data e, in tal caso, con quali garanzie procedurali. Sembra assolutamente apprezzabile in tale direzione la richiesta da parte dell’art. 158-*bis* che prima della prescrizione la confisca sia pronunciata e la responsabilità accertata. Rimangono, però, le perplessità circa il “test probatorio preciso” che dovrebbe essere applicato dal giudice per stabilire “in modo sostanziale” i fatti pertinenti al fine di applicare la confisca e, soprattutto, permane il quesito di fondo e cioè: «se la disciplina della prescrizione rappresenta una limitazione dei poteri dello Stato di investigare sulla vita delle persone, in che modo questo obiettivo sarà assicurato se tutti i reati possono comunque essere investigati al fine di raggiungere valutazioni di responsabilità

123. Il giudice, poi, contesta in base al principio della separazione dei poteri, l’indebita strumentalizzazione del sistema giudiziario penale a fini puramente amministrativi, rifacendosi a una politica di panpenalizzazione perseguita dallo Stato italiano.

‘sostanziali’?» O ci sono reati speciali che ammettono dichiarazioni di colpevolezza “sostanziali” e altri che non le ammettono? Ne deriva una violazione della certezza giuridica, e di fatto, la dichiarazione “sostanziale” di responsabilità è un assegno in bianco per i tribunali nazionali, che li legittima a fare ciò che vogliono. Nella tensione weberiana tra *Wertrationalität* (*value-rationality*) e *Zweckrationalität* (*purpose-rationality*), i giudici, siano essi internazionali o nazionali, dovrebbero sempre perseguire il primo, non il secondo, che appartiene alla politica. Si ha l'impressione che per alcuni aspetti il presente giudizio sia più un esercizio di quest'ultimo che del primo. Ancora più importante, il giudice non dovrebbe addebitare agli imputati le carenze di una politica criminale statale irrazionale, compresa una politica con un «effetto combinato di reati complessi e periodi di prescrizione relativamente brevi».

Il giudice Albuquerque ritiene, inoltre, che questa nozione di dichiarazione sostanziale di responsabilità costituisca un'«estensione del concetto di ‘condanna’ a danno dell'imputato» e, quindi, un'inammissibile analogia in *malam partem*. La finzione legale di una “condanna nella sostanza” contraddice l'essenza stessa della proibizione dell'analogia a danno dell'imputato, che è il cuore del principio di legalità (*nulla poena sine lege certa, stricta*) (§ 32).

La stessa Corte europea ha sempre rifiutato questa analogia, come ad esempio nel caso di Margus c. Croazia, in cui la Corte è stata chiarissima affermando che «la conclusione dei procedimenti penali da parte di un pubblico ministero non costituisce né una condanna né un'assoluzione», e quindi tale decisione non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione. Evidentemente, questi due risultati (condanna o assoluzione) possono essere trovati solo nella parte dispositiva di una decisione interna, cioè laddove il tribunale competente affronta l'esito del caso. La motivazione non ha alcuna rilevanza per l'applicazione del principio del *ne bis in idem* nella procedura penale. La maggioranza ignora questo principio basilare del diritto processuale penale nella misura in cui tenta di trarre conclusioni dannose per l'imputato (“in sostanza, una condanna”) dalla motivazione di una decisione, quando sono assenti dal dispositivo. Tale sforzo, nella misura in cui cerca di trovare una “condanna nella sostanza” indipendentemente dal fatto che l'imputato non sia stato formalmente condannato, viola il nucleo del principio del *ne bis in idem*.

«E, infine, la condanna sostanziale viola la presunzione di innocenza, in quanto il ‘pieno accertamento di responsabilità’ richiesto dalla Corte costituzionale come base della confisca senza condanna viola chiaramente il diritto alla presunzione d'innocenza. Infatti, questo è così ovvio che è difficile credere che in uno Stato di diritto come l'Italia una ‘pena’ ai sensi dell'art. 7 C.E.D.U. possa essere applicata con una tale frontale violazione dell'art. 6 § 2 della stessa Convenzione» (§ 34).

La dichiarazione sostanziale di responsabilità evoca al giudice Albuquerque il verdict à *moitié acquitté* (“*half acquitted*”) del Medioevo laddove gli imputati erano

assolti, ma, sulla base di certe prove, una qualche colpevolezza era provata e una qualche pena applicata. «Bisogna ricordare, tuttavia, che nel 1789 ci fu una rivoluzione, tra le altre cose, per porre fine a questa assurdità. Imparare dalla storia a volte aiuterebbe a non ripetere più gli stessi errori».

E, infine, tra gli altri un ulteriore argomento utilizzato dal giudice Albuquerque sembra interessante, e cioè la contraddittorietà della Corte costituzionale italiana, che da una parte difende il carattere sostanziale della prescrizione dinanzi alla Corte di Giustizia nel celebre caso Taricco, dall'altra la considera compatibile con l'applicazione di forme di confisca "pena" dinanzi alla Corte europea nella vicenda relativa alla confisca per la lottizzazione abusiva (§§ 87 ss.).

La stessa Grande Camera nel caso G.I.E.M., poi, considera in contrasto con la presunzione d'innocenza l'applicazione della confisca urbanistica, e, quindi, come già evidenziato, di una forma di confisca pena laddove viene pronunciata dalla Corte di Cassazione che, nel dichiarare la prescrizione del reato, stabilisce la colpevolezza dell'imputato ribaltando una precedente sentenza di assoluzione nel merito. In tale direzione la Grande Camera precisa che la colpevolezza non può essere stabilita dalla Corte prima di raccogliere le prove o di svolgere le udienze che dovrebbero permetterle di stabilire il caso nel merito¹²⁴; ne consegue, come precisato nel caso *Didu v. Romania*¹²⁵, che la Corte di ultima istanza ha violato la presunzione d'innocenza, non rispettando i diritti della difesa, laddove ha annullato le decisioni di assoluzione dei tribunali di grado inferiore e ha giudicato colpevole la persona interessata mentre chiudeva il procedimento perché la responsabilità penale era prescritta.

Al di là di tale profilo specifico, inoltre, la Grande Camera ribadisce alcuni profili fondamentali della presunzione d'innocenza, intesa non solo come regola di giudizio nell'ambito del processo penale (onere della prova a carico dell'accusa, *in dubio pro reo*) ma come regola di trattamento e, in particolare, di protezione di un soggetto assolto o in relazione al quale il processo si sia prescritto, protezione dal fatto di essere trattato da pubblici ufficiali o altre autorità come se fosse colpevole del reato attribuitogli. La Corte afferma chiaramente che «senza la protezione volta ad assicurare il rispetto per l'assoluzione o la decisione di interruzione (prescrizione) in ogni altro procedimento, le garanzie del giusto processo previste dall'art. 6, co. 2, rischierebbero di diventare teoriche e illusorie. Ciò che è in gioco, una volta che il processo penale è concluso, è la reputazione della persona e il modo in cui quella persona è considerata dall'opinione pubblica. In

124. («see *Baars v. the Netherlands*, no. 44320/98, §§ 25-32, 28 October 2003, and *Paraponiaris*, cited above, §§ 30-33»). Così nel caso *Didu v. Romania* (n. 34814/02, §§ 40-42, 14 aprile 2009).

125. Corte EDU, 14 Aprile 2009, n. 34814/02, §§ 40-42; Corte EDU, *Giosakis c. Grecia* (n. 3), 3 maggio 2011, n° 5689/08, § 41.

certa misura, la protezione garantita in virtù dell'art. 6, § 2 in questo contesto può sovrapporsi con quella garantita dall'art. 8 (§ 314)»¹²⁶.

Come già evidenziato anche l'applicazione della confisca allargata dopo la prescrizione, comporta un evidente effetto stigmatizzante per il destinatario.

Preoccupa, in conclusione, questo orientamento della Corte costituzionale e della Suprema Corte che consente di applicare delle vere e proprie pene in base a questa sorta di condanna "sostanziale", questo accertamento di responsabilità che consente di applicare talune sanzioni, piuttosto che altre, anche in seguito alla prescrizione.

La confisca allargata, insomma, sarebbe una pena, non solo applicabile *sine die* – come sopra esaminato –, ma sottratta alla prescrizione, diversamente dalle altre sanzioni penali; emerge ancora una volta che il legislatore ritiene che il diritto di proprietà e la libertà di iniziativa economica, drasticamente incisi dalla confisca allargata in esame, non meritano le garanzie della materia penale. E, allora, si dovrebbe perlomeno pretendere un elevato standard probatorio in sede di accertamento del carattere sproporzionato, come elemento probatorio della natura illecita delle risorse economiche da confiscare, per tentare di limitare l'impatto punitivo della forma di confisca in esame, in favore del carattere meramente riparatorio e di riequilibrio economico.

7.2. *La confisca allargata in caso di morte del condannato.* Il comma 4-*octies* dell'art. 12-*sexies* d.l. 306/'92 stabiliva che «in caso di morte del soggetto nei cui confronti è stata disposta la confisca con sentenza di condanna passata in giudicato, il relativo procedimento inizia o prosegue, a norma dell'articolo 666 del codice di procedura penale, nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa». Anche tale comma è stato abrogato dal d.lgs. n. 21/2018 e il suo contenuto trasfuso nel secondo comma dell'art. 183-*quater* d.lgs. 271/1989, la norma che al primo comma consente di applicare la confisca in esame in sede di esecuzione.

Si consente, così accogliendo il più recente orientamento giurisprudenziale in tale direzione, 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 condannato¹²⁷. 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.

La problematicità di tale disposizione è data dal fatto che non si tratta di applicare la confisca allargata già deliberata nell'ambito del processo penale anche laddove sopraggiunga la morte in seguito alla condanna definitiva, ma si potrà

126. «See, for example, *Zollman v. the United Kingdom* (dec.), no. 62902/00, ECHR 2003XII; *Taliadorou and Stylianou v. Cyprus*, nos. 39627/05 and 39631/05, §§ 27 and 56-59, 16 October 2008; and *Allen*, cited above, §§ 9394».

127. Cass., Sez. VI, 4 luglio 2008, Ciancimino, n. 27343, in Mass. Uff. n. 240585.

configurare l'ipotesi in cui in seguito alla condanna definitiva e alla morte del reo, si proceda con incidente di esecuzione nei confronti dei successori per applicare la confisca *ex art. 240-bis c.p.*, in maniera simile a quanto consentito in relazione alla confisca di prevenzione (art. 18 d.lgs. n. 159/2011). La confisca allargata in esame, però, dovrebbe presupporre un pieno contraddittorio in quanto impone un onere di allegazione in capo al condannato per dimostrare l'origine lecita dei suoi beni, onere di difficile assolvimento in capo ai successori.

Una simile questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 21 e 216 del 2012¹²⁸, in tema di confisca di prevenzione, ed è stata risolta dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale della l. n. 575/'65, art. 2-ter, co. 11, sollevate in relazione agli artt. 24 e 111 Cost., ed evidenziando la peculiarità sia del procedimento di prevenzione sia del procedimento volto all'applicazione di una misura di sicurezza, non sovrapponibili a quello penale: «il procedimento di prevenzione, il processo penale e il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza sono dotati di proprie peculiarità, sia sul terreno processuale che nei presupposti sostanziali»; «le forme di esercizio del diritto di difesa [possono] essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento, allorché di tale diritto siano comunque assicurati lo scopo e la funzione» (sentenza n. 321 del 2004).

Nonostante tali affermazioni del massimo consesso, rimane il problema che in capo ai successori, terzi per definizione, «il diritto di difendersi provando è assicurato solo sulla carta ma non nella sostanza, con tutte le conseguenze in tema di effettività del contraddittorio e di giusto processo»¹²⁹.

128. Cfr. LICATA, *La costituzionalità della confisca antimafia nei confronti degli eredi*, in *Giur. cost.*, 2012, 242 s.

129. MANGIONE, *La 'situazione spirituale' della confisca di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 625. Cfr. da ultimo in relazione alla confisca di prevenzione, Cass., Sez. VI, 26 giugno 2017, De Marco, n. 31504, in *Mass. Uff. n. 270854*, che considera «legittima la confisca disposta a carico degli eredi di un soggetto deceduto la cui appartenenza ad un'associazione mafiosa sia accertata in via incidentale dopo la morte e sulla base di elementi sopravvenuti rispetto a quelli che, in un precedente procedimento di prevenzione, avevano condotto all'esclusione della pericolosità. (In motivazione, la Corte ha precisato che l'accertamento della pericolosità del "de cuius" non determina alcuna violazione del diritto di difesa, posto che ai successori sono assicurate tutte le facoltà ed i mezzi necessari per contestare la valutazione di pericolosità)».

Ad avviso di certa dottrina, la giurisprudenza della Corte europea sarebbe favorevole a tale disciplina; si richiama il caso *Silickienė c. Lituania*, 10 aprile 2012, n. 20496/02, in cui la Corte ha ritenuto conforme alla C.E.D.U. la confisca dei beni alla vedova dell'imputato in un procedimento in cui era stato consentito «l'effettivo esercizio del diritto di difesa da parte degli eredi, oltre che dell'interessato prima di morire», così MENDITTO, *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011*, cit., 71. In realtà nel caso citato, però, la Corte EDU ha considerato compatibile con i principi della Convenzione l'applicazione della confisca, nonostante la morte del marito prima della condanna, solo perché il processo è continuato contro gli altri associati dell'organizzazione criminale e il bene in questione è stato considerato frutto dell'attività criminale dell'organizzazione.

7.3. *Parziali conclusioni.* Sembra, insomma, preoccupante questo orientamento del legislatore volto a trattare la confisca allargata come se si trattasse di una mera forma di confisca diretta del profitto accertato, avente una mera natura di riequilibrio economico, e ad avvicinarla ad un *actio in rem*, – fermo restando che si richiede anche ai fini della confisca in seguito a prescrizione, l'accertamento della responsabilità penale, diversamente da quanto previsto per applicare la confisca di prevenzione –. In ogni caso, poi, le ragioni di politica criminale che possono giustificare l'applicazione della confisca senza condanna e nei confronti degli eredi nell'ambito della lotta contro il crimine organizzato, non si possono estendere *tout court* nei confronti di qualunque tipologia di reato; mentre, come esaminato, sempre più si estende l'ambito di applicazione di tale forma di confisca a fattispecie estranee alla logica originaria.

Detto questo non si può non osservare che anche in altri ordinamenti si arriva a tale risultato, come da ultimo nell'ordinamento tedesco con la riforma del 2017¹³⁰ (*Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung BReg418/16*, 01/07/2017), che ha esteso la possibilità di proseguire il procedimento ai fini dell'applicazione della confisca, anche allargata, laddove per motivi giuridici non è possibile continuare il processo penale nei confronti dell'imputato (§ 76a, co. 4)¹³¹.

Non solo ma nei confronti dei successori, dopo la morte del condannato in via definitiva, o nei confronti del condannato in primo grado, laddove sia sopravvenuta l'amnistia o la prescrizione, nell'ordinamento italiano le autorità inquirenti possono agevolmente iniziare un procedimento di prevenzione; si tratta di ipotesi emblematiche. Ciò è possibile nei confronti dei soggetti indiziati di partecipazione in associazione mafiosa o dei reati di cui all'art. 51-bis c.p.p., destinatari della confisca *ex art. 240-bis c.p.*, ma anche rientranti nella categoria dei soggetti a pericolosità qualificata in virtù dell'art. 16 che richiama l'art. 4, lett. a) e b) del d.lgs. n. 159/2011. La confisca *ex art. 240-bis c.p.* si potrebbe applicare a tutti i soggetti condannati in primo grado di reati contro la p.a., o comunque nei confronti dei successori in seguito alla morte del condannato in via definitiva, senza la necessità di fornire gli indizi della realizzazione di tali crimini in forma associata (pericolosità qualificata, art. 4, lett. i-bis) o in forma abituale (pericolosità generica, art. 4, lett. c), come richiesto, invece, ai fini dell'applicazione della confisca di prevenzione.

130. La riforma è stata introdotta per dare attuazione alla direttiva 42/2014.

131. Cfr. BETTELS, *Misure di prevenzione patrimoniali. Demnächst auch in Deutschland?*, in *Dir. pen. cont.*, 16 dicembre 2016; BETTELS, *Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität am Beispiel Italiens. Analyse der italienischen Rechtslage unter Berücksichtigung des europäischen Rechtskontextes und des deutschen Rechtshilferechts*, Nomos, 2016.

8. *La sproporzione: la rilevanza dei redditi sottratti alla dichiarazione fiscale prima della l. 161/2017.* Ai fini dell'applicazione della confisca *ex art. 240-bis c.p.* è necessario accertare la sproporzione tra il valore del patrimonio dell'imputato e il suo reddito o la sua attività economica.

Il riferimento normativo oltre che «al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito», alla propria attività economica sembra indicare che il legislatore vuole prendere in considerazione il reddito effettivamente prodotto, a prescindere dunque che sia stato anche dichiarato¹³², ma in base alla giurisprudenza, pressoché uniforme in relazione alla confisca misura di prevenzione e prevalente nel passato in relazione alla confisca *ex art. 12-sexies d.l. 306/92*, si riteneva sufficiente la dimostrazione dell'illecita provenienza dei beni confiscati, qualunque essa fosse, anche se si trattava dell'evasione fiscale¹³³; i parametri legislativi sarebbero stati alternativi e non concorrenti e il riferimento ad attività economiche avrebbe riguardato i redditi che consentono una dichiarazione a fini fiscali "forfettaria" o, comunque, non dichiarabili interamente o parzialmente¹³⁴.

In base ad un più recente e condivisibile orientamento la Suprema Corte, però, ha ribaltato tale interpretazione in relazione alla confisca *ex art. 12-sexies*, in base alla considerazione – avanzata da tempo dalla dottrina – che la norma in questione richiede la sproporzione tra i beni e il reddito o l'attività economica, intendendo anche l'attività economica lecita non dichiarata¹³⁵. Si osserva in tale direzione che se il presupposto di operatività dell'istituto è la presunzione di illiceità della provenienza delle risorse patrimoniali, ove le fonti di produzione del patrimonio siano lecite, e ne giustificano la titolarità in termini non sproporzionati ad esse, è irrilevante la mancanza o l'incompletezza di una dichiarazione dei redditi; altrimenti si verrebbe a colpire il soggetto, espropriandosene il patrimonio, per il solo fatto della evasione fiscale, condotta non riconducibile «alla *ratio* dell'istituto

132. Così NANULA, *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, in *Il Fisco*, 1993, 10115; PALLADINO, *Brevi osservazioni sul delitto di possesso ingiustificato di valori*, in *Riv. trim. dir. pen. dell'ec.*, 1993, 358; *contra* FERRAJOLI, *La normativa antiriciclaggio*, Milano, 1994, 34.

133. Cass., Sez. I, 23 agosto 1994, Moriggi, n. 2860, in Mass. Uff. n. 198941; Cass., Sez. II, 13 ottobre 2011, n. 36913, Lopalco, in Mass. Uff. n. 251151; Cass., Sez. II, 14 giugno (19 agosto) 2011, n. 32563, De Castro.

134. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2012, 334.

135. Cass., Sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29926, Tarabugi e altri, in Mass. Uff. n. 250505, con nota di MENDITTO, *Sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini del sequestro e della confisca di cui all'art. 12-sexies del d.l. n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/92*, in *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2011; conforme Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2011, n. 21265, Bianco, in Mass. Uff. n. 252855; Cass., Sez. I, 22 gennaio 2013, n. 6336, Mela, Spensierato, in Mass. Uff. n. 254532; Cass., Sez. VI, 15 novembre 2012, n. 44512, Giacobbe, in Mass. Uff. n. 258366; Cass., 28 novembre 2012, Scognamiglio, n. 49876, in Mass. Uff. n. 253956; Cass., Sez. II, 16 ottobre (19 novembre) 2014, n. 47731; Cass., Sez. V, 19 settembre 2014 (5/03/2015) n. 9726.

in questione, che mira a colpire i proventi di attività criminose e non a sanzionare la infedele dichiarazione dei redditi, che si colloca in un momento successivo rispetto a quello della produzione del reddito, e per la quale soccorrono specifiche norme in materia tributaria, non necessariamente implicanti responsabilità penali. Una simile interpretazione è del resto confortata dal tenore letterale della disposizione...»¹³⁶. L'applicazione della confisca in esame ai proventi dell'evasione fiscale comporterebbe un'applicazione analogica *in malam partem*¹³⁷.

La prima importante conseguenza di tale orientamento giurisprudenziale è, innanzitutto, quella che ai fini del calcolo del valore sproporzionato del bene l'accusa e poi il giudice devono considerare anche i redditi derivanti da attività lecite, ma non dichiarata a fini fiscali, con la conseguenza importante che tenendo conto di tali ulteriori redditi il valore del bene potrebbe risultare non più sproporzionato all'attività economica e quindi non confiscabile. Si delimita l'ambito di applicazione dei beni confiscabili.

Il tutto precisando correttamente che sarà onere dell'imputato «esporre una giustificazione credibile, ossia la prova positiva della provenienza di quei beni o delle sostanze necessarie all'acquisto o alla costruzione degli stessi (cfr. Cass. Sez. un. 17 dicembre 2003, n. 920)»¹³⁸.

136. «[...] che impedisce l'ablazione del patrimonio quando, indifferentemente, esso sia giustificato dal valore dei redditi formalmente dichiarati ovvero dall'attività economica svolta, quest'ultima normalmente produttiva di reddito imponibile», così Cass., Sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29926, Tarabugi e altri, in Mass. Uff. n. 250505. Nella medesima direzione Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2011, n. 21265, Bianco, in Mass. Uff. n. 252855; Cass., Sez. VI, 15 novembre 2012, n. 44512, Giacobbe, in Mass. Uff. n. 258366; Cass., Sez. VI, 21 dicembre 2012, n. 49876, Scognamiglio, in Mass. Uff. n. 253956; Cass., Sez. I, 20 giugno 2013, Guarnieri Amelia, n. 27189, in Mass. Uff. n. 255633; Cass., Sez. I, 10 maggio 2010, n. 17716, Mele e altro, in Mass. Uff. n. 247067; Cass., Sez. II, 27 novembre 2014, Pucillo e altro, n. 49498, in Mass. Uff. n. 261046; Cass., Sez. II, 19 dicembre 2014 (dep. 23 marzo 2015), n. 12140, che sancisce che «è onere dell'interessato dimostrare che i beni sequestrati sono stati acquistati con il provento di attività economiche non denunciate al fisco».

137. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita*, cit., 93; BARGI, *Il nuovo volto della confisca nell'attuale ordinamento penale*, in BARGI, CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, Torino 2011, 93; FURCINITI, FRUSTAGLI, *op. cit.*, 330.

138. Cass., Sez. II, 14 ottobre (7 novembre) 2011, n. 40048: «Con la precisazione che i termini di raffronto dello squilibrio, nella norma di legge in via alternativa, nel reddito dichiarato o nell'attività economica svolta: di modo che, in presenza di reddito dichiarato, ossia di un dato ufficiale, il giudice non deve ulteriormente indugiare in una indagine sulla sproporzione che risulta già acclarata dal dato documentale a meno che l'imputato non dimostri in modo serio la titolarità di un'attività economica che superi di fatto l'immagine reddituale rappresentata al fisco: nel qual caso il giudice deve adeguatamente motivare il suo convincimento anche con riguardo a tale dato della realtà (Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 25 settembre-23 ottobre 2007, n. 39048)». La difesa deve fornire in modo rigoroso la difficile prova in questione «trattandosi di redditi sottratti al fisco, (e dunque illeciti di per sé e autonomamente aggredibili, in quanto tali, con confisca,...) non [...] denunciati sicché il loro effettivo introito risulta di difficile comprovazione», così Cass., Sez. I, 20 giugno 2013,

Tale posizione è ampiamente condivisa in dottrina¹³⁹, in quanto è considerata coerente con la *ratio* della confisca allargata, la sottrazione dei proventi di origine criminale; laddove si tratti dei redditi di attività lecite anche se non dichiarata ai fini fiscali, non si tratta di proventi di origine illecita: l'evasione fiscale non rende "criminale" l'attività economica fonte dei redditi evasi. I redditi occultati al fisco sono redditi geneticamente leciti, poiché l'illecito è successivo alla produzione del reddito, purché provenienti da attività lecite e comprovate nella loro consistenza; raggiunta la prova dell'esistenza e della consistenza del reddito occultato, sia di fronte ad ipotesi delittuose tributarie, sia di fronte a meri illeciti amministrativi, l'autorità giudiziaria potrà provvedere a rilevare le rimanenze suscettibili di tassazione d'ufficio, eventualmente stimolando le idonee interazioni tra uffici tributari e pubblica accusa. Tale conclusione discenderebbe anche dalla normativa sulla tassazione dei proventi illeciti non sottoposti a confisca (art. 36, co. 34-*bis*, d.l. n. 223/06, conv. dalla l. n. 248/06; art. 14, co. 4, l. n. 537/93), dagli obblighi di denuncia delle violazioni tributarie (art. 36, co. 4, d.P.R. n. 600/73) e dalle speciali sanatorie per la regolarizzazione fiscale (art. 7, co. 14, l. 488/99)¹⁴⁰.

Anche le Sezioni unite sono intervenute in materia negando la rilevanza dei redditi non dichiarati nella verifica di proporzione tra beni posseduti e attività economiche solo in relazione alla confisca di prevenzione¹⁴¹; mentre ha riconosciuto la correttezza dell'opposta soluzione sopra esaminata in relazione alla confisca ex art. 12-*sexies*. L'argomento sul quale la Corte fonda la sua posizione è quello letterale¹⁴²: i «redditi, derivanti da attività lecite, sottratti al fisco» sono, infatti, «comunque rientranti nella propria 'attività economica'».

Guarnieri Amelia, n. 27189, in Mass. Uff. n. 255633; Cass., Sez. V, 23 ottobre 2007, Casavola e altri, n. 39048, in Mass. Uff. n. 238216; Cass., 8 luglio 2011 (12 settembre), n. 33797.

139. Così NANULA, *Il problema della prova*, cit., 10115; PALLADINO, *op. cit.*, 358; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 326; PICCIRILLO, *Titolo VII - Confisca per sproporzione*, in *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi*, a cura di Tartaglia, Roma, 2012, 4. *Contra* FERRAJOLI, *La normativa antiriciclaggio*, Milano, 1994, 34. Cfr. MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?*, in *Dir. pen. e proc. riv. trim.*, 2014, 2, 191; ID., *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.*, 2 marzo 2015.

140. ACQUAROLI, *op. cit.*, 93.

141. Cass., Sez. un., 29 luglio 2014, Repaci, n. 33451, in Mass. Uff. n. 260247, in DPC, 2014, 30 maggio. Cfr. MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?*, cit., 191; MENDITTO, *La rilevanza dei redditi da evasione fiscale nella confisca di prevenzione e nella confisca "allargata"*, *ivi*.

142. Cass., Sez. VI, 26 luglio 2011, n. 29926, Tarabugi e altri, in Mass. Uff. n. 250505; conforme Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2011, n. 21265, Bianco, in Mass. Uff. n. 252855. Conformi Cass., Sez. I, 22 gennaio 2013, n. 6336, Mela, Spensierato, in Mass. Uff. n. 254532; Cass., Sez. VI, 15 novembre 2012, n. 44512, Giacobbe, in Mass. Uff. n. 258366; Cass., 28 novembre 2012, Scognamiglio, n. 49876, in Mass. Uff. n. 253956.

8.1. Segue: *Riforma: irrilevanza del provento o reimpiego dell'evasione fiscale*. Il legislatore del 2017 è intervenuto in materia introducendo 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. In tal modo il legislatore rimedia alla divergenza di opzioni interpretative, sopra esaminata, della Suprema Corte in relazione alla confisca di prevenzione e alla confisca allargata, ed equipara la disciplina della confisca in esame a quella della confisca di prevenzione, che, come esaminato, conosceva tale preclusione per giurisprudenza consolidata e da ultimo per espressa previsione introdotta dalla l. 161/2017.

Come emerge anche dal dossier al d.d.l. 2134 (31) non si chiarisce però «se tali proventi si dovessero identificare con l'intero imponibile al lordo dell'imposta dovuta ovvero solo con l'importo corrispondente all'imposta evasa»¹⁴³. La seconda interpretazione è consentita dalla lettera della legge: «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» e se ne auspica l'adozione nella prassi. La prima interpretazione, in base alla quale non sarebbe possibile tenere conto dell'intero imponibile, invece, finisce per considerare di origine illecita dei redditi lecitamente acquisiti solo perché sottratti alla tassazione e per ampliare l'ambito di applicazione della confisca allargata, facendo risultare di valore sproporzionato anche dei beni acquisiti con redditi leciti, dei beni, insomma, il cui valore non è sproporzionato (e, quindi, non sono di origine illecita); il tutto in contrasto con lo stesso principio di legalità, – perché l'art. 240-*bis* c.p. (e prima l'art. 12-*sexies* d.l. 306/'92) consente solo la confisca dei beni di valore sproporzionato –, nonché con il principio proporzionalità e di colpevolezza, come criterio di commisurazione della pena perché la confisca allargata colpirebbe dei beni di origine lecita, divenendo una pena patrimoniale (del sospetto). Si ricordi, tra l'altro, che per pacifica giurisprudenza il provento dei delitti tributari «non va identificato con l'imponibile sottratto a tassazione bensì nel quantum dell'imposta evasa»¹⁴⁴, e cioè «con il risparmio economico derivante dalla sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale; vincolo che non può avere ad oggetto beni per un ammontare eccedente il profitto medesimo»¹⁴⁵.

143. Si vedano tra le altre, Cass., Sez. I, 14 marzo 1990, Montalto, n. 265, in Mass. Uff. n. 183641; Cass. Sez. V, 7 dicembre 1993, Ciancimino, n. 3561, in Mass. Uff. n. 196461; Cass., Sez. II, 22 febbraio 1996, Anzelmo, n. 148, Rv. 204035; Cass., Sez. VI, 23 gennaio 1996, n. 258; Cass., Sez. II, 23 settembre 1998, Corsa, n. 705, in Mass. Uff. n. 211435; Cass., Sez. I, 12 settembre 1998, Arcuri e altri, n. 3964, in Mass. Uff. n. 211329; Cass., Sez. I, 8 febbraio 1999, Iorio, n. 5760, in Mass. Uff. n. 212444; Cass., Sez. VI, 25 settembre 2003, Lo Iacono, n. 36762, in Mass. Uff. n. 226655; Cass., Sez. VI, 25 gennaio (17 febbraio) 2012, n. 6570, in *Cass. pen.*, 2012, 11, 3861; Cass., Sez. II, 10 luglio 2012, Bini, n. 27037, in Mass. Uff. n. 253405; Cass., Sez. I, 23 settembre 2013, Ferrara e altro, n. 39204, in Mass. Uff. n. 256140.

144. Cass., Sez. II, 4 marzo 2015, n. 9392, P.M. in proc. Chiavaroli, in Mass. Uff. n. 263301.

145. Cass., Sez. III, 22 aprile (16 giugno) 2015, n. 24965.

Sarebbe stato necessario chiarire, per lo meno nel dossier, che per giustificare la provenienza legittima dei beni «non rileva solo l'importo corrispondente all'imposta evasa», ma è possibile far valere i redditi di origine lecita sottratti al fisco. In realtà la giurisprudenza, come emerge dalla sentenza Repaci delle Sezioni unite in relazione alla confisca di prevenzione, tende ad accogliere il primo orientamento¹⁴⁶.

Tale riforma è assolutamente criticabile per le ragioni sopra analizzate a favore della più recente e garantistica interpretazione giurisprudenziale che consentiva di utilizzare i redditi sottratti alla tassazione per dimostrare il carattere proporzionato di un acquisto in un determinato momento storico.

Non solo ma la confisca *ex art. 240-bis c.p.*, pur non essendo espressamente prevista per i delitti tributari, diventerà uno strumento di lotta contro l'evasione fiscale, finendo per determinare un'applicazione analogica *in malam partem* della confisca in esame nei confronti dei delitti tributari¹⁴⁷.

8.2. Segue: «Salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge». Sempre nel dossier al d.d.l. n. 2134 si afferma, inoltre, che «Secondo questo orientamento, peraltro non rileva neppure l'eventuale condono fiscale che abbia l'effetto di far rientrare legalmente nel patrimonio del proposto le somme sottratte al fisco, 'dal momento che l'illiceità originaria del comportamento con cui quest'ultimo se le era procurate continua a dispiegare i suoi effetti ai fini della confisca' (così Cass., Sez. II, 6 maggio 1999, n. 2181)». In base a tale posizione sarebbe stato paradossalmente possibile confiscare un bene perché considerato di valore sproporzionato a causa della mancata considerazione di risorse economiche ormai lecite ai fini fiscali¹⁴⁸; o comunque sarebbe stato possibile considerare preventivo confiscabile l'ammontare dell'imposta evasa nonostante l'avvenuto adempimento fiscale, determinando, come affermato dalla Suprema Corte in relazione alla confisca in materia di reati tributari, un'inammissibile duplicazione sanzionatoria «in contrasto col principio che l'espropriazione definitiva di un bene non può mai essere superiore al profitto derivato dal reato»¹⁴⁹. La confisca allargata sarebbe diventata una pena patrimoniale sproporzionata; anzi lo è diventata laddove la

146. Cass., Sez. un., 29 luglio 2014, Repaci, Sez. un., n. 33451, in Mass. Uff. n. 260247.

147. ACQUAROLI, *op. cit.*, 93; BARGI, *op. cit.*, 93; FURCINITI, FRUSTAGLI, *Le indagini economico patrimoniali nel contrasto alla criminalità organizzata*, Milano, 2013, 330.

148. Cfr. MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, cit., 191; MENDITTO, *Sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini del sequestro e della confisca di cui all'art. 12-sexies del d.l. n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/92*, in *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2011; QUATTROCCHI, *La sproporzione dei beni nella confisca di prevenzione tra evasione fiscale e pericolosità sociale*, in *Giur. it.*, 2015, 711.

149. Cass., Sez. III, 1 dicembre 2010, Provenzale, n. 10120, in Mass. Uff., n. 249752; conforme Cass., 23 ottobre 2012, n. 45847; Cass. pen., Sez. III, 3 dicembre 2012, Lanzalone, n. 46726, in Mass. Uff. n. 253851, in *Corr. Trib.*, 2013, 7, 591, con nota di IORIO, MECCA, *Il tardivo pagamento dei tributi evasi esclude la confisca per equivalente*; SOANA, *Confisca per equivalente e sopravvenuto pagamento del*

Suprema Corte¹⁵⁰ ha ritenuto che “è, a tal fine, irrilevante l’adesione al condono tributario tombale di cui all’art. 9, comma 10, legge 27 dicembre 2002, n. 289, in quanto, pur configurandosi quale causa di non punibilità di alcuni reati tributari, lo stesso non incide sull’illiceità originaria della condotta”.

Il legislatore è intervenuto in materia con l’ulteriore intervento riformatore rappresentato dall’art. 13-ter, co. 1, del d.l. n. 148/2017 (convertito con modificazioni dalla l. 172/2017) per coordinare tale disciplina con le disposizioni in materia tributaria e di condono fiscale, precisando nell’art. 240-bis c.p. «salvo che l’obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge», così garantendo anche il principio di unitarietà e non contraddizione dell’ordinamento.

In maniera analoga il legislatore ha riformato la confisca in materia di reati tributari ex art. 12-bis, co. 2, del d.l. 74/2000 con il d.lgs. 158/2015, prevedendo che la confisca non opera per la parte che il contribuente «si impegna a versare» all’erario anche in presenza di sequestro, fermo restando che in caso di mancato versamento, la confisca è sempre disposta. Si è così posto fine a quell’orientamento giurisprudenziale draconiano che riteneva possibile procedere alla confisca per equivalente in misura corrispondente all’imposta evasa nonché alla sanzione tributaria¹⁵¹, anche in seguito all’eventuale condono fiscale¹⁵² o alla definizione della posizione tributaria attraverso la procedura dell’accertamento per adesione, con pagamento integrale degli importi quantificati dall’Agenzia delle entrate; tale posizione si fondava sulla considerazione della piena autonomia del procedimento penale per l’accertamento dei reati tributari rispetto al processo tributario ed all’accertamento tributario, caratterizzati dalla negoziabilità della pretesa tributaria finale¹⁵³, nonché della mancanza di «coincidenza tra due nozioni, quella di profitto dei reati contestati e quella di pretesa tributaria»¹⁵⁴. Tale orientamento faceva assumere alla confisca per equivalente in materia tributaria l’evidente natura di una pena patrimoniale lesiva del principio

debito tributario, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, 546; D’AVIRRO, nota a Cass., 19.9.2012, n. 12.56, p.a. e altro, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 471.

150. Cass., VI, 6 febbraio 2018, n. 10765.

151. Così Cass., Sez. 5, 17 gennaio 2012, n. 1843, Mazzieri, in Mass. Uff. n. 253480; Cass., Sez. III, 1 gennaio 2013, n. 1256, Pg in proc. Unicredit S.p.A, in Mass. Uff. n. 254796.

152. Cass., Sez. II, 6 maggio 1999, Sannino, n. 2181, in Mass. Uff. n. 213853; Cass., Sez. II, 28 settembre (13 ottobre) 2011, n. 36913, Lopalco; Cass., Sez. II, 17 gennaio 15 febbraio 2012, n. 6061, Gallo, in Mass. Uff. n. 252701.

153. La Corte, Cass., Sez. III, 1 gennaio 2013, n. 1256, Pg in proc. Unicredit S.p.A, in Mass. Uff. n. 254796 e in *Cass. pen.*, 2013, 3386, con nota di BONETTI, *L’inapplicabilità del sequestro preventivo nei confronti della persona giuridica in caso di reati tributari commessi nel suo interesse*, in *Cass. pen.*, 2013, 3390.

154. Cass., Sez. III, 1 gennaio 2013, n. 1256, Pg in proc. Unicredit S.p.A, in Mass. Uff. n. 254796; Cass., Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 5640, in *Il Fisco*, 2012, 10, 1, 1489; Cass., Sez. III, 12 dicembre 2011, n. 5640, Manco, in Mass. Uff. n. 251892. Gli autori che ammettono la confisca in quest’ipotesi ritengono che comunque dovrebbe essere limitata all’extra profitto, rappresentato dalla differenza tra quanto accertato

di legalità, di proporzione, di colpevolezza e del *ne bis in idem* sostanziale perché il soggetto finiva per pagare due volte le imposte evase e addirittura anche la sanzione tributaria; si realizzava un indebito arricchimento dell'Erario.

Nulla avrebbe impedito, come testimonia il caso esaminato¹⁵⁵, un simile approccio interpretativo spregiudicato in materia di confisca allargata in mancanza dell'intervento legislativo esaminato.

9. *La rilevanza della sproporzione e della ragionevolezza temporale per la Corte costituzionale (n. 33/2018)*. La riforma esaminata – circa la rilevanza del provento dell'evasione fiscale nell'accertare la sproporzione –, che rende meno pregnante la valenza probatoria dell'elemento della sproporzione, è ancora più problematica se si considera, come recentemente evidenziato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 33/2018¹⁵⁶, che, innanzitutto, la sproporzione è elemento fondante, insieme alla condanna (che non deve più essere definitiva), della presunzione «che il patrimonio stesso derivi da attività criminose che non è stato possibile accertare», ribadendo chiaramente che i beni sono confiscati non perché di valore sproporzionato ma perché di origine illecita, di cui la sproporzione è sintomo.

Non solo, ma il giudice delle leggi valorizza l'importanza della sproporzione precisando che la confisca allargata *ex art. 12-sexies* «si caratterizza, quindi, rispetto al modello di confisca 'estesa' prefigurato dalla direttiva 2014/42/UE, per il diverso e più ridotto standard probatorio. La sproporzione tra il valore dei beni e i redditi legittimi del condannato – che in base all'art. 5 della direttiva (considerando n. 21) costituisce uno dei «fatti specifici» e degli «elementi di prova» dai quali il giudice può trarre la convinzione che i beni da confiscare «derivino da condotte criminose» – vale, invece, da sola a fondare la misura ablativa in esame, allorché il condannato non giustifichi la provenienza dei beni, senza che occorra alcuna ulteriore dimostrazione della loro origine delittuosa» (corsivo aggiunto)¹⁵⁷. Nell'ordinamento spagnolo e nell'ordinamento tedesco, invece, in attuazione della direttiva, la sproporzione è indicata come elemento di prova dell'origine illecita dei beni insieme ad altri elementi fattuali, rispettivamente nella descrizione del *decomiso ampliado* (artt. 127-bis, 127-quinquies e 127-sexies c.p.), e come «crassa sproporzione» nel § 437 Absatz 1 Satz 2 StPO (*Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung BReg418/16, 01/07/2017*).

dal giudice penale e quanto riscosso dal Fisco a seguito della procedura "transattiva", cfr. GOLINO, *Confisca per equivalente in materia di reati tributari. Una sentenza chiarificatrice della Cassazione*, in *Il Fisco*, 2013, 6, 836.

155. Cass., VI, 6 febbraio 2018, n. 10765.

156. Corte cost., 8 novembre 2017 (21 febbraio 2018), n. 33.

157. Cfr. MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE*, cit., 319. Anche la decisione quadro 212/2005 sui poteri allargati di confisca considera, all'art. 3, lett. c), la sproporzione come elemento probatorio nell'ambito di una più ampia prova dell'origine illecita dei beni da confiscare.

In relazione a tale fondamentale elemento, per il resto, la Corte costituzionale conferma autorevolmente l'interpretazione più garantista in base alla quale la sproporzione «non consiste in una qualsiasi discrepanza tra guadagni e possidenze, ma in uno squilibrio incongruo e significativo, da verificare con riferimento al momento dell'acquisizione dei singoli beni», riprendendo l'orientamento affermato nella sentenza Montella delle Sezioni unite e ancor prima sostenuto dalla giurisprudenza in relazione alla confisca di prevenzione¹⁵⁸. La sproporzione non rappresenta un mero elemento indiziario dell'illecita provenienza di tutto il patrimonio, trasformando la confisca *ex art. 240-bis c.p.* da mero strumento di sottrazione dei profitti di origine illecita, a confisca generale dei beni.

Ma soprattutto il giudice delle leggi ha il merito di delimitare l'ambito di applicazione della confisca allargata in esame incorniciando la sproporzione in un quadro di "ragionevolezza temporale", come già affermato da una parte della giurisprudenza¹⁵⁹; ne deriva che la sproporzione va accertata in relazione ai beni acquisiti in un contesto temporale non troppo lontano dal momento in cui è stato realizzato il reato, oggetto di condanna, perché, come afferma la Corte, «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

158. Cass., Sez. I, 28 maggio 2008, Esposito, n. 213572, in Mass. Uff. n. 240091; conforme Cass., Sez. VI, 29 novembre 2013, P.M. in proc. Balducci, n. 47567, in Mass. Uff. n. 258030, *Riv. pen.*, 2014, 2, 204; Cass., Sez. II, 25 ottobre 2013, Coppola, n. 43776, in Mass. Uff. n. 257305; Cass., Sez. V, 1 luglio 2011, Papa, n. 26041, in Mass. Uff. n. 250922; Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2010, Mancin, n. 5452, in Mass. Uff. n. 246083; Cass. 18 febbraio 2009, Pelle, in Mass. Uff. n. 242896, in *Cass. pen.*, 2010, II, 626; Cass., 7 ottobre 2008, Puppa, in *Giur. it.*, 2009, XI, 2499; Cass., Sez. VI, 16 gennaio 2007, Nettuno, n. 721, in Mass. Uff. n. 235607.

159. Cass., Sez. I, 16 aprile (3 ottobre) 2014, n. 41100; Cass., Sez. I, 1 agosto 2014, Balsebre, n. 34136, in Mass. Uff. n. 261202; Cass., Sez. IV, 28 agosto 2013, D'Ettore, n. 35707, in Mass. Uff. n. 256882; Cass., Sez. I, 17 gennaio 2013, Capano, n. 2634, in Mass. Uff. n. 254250; Cass., Sez. I, 27 ottobre 2017 (27/11/2017), n. 53625 che precisa che «la confisca prevista dal d.l. 8 giugno 1992 n. 306, art. 12-*sexies*, non può essere disposta in relazione a beni acquistati dal condannato dopo la sentenza di condanna, giacché, da un lato si vanificherebbe ogni distinzione della disciplina di tale tipo di confisca con quella delle misure di prevenzione e, dall'altro, si attribuirebbero al giudice dell'esecuzione compiti di accertamento tipici del giudizio di cognizione»; «salva l'eventualità che il danaro utilizzato per l'acquisto risulti essere stato in possesso del condannato fin da epoca precedente» (così Sez. I, 11 febbraio 2015, n. 12047, *Rv.* 263096; Cass., sez. I, 23 febbraio 2018, n. 9984). Si precisa, ancora, che «in ogni caso, anche per gli acquisti effettuati "prima" del passaggio in giudicato della sentenza l'assoggettabilità a confisca riguarda quegli incrementi verificatesi a "ragionevole distanza" da esso, mentre quelli molto antecedenti possono essere estranei al reato» (Cass., I, 16 febbraio 2018, n. 19470; Cass., sez. I, 16 aprile (3 ottobre) 2014, n. 41100). Cfr. Cass., Sez. I, 23 marzo 2015, Nikolla, n. 12047, in Mass. Uff. n. 263096; Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2010, Mancin, n. 5452, in Mass. Uff. n. 246083, in *Cass. pen.*, 2011, 610, con nota di VERGINE; Cass., Sez. I, 30 novembre (29 dicembre) 2017, Losito e altri. *Contra* esclude la necessità della ragionevolezza temporale Cass., Sez. II, 20 aprile 2017, Napoli e altro, n. 18951, in Mass. Uff. n. 269657.

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. Si tratta di una delimitazione temporale corrispondente, *mutatis mutandis*, a quella che le stesse Sezioni unite hanno ritenuto operante con riferimento alla misura affine della confisca di prevenzione antimafia, [...] anch'essa imperniata sull'elemento della sproporzione tra redditi e disponibilità del soggetto: misura che si è ritenuta trovare un limite temporale nella stessa pericolosità sociale del soggetto, presupposto indefettibile per la sua applicazione». Addirittura in relazione alla confisca di prevenzione le Sezioni unite stabiliscono che la mancanza della correlazione finirebbe per svuotare la presunzione di origine illecita e trasformare la confisca di prevenzione in una mera pena del sospetto in contrasto con le garanzie costituzionali e sovranazionali del diritto di proprietà (artt. 41 e 42 Cost., art. 1, Prot. 1, C.E.D.U.).

La Corte costituzionale ribadisce, poi, quanto già affermato dalle Sezioni unite nella sentenza Spinelli per la confisca di prevenzione circa il fatto che tale requisito, la ragionevolezza temporale, rende sostanzialmente tale forma di confisca maggiormente conforme al diritto di difesa¹⁶⁰, – evitando di porre a carico del condannato una sorta di *probatio diabolica* circa l'origine lecita di tutto patrimonio in qualunque momento acquisito –, e, quindi, con la stessa presunzione d'innocenza, in quanto pone un più pregnante onere della prova a carico dell'accusa per cui la sproporzione va accertata in relazione ad ogni singolo bene e in un contesto di ragionevolezza temporale. Tale requisito, allora, rende la forma di confisca in esame maggiormente conforme anche al principio di proporzione, delimitandone l'ambito di applicazione. La Corte precisa, infatti, che 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» (corsivo aggiunto).

Pur non pretendendo la ragionevolezza temporale, del resto, anche nella sentenza Montella le Sezioni unite hanno stabilito la necessità di una «ricostruzione storica della situazione dei redditi e delle attività economiche del condannato

160. Nella sentenza Spinelli, Cass., Sez. un. 2 febbraio 2015, Spinelli, n. 4880, in Mass. Uff. n. 26260, si afferma «l'individuazione di un preciso contesto cronologico, entro il quale può essere esercitato il potere di ablazione rende assai più agevole l'esercizio del diritto di difesa, oltre ad assolvere ad ineludibili esigenze di garanzia generica». Cfr. sul punto DI LENA, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *Ind. pen.*, 1999, 1222.

al momento dei singoli acquisti»¹⁶¹, ritenendo che solo se si pretende una simile prova della sproporzione da parte dell'accusa «con riferimento temporale precisamente determinato» non può parlarsi di una violazione del diritto di difesa, in quanto l'onere di allegazione della difesa «non trasmoda perciò in una richiesta di prova diabolica, ma è al contrario di agevole assolvimento»¹⁶².

Rimane chiaramente la problematica mancanza di tassatività di tale elemento¹⁶³, perché mentre in relazione alla confisca di prevenzione si tratta della *correlazione temporale* tra il momento dell'acquisto del bene e il periodo di accertata pericolosità sociale (e quindi di sussistenza di indizi di attività criminale), in relazione alla confisca allargata *ex art. 240-bis c.p.* la determinazione del perimetro temporale è affidata alla mera discrezionalità dell'autorità giudiziaria. Tanto è vero che in altri ordinamenti si preferisce stabilire un termine preciso di vigenza della presunzione di illecita accumulazione patrimoniale, collegato al momento della condanna o della consumazione del crimine (come i sei anni del *Proceeds of Crime Act 2002* britannico in relazione al *confiscation*). A parte il fatto che pur ritenendo che tale interpretazione garantista renda maggiormente pregnante la valenza probatoria del requisito della sproporzione, nonché più elevato l'onere della prova dell'accusa, garantendo una maggiore conformità alla presunzione d'innocenza, – anche come regola della dignità della prova –, rimane il fatto che la forma di confisca in esame, come ogni forma di confisca allargata, attribuisce rilievo probatorio all'eventuale silenzio dell'imputato, laddove fonda la confisca anche sulla mancata giustificazione dell'origine dei beni da parte del condannato

161. Cass., Sez. I, 13 maggio 2008, Esposito, n. 213572, in Mass. Uff. n. 240091; conforme Cass., Sez. VI, 29 novembre 2013, P.M. in proc. Balducci, n. 47567, in Mass. Uff. n. 258030, in *Riv. pen.*, 2014, 2, 204; Cass., Sez. II, 25 ottobre 2013, Coppola, n. 43776, in Mass. Uff. n. 257305; Cass., Sez. V, 1 luglio 2011, Papa e altro, n. 26041, in Mass. Uff. n. 250922.

162. Cass., Sez. un., 19 gennaio 2004, Montella, n. 920, in Mass. Uff. n. 226490. Cfr. Cass. 26 febbraio 2009 (10/03/2009), n. 10549, in *Cass. pen.*, 2010, 3, 1043; Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2010, Mancin, n. 5452, in Mass. Uff. n. 246083; Cass., Sez. I, 20 giugno 2013, Guarnieri Amelia, n. 27189, in Mass. Uff. n. 255633. Cfr. Cass., Sez. II, 15 gennaio 2013, n. 3809, Castello e altri, in Mass. Uff. n. 254512, relativa alla confisca di prevenzione, che, pur non richiedendo la correlazione temporale per confiscare i beni di valore sproporzionato, ha precisato che non si considera «il dato temporale del tutto neutro agli effetti dello scrutinio che il giudice della prevenzione deve condurre», ma lo si considera rilevante sotto il profilo probatorio, richiedendo perlomeno la mancanza di un eccessivo «iato temporale» tale da «scardinare la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale» fondata sui due elementi della pericolosità sociale, anche se risalente, e della sproporzione, e, quindi, in termini positivi pretende una sorta di accertamento indiziario di correlazione temporale non rispetto a specifici reati ma a «un'esperienza esistenziale illecita». Cfr. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni irrisolte ed altre ancora aperte*, in *Foro nap.*, 2012, 440, che fonda tale requisito sul principio di proporzionalità delle sanzioni *ex art. 49, co. 3*, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea secondo cui «l'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato».

163. Cfr. SEGALINA, *Confisca "allargata" e di prevenzione: alcune precisazioni ad opera della Cassazione*, in *Arch. pen.*, 2018, 1.

(definito onere di allegazione e non inversione dell'onere della prova da parte della giurisprudenza)¹⁶⁴.

10. *La confisca per equivalente ex art. 240-bis, co. 2, c.p.* Anche la confisca per equivalente della confisca allargata in esame, prevista nel comma 2-ter dell'art. 12-sexies, e trasposta dal d.lgs. n. 21/2018 nel comma 2 dell'art. 240-bis c.p., è stata modificata dall'art. 31, co. 1, c), della 161/2017, estendendone l'ambito di applicazione a tutte le fattispecie per le quali è prevista l'applicazione della confisca allargata del comma 1.

Mentre originariamente tale forma di confisca introdotta dall'art. 10 del d.l. 92/'2008 nel comma 2-ter¹⁶⁵ dell'art. 12-sexies decr. n. 306/'92, e poi subito riformata dall'art. 2, n. 7, della l. 94/'09, si applicava solo alle fattispecie previste dal comma 2 dell'art. 12-sexies, e cioè ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché a chi fosse stato condannato per un delitto in materia di contrabbando nei casi di cui all'art. 295, 2° co., del t.u. n. 43/'73.

Il legislatore ha così esteso l'ambito di applicazione della confisca di valore della confisca allargata in esame in maniera assolutamente significativa e coerente con la tendenza a potenziare sempre più l'ambito di operatività della confisca, e comunque in maniera corrispondente all'analoga confisca di valore della confisca di prevenzione ex art. 25 d.lgs. n. 159/2011. Mentre originariamente il legislatore aveva ritenuto necessario introdurre questo ulteriore meccanismo sanzionatorio, volto a garantire in maniera draconiana l'efficienza della confisca allargata, solo nel settore della lotta alla criminalità organizzata e al contrabbando, con tale riforma si fa coincidere l'ambito di applicazione della confisca di valore in esame con quello della corrispondente confisca allargata.

La problematicità è determinata dal fatto che la confisca di valore è pacificamente considerata in giurisprudenza una vera e propria pena patrimoniale,

164. Per tutte Cass., Sez. un., 19 gennaio 2004, Montella, n. 920, in Mass. Uff. n. 226490 che pretende la prova esauriente di come si sia economicamente formato il patrimonio; Cass., Sez. I, 27 ottobre 2017 (27/11/2017), n. 53625, che precisa come si tenda a consolidare, con riguardo alla confisca "allargata", un'interpretazione secondo cui non sarebbe richiesta una giustificazione qualificata della legittima provenienza dei beni, ma un'attendibile e circostanziata giustificazione, che il giudice deve valutare in concreto, secondo il principio della libertà di prova e del libero convincimento. Tesi che ha come presupposto la ricostruzione dell'istituto in termini di conformità alla Costituzione, avendo esso introdotto una mera "presunzione relativa" di illecita accumulazione patrimoniale, "escludendo inversioni dell'onere della prova (Cass. 5452/2010 e prima ancora 11049/2001)". Cfr. MAUGERI, "La confisca allargata", cit., 86 ss. e giurisprudenza ivi citata.

165. Nell'originaria versione si prevedeva la confisca per equivalente dell'originario prodotto, profitto o prezzo del reato laddove non fosse possibile procedere alla confisca allargata dei beni di valore sproporzionato; si trattava di un meccanismo piuttosto contorto, cfr. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 176 ss.

che in tale modo viene estesa anche a quelle fattispecie che, come rilevato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2018¹⁶⁶ e sopra esaminato, sono state aggiunte in maniera alluvionale e in base «a logiche chiaramente estranee a quella primigenia dell'istituto», rappresentata dal «contrasto all'accumulazione dei patrimoni della criminalità organizzata, e mafiosa in specie, e alla loro infiltrazione massiccia nel circuito economico».

Si tratta di una forma di confisca per equivalente dei beni oggetto della confisca allargata, e cio dei beni di valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività economica nella disponibilità o titolarità, anche per interposta persona, di un soggetto condannato per determinati delitti, il quale non riesca a giustificare l'origine dei beni; se non è possibile procedere alla confisca allargata «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» (art. 240-bis, co. 2).

Laddove non sia possibile infliggere la confisca *dei beni di valore sproporzionato*, sarà possibile confiscare *altri beni di valore equivalente a quelli di valore sproporzionato* che dovevano essere confiscati. L'oggetto della confisca per equivalente in esame è rappresentato da tutti i beni di valore sproporzionato che non possono più essere direttamente sottratti (perché dispersi, nascosti, alienati,...).

Tale forma di confisca di valore presenta in maniera particolarmente accentuata una *ratio* punitiva, perché snatura l'originaria funzione politico criminale della confisca di valore.

Ad avviso di chi scrive, infatti, e in contrasto con l'orientamento maggioritario¹⁶⁷, la confisca per equivalente dell'originario prodotto, profitto e prezzo del reato svolge la mera funzione di strumento surrogatorio dell'originaria confisca diretta, al fine di garantire l'applicazione della confisca e superare le manovre fraudolente del delinquente volte ad impedire la confisca dell'originario profitto del crimine, assumendo la medesima natura dell'originaria forma di confisca surrogata (in particolare la funzione compensatoria e di riequilibrio economico)¹⁶⁸.

La confisca per equivalente di una forma di confisca allargata, che può colpire tutti i beni di valore sproporzionato, come già evidenziato in altra sede, rappre-

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

167. Tra le altre Cass., 26 maggio 2010, n. 29724; Cass., Sez. I, 28 febbraio 2012, n. 11768, B., in *Riv. pen.*, 2012, 7-8, 754; Cass., Sez. III, 23 ottobre 2013, n. 45951; Cass., Sez. I, 28 febbraio 2012, Barilari, n. 11768, in *Mass. Uff. n. 252297* in relazione alla confisca di valore della confisca di prevenzione; Cass., 5 febbraio 2016, Hadjovich, n. 4908, in *Mass. Uff. n. 266312*; Cass., 10 febbraio 2016, Bevilacqua, n. 5336, in *Mass. Uff. n. 265957*. In tale direzione FONDAROLI, *op. cit.*, 118; ACQUAROLI, *L'estensione dell'art. 12-sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 251; AMISANO, voce *La confisca per equivalente*, in *Dig. disc. pen. agg.*, Tomo I, Torino 2008, 204.

168. MAUGERI, voce *Confisca*, cit., 200 ss.; ID., *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, cit., 695 ss.; nella medesima direzione ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1692 ss.

senta, invece, una degenerazione della natura della confisca per equivalente e di un abuso punitivo privo di una chiara finalità politico criminale¹⁶⁹.

La confisca per equivalente nasce come strumento per combattere i tentativi del reo di frustrare l'applicazione della confisca di beni determinati, ben individuati, che rappresentano il profitto o il prodotto di uno specifico reato, presupponendo che sia stato accertato che dal crimine sia derivato un determinato profitto o prodotto ben *identificato, legato da un nesso di causalità al crimine*, e non sia possibile confiscarlo perché disperso, alienato, nascosto. La confisca per equivalente è il primo fondamentale strumento per superare quel limite delle forme tradizionali di confisca del profitto che richiedono l'accertamento del nesso di causalità tra il crimine e il profitto o il prodotto, quello stesso limite che, come evidenziato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2018¹⁷⁰, ha fatto sorgere l'esigenza di introdurre forme di confisca allargata. In relazione alle forme di confisca allargata che non richiedono l'accertamento del nesso di causalità in questione, ma si estendono a tutti i profitti di valore sproporzionato (o di origine sospetta) in base alla presunzione che la sproporzione costituisca un indizio dell'origine illecita, l'applicazione anche della confisca per equivalente persegue una finalità di efficientismo punitivo di carattere onnivoro e draconiano.

La confisca per equivalente di una forma di confisca allargata, in ogni caso, presuppone che la sproporzione non debba essere interpretata come elemento indiziario dell'illecita provenienza di tutto il patrimonio (trasformando la confisca *ex art. 240-bis c.p.* – o 24 dlgs. 159/2011 – da mero strumento di sottrazione dei profitti di origine illecita, a *confisca generale dei beni, di tutto il patrimonio*¹⁷¹), ma piuttosto come criterio delimitante l'oggetto della confisca, oltre che presupposto fondamentale; in tale direzione la confisca del valore equivalente può assumere un significato solo laddove si accoglie l'orientamento più garantista in base al quale la confisca *ex art. 240-bis c.p.* può colpire solo i singoli beni (o, comunque, cespiti patrimoniali delimitati) rispetto ai quali sia stato accertato dall'accusa il carattere sproporzionato al momento dell'acquisto in un ambito di ragionevolezza temporale, come esaminato e affermato dalle Sezioni unite nella sentenza Montella¹⁷².

*La confisca per equivalente ex art. 240-bis, co. 2, c.p. dovrebbe, insomma, essere applicata solo laddove non sia più possibile confiscare lo specifico bene o cespite in relazione al quale sia stato accertato il carattere sproporzionato dell'acquisto*¹⁷³.

169. *Idem*.

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

171. Cfr. Cass., Sez. VI, 8 maggio 1998, Bosetti, n. 1087, in Mass. Uff. n. 211955 e in *Cass. pen.*, 1999, 3551.

172. Cass., Sez. un., 19 gennaio 2004, Montella, n. 920, in Mass. Uff. n. 226490. Cfr. sentenze citate in nota 149.

173. Cfr., tuttavia, NANULA, *La lotta alla mafia, op. cit.*, 32.

Emerge ancora una volta il paradosso per cui il legislatore ha provveduto a equiparare l'ambito di applicazione della confisca per equivalente in esame a quello della corrispondente fattispecie di riferimento, la confisca allargata ex art. 240-bis c.p., co. 1, mentre non ha provveduto a prevedere una disciplina generale della confisca di valore della confisca diretta e, in particolare, della confisca dell'originario profitto del reato, in attuazione degli strumenti sovranazionali in materia e in conformità all'originaria ratio politico criminale di tale strumento.

Nonostante la Suprema Corte italiana abbia ammesso l'applicazione retroattiva della confisca allargata ex art. 12-sexies d.l. 306/'92, qualificata come misura di sicurezza¹⁷⁴, la confisca per equivalente in esame, o meglio la nuova disciplina che ne estende in maniera rilevante l'ambito di applicazione, non potrà essere applicata retroattivamente in quanto, come accennato, la confisca per equivalente – al di là delle singole discipline – è stata considerata dalla giurisprudenza maggioritaria come una pena per la sua natura intrinsecamente sanzionatoria e deve essere, quindi, assoggetta al principio di irretroattività ex art. 25, co. 2, Cost., come sancito dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 97/'09 e con la sentenza n. 301/2009¹⁷⁵.

11. *Conclusioni.* Il d.lgs. n. 202/2016, emanato in attuazione della Direttiva n. 42/2014, rappresenta un'occasione mancata di riforma razionale e organica dell'istituto della confisca, ancora priva di una disciplina di parte generale adeguata ai mutamenti subiti da tale istituto. Ciò è particolarmente grave in un contesto nazionale e sovranazionale in cui la confisca assume un ruolo sempre più significativo nella lotta al crimine, in particolare del profitto, rappresentando lo

174. Cass., Sez. II, 6 marzo 2003, Scuto Caterina e altri, n. 10575, in Mass. Uff. n. 224858, e in *Foro it.*, 2003, II, co. 514.

175. Corte cost. 20 novembre 2009, n. 301, in *Giur. cost.*, 2009, 6, 4587, ritiene che l'applicazione retroattiva di una confisca che è sostanzialmente una pena andrebbe censurata senza scomodare la normativa comunitaria e la giurisprudenza della C.E.D.U. o l'art. 117 Cost., ma semplicemente sulla base dell'inequivoco dettato dell'art. 25, co. 2, Cost. (cfr. CORSO, *La confisca «per equivalente» non è retroattiva*, in *Corr. trib.*, 2009, 1775); la Suprema Corte, invece, aveva già applicato il principio di irretroattività, richiamando l'art. 7 della C.E.D.U. e la sentenza Welch della Corte europea, ritenendo inapplicabile a tale fattispecie l'art. 200 c.p. in considerazione «della natura eminentemente sanzionatoria dell'eccezionale istituto qui in esame», così Cass., Sez. II, 28 maggio 2008, Puzella, n. 21566, in Mass. Uff. n. 240910; conforme Cass., Sez. II, 10 luglio 2008, Chinaglia, n. 28685, in Mass. Uff. n. 241111; Cass., Sez. III, 20 ottobre 2008, Canisto, n. 39172, in Mass. Uff. n. 241033. Cfr. Cass., Sez. I, 28 febbraio 2012, Barilari, n. 11768, in Mass. Uff. n. 252297 che nega l'applicazione retroattiva della confisca di valore della confisca di prevenzione ex art. 25 d.lgs. n. 159/2011. Ampiamente su tale profilo cfr. MAUGERI, *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/2008): la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte*, in CASSANO (eds.), *Gli strumenti di contrasto ai patrimoni di mafia*, Roma, 112 ss.; ID., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 480 s.

«strumento privilegiato per la neutralizzazione della carica criminogena rappresentata dall'accumulazione dei profitti illeciti»¹⁷⁶. A parte la considerazione che la confisca viene sperimentata dal legislatore anche in funzione di logiche nuove, non meramente repressive o compensative, ma, ad esempio, riparatorie. Si continua a procedere, però, con riforme *ad horas*, per parti separate, con conseguenze deleterie in termini di coerenza del sistema e costringendo, talora, la giurisprudenza a forzature interpretative per conseguire determinati risultati¹⁷⁷. A parte la preoccupante tendenza della stessa giurisprudenza a piegare a istanze repressive qualunque forma di confisca anche in violazione del principio di legalità¹⁷⁸.

Se da una parte il legislatore non ha ritenuto necessario procedere a una riforma organica della disciplina generale della confisca *ex art. 240 c.p.*, dall'altra con il recentissimo d.lgs. n. 21/2018 – che ha dato attuazione al principio di riserva di codice – ha ritenuto opportuno riconoscere il ruolo strategico della confisca *ex art. 12-sexies d.l. 306/1992* rientrando nel modello di confisca allargata prevista dall'art. 5 della Direttiva n. 42/2014, inserendone la disciplina nel codice penale, all'art. 240-bis c.p., così garantendone la conoscibilità e prevedibilità dell'applicazione in conformità al principio di legalità e colpevolezza.

Particolarmente preoccupante risulta, però, la riforma della disciplina di tale forma di confisca allargata da parte della legge n. 161/2017, che, pur con le dovute distinzioni, sembra perseguire la volontà di assimilare la disciplina di tale forma di confisca a quella della confisca di prevenzione, tipico strumento di confisca senza condanna.

Il paradosso è dato dal fatto che dapprima la Suprema Corte ha negato in maniera strumentale la possibilità di assimilare la confisca di prevenzione alla confisca allargata *ex art. 12-sexies*, al fine di negare l'estensione di un regime più garantistico previsto per la seconda alla prima, sottolineando la differenza tra i due istituti sia di natura sia di *ratio* – si pensi alla sentenza Repaci in relazione alla possibilità di addurre i proventi dell'evasione fiscale per giustificare il valore proporzionato dei beni al momento dell'acquisto¹⁷⁹, o alla sentenza della Corte costituzionale 106/2015 che ha negato il ricorso per illogicità della motivazione nei confronti della confisca di prevenzione¹⁸⁰ –. Dall'altra parte, il legislatore ha proceduto con la l. 161/2017 a smantellare il regime più garantistico previsto per la confisca *ex art. 12-sexies*, assimilando la disciplina di quest'ultima a quella prevista per la confisca di prevenzione, cristallizzando così la sua applicazione nel procedimento

176. Così con riferimento agli enti, ACQUAROLI, *La ricchezza illecita*, cit., 167.

177. Si pensi all'interpretazione della nozione di profitto delle Sez. un. nella sentenza Gubert, Cass., Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 10561, in Mass. Uff. n. 258647, in *Dir. pen. cont.* 2013, 12 dicembre, per consentire la confisca del profitto risparmio, derivante dall'evasione fiscale, presso l'ente reale beneficiario del reato, cfr. MAUGERI, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari*, cit., 112 ss.

178. Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *Art. 240 Confisca*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Forti, Seminara, Zuccalà, Padova 2017, 816; Id., voce *Confisca*, cit., 208 ss.

179. Cass., Sez. un., 29 luglio 2014, Repaci, Sez. Un., n. 33451, in Mass. Uff. n. 260247.

180. Corte Cost., 15 aprile (9 giugno) 2015, n. 106.

di esecuzione in mancanza di sufficienti garanzie procedurali, ma soprattutto consentendone l'applicazione anche in caso di prescrizione (dopo una sentenza di condanna) e di morte del condannato (dopo la sentenza definitiva), e senza la possibilità di dimostrare il valore proporzionato degli acquisti attraverso i proventi dell'evasione fiscale, se non addirittura attraverso il reddito imponibile sottratto alla tassazione.

Con tale disciplina, come era già emerso nella nota vicenda della confisca urbanistica¹⁸¹, emerge, inoltre, nella giurisprudenza della Suprema Corte una preoccupante nozione di condanna sostanziale, in caso di prescrizione, ritenuta compatibile con l'applicazione di sanzioni punitive che limitano il diritto di proprietà e la libertà di iniziativa economica, come la confisca allargata. Come affermato anche in relazione al procedimento di prevenzione, la recente riforma incrementa l'utilizzo surrogatorio del procedimento *in rem* volto all'applicazione della confisca allargata, garantendo che indipendentemente o nonostante i limiti del processo penale, si possa almeno sopperire con le misure patrimoniali, "con una repressione meramente sintomatica". Dinanzi all'inefficienza del sistema penale, si vuole garantire l'operatività della confisca come sanzione che non conosce prescrizione, applicabile *sine die*.

D'altronde la confisca allargata *ex art. 12-sexies* (ora 240-bis c.p.) è stata introdotta in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 12-*quinquies*, co. 2, d.l. 306/'1992 che puniva il mero possesso ingiustificato di valori (gli indiziati di associazione mafiosa o di altre specifiche tipologie delittuose¹⁸² ovvero nei cui confronti si procede per l'applicazione di una misura di prevenzione personale, i quali, anche per interposta persona fisica o giuridica, risultano essere titolari o avere la disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, e dei quali non possano giustificare la legittima provenienza; reclusione da due a quattro anni e confisca del denaro, beni o altre utilità)¹⁸³. Come evidenziato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 33/2018, "la formulazione" dell'art. 12-*sexies* d.l. 306/'92 «fu motivata con la necessità di creare un nuovo strumento che fosse in grado, per un verso, di realizzare le medesime finalità che si volevano raggiungere con la disposizione dichiarata illegittima (permettere, cioè, dinanzi ad una situazione di evidente sproporzione tra beni e reddito, di aggredire, nel corso del

181. Cfr. MANES, *Confisca urbanistica*, cit., 2195; 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, 2, 421 ss.

182. *Delitti in materia di contrabbando, o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli articoli 416-bis, 629, 630, 644 e 644-bis del codice penale e agli articoli 73 e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti.*

183. Cfr. Corte cost., 9 febbraio 1994, n. 48 in *Cass. pen.*, 1994, 1455; cfr. CANTONE, *La confisca per sproporzione*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino 2015, 120.

processo penale per reati di criminalità organizzata o a questi collegati, i patrimoni illecitamente costituiti); per altro verso, di recepire le indicazioni offerte da questa Corte con la citata sentenza n. 48 del 1994 (venendo la misura ablativa collegata alla condanna per il reato presupposto, e non già al semplice avvio del procedimento penale)»¹⁸⁴. In continuità con tale *ratio* la riforma del 2017 vuole garantire che la confisca allargata in esame persegua la punizione del possesso ingiustificato di valori, perlomeno nella forma della sottrazione dei proventi illeciti, anche qualora non sarà possibile perseguire il reato principale, in seguito a prescrizione o alla morte.

E allora anche se la confisca *ex art. 240-bis c.p.* rientra nella categoria della confisca allargata contemplata dall'art. 5 della Direttiva n. 42/2014 – pur accontentandosi, come evidenziato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2018¹⁸⁵, di uno standard probatorio più basso (ma la Direttiva prevede solo norme minime senza impedire agli Stati membri di adottare soluzioni più rigorose, anche se meno garantistiche) –, si dovrà verificare, da una parte, se il procedimento di esecuzione destinato all'applicazione di tale forma di confisca, cristallizzato con la riforma introdotta dalla l. 161/2017, rientra nel tipo di procedimento di carattere penale previsto nella proposta di Regolamento europeo, presentata dalla Commissione nel dicembre del 2016, al fine del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca. Dall'altra parte, se tale forma di confisca possa rientrare nell'ambito di applicazione del Regolamento anche quando sia pronunciata in seguito ad un accertamento di responsabilità in una pronuncia di estinzione del reato e nei confronti dei successori.

Il procedimento esecutivo volto all'applicazione della confisca allargata, infatti, sembra rientrare in quella categoria di procedimenti ibridi, – e cioè procedimenti che si svolgono dinanzi al giudice penale, ma senza tutte le garanzie della materia penale (la confisca può essere pronunciata *inaudita altera parte*, non è possibile l'impugnazione in appello, si fonda su una presunzione di continuità di attività criminale e di illecito arricchimento,...) –, ben conosciuti nel settore in esame anche in altri ordinamenti, come esaminato in altra sede¹⁸⁶.

Nell'ultima versione, riformata dal Consiglio in seguito all'accordo dell'8 dicembre 2017, la proposta di Regolamento, in realtà, non pretende più ai fini del mutuo riconoscimento che il provvedimento sia emanato in un procedimento penale in senso stretto, ma si accontenta di *proceedings in criminal matters*; il considerando (13) della Proposta recita che il Regolamento dovrebbe applicarsi a tutti i provvedimenti di congelamento e confisca emessi nel quadro di un'azione penale,

184. Corte cost., 8 novembre 2017 (21 febbraio 2018), n. 33.

185. Corte cost., 8 novembre 2017 (21 febbraio 2018), n. 33.

186. Cfr. 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 *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2017, 2, 248 ss.; ID., *La legittimità della confisca di prevenzione*, cit., 591 ss.

con l'avvertenza che "azione penale" è un concetto autonomo del diritto dell'Unione europea, e che pertanto il Regolamento dovrebbe coprire tutti i tipi di provvedimenti di congelamento e di confisca emessi in seguito a «procedimenti connessi ad un reato»¹⁸⁷, anche provvedimenti emessi *in assenza di condanna definitiva*¹⁸⁸.

In ogni caso, però, la Proposta di Regolamento pretende, ai fini del mutuo riconoscimento, che il provvedimento di confisca sia assunto nel rispetto del diritto al giusto processo previsto nell'art. 6 C.E.D.U. e negli artt. 47 e 48 della Carta europea dei diritti fondamentali, nonché il rispetto della *legislazione rilevante prevista a livello europeo – a partire dalla Carta – sulle garanzie essenziali applicabili ai procedimenti penali* (considerando n. 18). E, allora, il Regolamento dovrebbe rappresentare un incentivo all'adozione di un modello di processo al patrimonio conforme alle garanzie penalistiche, a partire dalla presunzione d'innocenza e dello standard della prova penalistico circa l'origine illecita dei beni. In particolare, per concludere, non si deve dimenticare che anche se nell'*Explanatory Memorandum* della proposta di regolamento si ricorda che la Corte EDU ha ripetutamente considerato conforme all'art. 6 C.E.D.U. e al diritto di proprietà *ex art. 1 del Protocollo Addizionale C.E.D.U.*, forme di confisca senza condanna fondate su presunzioni, in linea con la direttiva 2016/343 sulla presunzione d'innocenza, – purché siano confutabili e «if effective procedural safeguards are respected»¹⁸⁹ –, tuttavia la stessa direttiva 2016/242 pretende il rispetto del diritto al silenzio, quale aspetto importante della presunzione d'innocenza (considerando n. 24). Non si può fondare la prova dell'origine illecita del patrimonio sul silenzio dell'imputato o attribuire ad esso dignità probatoria, come invece avviene normalmente nell'applicazione di forme di confisca allargata, compresa la confisca *ex art. 240-bis c.p.* in relazione alla quale la giurisprudenza pretende la spiegazione esauriente di come si sia economicamente formato il patrimonio¹⁹⁰.

Anche per la confisca allargata in esame, oltre che per la confisca di prevenzione *ex art. 24 d.lgs. 159/2011*, l'adozione del Regolamento rappresenterà una sfida interessante in chiave garantistica se si vorrà garantire il mutuo riconoscimento di tale forma di confisca.

187. Inquietante il considerando 13 laddove precisa che «l'azione penale può comprendere anche indagini penali svolte dalla polizia e da altri servizi di contrasto»; chiaramente ciò dovrebbe riguardare solo i provvedimenti di congelamento.

188. Cfr. MAUGERI, *Prime osservazioni sulla nuova "Proposta di Regolamento"*, cit., 231.

189. *Explanatory Memorandum*, cit., 10.

190. Cass., Sez. un., 19 gennaio 2004, Montella, n. 920, in Mass. Uff. n. 226490; conforme Cass., 17 giugno 1994, Malasisi, n. 2761, in Mass. Uff. n. 198159, in *Cass. pen.*, 1995, 907, con nota favorevole di CERASE; Cass., Sez. II, 14 giugno (19 agosto) 2011, n. 32563, De Castro. Si veda nota 154.