SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCXXXIV

DÉSIRÉE FONDAROLI

LE IPOTESI SPECIALI DI CONFISCA NEL SISTEMA PENALE

Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche

Bononia University Press

Opera realizzata con il contributo di

FONDAZIONE
CASSA DI RISPARMIO
IN BOLOGNA

1473
Fondazione
del Monte
DI BOLOGNA E RAVENNA

Bononia University Press
Via Zamboni 25, 40126 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2007 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 978-88-7395-243-5

Impaginazione: Gianluca Bollina

Stampa: Aslay Fotocomposizione

Prima edizione: agosto 2007

Al mio Maestro
prof. Filippo Sgubbi

e con eguale affetto e riconoscenza
all'avv. Alessandra Albertazzi

Desidero ringraziare di cuore la Scuola Penalistica Bolognese, ai cui valori di libertà e spirito critico mi sono formata.

Al Vicepresidente del Bundesverfassungsgericht, Prof. Dr.Dr. h.c. mult. Winfried Hassemer, devo profonda gratitudine e riconoscenza per le preziose sollecitazioni e per l'affettuosa ospitalità offertami presso la Biblioteca della Corte, immersa nella cornice suggestiva del Parco dello Schloß di Karlsruhe. Qui ho condiviso con la Sig.ra Andrea Hofmann e con gli Assistenti di studio del Vicepresidente una irripetibile ed indimenticabile esperienza umana e scientifica. Molti ringraziamenti rivolgo in special modo all'infaticabile e sempre paziente Staatsanwalt Kai Lohse ed al caro amico Dr. Stefan Sinner.

Sono particolarmente grata all'Avv. Michele Lupo, che nei numerosi soggiorni nisseni non solo mi ha aperto le porte della Sua ricca biblioteca, ma ha messo al servizio della ricerca rare perle di esperienza e sensibilità giuridica.

Il grazie che esprimo a mio marito Elio Romano Belfiore ha radici lontane e va al di là del significato della parola.

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BT-Dr	Bundestag Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Cass. pen.	Cassazione penale
Corr. mer.	Il corriere del merito
Dig. Disc. Pen.	Digesto delle discipline penalistiche
Dig. it.	Digesto Italiano
Dir. & giust.	Diritto e Giustizia
Dir. prat. trib.	Diritto e pratica tributaria
Dir. pen. proc.	Diritto penale e processo
DStR	Deutsche Steuerrecht
Fall.	Il Fallimento
Foro it.	Il Foro italiano
GG	Grundgesetz
Hrr-strafrecht	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Novis. Dig. It.	Novissimo Digesto italiano
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Resp. amm. soc.enti	La responsabilità amministrativa delle società e degli enti
Riv. trim. dir. pen. ec.	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
Riv. it. dir. proc. pen.	Rivista italiana di diritto e procedura penale
Rn.	Randnote
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StrV	Strafverteidiger
VuR	Verbraucher und Recht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Indice ragionato

Il primo approccio al tema della ablazione patrimoniale nel sistema penale suscita un inquietante senso di disorientamento.

Nell'approfondimento dell'analisi la sensazione non si attenua: anzi, dalla proliferazione delle ipotesi speciali di confisca si desume che anche per la giurisprudenza questo nuovo "modello" costituisce un universo in espansione, le cui connessioni con altri istituti rappresentano altrettante galassie in gran parte ancora insondate.

Si deve registrare una netta linea di demarcazione tra la confisca-misura di sicurezza patrimoniale *ex* art. 240 c.p. e le figure speciali di confisca (cap. IV, par. 1), che si segnalano per le peculiarità comuni alla loro disciplina: obbligatorietà (cap. IV, par. 1), con particolare riferimento al "profitto" del reato (cap. I, par. 6), anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti (cap. IV, par. 2); estensione della ablazione a beni di valore equivalente (cap. IV, parr. 3 e 4).

La misura di prevenzione patrimoniale (artt. 2 *ter* ss. Legge n. 575/1965: cap. III, parr. 1.1-1.7) e la confisca *ex* art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992 (cap. III, parr. 2.1-2.5) rimarcano la rilevanza della "relazione soggettiva", che si trova alla base della normativa "antimafia" (cap. III, par.1). Anche la disciplina penale societaria (in ordine ai reati *ex* artt. 2621 ss. c.c. – cap. VI, par. 1 -, ai c.d. abusi di mercato – cap. VI, par. 4 – e alla disciplina posta a tutela del risparmio – cap. VI, par. 5) e la legislazione relativa alla responsabilità "da reato" degli enti (cap. VI, parr. 2 e 3) testimoniano della tendenziale rinuncia del Legislatore alla confisca dei beni "pertinenti" al reato (cap. I, par. 1) a favore della re-introduzione di figure *lato sensu* di "confisca generale" (cap. I, parr. 2 e 6), che registrano nei fatti una significativa compres-

sione dei diritti non solo dell'interessato (cap. VIII, par. 1), ma – nonostante il tenore delle norme – anche del "terzo" (cap. VII, par. 1), individuato, a seconda dei casi, nella "persona estranea al reato" (cap. VII, parr. 2 e 3), nella "persona offesa" e nel "danneggiato" (cap. VII, par. 8), nel "terzo di buona fede" (cap. VII, parr. 4-7).

Insufficiente appare infatti la tutela accordata ai terzi rispetto alla confisca prevista dal D.lgs. n. 231/2001, soprattutto in relazione ai c.d. gruppi societari (cap. VII, parr. 9 e 10), all'interno dei quali si pone anche la questione della "estraneità" degli amministratori della società *holding* rispetto al reato attribuito ai vertici delle controllate (cap. VI, par. 1).

Il "prelievo del profitto" viene a costituire una categoria generale (cap. I, par. 2), che di fatto non è circoscritta dalla tassazione dei proventi (cap. I, par. 5) e può riguardare l'intero patrimonio del soggetto (cap. I, par. 6), senza una apprezzabile delimitazione sotto il profilo della natura dei beni aggredibili, come esemplificativamente rappresentato dagli strumenti finanziari dematerializzati e/o decratolarizzati (cap. I, par. 7).

La misura ablativa è una *sanzione patrimoniale* (cap. I, par. 3), ma, principalmente, è diventata una *sanzione penale* a pieno titolo, con *nuances* variamente connotate in senso afflittivo e risarcitorio-ripristinatorio (cap. I, par. 4): talora "pena principale" (art. 19, D.l. n. 231/2001: cap. VI, par. 2) – anzi: destinata a divenire pena principale "comune" (cap. I, par. 4); più spesso, al momento, "pena accessoria" (cap. I, par. 4); qualche volta addirittura applicata a titolo di responsabilità oggettiva (come nel caso della previsione dell'art. 6, comma 6 D.lgs. n. 231/2001: cap. VI, par. 3); quasi costantemente anticipata alla fase delle indagini preliminari attraverso lo strumento del sequestro preventivo finalizzato alla confisca, secondo la disciplina dell'art. 321, comma 2 c.p.p. (cap. V), ovvero, per quanto riguarda la responsabilità "da reato" degli enti, dell'art. 53 D.lgs. n. 231/2001, che (assieme alle altre disposizioni in materia di ablazione) contribuisce alla "interdizione di fatto" dell'attività d'impresa (cap. VI, par. 6).

La direttrice, evidente nell'ambito delle strategie di contrasto alla c.d. criminalità economica (cap. VI), è condivisa dalla normativa internazionale (cap. II, par. 2) e da quella europea sovranazionale (cap. II, parr. 1 e 10), che si è espressa direttamente attraver-

so decisioni quadro in materia di confisca (2005/212/GAI: cap. II, par. 8) nonché di esecuzione di provvedimenti di blocco dei beni e sequestro probatorio (2003/577/GAI: cap. II, parr. 3-7) e di riconoscimento delle decisioni di confisca (2006/783/GAI: cap. II, par. 9): sintomatica in tale contesto la legge 16 marzo 2006, n. 146, che ha dato esecuzione alla Convenzione Onu contro il crimine organizzato transnazionale, introducendo una disciplina foriera di molteplici perplessità (cap. II, par. 11).

Il consolidato affievolimento del rapporto di derivazione tra reato e beni oggetto di ablazione (cap. I, par. 1) e la sostanziale "intangibilità" dei provvedimenti cautelari (cap. V, parr. 1, 2 e 4) – soprattutto avuto riguardo alla ablazione di beni di valore equivalente (cap. IV, parr. 3 e 4; cap. V, par. 1) – esigono una riflessione sulle nuove figure di apprensione dei beni.

Breve. Dalle premesse poste scaturisce l'esigenza di una rinnovata attenzione verso le guarentigie costituzionali, purtroppo scarsamente avvertita dalla Consulta (cap. VIII, par. 2), che si è mostrata piuttosto tiepida a fronte della necessità di estensione delle garanzie penalistiche alla ablazione patrimoniale (artt. 3, 25 e 27 Cost.), né ha rilevato patenti violazioni del diritto-libertà di proprietà in alcune figure paradigmatiche (come la confisca per equivalente) (cap. VIII, par. 1). Eppure la duplice natura del "patrimonio" – quale bene "da proteggere" e bene "da cui proteggersi" – dovrebbe suggerire assunzioni di posizioni più ardite (cap. I, par. 1).

Consapevole della rilevanza degli interessi in gioco (cap. VIII, par. 4), invece, il cammino intrapreso, ad esempio, dal "Giudice delle Leggi" (*Bundesverfassungsgericht*) della Repubblica Federale Tedesca, che, con riferimento alla acquisizione pubblica ed alla confisca (cap. VIII, par. 3), ha invocato i *Grundrechte* in funzione di garanzia dei diritti fondamentali dei singoli (cap. VIII, parr. 5 ss.) – indagati/imputati e terzi – trovando ascolto nella riforma dell'istituto del *Rückgewinnungshilfe* (cap. VIII, parr. 3 ss.) nel tentativo di prospettare qualche ipotesi di soluzione, particolarmente utile appare rivolgere lo sguardo a tale esperienza.

Capitolo I

LE IPOTESI SPECIALI DI CONFISCA: UN PERCORSO "*À REBOURS*"

1. *Il duplice ruolo del patrimonio* nel *diritto penale. L'ablazione dei beni dalla "confisca speciale" alle "ipotesi speciali di confisca"*

Il patrimonio (e/o la proprietà) continua a catalizzare l'attenzione del legislatore penale: non più, *rectius*: non solo, come "bene" o "interesse" (o diritto fondamentale, ovvero libertà) meritevole di tutela, ma anche e soprattutto come "bersaglio privilegiato" dell'intervento punitivo: in tale prospettiva esso viene in considerazione per la sua dimensione "sintomatica" di arricchimento di origine illecita, ovvero per la sua vocazione di "strumento" orientato alla commissione e perpetuazione di reati.

Dal duplice ruolo assunto dal patrimonio – "bene" da proteggere e (al contempo) bene "da cui proteggersi" – deve necessariamente muovere una riflessione sulle ipotesi speciali di confisca.

Non da oggi gli studi più avanzati in materia di "reati contro il patrimonio" hanno messo in evidenza che la categoria, da un lato, corrisponde alla funzione formale di proteggere il diritto soggettivo di proprietà o altri diritti soggettivi patrimoniali dell'individuo; dall'altro – e in ciò sta l'anomalia della disciplina del codice penale sul punto – dà respiro all'esigenza di garanzia reale della libertà di movimento economico[1].

Tale funzione di salvaguardia della libertà economica a fronte di restrizioni limitanti la circolazione dei beni e dei capitali opera in un contesto di impulsi contraddittori.

---

[1] F. Sgubbi, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e "reati contro il patrimonio"*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 29 e ss.

In primis si dilata l'area delle fattispecie che prestano tutela a fronte delle aggressioni del patrimonio. Si pensi, ad esempio, al delitto di false comunicazioni sociali *ex* art. 2622 c.c. e ai c.d. reati di infedeltà societaria (artt. 2634 e 2635 c.c.), regolati dal D.lgs. 11 aprile 2001, n. 61, in parte ritoccato D.lgs. 28 dicembre 2005, n. 262, contenente "*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*"[2].

In tale cornice si inseriscono altresì alcune considerazioni basate sulla qualificazione dei reati "a sfondo" patrimoniale (*id est* non solo quelli che offendono il bene giuridico "patrimonio", ma anche i diversi illeciti penali che consentono un arricchimento economico-finanziario) in termini di reati, per così dire, di "trasferimento": attraverso di essi ciò che si ottiene – o si intende ottenere, nel caso dei reati punibili a titolo di dolo specifico di lucro o di profitto[3] – corrisponde a ciò che la persona offesa perde – o rischia di perdere.

A riguardo la questione del risarcimento del danno e/o la riparazione dell'offesa si colora di sfumature distinte da quelle che si manifestano per i reati in generale. È infatti in ordine ai reati contro il patrimonio che la demarcazione tra responsabilità civile e responsabilità penale corre sul filo di lana della progressione nella gravità della lesione o del pericolo per il bene giuridico protetto (patrimonio o diritti patrimoniali)[4]. L'intensificarsi di forme di reintegrazione in corrispondenza di determinati reati non è solo il frutto della adesione a moderne rielaborazioni della funzione general- o specialpreventiva[5], quanto piuttosto

---

[2] Per tutti cfr. E. Musco, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2007[3], p. 53 e p. 197 e s.

[3] É il profitto che "costituisce, di regola, il movente che ispira la consumazione dei reati": così la *Relazione al D.lgs. n. 231/2001* (par. 6.1), oggi anche in *Appendice* a A. Fiorella, G. Lancellotti, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 158; F. Sgubbi, *Delitti contro il patrimonio. Parte prima: profili generali*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, a cura di S. Canestrari, A. Gamberini, G. Insolera, N. Mazzacuva, F. Sgubbi, L. Stortoni, F. Tagliarini, Monduzzi, Bologna, 2006[4], 537 ss.

[4] F. Sgubbi, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, cit., p. 9 e ss.

[5] In senso favorevole alla *Wiedergutmachung* come sanzione autonoma "nel segno della (general- e special-) prevenzione positiva" cfr. A. Manna, *La vittima del reato: "*à la recherche*" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Giuffrè, Milano, 2006, I, p. 997 e ss., in particolare p. 1000, nota (114); per alcune considerazioni

indice della collocazione delle fattispecie *de quibus* nell'"aura" dei reati "contro il patrimonio". Basti pensare alla disciplina in materia della responsabilità degli enti di cui al D.l. n. 231/2001, nella quale il risarcimento del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose, a determinate condizioni, consente la riduzione della sanzione pecuniaria (art. 12, comma 2, lett. a)), ovvero l'esclusione dell'applicazione delle sanzioni interdittive (art. 17, lett. a)).

Sotto altro profilo, i flussi economico-finanziari sono divenuti terreno di elezione in cui prospera e si consolida la criminalità organizzata: nozione divenuta molto ampia e tale da ricomprendere, oltre alla mafia e alle altre associazioni a questa assimilabili, tutti i fenomeni di aggregazione criminale tendenzialmente stabile e articolata, non ultime le "bande" terroristiche.

L'arricchimento maturato in determinati contesti ritenuti "contaminati" acquista rilevanza di indicatore del sospetto di attività criminali, e quindi, di "rischio" per la collettività. La "misura di precauzione" non si fa attendere: e il patrimonio si trasforma in obiettivo primario della sanzione. In una simile prospettiva il meccanismo della confisca, progressivamente mutuato dalle figure sperimentate nell'ambito della "lotta al crimine organizzato", si impone come modello di "prevenzione *sui generis*"[6], che trova sponda nella poliedricità che connota la misura[7].

Il carattere insidioso di una siffatta operazione si manifesta in tutta la sua gravità sotto diversi profili, come conferma il prosieguo del nostro studio.

La sanzione ablativa (sia nella forma definitiva della confisca sia in quella cautelare del sequestro) diventa il *Leitmotiv* di tutte le recenti riforme legislative, ad esempio, in materia di terrorismo internazionale[8], di tutela dei beni culturali e del paesaggio (D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 174), di tutela del diritto d'autore[9]; infine, di strate-

---

critiche in ordine a tale prospettiva si consenta di rinviare a D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 380 e ss.

[6] G. Fiandaca, *Confisca dei patrimoni illeciti*, in Aa.Vv., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Atti del III Convegno Internazionale promosso dal Centro Studi Giuridici "Francesco Carrara" Lucca (Lucca, 24-25 maggio 2002), Giuffrè, Milano, 2005, p. 158.

[7] Cfr. *infra* par. 4.

[8] Cfr. cap. II, par. 2.

[9] Cfr. cap. IV, par. 1.

gie di contrasto al reato transnazionale, non escluse quelle consistenti nella rivisitazione delle normativa di determinati settori[10].

Ma non solo. Esiste anche un "danno" alla collettività che la "sanzione patrimoniale" mira a risarcire, come si dirà tra breve: una sorta di lesione al principio "etico" della acquisizione lecita dei patrimoni. In tale contesto la minaccia costituita dalla ablazione dei "beni", in misura maggiore o minore connessi al reato (si pensi alla c.d. confisca per equivalente)[11], è chiamata ad operare in chiave di prevenzione generale e speciale[12]: sotto questo profilo, con granitica coerenza nel corso del tempo[13].

Una lettura anche superficiale del quadro normativo sovranazionale[14] e dei singoli ordinamenti europei rivela che gli strumenti di "prelievo" (o "scrematura: *Gewinnabschöpfung*) dei proventi (anche, ma non solo illeciti) costituiscono il nucleo degli recenti interventi "punitivi" dello Stato: dalla *Vermögensstrafe ex* § 43a StGB dichiarata costituzionalmente illegittima[15], all'ipotesi prevista dall'art. 12 *quinquies* D.l. n. 306/1992[16]; dalla confisca di beni di valore sproporzionato di cui il reo non è in grado di giustificare la provenienza – sia in sede di misura preventiva (art. 2 *ter* Legge n. 575/1965)[17], sia in sede di condanna definitiva (art. 12 *sexies* D.l. n. 306/1992)[18], o che si suppone siano stati ottenuti per commettere un reato o in conseguen-

---

[10] Cfr. cap. II, par. 11. Oltre che di interventi di carattere più generale, si pensi al progetto di riforma del codice penale licenziato dalla Commissione Nordio (cfr. *infra* par. 2).

[11] Cfr. cap. IV, par. 3.

[12] Particolarmente efficace la ricostruzione di W. Hassemer, *Vermögen im Strafrecht: Zu neuen Tendenzen der Kriminalpolitik*, in «Wertpapier Mitteilungen-Sonderbeil.», n. 3, 1995, p. 4.

[13] Sulla "continuità di fondo" degli istituti ablativi nel quadro degli strumenti sanzionatori cfr. A. Alessandri, voce *Confisca nel diritto penale*, in «Dig. disc. pen.», III, 1989, p. 42.

[14] Si veda cap. II.

[15] Nel senso della *Vermögensstrafe* quale strumento di "scrematura" già S. Barton, *Läßt sich die Vermögensstrafe (§ 43a StGB) verfassungskonform anwenden?*, in *20. Strafverteidigertag vom 22-24. März in Essen-Aktuelles Verfassungsrecht und Straverteidigung*, Ed. Der Andere Buchladen, Köln, 1996, p. 155 e ss., p. 157; *amplius* cfr. cap. VIII, par. 5.

[16] Cfr. cap. III, parr. 2.1 e ss.

[17] Cap. III, parr. 1.1 e ss.

[18] Cfr. cap. III, parr. 2.1 e ss.

za di esso[19] – alla già citata confisca per equivalente; dalla confisca in materia penale societaria e di intermediazione finanziaria[20], a quella indicata come sanzione applicabile a fronte della responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche[21].

I provvedimenti legislativi più recenti comuni ad ordinamenti tradizionalmente "vicini" a quello italiano (ad esempio, quello tedesco) propongono l'ablazione dei "proventi" quale misura autonoma ovvero estensione dell'applicazione di figure classiche come l'*acquisizione pubblica* e la *confisca*[22]. E ciò a prescindere dalla veste "formale" che essa assume: sia sanzione penale o amministrativa, l'intervento statale fondato sul modello ablativo (nella forma definitiva della confisca/acquisizione pubblica, ovvero in quella provvisoria del sequestro), sebbene con diversità di conseguenze, rappresenta lo strumento ritenuto più efficace. Lo confermano non solo la decisione quadro n. 2005/212/GAI[23] e la Convenzione Onu relativa alla criminalità organizzata transnazionale[24], ma anche la spontanea produzione normativa sviluppatasi autonomamente nelle singole realtà nazionali[25].

L'esigenza primaria della individuazione di idonei strumenti di contrasto alla criminalità organizzata è alla base di scelte di politica criminale che, concentrandosi sulla aggressione dei "profitti" criminali, consentono deviazioni significative dai principî fondamentali, destinate ad un incremento esponenziale: poiché è evidente che l'attività della c.d criminalità organizzata tende, per un verso, ad espandersi a settori sempre nuovi, operando attraverso la commissione di reati comuni e soprattutto di reati "a sfondo economico" (societari, tributari, violazioni delle leggi a protezione del mercato e del risparmio); per

---

[19] Si pensi alla c.d. acquisizione pubblica allargata (*erweiterter Verfall ex* § 73d StGB) nota nel sistema tedesco: cfr. cap. VIII, par. 6.

[20] Cfr. cap. VI, par. 1, 4 e 5.

[21] Cfr. cap. VI, parr. 2 e 3.

[22] Cfr. cap. VIII, par. 3.

[23] Cfr. cap. II, par. 7.

[24] Cfr. cap.II, par. 10.

[25] Si pensi alla riforma tedesca relativa all'ausilio per il recupero dei proventi e l'apprensione dei beni in ordine alle fattispecie penali ("*Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten*"): *amplius* a riguardo cfr. cap. VIII, par. 9.

l'altro, a manifestarsi attraverso nuove forme di attività, in sé assolutamente lecite. Quelle peculiarità che hanno condotto a stigmatizzare l'associazione finalizzata alla commissione di reati e/o all'ottenimento del controllo economico e politico dei gangli vitali della società attraverso intimidazione e omertà, e che, non del tutto senza riserve, hanno prodotto l'elaborazione di una disciplina specifica e "eccezionale" – si pensi alla normativa scaturita dall'introduzione dell'art. 416 *bis* c.p. – si sono trasformate in indicatori che solo da lontano riecheggiano il fenomeno originario: la "criminalità organizzata" cui guarda il legislatore attuale, anche su suggestione della normativa sovranazionale (alla quale si deve, ad esempio, l'introduzione della nozione di "gruppo criminale organizzato")[26], non è la "vecchia" mafia (o altra organizzazione a questa equiparabile), ma rappresenta un fenomeno nebuloso dai contorni indefiniti, di cui genera allarme soprattutto la facilità di mimetizzazione e la disponibilità di risorse umane ed economiche. Ed è proprio la via del profitto quella che – come da tempo osservato da attenta dottrina[27] – il legislatore cerca di ostacolare.

In questo contesto norme originate per colpire fenomeni di "mafia" operano ora anche nei confronti di coloro che commettono reati che non sono appannaggio delle associazioni aventi caratteristiche analoghe a quella per cui le misure sono nate: così è, ad esempio, per l'art. 12 *sexies* D.l. n. 306/1992 – tipica ipotesi di misura "antimafia" – il cui spettro di azione si è enormemente dilatato[28].

Non solo. La commissione di reati "comuni" o "propri", tipici del settore imprenditoriale-economico, ma inseriti nelle "liste" previste dalle singole norme, determina l'estensione ai rispettivi autori di misure in origine previste per colpire fenomeni di certa dimensione e qualità, tendenzialmente espressione di discipline derogatorie, anzi: eccezionali.

La c.d. criminalità economica (che ingloba anche la c.d. criminalità d'impresa), riconducibile, alla stregua di una espressione connotata in senso tipizzante, alla macroarea della "criminalità del pro-

---

[26] Cfr. cap. II, par. 10.

[27] L. Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Cedam, Padova, 1997; A. Alessandri, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 2103 e ss.

[28] Cfr. cap. III, parr. 2.1 e ss.

fitto"[29] – a prescindere dalla sua attribuzione ad un individuo o ad una pluralità organizzata di soggetti – viene a costituire l'oggetto del nuovo orientamento della politica criminale: l'espressione sottende un *Oberbegriff* comprensivo non solo della c.d. criminalità dei colletti bianchi[30], ma in generale dell'insieme dei reati che specificamente producono accumulazione di ricchezza.

Dalla "lotta" alla criminalità organizzata alla "lotta" alla criminalità economica *lato sensu* intesa il passo è relativamente breve[31]: viatico per il cammino è un cospicuo bagaglio di interventi preventivi corredati da una sensibile riduzione del ruolo preminente delle garanzie. In particolare, le "nuove" ipotesi di confisca[32], che mantengono "una logica sostanzialmente sanzionatoria", sono chiamate a operare "in chiave di prevenzione e di strumento strategico di politica criminale, inteso a contrastare fenomeni sistemici di criminalità economica e di criminalità organizzata"[33], accomunati dal fattore economico della produzione di ricchezza illecita.

---

[29] L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit.; sulla riconducibilità al concetto sia dei reati d'impresa che dell'impresa criminale cfr. altresì A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., p. 2130.

[30] Per una analisi della evoluzione della elaborazione dottrinale dai "*white-collar* crimes" di E.H. Sutherland alla categoria dei "corporate crimes", che trova fondamento nel profilo dell'"organizzazione", cfr. A. Racini, *Il criminale economico nella ricerca criminologia: dall'opera di Sutherland alle più recenti formulazioni teoriche*, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 2005, p. 677 e ss. Parte della dottrina evidenzia che alcuni fattori, pur essenziali alla attività dell'ente economico organizzato in forma d'impresa, al contempo "predispongono la società alla commissione di reati", facendo della stessa un "soggetto a rischio": C. de Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 249 e ss.

[31] Sul punto cfr. A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, Padova, 2001, p. 464 e ss.

[32] Il numero delle ipotesi speciali di confisca non è facilmente calcolabile nel sistema del codice e soprattutto delle leggi complementari, come ricordato anche da A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., p. 2112 e ss., nota (28), ed è destinato ad aumentare, anche in considerazione del sostanzioso impulso europeo a favore della diffusione di tale strumento di intervento. Nelle pagine seguenti molte di tali norme verranno richiamate in corrispondenza degli argomenti trattati.

[33] Cass. Sez. V pen., 16 gennaio 2004, Napolitano, in «Foro it.», 2004, II, c. 690. Nel contesto dei modelli mutuati dall'arsenale tipico delle strategie di contrasto alla criminalità organizzata, l'istituzione di una Commissione per la razionalizzazione, armonizzazione e semplificazione delle procedure relative (tra l'altro) alla "gestione dei beni confiscati ed in giudiziale sequestro" con riferimento particolare all'ambito di applicazione della responsabilità degli enti (D.m. 19 marzo 2007, in www.giustizia.it).

Peraltro, a partire dal sequestro-confisca di prevenzione (Legge n. 575/1965)[34] – da cui ha tratto origine la confisca *ex* art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992 (il "motore immobile", in origine con valenza meramente settoriale, delle moderne figure di ablazione) – il carattere preventivo e l'efficacia sanzionatoria si saldano in un composto inscindibile replicato in diverse disposizioni di analogo contenuto.

Per vero, si tratta di un "percorso" tracciato anche sul piano internazionale[35], ma rispetto al quale – come nell'esperienza della Corte costituzionale tedesca[36] – si cominciano ad intravedere i prodromi di una riflessione critica in ordine non solo alla esigenza del contemperamento degli interessi in gioco, ma anche al sofferto rapporto con la normativa comunitaria.

2. *Dal principio del "prelievo dei profitti" alla "confisca del patrimonio". I Progetti di riforma del Codice Rocco (cenni)*

Le "cose" appartenenti a singoli o a enti acquisibili da parte dello Stato hanno assunto la colorazione di una "massa" dai contorni molto indefiniti.

Anche l'ambivalenza dei termini utilizzati dal legislatore italiano contribuisce a trasformare l'incertezza della forma in indeterminatezza della sostanza: ne conseguono perenni diatribe a proposito della identificazione della natura giuridica degli istituti e, soprattutto, delle ripercussioni circa la disciplina ad essi applicabile.

Sul punto la vicenda delle misure ablative del patrimonio appare esemplare: come si vedrà, confisca (e sequestro) hanno ad oggetto, nei diversi contesti, prodotto, profitto o prezzo del reato, ovvero "cose che servirono o furono destinate a commettere il reato" (art. 240 c.p.); il "frutto di attività illecite" (art. 2 *ter* Legge n. 575/1965, in materia di misure di prevenzione); "beni o utilità di cui il con-

---

[34] Sul duplice carattere preventivo e sanzionatorio della confisca di prevenzione cfr. A. Gialanella, *Patrimoni di mafia. La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Esi, Napoli, 1998, p. 165 e ss.

[35] F. Herzog, *Gewinnabschöpfung unter der Flagge der positiven Genaralprävention*, in «JR», 2004, p. 494; cfr. altresì cap. II.

[36] Cfr. *infra* cap. VIII.

dannato non può giustificare la provenienza" (art. 12 *sexies* D.l. n. 306/1992, c.d. legge antimafia); "somme di danaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato" (art, 19, comma 2 D.lgs. n. 231/2001, disciplinante la responsabilità "amministrativa" degli enti); "somma di danaro o beni di valore equivalente" al prodotto o profitto del reato e beni utilizzati per commetterlo (art. 2641 c.c.: confisca applicabile in relazione ai reati societari previsti dal Titolo XI del Libro V del codice civile). In molti di queste ipotesi la collocazione sistematica – oltre che evidentemente la natura giuridica – dei rispettivi istituti appare non esplicitata.

Mentre le prestazioni patrimoniali hanno costituito tradizionale approdo dell'intervento punitivo statale, l'ablazione dei beni in ambito penale ha attraversato stagioni diverse, come si dirà. La questione è che il processo *in itinere* segna il passaggio, sia pure attraverso forme mediate, dalla confisca di singoli beni "pertinenti" al reato a tutti i cespiti che compongono il patrimonio dell'"autore", ovvero della persona giuridica a vantaggio o nell'interesse della quale è stato commesso il reato.

La confisca generale del patrimonio e dei beni è stata riguardata negli ultimi due secoli come un retaggio arcaico[37]. Nell'art. XLV della *Riforma penale di Pietro Leopoldo* del 1786[38] si precisa che la "confiscazione dei beni" costituisce una "vera violenza, e appropriazione illegittima, che fa il governo della proprietà delle sostanze altrui", "mentre la persona del Reo è la sola che per soddisfare al Delitto, è soggetta alla Legge, e alla Pena, e i di lui beni non possono essere giustamente obbligati che per la refezione dei danni di ragione dovuta a chi li ha sofferti, o per qualche Multa pecuniaria nei casi nei quali non giunga l'afflittiva". Si stabilisce quindi che deve essere "affatto tolta, e abolita dal genere delle Pene in qualunque caso la Confiscazione dei

---

[37] Di fondamentale importanza la ricostruzione storica dell'istituto di Cesare Civoli, in *Confisca* (*diritto penale*), in «Dig. it.», VIII-I, 1896, p. 893 e ss.

[38] L'abolizione della "confiscazione dei beni" era contenuta già nella *veduta 14* del *Progetto iniziale* del 1783, mentre una riduzione dell'applicabilità della misura emergeva nei "*Motupropri*" del 10 ottobre 1780 e 24 marzo 1781, richiamati dallo stesso testo della *Riforma* (si veda nota successiva). Quest'ultima è stata profondamente influenzata dallo scritto *Dei diritti e delle pene* di Cesare Beccaria, pubblicato anonimo a Livorno nel 1764.

beni, e che non se ne possa fare uso giammai veruno dei Nostri Tribunali, né per qualunque Delitto atrocissimo che fosse"[39].

Nonostante la confisca dei beni[40] sia stata sostituita dalla "confisca speciale"[41], riguardi cioè l'apprensione di singole cose attinenti o collegate alla commissione del reato[42], tuttavia le ipotesi "speciali di confisca", ovvero le nuove ipotesi che si pongono in termini derogatori rispetto alla disciplina di cui all'art. 240 c.p., rappresentano per molti versi un regresso nell'ambito dell'istituto giuridico in esame.

L'espropriazione del patrimonio o dei beni è sopravvissuta come una "cellula in sonno" all'avvento delle istanze libertarie accompagnate dall'emergere del valore preminente della proprietà del singolo alla fine del XVIII secolo[43], ma si è rinvigorita nell'ultimo decennio in ragione di presunte esigenze di effettività e di istanze volte ad impedire che "il delitto paghi".

Invero nessuna valutazione può prescindere dalla constatazione che esiste sottotraccia una vocazione mai sopita della confisca a so-

---

[39] Il testo riprodotto è tratto dalla seconda edizione ufficiale – quella definitiva – della *Riforma*, stampata a Firenze nel 1786, e riproposta nel secondo dei due volumi pubblicati a cura di D. Zuliani, *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 179 e ss.; particolarmente interessante la ricostruzione dei giuristi e studiosi chiamati ad esaminare e commentare il testo (cfr. pp. 180 e ss.; la *Leopoldina*, a partire dal *Progetto iniziale* alle *Minute*, sino alle edizioni a stampa, è dettagliatamente illustrata con ampie annotazioni esplicative nel primo volume dell'opera citata). Come ricorda A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., 2113, nota (28), ipotesi di "confisca dei beni" (congiunte allo scioglimento dell'organizzazione o dell'associazione illecita) sopravvivono nel sistema vigente: così gli artt. 3 e 5 l. n. 17/1982 (in materia di associazioni segrete) e l'art. 7 d.lgs. n. 122/1993 (in tema di discriminazione razziale, etnica e religiosa).

[40] Per la verità, nel *Progetto defintivo del Codice penale* (in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, I parte, Roma, 1929, p. 74 e ss., par. 54) si trova traccia della "confisca generale" prevista, nell'ambito delle pene accessorie, per taluni delitti gravissimi: "l'efficacia intimitradrice deriva dal carattere stesso di tale pena, che raggiunge il condannato e lo colpisce, anche nei casi di latitanza e di fuoriuscitismo"

[41] C. Civoli, *Confisca (diritto penale)*, cit., p. 899.

[42] F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007[5], p. 938 e ss.

[43] Nonostante le diverse modulazioni, la confisca presenta una continuità di fondo sino al Codice Rocco, passando attraverso il Codice Zanardelli (per alcuni cenni storici si veda A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, cit., p. 42); per un raffronto tra il codice penale sardo esteso al Regno d'Italia e il Codice Zanardelli cfr. C. Civoli, *Confisca*, cit., p. 899 e ss.

stenere energicamente l'"interesse fiscale dello Stato"[44], la quale si ripropone in tutti i casi in cui le ipotesi speciali di confisca consentono l'ablazione di beni non collegati alla commissione del reato da un vincolo di pertinenzialità.

Si delinea allora in termini imperiosi la questione della reale funzione e natura assunta dalle nuove tipologie di confisca: ad una ipotesi di soluzione di tali interrogativi sono dedicate le pagine che seguono.

L'esperienza italiana, in particolare, dimostra che il legislatore è sempre più sensibile alla introduzione di sanzioni penali o simil-penali che incidano sul patrimonio del soggetto, più che sulla sua libertà personale. Si tratta di un orientamento che, come anticipato, di certo trae linfa dall'esigenza di individuare più efficaci strumenti di contrasto alla criminalità organizzata, ma persegue altresì la riconduzione degli illeciti di carattere economico all'area del diritto penale.

Non pochi istituti fondati sulla ablazione di denaro o altre utilità e sganciati dal collegamento con il reato, sorretti cioè dall'affievolimento del nesso di derivazione da quest'ultimo, recuperano una dimensione sistematica che attualmente non possiedono attraverso la categoria delle *sanzioni patrimoniali* (nel senso di *Eigentumssanktionen*)[45].

Lo si è anticipato: le misure di prevenzione *ex* Legge n. 575/1965[46], l'art. 12 *sexies* Legge n. 356/92[47], assumono sempre più la connotazione di sanzioni "contro il patrimonio" di origine non giustificata.

Ma soprattutto significativo in questo senso il criterio della confisca per equivalente, che rende ulteriormente evanescente il collegamento tra sanzione e bene, e che viene introdotto ormai contestualmente ad ogni ipotesi di confisca[48].

E allora. Dall'analisi delle peculiarità di queste (e altre ipotesi) di confisca, si trae l'impressione che oggetto privilegiato della ablazione siano non più o non solo singoli beni che si trovano in un rapporto "qualificato" con il reato, bensì parti o la totalità del patrimonio del soggetto. Così che, in tali casi, la confisca può essere di nuovo stigma-

---

[44] C. Civoli, *Confisca*, cit., p. 896; A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, cit., p. 42; così già l'art. XLV della *Riforma* penale di Pietro Leopoldo (ed. cit., p. 179).

[45] Cfr. cap. VIII, par. 3.

[46] Cfr. cap. III, parr. 1.1 e ss.

[47] Cfr. cap. III, parr. 2.1 e ss.

[48] Cfr. cap. IV, par. 3.

tizzata dall'antico epiteto "generale", in quanto ablazione *del patrimonio* e non di *beni qualificati*; oppure, può essere ricondotta alla (solo lessicalmente) più moderna figura della *pena patrimoniale*[49].

Le discipline delle nuove ipotesi di confisca sembrano scarsamente compatibili con l'istituto delineato dal codice penale per l'"acquisizione" dei beni correlati al reato[50], di cui, peraltro, i Progetti di riforma del Codice Rocco – nessuno dei quali ha sinora sostituito il testo del 1930 – hanno proposto una rimodulazione[51].

Sinteticamente va infatti ricordato che la natura e la disciplina dell'ablazione continua ad essere al centro della riflessione dottrinale, alla luce di un processo di progressivo ampliamento dell'ambito di operatività della stessa, cui si può accennare in questa sede solo per sommi capi. Così, l'art. 50 dello Schema elaborato dalla "Commissione Pagliaro" distingueva la confisca dalle pene e dalle misure di sicurezza e inseriva la misura tra le "conseguenze del reato", (tra l'altro) prevedendo "comunque" l'apprensione obbligatoria "delle cose la cui confisca valga ad eliminare la situazione di illiceità"[52] ed avvalorando la funzione "risarcitoria/ripristinatoria" della misura[53].

Il Progetto della "Commissione Grosso"[54], per un verso, ribadisce l'autonomia della confisca, valorizzando la funzione di contrasto esercitatile dalla confisca (in particolare) del profitto rispetto allo "sfruttamento dell'illecito a fini di lucro" (*Relazione*, par. 6.1); per l'altro, inserisce la disciplina all'interno del Titolo VI, rubricato "confisca e sanzioni riparatorie". Oltre alla estensione dell'obbligatorietà della confisca agli strumenti del *delitto*, l'art. 112 esclude l'apprensione di beni di valore insignificante (sulla falsariga di altre disposizioni dello stesso Progetto che rimarcano la pregnanza del fattore "sostanziale" degli elementi connaturati e delle conseguenze

---

[49] Sul punto si rinvia al paragrafo successivo.

[50] Cfr. *supra* par. 1.

[51] Per una rassegna delle modifiche alla disciplina vigente contenute nei recenti Progetti di riforma cfr. M. Nunziata, *La confisca penale: dal Codice Rocco al Progetto della "Commissione Nordio"*, in «Cass. pen.», 2006, p. 1216 e ss.

[52] Cfr. in «Documenti Giustizia», 1992, 3, p. 365 e ss.

[53] Sul punto si vedano alcune considerazioni nel successivo paragrafo.

[54] Cfr. in www.giustizia.it/studierapporti/riformacp/comm_grosso2_art.htm.

del reato)[55]. A fronte di sentenza di condanna o di proscioglimento per mancanza di imputabilità, obbligatoria la confisca del prodotto (oltre che del prezzo) e del profitto del reato, in quest'ultimo caso "nella parte in cui non debba essere restituita al danneggiato"; si delimita inoltre la confisca entro i confini dell'importo disponibile (o che possa prevedersi come disponibile in un prossimo futuro) dal condannato (sempre che l'ablazione non in incida in modo sproporzionatamente gravoso sulle condizioni elementari di vita della persona colpita: comma 3) e la confisca di denaro o altri beni di valore equivalente (comma 2). Confermata l'apprensione delle cose "intrinsecamente illecite" (art. 115), il Progetto contiene anche una disposizione generale di rinvio in materia di confisca di beni di provenienza non giustificata (art. 116) e le previsioni relative alla presunzione di appartenenza al soggetto dei beni fittiziamente intestati a terzi o comunque posseduti per interposta persona (art. 118) ed all'esclusione del pregiudizio dei diritti dei terzi di buona fede sulle cose che sono oggetto di apprensione (art. 119).

La bozza di riforma del codice penale realizzata dalla Commissione ministeriale presieduta da Carlo Nordio, nella versione presentata il 21 aprile 2005[56], propone una originale disciplina della confisca, che viene distinta in due tipologie di intervento. In entrambi i casi la misura assume la dignità formale (oltre che sostanziale) di sanzione penale, di tipo accessorio, nella prima ipotesi (art. 55, lett. e)), e principale (ablativa), nella seconda (art. 54, n. 4, lett. a)).

La confisca-pena accessoria (art. 77), inserita per finalità di prevenzione speciale[57], è obbligatoria e colpisce tutte le "voci" (prodotto, profitto, prezzo del reato e cose intrinsecamente pericolose) già previste dall'art. 240 c.p. (comma 1), mentre fa salvi i diritti dei terzi estranei (comma 2).

---

[55] M.B. Mirri, *Riflessioni sulla confisca per equivalente*, in Aa.Vv., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Jovene, Napoli, 2003, p. 577 e ss. Due nuove ipotesi di confisca sono introdotte in relazione alle cose "destinate ad attività produttive" (art. 113) e al patrimonio che residua dalla liquidazione successiva allo scioglimento delle società o associazioni, le quali siano state utilizzate esclusivamente o prevalentemente per la realizzazione di attività delittuose (art. 117).

[56] Cfr. in www.lexfor.it/lexfor/2005-04/05-04-indice.asp.

[57] *Relazione. Principi generali di codificazione*, par. 10, in www.giustizia.it.

La confisca *riparatoria* (art. 72) viene annoverata tra le pene ablative (che si affiancano alle pene detentive, a quelle interdittive e a quelle prescrittive). Significativa l'introduzione della definizione di confisca, descritta non in termini di "espropriazione ad opera dello Stato" (nella accezione accolta dalla manualistica in ordine all'art. 240 c.p.)[58], bensì di "acquisizione allo Stato di parte del patrimonio mobiliare e immobiliare" (comma 1)[59]. Il valore dei beni confiscati può raggiungere quello del risarcimento del danno, al quale il condannato è *comunque* tenuto. La misura è destinata al ripristino dello stato dei luoghi, ovvero, in subordine, ad arricchire il fondo per le riparazioni alle vittime dei reati (comma 3).

La confisca-pena ablativa, da un lato, quindi, si colloca al fianco delle altre pene principali, seppure come "pena di conversione"[60], che sostituisce la reclusione (art. 72, comma 2), ed è destinata a trovare "applicazione privilegiata nei reati di cd. delinquenza economica, imprenditoriale, ambientale o nei reati determinati da fini di lucro"[61]; dall'altro, si aggiunge al risarcimento del danno all'avente diritto.

La dicotomia proposta dalla "Commissione Nordio", come si vedrà, ben esprime la duplice natura, sanzionatoria-accessoria e ripristinatoria-risarcitoria[62] che la confisca ha assunto nelle recenti letture dell'istituto, svelando profili di indubbio interesse.

Anche la XV Legislatura si cimenta con la riforma del codice penale.

La Commissione, presieduta da Giuliano Pisapia, nell'estate del 2007 ha completato la stesura di uno *Schema di disegno di legge* recante la delega legislativa al Governo *"per la emanazione della parte generale di un nuovo codice penale"*, nel quale la confisca è relegata in un autonomo titolo (il Sesto), accanto alle sanzioni civili ed

---

[58] Si vedano i testi di F. Antolisei, G. Fiandaca, E. Musco, F. Mantovani e D. Pulitanò.

[59] In termini di "acquisizione della proprietà" da parte dello Stato si esprime anche F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2006², p. 574.

[60] *Relazione*, cit., par. 9.

[61] *Ibidem*.

[62] Secondo la *Relazione* (*ibidem*), la riconducibilità della confisca alle pene ablative si spiega nell'ambito del rafforzamento dell'"ottica pedagogica e riconciliativa" (par. 1), anche se il contenuto afflittivo della misura la tiene distinta dal risarcimento del danno in sé (par. 5).

alla responsabilità degli enti, in una allocazione del tutto eccentrica rispetto al titolo (il Quarto) riservato alle pene.

Nonostante la "prudenza" della legislazione *in fieri,* l'art. 56 tradisce la natura penale della misura laddove (comma 1, lett. b)) ammette la possibilità di non disporre la confisca dello strumento del reato "qualora si tratti di cose di valore insignificante, ovvero qualora la misura risultasse sproporzionata alla gravità del fatto". L'analitica disciplina riprende poi le caratteristiche comuni delle ipotesi speciali di confisca (obbligatorietà, anche a seguito di sentenza di patteggiamento; estensione della ablazione ai beni di valore equivalente al prezzo, prodotto o profitto del reato), facendo proprio l'articolato proposto per l'attuazione della decisione quadro 2005/212/GAI (sul quale si tornerà nel par. 8 del successivo Capitolo), peraltro espressamente richiamata come parametro di riferimento dal comma 4 dello stesso art. 56. Mentre il comma 5 mutua la soluzione del Progetto Grosso in ordine alla "confisca generale" dei beni delle società o associazioni utilizzate esclusivamente o prevalentemente per la commissione di attività penalmente illecite, alcune specifiche disposizioni riguardano la tutela dei terzi, alle quali si dedicherà qualche osservazione nel cap. VII, par. 1.

3. *(segue) La sanzione patrimoniale e la crisi del vincolo di "pertinenzialità"*

È evidente che nei Progetti di riforma che si sono succeduti sono stati trasfusi gli *imput* della elaborazione dottrinale e dell'esperienza giurisprudenziale stratificatasi nel corso dei decenni.

In dettaglio. L'obiettivo perseguito dalle nuove regole in materia di criminalità organizzata e/o economica sembra trovare giustificazione, oltre che in esigenze preventive o repressive – che comunque restano sullo sfondo in funzione di *rationes* politico-criminali – nella necessità di trovare una compensazione di tipo economico rispetto a quanto "ottenuto" in relazione alla commissione di reati[63]. E poiché rispetto al regime generale di validità delle prove il rapporto di derivazione tra "co-

[63] Per una ipotesi paradigmatica di "acquisizione dei profitti" si veda la confisca prevista dall'art. 6, comma 5 D.lgs. n. 231/2001 (si veda cap. VI, par. 3).

sa" e "reato" (soprattutto economico) sovente sfugge ad accertamenti spendibili in sede processuale, sembra opportuno ricorrere alla introduzione di misure di "scrematura"[64], ovvero, meccanismi di "prelievo dei proventi", che, nella loro atipicità, costituiscono ormai una specie autonoma di conseguenze giuridiche. Una *species*, come si vedrà, particolarmente restia ad essere regolata da (anche pochi) principî generali (sostanziali e processuali) che siano di garanzia per la collettività a fronte dell'uso arbitrario dello strumento stesso, e percorsa da un unico filo conduttore: l'"imperativo categorico" della acquisizione di arricchimenti considerati illeciti perché *in qualche modo* ricollegati alla commissione di reati (ma da questi non direttamente provenienti).

Il recepimento sul piano sostanziale di una simile categoria generale è avvenuto alla stregua di un duplice *iter*[65]: da un lato, attraverso l'inserimento di norme come quelle italiane in apertura citate, e comunque, attraverso una serie di interventi particolarmente rilevanti nell'ambito del diritto (punitivo) economico[66]; dall'altro, tramite il convincimento che la c.d. criminalità organizzata e la c.d. criminalità economica (nel senso sopra proposto) vengono (spesso) a coincidere, o, per lo

---

[64] Nell'ordinamento d'oltralpe gli istituti di *Gewinnabschöpfung* ("scrematura dei vantaggi"), rapportati ai soli proventi "materiali", vengono percepiti come necessari per riportare la situazione economica del *Täter* nello *status quo ante*; al suo patrimonio viene quindi sottratto ciò che costituisce arricchimento illecito: emblematica in tal senso la figura del c.d. *erweiterter Verfall*, su cui cfr. cap. VIII, par. 6.

[65] Alla categoria faceva già riferimento F. Bricola, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in «Riv. dir. proc. pen.», 1970, p. 951 e ss., oggi anche in Id., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Giuffrè, Milano, 1997, II, 2, p. 2975 e ss., p. 3056 e ss. L'Autore riconduceva alla *Gewinnabschöpfung* – qualificata come misura di sicurezza (p. 3047) – la "confisca del vantaggio direttamente o indirettamente realizzato dalla società tramite gli illeciti penali", e sottolineava la necessità del suo ancoraggio alla "pericolosità reale".

[66] Si tratta di orientamenti affermatisi in Germania con riferimento agli istituti di *Gewinnabschöpfung* a partire dalla riforma del c.d. *Bruttoprinzip* – il "principio del lordo" – per il quale lo Stato, in buona sostanza, può prelevare il ricavo del reato, e non solo, come consentito dalla previgente disciplina, il solo guadagno netto, secondo un criterio che ha inciso profondamente sulla delimitazione dell'"oggetto" della apprensione. Per una analitica indagine sui recenti interventi in materia cfr. R. Veil, *Gewinnabschöpfung im Kapitalmarktrecht*, in «ZGR», 2005, p. 178 e ss. In generale, sulle peculiarità della struttura dei reati e delle sanzioni nell'ambito del diritto penale economico, cfr. K.Tiedemann, *Tecnica legislativa nel diritto penale economico*, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 2006, p. 1 e ss.

meno, possono essere assimilate a sfaccettature diverse dello stesso epifenomeno[67], rispetto al quale lo strumento di intervento più significativo è ritenuto l'ablazione patrimoniale. Quest'ultima – in via di prima approssimazione – si rivolge al "vantaggio economico" del reato che si trova nella disponibilità del soggetto che si sospetta, sulla base di una serie di indici, più o meno determinati (misure di prevenzione e misure cautelari reali), ovvero che si sa (confisca disposta con sentenza di condanna) avere commesso reati. In tali casi l'accumulazione di ricchezza, unitamente alla commissione di un reato individuato dal legislatore come di particolare gravità e sintomatico della realizzazione di altri reati mirati alla creazione di profitti (illeciti)[68], legittima, nell'ambito di quelle scelte di politica criminale di cui si è detto, interventi ablativi.

Si osserva che l'approccio fondato sulla ablazione dei vantaggi presuppone la valutazione del reo in termini di *homo oeconomicus*, che ragiona in base ad un razionale bilancio costi-benefici, e rispetto al quale si può contrapporre (soltanto) un sistema simmetricamente orientato in chiave di costi-benefici, che esige una trasformazione dell'ordinamento sostanziale e processuale anche in ordine al tema centrale della prova[69].

Si tratta di una ricostruzione che, se pure non esplicitamente recettiva dell'analisi economica del diritto[70], di certo dalle suggestioni di questa non prescinde. E infatti si profila una sorta di "terza dimensione" della lotta alla criminalità, o addirittura di un "quarto binario" del diritto penale[71], che si potrebbe dire essere indirizzata, per esprimer-

---

[67] Sulla improprietà di una parificazione tra criminalità d'impresa e criminalità organizzata cfr. A. Alessandri, *Attività d'impresa*, cit., p. 547.

[68] Si pensi alla interpretazione dell'art. 12 *sexies* D.l. n. 306/1992 accolta dalle Sezioni Unite nella sentenza del 19 gennaio 2004 (Cfr. cap. III, parr. 2.1 ss).

[69] F. Herzog, *Gewinnabschöpfung und Vermögenssanktionen Verbrechenbekämpfung durch Kostenmaximierung des Normbruchs?*, in *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 241 e ss., p. 245.

[70] M. Faure, *Gewinnabschöpfung und Verfall auf ökonomischem Prüfstand*, in J. Arnold, B. Burkhardt, W. Gropp, G. Heine, H.-G. Koch, O. Lagodny, W. Perron e S. Walther (a cura di), *Menschengerechtes Strafrecht-Festschrift für Albin Eser*, C.H. Beck, München, 2005, p. 1311 e ss.

[71] In quest'ultimo senso si propone di qualificare la "*Gewinnabschöpfung*" quale "quarto binario" degli interventi statali in funzione di reazione alla commissione di fatti di reato, dopo la *Strafe*, le *Maßregeln der Besserung und Sicherung*, e, secondo l'*Alternativ Entwurf Wiedergutmachung* (solo parzialmente accolto dall'introduzione nel codice penale del § 46a), la *Wiedergutmachung* (sul punto si consenta di rinviare al nostro *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 454 e ss.).

si in termini provocatori, ad una "*Ökonomistische Generalprävention*"[72]. Secondo il "modello economico", si ipotizza che il potenziale criminale effettui una valutazione dei "benefici" (vantaggi attesi) e dei "costi" (rischio di scoperta del fatto e applicazione della sanzione) connessi alla commissione del reato. Affinché nel giudizio di bilanciamento risulti "vantaggiosa" la scelta della *non* commissione del reato, occorre che la sanzione minacciata sia superiore ai ricavi presumibili. La frequenza dei reati diminuirebbe, se l'aspetto del "costo" in termini di pena e di apprensione del patrimonio fosse sufficientemente oneroso, mentre un sistema di giustizia penale dovrebbe essere strutturato in modo da ridurre il più possibile le perdite per l'incremento di spesa dovuto alla commissione del reato. Perseguendo obiettivi di effettività (anche) attraverso la riduzione dei costi di indagine e processuali (possibili, ad esempio, attraverso l'impiego delle tecnologie più sofisticate), si dovrebbe ottenere la pena più elevata possibile con la minor spesa per la scoperta del reato e la condanna dell'autore[73]. L'acquisizione dei proventi genericamente collegati al reato dovrebbe operare proprio in questa chiave: per un verso, come minaccia di un intervento ablativo futuro – in realtà poco convincente nelle ipotesi di ridotta probabilità di accertamento della responsabilità penale, ma molto efficace nelle forme dell'intervento preventivo e cautelare; per l'altro, come strumento applicato *ex post* che, diversamente dalla pena (pecuniaria), non deve fare i conti i limiti imposti dal principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità o al disvalore del fatto, e può quindi espandersi oltre tali confini, operando come strumento *complementare* della pena (pecuniaria) stessa. Si tratterebbe di una funzione compatibile anche con le esigenze della "giustizia riequilibratice-compensatrice" rispetto alla realizzazione del reato, consentendo (tra l'altro) l'ablazione di proventi illeciti investiti in attività finanziarie lecite, poiché non vincolata all'accertamento di derivazione diretta dei "beni" acquisibili dal reato stesso[74].

---

[72] F. Herzog, *Gewinnabschöpfung und Vermögenssanktionen*, cit., p. 245.

[73] Per alcune considerazioni critiche sul punto cfr. F. Herzog, *Gewinnabschöpfung und Vermögenssanktionen*, cit., p. 245 e ss.

[74] Per una riflessione sulle prospettive richiamate cfr. M. Faure, *Gewinnabschöpfung*, cit., p. 1315 e ss., che esclude categoricamente la possibilità di introdurre la *Gewinnabschöpfung* come *unica* sanzione per il reato (1318).

Ma, in generale, a prescindere dall'impostazione fondata sull'analisi economica del diritto, che verrà ripresa con riguardo alla ricostruzione dei limiti degli istituti ablatori[75], si attribuisce agli istituti di "scrematura dei vantaggi" una funzione generalpreventiva – da intendere in senso lato[76] – osservata peraltro con scetticismo da parte della letteratura[77].

Peraltro, riconoscere la funzione generalpreventiva di istituti come, ad esempio, l'acquisizione pubblica (*Verfall*) prevista nel sistema tedesco, non significa prendere posizione sulla natura penale delle misure in questione, anzi: se, da un lato, la funzione generalpreventiva, come ricordato dal BVerfG[78], non costituisce peculiarità del diritto penale, dall'altro si discute su quali siano i fini specifici della sanzione penale. A chi replica che la "controspinta" esercitata dalla minaccia della privazione del patrimonio agirebbe proprio come opera la pena nella accezione di Feuerbach[79], si obietta che una simile controspinta si registra anche in relazione ad alcuni istituti civilistici che "puniscono" il creditore in mala fede il quale conclude un negozio giuridico contrario alla legge o al (buon) costume: anche in questo caso il soggetto che agisce in modo illegale perde il suo "guadagno". È appunto su questa "ambiguità" di fondo che si gioca il ruolo della ablazione dei "proventi" del reato.

Si tratta allora di discutere non tanto dello strumento in sé, quanto dei suoi presupposti, della disciplina alla luce della quale esso viene applicato e delle conseguenze dirette e mediate, soprattutto in punto di guarentigie costituzionali, che da esso derivano.

Le ipotesi speciali di confisca riaprono il dibattito sui limiti che il provvedimento di ablazione *non deve* travalicare.

Si tornerà in dettaglio sul tema[80], ma sin da ora appare necessario tenere conto delle conseguenze della estensione della confisca (e del sequestro) a beni diversi da quelli che costituiscono provento del reato.

---

[75] Cfr. cap. VIII.

[76] W. Naucke, *Strafrecht. Eine Einführung*, Neuwied-Kriftel, 10. Aufl., 2002, 218, Rn. 173

[77] F. Herzog, *Gewinnabschöpfung unter der Flagge der positiven Generalprävention*, in «JR», 2004, p. 495.

[78] Cfr. cap. VIII, parr. 6 e ss.

[79] F. Herzog, *Gewinnabschöpfung unter der Flagge*, cit., p. 495.

[80] Cfr. cap. IV, par. 3 e cap. VIII, parr. 1 e 2.

Tali ipotesi assumono valore di "declassamento etico-sociale"[81], che può essere evitato soltanto recuperando la dimensione della *derivazione* del bene dal reato. Sennonché si deve constatare che la funzione simbolico-stigmatizzante della apprensione dei beni che *non* costituiscono provento del reato appare al legislatore particolarmente seducente. Il fatto stesso che nella esperienza italiana si utilizzi il termine "pertinenzialità"[82], più spesso che causalità o derivazione, induce a pensare che non sia estraneo agli scopi della norma punire il "soggetto e dintorni", una sorta di pena per tutta la "stirpe del reato" che viene privata di gran parte del patrimonio per il fatto commesso dall'antenato. Non si è ancora ripristinata la medievale ipotesi di "confisca generale"[83]: confisca dei beni per chi subisce la "confisca del corpo", ci ricorda Alessandri[84], rimarcando quel carattere di "perdita di status", più che di "ablazione del diritto", che (non sorprendentemente) coincide con l'argomento della *Grundrechtverwirkung* (perdita dei diritti fondamentali) evocato a sostegno delle moderne forme ablative[85]. Ma è innegabile che la direzione del cammino sia netta. Accanto all'obiettivo di evitare che il "delitto paghi", la stigmatizzazione della condotta *eticamente* non corretta trionfa al di là del *limine* dell'irrogazione della sanzione, per colpire lo "stile di vita"[86].

---

[81] È la preoccupazione che manifesta, ad esempio, F. Herzog, *Gewinnabschöpfung unter der Flagge*, cit., p. 496.

[82] Cass. Sez. Un. 9 luglio 2004, n. 29951, C. fall. in proc. F., in «Fall.», 2005, p. 1272.

[83] Invero una sorta di "confisca generale" si può ravvisare anche nella *Vermögensstrafe ex* § 43a StGB, dichiarata "*unvereinbar und nichtig*" dal BVerfG: cfr. cap. VIII, par. 5.

[84] A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, cit., p. 42.

[85] Cfr. cap. VIII, par. 3.

[86] Il fondamento "etico" della responsabilità dei soggetti economici trova principale eco negli studi che hanno approfondito le dinamiche economico-giuridiche del sistema anglo-americano, con particolare riferimento alla responsabilità dell'impresa. Tale ricerca costituisce il filo conduttore di numerosi contributi, arricchiti di ampi riferimenti dottrinali: cfr. C. de Maglie, *L'etica e il mercato*, cit.; F. Manzoni, *La responsabilità sociale dell'impresa: analisi del fondamento etico*, in Aa.Vv., *I modelli organizzativi ex D.lgs. 231/2001*, a cura di C. Monesi, Giuffrè, Milano, 2005, p. 3 e ss.: secondo l'Autore l'impresa si determina come "*topos*" etico sotto il duplice aspetto del luogo privilegiato della "eticità" dei singoli, e quale luogo nel quale essa stessa assume il valore di "agente morale" (p. 16 e ss.). La responsabilità dell'impresa non può essere disgiunta, nemmeno nelle organizzazioni complesse, da quella dei singoli *managers* (P. Bastia, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in Aa.Vv., *Societas puniri potest*, cit., p. 47), sebbene, almeno alla stregua del diritto positivo italiano (art. 8 D.lgs. n. 231/2001), possa sopravvivere anche a prescindere da quest'ultima.

L'applicazione dell'istituto di scrematura deve essere ancorato a presupposti di estremo rigore, tesi a ricondurre ad effettive ipotesi eccezionali i casi legislativamente previsti di adesione a prevalenti esigenze di "prevenzione", e a confermare l'essenzialità di un rapporto di dimostrata derivazione del bene acquisibile dal reato, tanto più necessario rispetto a provvedimenti ablativi definitivi.

Se confisca *et similia* conservano una vitale e "costante connotazione repressiva", che ha attraversato quasi indenne i sistemi punitivi succedutisi nei secoli, sino ad emergere anche nelle (ormai residuali) ipotesi di "confisca speciale" (cioè relativa a singoli beni)[87], non è ammissibile, come invece oggi accade nel contesto di una sorta di "*Gegenaufklärung*"[88], che esse, nella loro qualità di interventi (sostanzialmente) penali, violino i principî dello Stato di diritto pur di soddisfare esigenze di tutela che possono essere corrisposte attraverso altri strumenti.

Insomma, attraverso l'*Oberbegriff* del *Gewinnabschöpfung* si registra una tendenza specifica dell'intervento statale rispetto a fatti di criminalità economica. Ad essa, considerata anche il terreno di elezione della criminalità organizzata (di cui è certo essenziale ma non esclusiva manifestazione), è ritenuto legittimo estendere principî derogatori sganciati dai canoni acquisiti attraverso la tradizione illuministica: la pericolosità sociale di determinati soggetti (si pensi alla c.d. confisca di prevenzione); la mancata giustificazione della provenienza dei beni di valore sproporzionato al proprio reddito da parte di soggetti condannati per la commissione di (anche soltanto) *un* reato rientrante nell'elenco prefissato dal legislatore (art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992); il sospetto di accumulazione di ricchezza che incombe non solo sul prototipo del partecipe della associazione criminosa, ma anche sul "partecipe dell'impresa (in senso economico) mafiosa"[89], o sul comune cittadino che abbia commesso (o si sospetti abbia commesso, nel caso del sequestro preventivo) uno dei reati individuati dal legislatore; l'acquisizione non più (solo) del prodotto, del profitto e del prezzo del reato, bensì di qualunque "bene" (anche lecitamente acquisito, ma) a questo "equivalente".

---

[87] A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, cit., p. 42 e ss.
[88] P.-A. Albrecht, *Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik*, cit., p. 433.
[89] Cfr. cap. III, par. 1.3.

4. Natura giuridica e polivalenza funzionale delle ipotesi speciali di confisca: la configurabilità della sanzione patrimoniale come "pena". La pena della confisca nel contesto del "diritto penale del rischio"

"1. Le ragioni, che possono indurre il legislatore a stabilire che certi determinati reati espongano chi li ha commessi ad essere colpito dalla confisca, sono molteplici – o si reputa che il reato commesso sia tanto grave da doversene dichiarare l'autore indegno di godere quella tutela, che la legge assicura ai membri della civile associazione, e assieme ad ogni altro diritto lo si priva anche di quello della proprietà; – o si crede conveniente porre tra le varie specie di mali, che, come appropriati a mettere argine al malfare col timore che la loro irrogazione ispira, si comminano contro i delinquenti la perdita del patrimonio o di una parte di esso; – o per contrario alla sicurezza dello Stato o alle esigenze della giustizia lasciare in balia dei privati cose, il cui uso sia pericoloso, o che abbiano già altra volta servito per violare la legge, o che siano il frutto di qualche reato.

2. A seconda che sia seguito l'uno o l'altro di questi criteri, la confisca viene ad essere o una conseguenza della morte civile, o una fra le pene patrimoniali, o un provvedimento di polizia o un accessorio della pena".

Con queste parole si apre la voce *Confisca (diritto penale)* di Cesare Civoli pubblicata ne *Il Digesto italiano* (p. 893): a distanza di oltre un secolo il "mistero" della confisca non è ancora stato svelato, e le ipotesi speciali di confisca sono caratterizzate da molti o da tutti questi fattori assieme.

L'operatore del diritto dei giorni nostri, infatti, non ha purtroppo ragione di condividere le affermazioni dell'efficace Autore, il quale poteva serenamente concludere che "nella attuale legislazione la confisca non si presenta più sotto tutti questi molteplici aspetti", e che "non cessa perciò d'essere utile alla esatta conoscenza di questa misura repressiva la cognizione delle applicazioni, che ebbe in tutte le varie sue forme".

Al contrario, più che *utile*, è oggi *necessario* conoscere ognuno di tali profili per comprendere le peculiarità degli istituti attualmente vigenti.

La dottrina che ha approfonditamente analizzato le ipotesi speciali di confisca e l'evoluzione della misura ha proposto diverse qualificazioni, ciascuna delle quali compatibile (soltanto) con qualcuno dei caratteri assunti dalle moderne tipologie di ablazione, ma, proprio per questo (solo) parzialmente soddisfacente. Persino la giurisprudenza, in genere refrattaria allo scardinamento delle categorie tradizionali (e più spesso propensa a letture di tipo "conservatore" orientate in senso analogico-estensivo) riconosce pacificamente la "fisionomia ibrida e polivalente" delle nuove forme di confisca[90].

Il problema, più che di ordine classificatorio, è di natura sostanziale: lo ha da tempo evidenziato la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo, ritagliando un'ampia area di "illiceità" dominata dalle guarentigie penalistiche a prescindere dalle denominazioni formali assunte dalle singole misure[91]. Sicché ai fini della applicazione concreta degli istituti in relazione anche alle rispettive ripercussioni sul piano degli effetti, da un lato, si tenta di "forzare" i limiti delle categorie esistenti per consentire l'inserimento delle nuove ipotesi; dall'altro, si ipotizza un autonoma categoria di "sanzioni" (atteso che la funzione afflittiva delle misure in questione non può essere revocata in dubbio), la "pena patrimoniale", della quale diviene necessario predeterminare presupposti e interrelazioni con gli istituti del diritto penale. E in realtà, connotati peculiari e comuni alle "nuove" confische appaiono evidenti: carattere accessorio in relazione alla sentenza di condanna (e di c.d. patteggiamento), obbligatorietà, applicabilità anche nella forma "per equivalente"[92].

Per avere un quadro completo della incisività degli effetti delle misure che qui ci occupano si aggiunga che l'anticipazione di applica-

---

[90] Si veda, a proposito della confisca *ex* art. 322 *ter* c.p., Cass. sez. V pen., 16 gennaio 2004, Napolitano, in «Foro it.», 2004, II, c. 690. Difficoltà di classificazione (con le conseguenze che ne derivano) attraversano il dibattito anche nel sistema penale tedesco, al quale si farà riferimento nel cap. VIII: F. Herzog, *§§ 73 ss.*, in U. Neumann, I. Puppe, W. Schild, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 14. Lfg. (2003).

[91] Per una analisi delle più significative pronunce in materia cfr. E.R. Belfiore, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 242 e ss.

[92] Si delineano peraltro sconfortanti eccezioni rispetto alla necessità di una sentenza di condanna o di patteggiamento: si pensi all'art. 6, comma 5 D.lgs. n. 231/2001 (cap. VI, par. 2). Per la ricostruzione dei singoli profili cfr. cap. IV.

zione di cui tali figure godono rispetto all'accertamento della responsabilità conseguente alla sentenza attraverso l'istituto del sequestro preventivo "a fini di confisca" (art. 321, comma 2 c.p.p.)[93] determinano una ulteriore lesione dei diritti di garanzia del soggetto.

Insomma. Se soltanto con riferimento alle misure che comprimono, direttamente o indirettamente, la libertà personale del soggetto è possibile argomentare con sicurezza in termini di sanzione penale, negli altri casi la natura della sanzione deve desumersi dal suo regime (presupposti materiali – illecito penale – cui è riferita; procedimento di applicazione ed esecuzione), che, come puntualmente osservato, "per un verso, incrementa le garanzie, per un altro verso incrementa il disvalore giuridico della sanzione"[94].

Le difficoltà ermeneutiche si sono intensificate con la progressiva introduzione di deroghe alla regolamentazione della confisca penale in origine racchiusa nella cornice dell'art. 240 c.p. il quale, è annoverato dal legislatore tra le misure di sicurezza patrimoniali.

Ad esso si è aggiunta la figura della confisca come misura di prevenzione (Legge n. 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni).

In tale contesto si inseriscono le ipotesi di confisca in tanto "speciali", in quanto "distanti" dall'uno e dall'altro modello, *rectius*: dall'una e dall'altra disciplina.

Se, come spesso accade, l'interprete si trincera dietro espressioni neutre come "misure" – anziché "pene" – il quadro cambia cornice, ma non necessariamente contenuto: mentre nella sistematica penalistica le locuzioni "*misura* di sicurezza" e "*misura* di prevenzione" sottendono un significato, almeno negli intenti del legislatore, preciso e diverso, il ricorso al medesimo termine in relazione alla confisca e agli altri "interventi" previsti in materia penale economica non risolve il problema della "rimproverabilità" del destinatario delle medesime[95].

---

[93] Sul punto cfr. cap. V.

[94] T. Padovani, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. De Francesco, Giappichelli, Torino, 2004, p. 16 e ss.

[95] Alcune considerazioni sul punto sono espresse in termini problematici da K. Volk, *Sistema penale e criminalità economica*, Esi, Napoli, 1998, p. 194 e ss.

Resta infatti impregiudicata, come si dirà, la questione del tipo e del grado di accertamento della responsabilità del soggetto (persona fisica o giuridica) da cui dipende l'applicazione della confisca.

Anche l'indeterminatezza del profilo della "pericolosità", che sta al fondo di entrambe le tipologie criminose, contribuisce alla fungibilità della qualificazione della confisca.

A riguardo, si è discusso sul fondamento soggettivo o reale del giudizio di pericolosità, al quale si rapportano le esigenze di prevenzione[96]. Non è senza rilievo il fatto che, con l'eccezione delle ipotesi agganciate alla applicazione delle misure di prevenzione personali, la confisca presupponga la sentenza di condanna (o di "patteggiamento"), e non risulti interdetta dalla concessione della sospensione condizionale: l'art. 164, comma 3 c.p., infatti, stabilisce che la sospensione rende inapplicabili le misure di sicurezza, tranne che si tratti della confisca.

È il profilo "relazionale" tra soggetto e bene che rileva[97], creando un intreccio inscindibile tra titolarità del bene e utilizzo dello stesso[98]: da un lato, la "cosa" deve essere sottratta alla disponibilità del reo per impedire che "il crimine paghi"; dall'altro, l'apprensione di essa ne impedisce l'"utilizzo" (anche nel senso dell'impiego a fini di commissione di ulteriori reati), e quindi, il godimento da parte del reo. Il ragionamento può essere applicato anche con riguardo alla confisca prevista dalla disciplina relativa alla responsabilità dell'ente[99].

La finalità preventiva non si concilia con il carattere perpetuo della confisca e con la caratteristica della obbligatorietà[100], divenuta costante nella legislazione dell'ultimo decennio cui appartengono le ipotesi speciali di confisca[101], e riservata invece dal Codice Rocco alla eccezionale ipotesi di ablazione di cose ritenute *pericolose in sé* (art. 240, comma 2 c.p.). Per contro, proprio la durata perpetua del-

---

[96] A. Alessandri, *Confisca*, cit., p. 45 e ss.; Id., *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., p. 2108.

[97] Cfr. sul punto anche A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 388 e ss.

[98] A. Alessandri, *Confisca*, cit., p. 46.

[99] Cfr. cap. VII, parr. 2 e 3.

[100] A. Alessandri, voce *Confisca*, cit., p. 46.

[101] Cfr. cap. IV.

la confisca appare compatibile con le finalità punitive e repressive della pena in senso proprio.

I tentativi di legittimare la funzione preventiva rendendo "inoffensivo" il patrimonio (inteso nel suo complesso e non solo per la parte di esso collegata alla commissione del reato) – che a seguito della confisca non potrà essere utilizzato per commettere reati – aprono la strada ad una applicazione generalizzata del "modello di prevenzione" (di operatività non più circoscritta all'ambito della criminalità organizzata "tradizionale") come strumento di supporto alla "campagna" per la moralizzazione di "soggetti a rischio" che, inseguendo "professionalmente" il profitto, appaiono particolarmente esposti alla tentazione di perseguire tale obiettivo con mezzi o comportamenti illeciti. In effetti il "mondo degli affari", con la sua molteplicità di occasioni di reimpiego e utilizzazione di beni e strumenti finanziari[102], al legislatore pare costituire terreno fertile per la rinascita di meccanismi ablativi fondati sulla *confisca dei beni*[103], intesi come segmenti del patrimonio, e non come "cose" avvinte da un nesso di collegamento con lo stesso.

L'allontanamento dalla figura-madre della confisca prevista dall'art. 240 c.p. e la caratterizzazione "in senso marcatamente punitivo"[104] pongono molteplici interrogativi già sul piano della estensione della operatività dei principî di tassatività e determinatezza e dei limiti del divieto di retroattività.

Peraltro, *l'horror vacui* a fronte della necessità di "ripensare" la sistematica delle sanzioni induce parte degli interpreti ad un ostinato arroccamento entro i confini delle figure note: con ripercussioni a catena sul piano degli effetti, forieri di palesi violazioni delle garanzie dei diritti fondamentali.

In sintesi. La previsione della confisca come conseguenza obbligatoria della condanna per i reati commessi – comune alle ipotesi speciali di confisca[105], presente anche in qualche figura posta a co-

---

[102] Cfr. *infra* par. 7.

[103] A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., p. 2111 e ss.

[104] M. Mantovani, *Le misure di sicurezza*, in Aa.Vv., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, *Codice penale. Parte generale*, Utet, Torino, III, 1996², p. 706 e ss.

[105] Cfr. cap. IV, par. 1.

rollario della disciplina delle "misure di prevenzione patrimoniale[106] – depone a favore della tesi della *natura accessoria* (ma non per questo meno "repressiva") della "conseguenza giuridica" (diremo presto: pena) della confisca[107].

Accedendo a tale tesi, e qualificando le nuove confische come pene accessorie[108], si attrae le medesime in una disciplina specifica che, da un lato, consente di asserire la natura penale delle misure, e quindi impone l'applicazione delle garanzie costituzionali a queste relative; dall'altro, importa l'operatività della specifica disciplina delle pene accessorie.

Con riguardo al primo aspetto, si deve ricordare l'estensione del divieto di retroattività della legge penale, nei limiti e secondo la declinazione dell'art. 25 Cost., dell'art. 14 delle preleggi, dell'art. 2 c.p. e della disciplina stabilita dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo. A ciò si aggiunga la rilevanza assunta dal principio di retroattività di norma favorevole riconosciuto anche dalla Corte di Giustizia nell'ambito delle "tradizioni costituzionali comuni", e, quindi, come tale facente "parte integrante dei principî generali del diritto comunitario"[109]. La confisca che non

---

[106] Si pensi alla confisca prevista dall'art. 31, comma 2, Legge 13 settembre 1982, n. 646 (contenente le misure di prevenzione patrimoniali), che impone "la confisca dei beni a qualunque titolo acquistati nonché del corrispettivo dei beni a qualunque titolo alienati" in caso di condanna per l'omessa comunicazione, entro i termini stabiliti dalla legge, delle variazioni patrimoniali (art. 31, comma 1) indicate dall'art. 30, Legge n. 646/1982: sul punto cfr. cap. III, par. 1; cap. IV, par. 1, cap. VIII, par. 2.

[107] Sono fatti salvi i casi in cui l'ablazione è annoverata tra le pene principali, come nell'ipotesi dell'art. 19 D.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità "da reato" degli enti, che peraltro ribadisce il nucleo dei suddetti principî negli artt. 2 e 3 (cfr. *infra* cap. VI, par. 2). La natura accessoria della sanzione della confisca (soprattutto in relazione al prodotto e al profitto del reato) emerge anche dall'art. 40, lett. e), Legge 28 dicembre 2005, n. 262, in materia di tutela del risparmio: cfr. cap. VI, par. 5.

[108] In questo senso anche G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2007[5], p. 834. Basti pensare alla formulazione dell'art. 51, comma 3, D.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, in materia di rifiuti, alla stregua del quale "alla sentenza di condanna o alla decisione emessa ai sensi dell'articolo 444 del Codice di procedura penale *consegue* la confisca dell'area sulla quale è realizzata la discarica abusiva se di proprietà dell'autore o del compartecipe al reato, fatti salvi gli obblighi di bonifica o di ripristino dello stato dei luoghi". Alla "sanzione prevista dall'art. 51, comma 3" (e quindi, anche alla confisca ivi disciplinata), fa rinvio anche l'art. 16, comma 1, D.lgs. 13 gennaio 2003, n. 36, in materia di discariche di rifiuti.

[109] Corte di Giustizia, 3 maggio 2005, Berlusconi, parr. 68 e ss., e in http://curia.eu.int.

possa più essere collocata tra le misure di sicurezza non può essere assoggettata al regime per queste ultime stabilito dall'art. 200, prima parte, c.p. (richiamato dall'art. 236, comma 2 c.p.), con prevalenza del criterio della legge in vigore al momento dell'applicazione, ma dovrà osservare i limiti imposti in materia di successione di leggi per le sanzioni penali[110]: ciò che, in relazione a settori a più riprese rivisitati dal legislatore degli ultimi anni (si pensi alla disciplina dei reati societari e degli abusi di mercato), pone molteplici questioni in tema di osservanza del principio di uguaglianza.

Sotto il secondo profilo, classificando le nuove figure di confisca come pene accessorie, diventa necessario attingere alla disciplina di queste propria: così, ad esempio, in merito alla estensione della sospensione condizionale (art. 166 c.p.) e alla applicabilità anche da parte del giudice dell'esecuzione (art. 676 c.p.p.)[111].

Conclusione provvisoria. Già con riguardo a queste prime osservazioni si comprende la rilevanza della "questione definitoria".

Sintomatico, tra gli altri, il regime delle cause estintive del reato e della pena.

Con riferimento all'*indulto*, l'ipotesi di confisca qualificabile come pena accessoria non risulta estinta (salvo diversa previsione contenuta nel decreto: art. 174 c.p.), mentre quella annoverata tra le misure di sicurezza *ex* art. 240 c.p. ricade nella deroga espressamente prevista dal combinato disposto degli artt. 210 e 236, comma 2 c.p., peraltro non unanimemente considerata "assoluta"[112].

---

[110] Il principio è stato precisato con riferimento alla confisca *ex* art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992, definita "misura di sicurezza patrimoniale", e non "pena 'sui generis' o pena accessoria", e quindi sottratta al dominio del divieto di retraoattività: Cass. Sez. VI pen., 2 giugno 1995, n. 775 Nevi, CED 201701.

[111] La norma richiama anche la confisca (secondo la tesi prevalente, solo quella obbligatoria). Quanto a quest'ultimo profilo cfr. A. Caselli Lapeschi, *Art. 676*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Cedam, Padova, 2005, 2310, IV.

[112] Perplessità sono manifestate, ad esempio, da A. Alessandri, *Confisca*, cit., 47. Per una rassegna degli indirizzi sedimentatisi a proposito della diversa valenza della disciplina *de qua* relativamente a confisca facoltativa e confisca obbligatoria *ex* art. 240 c.p. (quest'ultimo a sua volta differenziato nelle ipotesi di cui al comma 2, n. 1 e comma 2, n. 2), cfr. G. De Francesco, *Le misure di sicurezza*, cit. p. 1563 e ss.; M. Mantovani, *Le misure di sicurezza*, cit., p. 632 e ss.; si veda altresì cap. IV, par. 1.

Quanto alla confisca-pena principale (esemplificata dalla previsione dell'art. 19, D.l. n. 231/2001, di cui si dirà), nulla a priori sembra precludere l'estensione ad essa della applicazione dell'indulto, salvo diversa previsione del relativo provvedimento.

Anche l'*amnistia c.d. impropria* estingue (oltre che la pena principale) le pene accessorie e le misure di sicurezza, ma non la confisca appartenente a quest'ultima categoria (art. 236, comma 2 c.p.).

Analogamente la *sospensione condizionale* dispiega i propri effetti nei confronti delle pene accessorie e delle misure di sicurezza, ma, tra queste ultime, *non* è inclusa confisca (art. 164, comma 3 c.p.).

Ancora. Si rifletta sulle conseguenze della già richiamata "clonazione" del modello della prevenzione, che trova fondamento in esigenze *eccezionali* di sicurezza, le quali perderebbero ogni giustificazione se estese in via generalizzata a tutti i settori del diritto penale.

Insomma, l'attribuzione dell'una o dell'altra natura alle ipotesi speciali di confisca incide, come ovvio, in modo dirimente sul regime applicativo.

Accanto agli elementi di valutazione appena illustrati si profila altresì il perimetro della *funzione riparatoria* della confisca: questa, infatti, prevista e imposta anche dalle fonti sovranazionali sia come misura settoriale sia soprattutto come forma di intervento sanzionatorio generale[113], assume con sempre maggior nitidezza i connotati della sanzione ablativa del patrimonio che opera *in funzione di risarcimento del danno*[114].

Da un lato, attraverso le ricordate peculiarità, la confisca abbandona le spoglie dello strumento di "confisca dei beni attinenti ad un fatto di reato" per assumere quelle della "confisca dei beni del soggetto condannato".

Dall'altro, l'estensione della misura privativa al valore equivalente recide il cordone ombelicale che la confisca di impostazione "liberale"

---

[113] Cfr. cap. II.

[114] T. Padovani, *Una introduzione al Progetto di parte generale della Commissione Nordio*, in «Cass. pen.», 2005, p. 2843 e ss., 2854; F. Sgubbi, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in «Giur. comm.», 2005, p. 357 e ss.

presuppone tra reato e provento di esso[115], e cessa di operare in funzione compensatoria rispetto al *danno cagionato dal reato*[116] per divenire compensatoria (direttamente) della "criminosità" (origine e/o vocazione criminosa) del soggetto, o meglio, (indirettamente) della "criminosità" (origine e/o vocazione criminosa) del suo patrimonio[117].

Questo "danno", quindi, a riparazione del quale interviene la confisca, va inteso in una accezione ampia e atecnica: esso abbraccia l'arricchimento ottenuto dal reo, rispetto al quale, in altri ordinamenti, si ipotizza l'acquisizione pubblica allargata come misura complementare alla soluzione civilistica della ripetizione dell'indebito[118]; e si estende, come si diceva, alla origine e vocazione criminosa del patrimonio.

Il titolare della pretesa a tale risarcimento non è il singolo, come si evince dalla residuale e mal regolata disciplina dei diritti dei terzi, ma lo Stato.

Da qui l'equivoco: esclusa la strada di un risarcimento in senso proprio a favore della collettività, data l'indeterminatezza e per certi versi indimostrabilità della sussistenza ed entità di esso, il diritto

---

[115] L'art. 36 del Codice Zanardelli prevedeva che, "nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il delitto, e delle cose che ne sono il prodotto, purché non appartengano a persone estranee al delitto". Il comma 2 stabiliva la confisca obbligatoria, anche in assenza di condanna, delle cose (anche non appartenenti all'imputato) la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o la vendita delle quali costituisse reato. Il tenore della disposizione non si discosta dalla previsione del codice toscano e da quella del Codice del 1859.

[116] In questo senso invece A. Laudati, *Nasce la confisca per equivalente*, in «Guida al Diritto», 2006, n. 17, 70; T. Padovani (in *Una introduzione al Progetto di parte generale della Commissione Nordio*, cit., p. 2854) precisa che la confisca, per essere una pena (anche accessoria), deve recuperare un "rapporto definito" con il reato commesso.

[117] In tale prospettiva, con riferimento alla confisca prevista per il crimine organizzato transnazionale dalla Legge n. 146/2006 (cfr. cap. II, par. 11), si attribuisce alla confisca per equivalente una "funzione residuale" (per meglio dire "complementare"), nel senso che in primo luogo si dovrà procedere all'applicazione dell'art. 12 *sexies* D.l. n. 306/1992; quindi, "ove a seguito delle precedenti operazioni residui una parte di patrimonio (ad esempio il patrimonio ritenuto legittimamente posseduto), su tale compendio patrimoniale potrà essere effettuata la confisca per equivalente per un valore corrispondente al profitto o la prezzo del reato", qualora la confisca di quest'ultimo non sia stata possibile (così A. Laudati, *Nasce la confisca per equivalente*, in «Guida al Diritto», 2006, n. 17, 70).

[118] Si pensi, ad esempio, al sistema tedesco: cfr. cap. VIII, par. 3 e ss.

viene tutelato attraverso l'esercizio della potestà ablativa patrimoniale, che consente di perseguire anche finalità di prevenzione e di repressione del comportamento criminoso del reo.

E siccome anche il risarcimento (e la riparazione) rappresenta una sanzione, per certi versi afflittiva (si pensi al risarcimento del danno non patrimoniale)[119], il confine tra pena e sanzione ablativa in funzione risarcitoria si assottiglia sino a scomparire. In questo senso il processo di "ibridazione giuridica" (ovvero "il "superamento di una logica penalistica pura e la compresenza di aspetti riconducibili a modelli normativi extrapenali" di tipo non solo amministrativo o parapunitivo, ma anche civilistico) comporta quanto meno l'esondazione degli strumenti ablativi dai tradizionali schemi dogmatici[120].

Ma qualunque sia la "casella" nella quale si preferisce inquadrare la confisca, resta il fatto che, come osserva Alberto Alessandri, in essa "traspare un archetipo sanzionatorio il cui profilo funzionale è rimasto, nella sostanza, immutato nei secoli"[121]: la confisca ha sempre mostrato, e in tempi recenti, addirittura accentuato, le stimmate della "*pena patrimoniale*"[122], della quale molteplici aspetti suscitano perplessità, ma i cui caratteri trionfano nelle ipotesi speciali di confisca[123].

Nonostante l'art. 12 *quinquies*, comma 2 D.l. n. 306/1992 sia stato espunto dall'ordinamento, e che simile sia stata in Germania la sorte del § 43a StGB[124], la pena patrimoniale sopravvive nel siste-

---

[119] A riguardo si veda il nostro *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 207 e ss.

[120] Su tali aspetti, nella prospettiva della costruzione di un modello di prevenzione *sui generis* (cui si è già accennato *supra*, par. 1), cfr. G. Fiandaca, *Confisca dei patrimoni illeciti*, cit., p. 158.

[121] A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, cit., p. 42: un archetipo di cui l'Autore trova traccia anche laddove la confisca venga prevista in funzione stigmatizzante rispetto alla causazione dell'evento morte o lesioni gravi o gravissime (art. 446 c.p.) conseguenti ai delitti previsti dagli artt. 439, 440, 441 e 442 c.p. (p. 51).

[122] In tal senso A. Alessandri, voce *Confisca*, cit., p. 45. Una tipica sanzione patrimoniale è senza dubbio la confisca *ex* art. 19 D.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità "da reato" degli enti (cfr. cap. VI, par. 2): G.G. Sandrelli, *I reati di "market abuse"*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 1, p. 65. Per alcune considerazioni sulla figura di pena patrimoniale di cui al § 43a StGB, dichiarata incompatibile con il dettato costituzionale in Germania, cfr. cap. VIII, par. 5.

[123] A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., p. 2142.

[124] Cfr. cap. VIII, rispettivamente par. 2 e par. 5.

ma penale: la sua intima essenza infatti è rimasta intatta, anche se il soggetto viene perseguito secondo una tecnica normativa più "moderna": non si punisce più colui che commette il fatto descritto dalla norme, ma a colui che si trova in quella determinata situazione vengono confiscati (e, prima ancora, sequestrati) beni non necessariamente né direttamente collegati al reato.

È insussistente il pericolo di abusare dell'espressione "truffa delle etichette" quando si afferma che tali ipotesi di confisca costituiscono una sanzione o pena patrimoniale in senso proprio. Pena principale, pena accessoria, ovvero l'una o l'altra a seconda dei casi: in via di prima approssimazione, i distinguo appaiono di rilevanza non centrale, poiché il riconoscimento della natura sanzionatoria penale delle ipotesi speciali di confisca trascina seco il tema delle "regole" (da applicare) e delle "garanzie" (da assicurare).

Che non si tratti di esercizio di speculazione accademica trova riscontro nella recente decisione quadro 2006/783/GAI in materia di riconoscimento delle decisioni giudiziarie di confisca, il cui art. 13 attribuisce sia allo Stato di emissione (del provvedimento) sia a quello di esecuzione il potere di concessione dell'amnistia e della grazia; l'assimilazione della "decisione di confisca" alla pena classica sotto il profilo della inclusione nell'ambito dei provvedimenti soggetti ad amnistia e grazia ne avalla il carattere sanzionatorio "puro": ma sul punto si tornerà nel prosieguo[125].

Ancora. La confisca prevista dagli artt. 9 e 19 D.lgs. n. 231/2001 recante la disciplina della responsabilità "da reato" degli enti è unanimemente qualificata come "pena principale" dalla dottrina e dalla giurisprudenza[126].

La confisca attinge direttamente al patrimonio *complessivo* del soggetto, come dimostra il fatto che questo può essere aggredito attraverso uno strumento sanzionatorio, alternativo alla confisca, ma a questo collegato attraverso il meccanismo della apprensione di beni di valore equivalente.

---

[125] Cfr. cap. II, par. 9.

[126] Cass. sez. II pen., 27 settembre 2006, n. 31989, in www.reatisocietari.it: anche sul punto cfr. *amplius* cap. IV, par. 2.

Ma pur quando essa riguarda (solo) l'"effettivo" profitto del reato[127] e non il valore ad esso equivalente, l'indeterminatezza della nozione richiamata dal termine, come si vedrà, rende indefinita l'area della ablazione: potenzialmente tale ambito può coincidere con l'intero patrimonio del soggetto, poiché è comunque possibile ipotizzare che questo sia emanazione più o meno diretta del reato.

Anche considerando questo fronte, si ha la sensazione di trovarsi al cospetto di un replicante del meccanismo sperimentato già nell'ambito degli strumenti di contrasto alla criminalità di tipo mafioso – sul punto ancora una volta locomotiva trainante – tramite la diversa ma per certi versi parallela figura della confisca di valori ingiustificati: con la sola precisazione che nel caso dell'art. 12 *sexies* D.l. n. 306/1992 la mancanza di limite della ablazione è esplicitata dal riferimento a beni, danaro e altre utilità di valore sproporzionato al proprio reddito[128].

Per contro, le ipotesi speciali di confisca, come si diceva, costituiscono una sanzione obbligatoria che nella maggior parte dei casi si aggiunge alla pena inflitta anche in caso di patteggiamento.

Esse, inoltre, presentano i caratteri di una sanzione di entità indipendente dalla gravità del reato, ma rapportata al prodotto, profitto prezzo del reato (o circoscritta agli strumenti utilizzati o destinati alla commissione del reato); svincolata dal requisito della proporzione rispetto alla colpevolezza; indeterminata nel massimo; operante sin dalle prime indagini attraverso l'applicazione della misura cautelare reale, destinata a produrre la paralisi di qualunque attività a contenuto "patrimoniale" della persona fisica e giuridica. Tutti elementi che, *mutatis mutandis*, nel quadro di una disciplina in parte analoga, e grazie allo strumento del ricorso individuale, hanno determinato significativi interventi della Corte costituzionale tedesca, rendendo evidente la necessità di una rigorosa riflessione in ordine ai limiti della ablazione[129].

---

[127] Cfr. *infra* par. 6.

[128] S. Di Lena, *Le misure di sicurezza patrimoniali nell'ottica del giusto processo*, in «Ind. Pen.», 2005, p. 654.

[129] *Amplius* sul punto cap. VIII, par. 4 e ss.

In buona sostanza, il "meccanismo" delle ipotesi speciali di confisca è quello della sanzione penale, ma di questa si fatica a riconoscere le prerogative costituzionali.

L'ablazione delle ipotesi speciali di confisca aggredisce il patrimonio, ma in una forma diversa da quella classica della pena pecuniaria[130]; è di entità imprevedibile e di durata perenne; risulta impermeabile al giudizio di colpevolezza, che anche le moderne letture del teleologismo sanzionatorio continuano a considerare elemento imprescindibile[131]; è svincolata dal requisito della proporzionalità rispetto al disvalore del fatto; nelle forme della confisca di valore, addirittura prescinde dal collegamento con il fatto di reato contestato.

La strumentalizzazione di tali ipotesi in una ottica di "accaparramento pubblico di ricchezze private" appare altrettanto evidente[132]. Del resto, nulla di nuovo: la stessa etimologia del termine "confisca" (dal latino *fiscus* – "tesoro imperiale" – preceduto dal prefisso *cum*) non lascia dubbi sulla sua origine di meccanismo idoneo a garantire entrate finanziarie al *ficus*, attraverso il *Procurator Fisci*, antesignano dell'attuale Procuratore della Repubblica che sostiene l'accusa pubblica nel procedimento penale.

Ma forse vi è di più.

---

[130] Alla vigilia della entrata in vigore del Codice Zanardelli, la confisca veniva annoverata tra le *pene pecuniarie*, accanto alla multa e all'ammenda: A. Stoppato, *Diritto penale*, Ulrico Hoepli, Milano-Pisa-Napoli, 1887, p. 103. A proposito della "pena pecuniaria", definita come "qualunque diminuzione delle nostre ricchezze, sancita dalla legge come punizione di un delitto", Francesco Carrara specificava che tale pena prende il nome di confisca quando toglie al delinquente tutto il patrimonio, mentre si definisce ammenda o multa quando riguarda solo una parte di esso (F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, 1886, § 688, rist. Il Mulino, Bologna, 1993^{6}, p. 460). Il Codice Zanardelli (cfr. *supra* nota 115) includeva la confisca tra gli "effetti" della condanna penale (art. 36), dirimendo solo in parte la questione ermeneutica: nell'elenco, infatti, figurava l'interdizione temporanea dall'ufficio pubblico, ovvero la sospensione dall'esercizio della professione o dell'arte (art. 35) nonché la decadenza dalla qualità di membro del Parlamento (art. 34).

[131] Si veda la ricostruzione dello stato dell'arte contenuta negli scritti pubblicati nel volume Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit.

[132] F. Sgubbi, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in «Giur. comm.», 2005, p. 357, in particolare nota 67.

Affaccio la prognosi che la confisca, salvo i casi in cui opera più o meno esplicitamente come misura di prevenzione[133], tenda ad una trasformazione non solo nel senso – già consolidatosi – della pena accessoria[134], ma addirittura nella assunzione delle vesti di una pena principale.

Questa sensazione deriva dal progressivo sganciamento della stessa dal *quantum* del reato (ovvero dal profitto, prezzo o prodotto dello stesso): la confisca è chiamata a svolgere una funzione afflittiva autonoma e primaria. Lo dimostrano le applicazioni dell'esperienza processuale nelle quali, in relazione alla contestazione del concorso di persone[135], si è prospettata la "moltiplicazione" della confisca come si trattasse della sanzione prevista per un determinato reato, estendendola a ciascuno dei correi. Così, è possibile prefigurare (come in effetti è accaduto in un caso di riciclaggio) che venga disposto il sequestro (a fini di confisca) sia della somma oggetto di trasferimento reperita presso taluno dei correi (*sub specie* "profitto"), sia del valore ad esso equivalente appreso dal patrimonio dell'autore del trasferimento. In tal modo ciascuno dei correi viene punito con l'inflizione di una pena patrimoniale coincidente ovvero di valore equivalente al profitto: come nel caso della pena detentiva, la pena della confisca verrebbe ad essere espiata da ciascuno per l'intero.

Ma l'ipotesi testè formulata trova supporto anche nella previsione dell'art. 19, D.l. n. 231/2001, che, come già ricordato, contempla la confisca tra le pene principali applicabili alle persone giuridiche.

Della rilevanza dell'istituto non è possibile dubitare, stante la dilatazione esponenziale dell'alveo di applicazione di queste (tanto che quasi non vi è normativa statale o sovranazionale che non contenga una direttiva in materia di responsabilità degli enti).

La tesi, se dovesse risultare confermata, sovvertirebbe alcuni capisaldi in materia. Per un verso, verrebbe disatteso l'orientamento

---

[133] Nel primo senso, si veda la Legge n. 575/1965; nel secondo, l'art. 12 *sexies* D.l. n. 306/1992, che peraltro le Sezioni Unite della Cassazione hanno qualificato come "misura di sicurezza atipica": per entrambi i profili cfr. cap. III.

[134] L'assunzione di tale carattere da parte delle nuove ipotesi di confisca è evidenziata anche da F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., p. 839.

[135] Per alcune considerazioni circa l'estensione della confisca nell'ambito del concorso di persone cfr. cap. IV, par. 3.

secondo cui il profitto può essere oggetto di ablazione presso qualunque dei correi prescindendo dal fatto che questi ne sia l'effettivo detentore, ma attraverso un unico e unitario prelievo. Inoltre verrebbe travolto il principio, più volte ribadito, secondo il quale la *ratio* della confisca consiste "nell'esigenza, tipicamente preventiva, di interrompere la relazione del bene stesso con l'autore del reato e di sottrarlo alla sfera di disponibilità di quest'ultimo, tanto che l'acquisizione del bene allo Stato è una conseguenza della sottrazione e non già l'obiettivo della confisca, il cui 'fine primario e immediato è la spoliazione del reo nei diritti che egli ha sulla cosa […] e l'acquisto di tali diritti da parte dello Stato costituisce soltanto una conseguenza necessaria di tale spoliazione"[136].

Se la valenza sanzionatoria delle ipotesi speciali di confisca appare indiscutibile, incerta ne appare la giustificazione.

È chiaro infatti che la confisca viene proposta come pena che elimina il vantaggio "ingiustificato" ottenuto dal reo[137]: ma l'interrogativo circa il "perché" si debba ricorrere a tale meccanismo resta senza risposta. Il principio per cui "il delitto non paga" introduce valutazioni di tipo specialpreventivo, ma deve fare i conti con la previsione della confisca di valore, che sottende una funzione palesemente repressiva.

Come premesso, le ipotesi speciali di confisca assumono le sembianze di una misura ablativa, ma producono gli effetti di una pena (per di più anticipata, nel caso del sequestro preventivo).

Dal punto di vista della struttura, esse costituiscono una anomalia che riflette le contraddizioni del *diritto penale del rischio*[138] che caratterizza il dibattito attuale.

Per un verso, il diritto penale viene considerato strumento di soluzione dei conflitti che si fa carico dei principali problemi della

---

[136] Corte dei conti – Sezione Lombardia – ordinanza 17 novembre 2004-14 gennaio 2005, n. 4, in «Diritto e Giustizia», 24 febbraio 2005.

[137] Per alcuni riferimenti al fondamento retributivo della pena, anche con riferimento alla teoria del "vantaggio ingiusto", cfr. A. von Hirsch, *L'esistenza dell'istituzione della pena: rimprovero e prevenzione come elementi di una giustificazione*, in Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, a cura di L. Stortoni e L. Foffani, Milano, 2004, p. 123 e ss.

[138] U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1986.

società moderna (salubrità dell'ambiente, criminalità organizzata, economia, ecc.)[139]; dall'altro, in questa prospettiva, si ritiene che al diritto penale *si debba* fare ricorso per rendere effettive le misure di intervento[140].

Alla rappresentazione del diritto penale come unico baluardo in grado di difendere la collettività dalla minaccia del *rischio* che la assedia, si contrappongono studi che affermano la necessità che gli strumenti penali debbano essere maneggiati sul piano politico con estrema prudenza[141].

Al di là del rapporto semantico tra "diritto penale del rischio" e "società del rischio"[142], si tratta di indagare se il primo debba rappresentare il "nuovo volto" della pretesa punitiva statale, ovvero se ne costituisca una deriva da contrastare[143].

In questa sede è soltanto possibile mutuare le conclusioni di una simile analisi, per la quale si rinvia agli studi specifici[144].

---

[139] Si rinvia alle attente osservazioni di W. Hassmer, *Variationen der positiven Generalprävention* (1998), in Id., *Strafen in Rechtsstaat*, Nomos, Baden-Baden, 2000, p. 212; P.-A. Albrecht, *Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik*, in *Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M.* (a cura di), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M., 1995, p. 429 e ss., p. 433.

[140] C. de Maglie, *L'etica e il mercato*, cit., p. 292 e ss., rimarca la necessità del ricorso al diritto penale, stante l'inadeguatezza degli strumenti offerti da altri rami dell'ordinamento.

[141] W. Hassmer, *Introduzione*, in Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., p. 4 e ss.

[142] Secondo il paradigma della società del rischio la conflittualità discende dalla dicotomia tra "decisori" (che costituiscono una *coorte* elitaria) e "coinvolti" (che rappresentano la maggior parte della collettività), ovvero tra chi si trova in posizione di decidere se correre un determinato rischio e lo percepisce come volontario, e chi invece, dovendosi limitarsi a subire le risoluzioni altrui, affronta il rischio come "un'incertezza che non ha *scelto* di affrontare" (C.E. Paliero, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., p. 280 e ss.). Nella *Risikogesellschaft* anche il reato trova "allocazione" come "rischio sociale": in ordine a quest'ultimo profilo cfr. F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, Bologna, 1990, in particolare p. 47 e ss.

[143] Per alcune considerazioni sulla applicabilità del diritto penale alla c.d. società del rischio cfr. A. Alessandri, *Attività d'impresa*, cit., p. 560 e ss.

[144] Numerosi spunti di riflessione a riguardo sono emersi dalla "analisi critica della Scuola di Francoforte", raccolti nel volume Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit.

Il carattere "espansivo" del diritto penale del rischio – nel senso della tendenza all'"accoglimento di nuovi candidati nella cerchia dei beni giuridici" (tra i quali il mercato dei capitali e lo sviluppo del mercato finanziario) con "anticipazione del confine tra comportamenti punibili e comportamenti non punibili" (c.d. anticipazione della tutela penale) e "riduzione dei requisiti di responsabilità" (e contestuale accentuazione della preferenza per la tipologia dei reati di pericolo) – cela una autocelebrazione in chiave di titolarità dell'autoria sulla attività "promozionale dei costumi". Il diritto penale, in questi termini, *assume* e *si assume* un carico di compiti di prevenzione dei rischi e di rassicurazione simbolica della società del rischio che non è in grado di assolvere[145]. Mentre, per un verso, le questioni rimangono irrisolte *nonostante* l'intervento del diritto penale, anzi, *a causa del massiccio intervento del diritto penale*, che impedisce meccanismi di autoregolamentazione e autodifesa (si pensi, ad esempio, al settore dell'economia e del mercato finanziario)[146], per l'altro, il tentativo di plasmare il diritto penale per renderlo duttile e flessibile alle nuove esigenze di tutela si traduce nella distruzione sistematica dei suoi profili garantistici.

L'"irresponsabilità organizzata", di cui Ulrich Beck denuncia il consolidamento, dovrebbe invece essere contrastata attraverso la ricerca di "staffette sociali del rischio" che risultino più efficaci dell'uso simbolico delle leggi penali[147].

Attribuendo al diritto penale – anziché alle discipline giuridiche di pertinenza – lo scopo di "procurare la prevenzione dell'illecito strutturale", si cancellano i confini tra gli strumenti "'repressivi' e 'reattivi'" del diritto penale e quelli "preventivi e 'pro-attivi' della polizia"[148].

---

[145] C. Prittwitz, *Società del rischio e diritto penale*, in Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., p. 375 e ss.

[146] Il fallimento dei meccanismi del mercato e del sistema dei controlli, anche in chiave di autodisciplina, è rimarcato da A. Alessandri, *Attività d'impresa*, cit., p. 567.

[147] A fronte della registrazione di più di 500.000 accessi ad un indirizzo internet di pornografia infantile (rispetto ai quali si riesce ad indagare soltanto su 1000 casi) – osserva F. Herzog, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., p. 366 e 369 – il disorientamento etico-sociale non può essere risolto con il rimedio del diritto penale.

[148] F. Herzog, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio*, cit., p. 364.

Tali lucide considerazioni possono estendersi alla illustrazione del contesto in cui si inserisce la proliferazione delle ipotesi speciali di confisca, dal quale si evince anche l'origine delle peculiarità del nuovo modello di intervento ablativo: a fronte della inconsistenza dei criteri di imputazione del diritto penale del rischio[149], infatti, la "nuova" confisca manifesta credenziali in linea con il paradigma della responsabilità di posizione, trovando ampio spazio nello strumentario penale utilizzabile dal legislatore attuale.

Le conseguenze del rafforzamento degli istituti connessi alla ablazione del profitto, come i vedrà nelle pagine seguenti, sono di non poco momento; come pure significativi appaiono i profili di incompatibilità con le garanzie costituzionali[150].

Non sono precluse vie alternative, pure fondate sulla privazione del profitto: si pensi ad esempio alla valutazione di questo ai fini della commisurazione della pena pecuniaria sia in sede di determinazione della pena base, come nel sistema statunitense[151], sia come parametro base di valutazione da moltiplicare per un coefficiente stabilito dalla normativa, come nell'esperienza della normativa europea (ad esempio, in materia di ammende comunitarie). Le obiezioni articolate sulla desuetudine della pena pecuniaria nel nostro sistema possono essere superate considerando che l'osservanza delle "ragioni dell'effettività" potrebbero essere assolte attraverso la predisposizione o il rafforzamento di un idoneo ed efficace meccanismo esecutivo.

5. *(segue) La "staffetta" tra confisca (anticipata dal sequestro) e tassazione dei proventi da reato*

L'ablazione dei beni si colloca dunque in una dialettica accesa nella quale si confronta, da un lato, l'impostazione fondata sulla c.d.

---

149 Sul punto ancora F. Herzog, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio*, cit., p. 360.

150 Cfr. cap. VIII.

151 C. de Maglie, *L'etica e il mercato*, cit., p. 78 e ss.

etica degli affari; dall'altra, quella "più laica"[152] che, facendo leva sulle suggestioni dell'analisi economica del reato, richiama l'attenzione sul "costo" del reato economico[153].

Il ragionamento sulla confisca (e sul sequestro preventivo a scopo di confisca) non può prescindere dalla polivalenza della misura, che dispiega i propri effetti in tutti i settori contigui alla applicazione della stessa: si pensi all'ambito della tutela riconoscibile ai diritti dei terzi, sulla quale ci si soffermerà in seguito[154].

Ma non solo. Soprattutto nella prospettiva del destino del patrimonio aggredibile dalla confisca (appartenga esso a soggetti privati ovvero ad enti, ad esempio, esercenti attività d'impresa), l'istituto in esame determina conseguenze "a cascata" su settori con esso interferenti.

Si pensi alla mai definitivamente risolta questione della *c.d. tassazione dei proventi da attività illecita*[155], che nel dibattito penalistico per anni si è intrecciata al tema della confisca.

Il problema è di ampia portata e in queste pagine può soltanto essere richiamato per singole suggestioni. Esso affonda le radici nell'interrogativo se, nel determinare l'ambito della ricchezza assoggettabile a tassazione, si debba tenere conto dei redditi c.d. "immorali"[156]. La questione si interseca con il duplice profilo dell'analisi del fondamento della coercizione fiscale (manifestazione della sovranità dello Stato, principio della controprestazione, obblighi solidaristi-

---

[152] *Mutatis mutandis* va richiamato un recente scritto – per la gran parte, invero, dedicato ad altri profili – di Stefano Canestrari (*Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Giuffrè, Milano, 2006, I, p. 139 e ss.), che insiste sulle peculiarità della "laicità" come "*carattere* ineludibile" del diritto penale.

[153] Cfr. A. Alessandri, *Presentazione*, in Aa.Vv., *I modelli organizzativi ex D.lgs 231/2001*, a cura di C. Monesi, Giuffrè, Milano, 2005, p. XXX.

[154] Cfr. *infra* cap. VII.

[155] La questione generale della tassazione dei proventi da illecito è affrontata, con specifico riferimento alla invalidità del contratto, da A. Carinci, *L'invalidità del contratto nelle imposte sui redditi. Profili sostanziali*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 240 e ss.

[156] In termini storici la questione nasce con l'interrogativo se i proventi dell'esercizio di una casa di tolleranza possano considerarsi quali redditi di ricchezza mobile soggetti ad imposta: sul punto cfr. O. Quarta, *Commento alla legge sulla Imposta di Ricchezza Mobile*, I, Milano, 1902², p. 162 e ss.

ci di rilevanza costituzionale) e della delimitazione della nozione di reddito (concezione "giuridica", "economica" ecc.), e cammina di pari passo con il tema della tipologia di illiceità (amministrativa, civile o penale) che ha generato il provento.

Una enorme varietà di annotazioni hanno alimentato il dibattito sulle variegate sfumature del problema[157].

Con specifico riguardo ai proventi da (quell'illecito specifico che configura) *reato*, la controversa ed antica questione, come noto, ha richiesto l'intervento delle Sezioni Unite[158], secondo le quali *di regola* deve escludersi la possibilità di considerare "reddito", e quindi, di assoggettare a tassazione, i proventi dal reato. La motivazione si articola su una serie di argomentazioni che scaturiscono dal confronto tra le "ragioni a favore della tassabilità" (par. 5) e quelle "contro" la stessa (par. 6). In particolare, si osserva quanto segue: 1) la reazione dell'ordinamento al fatto di reato, in un ventaglio di interventi che spazia dalla sanzione privativa della libertà al risarcimento e alla confisca, non lascia margini al legislatore tributario di selezionare la "novella ricchezza" come reddito, poiché l'accertamento del reato determina la cancellazione delle conseguenze dello stesso, *in primis* attraverso la confisca; 2) i principî costituzionali connessi alla imposizione tributaria (art. 53, art. 41, art. 2) sono incompatibili con l'assoggettamento a tributo di una ricchezza che nasce dal contrasto con l'ordinamento; 3) soprattutto nei casi di confisca obbligatoria dei beni conseguiti al reato o delle misure di prevenzione di contenuto analogo, è impossibile trovare varchi per il prelievo fiscale.

La sentenza, tuttavia, consente l'ingresso di una eccezione, legata al caso in cui la confisca sia facoltativa e il giudice si astenga dal disporla. In detta ipotesi il legislatore – prevedendo la confisca come facoltativa – e il giudice – attraverso l'esercizio del suo potere discrezionale – legittimano il possesso in capo al soggetto delle cose non confiscate: queste cessano allora di essere contrarie al di-

---

[157] Si rinvia ai riferimenti bibliografici e giurisprudenziali richiamati nelle note successive.

[158] Cass. sez. Un. pen., 12 novembre 1993, Cinquegrana, in «Cass. pen.», 1994, p. 1805 e ss., con nota di G. Fumu.

ritto, perdono il loro carattere di "illiceità" perchè scisse dalla fonte (illecita) da cui provengono, e diventano in quel momento aggredibili dalla fisco come ricchezza lecita (par. 11).

Nessuna deroga invece per quanto riguarda la confisca obbligatoria, che, costituendo (una delle) peculiarità comuni delle ipotesi speciali di confisca, è particolarmente significativa per il profilo che qui ci occupa.

Nelle more del deposito delle motivazioni della citata sentenza (avvenuto il 7 marzo 1994, mentre il dispositivo reca la data del 12 novembre 1993) è stata approvata la Legge 24 dicembre 1993, n. 537, il cui art. 14 stabilisce che nelle componenti del "reddito" di cui all'art. 6 del Testo Unico Imposte sui redditi approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (ovvero redditi fondiari, di capitale, di lavoro dipendente, di lavoro autonomo, d'impresa e diversi), devono essere compresi, "se in essi classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo se non già sottoposti a sequestro o a confisca penale"[159].

La giurisprudenza penale e tributaria[160] ritiene la disposizione *de qua* "norma di interpretazione autentica" della disciplina contenuta nel D.P.R. n. 917/1986[161], la quale – priva di valore innovativo e deputata ad indicare un criterio ermeneutico fondamentale in materia di tassabilità dei proventi da illecito – legittimamente rende vincolante una delle possibili interpretazioni del testo[162]. Il dibattito dottrinale, in linea di massima critico rispetto alle posizioni della

---

[159] Il principio della c.d. neutralità fiscale è stato affermato anche dalla Corte di Giustizia: cfr. sent. 11 giugno 1998, causa C-283/1995, nel sito europa. eu. int. Per una analisi critica della giurisprudenza in materia cfr. I. Cherchi, *La tassazione dei proventi da reato*, in «Dir. e prat. trib.», 2005, p. 417 e ss. La norma è ritenuta operante anche in ordine ai proventi assoggettabili ad i.v.a., trattandosi di "norma di principio": così Cass. sez. trib., 17 novembre 2006, n. 24471, in «GT - Rivista di giurisprudenza tributaria», 2007, 2, p. 1150.

[160] Oltre alle sentenze citate nelle note seguenti, si veda a titolo esemplificativo Comm. Trib. II grado Bari, sez. II, 28 maggio 1994, n. 5, in «Corr. trib.», 1994, p. 3643 e ss.; Cass. sez. trib., 10 maggio 2005, n. 19078, in «Il fisco», 2005, n. 38, 6044, par. 3.

[161] Cass. sez. II pen., 24 gennaio 1997, n. 220, in «Il fisco», 1997, p. 4892 e ss.; Cass. civ. Sez. V, 11 settembre 2003, n. 13335, Ministero delle finanze c. D.P., in «Il fisco», 2003, 7443, in «Dir. e prat. trib.», 2004, 2, p. 514; Cass. civ. Sez. V, 9 novembre 2005, n. 21746, Curcio c. Min. Finanze, CED 2005, rv. 584954.

[162] Cass. sez. I civ. 19 aprile 1995, in «Giur. it.», 1995, I, 1, p. 2002.

giurisprudenza[163], evidenzia che l'esclusione della portata innovativa della disposizione attribuisce alla stessa efficacia retroattiva[164], e osserva che, al contrario, e come si vedrà tra breve, la tesi della natura interpretativa della disposizione appare tutt'altro che pacifica.

A riguardo occorre fare un passo indietro e soffermarsi, sia pure brevemente, sul contenuto della disposizione.

Innanzi tutto il presupposto della classificabilità dei proventi nelle categorie di reddito di cui all'art. 6 non esige l'introduzione di una nuova classe, ma richiama la condizione che "l'attività produttiva del reddito sia, di per sé considerata, già ricompresa nelle fattispecie imponibili previste dalle norme vigenti"[165].

La riconducibilità viene così "concepita in termini di somiglianza meramente strutturale fra fattispecie illecita e fattispecie tipizzate", basata sulla "coincidenza materiale" tra i comportamenti che integrano la prima e le seconde fattispecie: ciò che, per quanto concerne l'illecito penale (a differenza di quello civile, e in parte, di quello amministrativo) rende di fatto irrealizzabile l'assimilazione che consente la tassazione[166]. E proprio tale sostanziale irriducibilità dei proventi da reato alle categorie di reddito è alla base della recente riforma introdotta dalla legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248 del D.l. 4 luglio 2006, n. 223, che ha recepito alcune indicazioni provenienti dalla giu-

---

[163] Si veda per tutti A. Carinci, *L'invalidità del contratto*, cit., p. 247 e ss.

[164] Sul punto si veda la dettagliata ricostruzione delle posizioni della dottrina, meno monolitiche di quelle palesate dalla giurisprudenza, di A. Carinci, *L'invalidità del contratto*, cit., p. 245 e ss., con ampi riferimenti bibliografici.

[165] Sono ritenuti in tal senso tassabili i redditi di capitali derivanti da usura, ed i redditi di lavoro collegati ad attività illecite: Dipartimento entrate-Direzione centrale affari giuridici e contenzioso tributario, Div. V – Circolare Ministeriale 10 agosto 1994, n. 150/E-III-5-1560, in «Corr. trib.», 1994, p. 2407 e ss.; allo stesso modo possono essere inquadrati nella categoria degli "altri redditi di lavoro autonomo" quelli costituenti provento del delitto di bancarotta patrimoniale distrattiva posta in essere da un amministratore.

[166] A. Carinci, *L'invalidità del contratto*, cit., p. 246, che ricorda in particolare le perplessità avanzate da G. Falsitta, *La tassazione dei proventi da reato nell'analisi della giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in «Rass. trib.», 2001, p. 1143; C. Glendi, *Sulla tassazione dei proventi illeciti*, in «GT - Rivista di giurisprudenza tributaria», 1995, p. 875; D. Irollo, *La tassazione di proventi dell'illecito nell'esegesi del disposto di cui all'art. 14, comma 4, legge n. 537/1993*, in «Riv. dir. trib.», 2001, I, p. 33 e ss.; nel senso che il c.d. "*pretium sceleris*" si deve considerare come reddito imponibile Cass. civ. Sez. V, 9 novembre 2005, n. 21746, Curcio c. Min. Finanze, CED 2005, rv. 584954.

risprudenza in merito alla problematicità della assimilazione dei proventi da reato alla categoria dei "redditi diversi"[167].

Ma soprattutto – va osservato – ai sensi dell'art. 14 Legge n. 537/1993, la tassabilità viene esclusa se i beni sono sottoposti a sequestro o confisca.

La norma accomuna i due provvedimenti ablatori[168], nonostante la difformità tra essi: infatti, se pure, dal punto di vista sostanziale, in entrambi i casi si registra la perdita di disponibilità del bene, nella prima ipotesi questa deriva da un provvedimento provvisorio che priva il soggetto del possesso del bene (ma non del relativo titolo), nella seconda viene compromessa la stessa titolarità del diritto[169].

Premesso che il sequestro cui si riferisce la norma non è solo quello probatorio, ma si estende anche al sequestro preventivo, destinato ad essere successivamente sostituito dal provvedimento di confisca, va osservato che proprio l'interazione tra sequestro/confisca e tassazione getta qualche ombra sulla questione della natura interpretativa o innovativa dell'art. 14, comma 4. Infatti il presupposto dell'imposizione fiscale consistente nel "possesso di redditi in danaro o in natura rientranti nelle categorie indicate nell'art. 6" (sul quale si tornerà tra breve) è tradizionalmente connotato dalla stabilità dell'incremento patrimoniale, tanto che, come ricorda Andrea Carinci[170], un certo orientamento ha poggiato proprio sulla definitività della acquisizione del provento la tassabilità dello stesso: si dovrebbe allora ammettere che, ai sensi dell'art. 14, è rilevante anche – in tale direzione si spanderebbe la portata innovativa del disposto – una acquisizione di ricchezza provvisoria, in quanto suscettibile (non solo di confisca, ma, come indica la norma, anche di) sequestro.

---

[167] Nel contesto in esame si sono ricondotte le vincite da gioco d'azzardo alla categoria dei redditi diversi, disciplinata dall'art. 81 del predetto testo unico: Cass. civ. Sez. V, 11 settembre 2003, n. 13305, Finanze c. D.T., in «Dir. e prat. trib.», 2003, 2, 1419 nota di Marcheselli. In ordine all'art. 36, comma 34 *bis* Legge n. 248/2006 cfr. *infra* nel testo.

[168] L'alveo di rilevanza è quello penale, con esclusione, ad esempio, della confisca amministrativa, che pure produce gli stessi effetti di "spossessamento" della prima. *Amplius* cfr. A. Giovannini, *Provento illecito e presupposto dell'imposta personale*, Giuffrè, Milano, 2000.

[169] Per alcune questioni sul titolo della modifica della titolarità cfr. cap. V.

[170] A. Carinci, *L'invalidità del contratto*, cit., p. 248 e ss.

Lo spettro di operatività dell'art. 14, comma 4 riguarda, da un lato, la definizione di "reddito"; dall'altro, la delimitazione del concetto di "possesso" (del reddito).

Quanto al primo, deve segnalarsi che il termine di riferimento diventa la percezione economica[171], più che la qualificazione in termini giuridici, del provento (il quale sia riconducibile, nei termini problematici di cui si è detto, alle categorie indicate nell'art. 6).

Anche il secondo aspetto, ossia il tema del "possesso" del reddito, merita qualche ulteriore approfondimento rispetto ai cenni precedenti, atteso che esso involge profili diversi da quelli strettamente connessi ai provvedimenti ablativi. Si pensi al caso in cui il provento del reato, anziché venire acquisito al patrimonio diretto dell'autore, sia devoluto a terzi, ad esempio ad altra società del medesimo gruppo.

In assenza di qualunque indicazione da parte del Testo unico, la dottrina si divide sull'interpretazione del requisito: parte di essa ritiene che l'espressione si riferisca alla titolarità giuridica del diritto, sulla falsariga della disciplina civilistica (signoria materiale sulla cosa e *animus rem sibi habendi*)[172]; altri Autori fanno coincidere il possesso dei redditi con la "disponibilità di fruire" di essi[173]: è la effettiva disponibilità della cosa a dover venire in considerazione[174], a prescindere dalla attribuibilità ad altri della titolarità della ricchezza[175].

---

[171] La prova della percezione del provento illecito può essere raggiunta anche mediante presunzione: Cass. sez. trib. 9 febbraio 2000, n. 13180, in «Il fisco», 2001, n. 6, p. 1880 e ss.

[172] R. Pignatone, *Il possesso dei redditi prodotti in forma associata*, in «Dir. prat. trib.», 1982, I, p. 630 e ss., p. 633.

[173] L. Ferlazzo Natoli, *Lineamenti di diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 2004², p. 204 e ss.

[174] G.A. Micheli, *Corso di diritto tributario*, Utet, Torino, 1981⁶, p. 331 e ss.; in tal senso anche M. Leo, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, I, Giuffrè, Milano, 2006, 3, che richiama la *Relazione ministeriale* all'art. 1, D.P.R. n. 597/1973, nella quale si precisa che, "più che alla materiale titolarità giuridica dei redditi, la norma intende riferirsi alla loro materiale disponibilità da parte del soggetto d'imposta".

[175] A. Berliri, *Corso istituzionale di diritto tributario*, II, Giuffrè, Milano, 1978, p. 27; D. Regazzoni, *La tassazione dei proventi conseguenti da attività illecite*, in «Il fisco», 1994, p. 2250 e ss., p. 2253; la tesi è condivisa dall'amministrazione finanziaria, ad esempio, nella Circ. n. 150/E-III-5-1560/94 del 10 agosto 1994, par. 1.1, in «Boll. Trib.», 1994, p. 1261.

Anche la Corte costituzionale[176] ha avuto occasione di pronunciarsi sulla interpretazione della nozione di "possesso del reddito", optando per la tesi secondo cui esso si sostanzia nella libera disponibilità dei redditi (par. 14), cioè nel godimento o l'amministrazione senza obbligo di resa dei conti (par. 7).

Accogliendo tale tesi, rientrerebbero nella previsione di cui all'art. 6 Tuir i proventi che si trovino nella "effettiva disponibilità" del contribuente[177], nel senso che questi ne può condizionare la destinazione, anche indipendentemente dal fatto che essi siano stati concretamente "incassati"[178].

Se ciò significhi che la ricchezza debba permanere nella disponibilità del soggetto anche dopo la sua produzione almeno per un periodo significativo, o, al contrario, che sia sufficiente che essa si trovi nella disponibilità del medesimo al momento della imposizione, è questione che comporta conseguenze rilevanti. In quest'ultima ipotesi, infatti, escluso il caso in cui sia stata disposta la confisca o il sequestro, il provento risulta tassabile anche quando venuto nella disponibilità del soggetto solo *transitoriamente*: essendo la ricchezza (cioè la capacità di soddisfazione dei propri bisogni e interessi) indicatore della capacità contributiva, l'acquisizione del provento, poi consumato o alienato, in quanto espressione di un vantaggio, integra gli estremi del presupposto dell'imposizione fiscale, ovvero, appunto l'effettiva capacità contributiva cui fa riferimento l'art. 53 Cost.[179].

---

[176] La sentenza 15 luglio 1976, n. 179 (in www.cortecostituzionale.it) affronta in particolare la questione della legittimità costituzionale – parzialmente esclusa – della disciplina della determinazione del reddito complessivo dei coniugi ai fini della applicazione dell'imposta.

[177] A. Marcheselli, *Le attività illecite tra fisco e sanzione*, Cedam, Padova, 2001, p. 192.

[178] A. Carinci, *L'invalidità del contratto*, cit., p. 257.

[179] Alla luce di tali premesse si è attribuito all'autore di un reato di appropriazione indebita l'onere contributivo relativo a somme mai concretamente "intascate", ma impiegate per tacitare complici in comportamenti illeciti, ovvero ritardare una denuncia: in entrambi i casi il denaro sarebbe utilizzato "a profitto" del soggetto e costituirebbe per lui reddito: Cass. sez. I civ., 1° luglio 1998, n. 11301, in «Il fisco», 1999, n. 1, 126 (sul concetto di reddito e sulle sue diverse articolazioni cfr. M. Leo, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, cit., p. 2 e ss.; A. Fantozzi, *Corso di diritto tributario*, Utet, Torino, rist. agg., 2004, p. 379 e ss.).

Va peraltro osservato che una simile ampiezza della nozione di "possesso", non solo incide sul perimetro della tassabilità, ma, in considerazione della interdipendenza tra questa e i provvedimenti ablatori, può fungere da volano anche per una ulteriore dilatazione del concetto, di per sé indeterminato, di "provento" del reato, e in particolare, di quello di "profitto"[180].

Tra le conseguenze delle premesse poste risulta altresì che la "condizione ostativa" alla tassabilità presuppone che il provvedimento ablativo intervenga entro lo stesso periodo d'imposta nel quale è maturato il reddito costituito dal provento (da tassare)[181], soltanto in tal modo venendosi ad impedire il perfezionamento della fattispecie imponibile[182].

Alle medesime conclusioni si perverrebbe anche muovendo dalla applicazione del principio di uguaglianza, che risulterebbe violato laddove i percettori di redditi illeciti non venissero assoggettati alla medesima disciplina prevista per i possessori di redditi leciti: questi ultimi – secondo i principî generali del sistema tributario – sono esclusi da imposizione soltanto se perduti nello stesso periodo d'imposta nel quale risultano prodotti[183].

Sennonché l'intervento dell'ablazione entro il termine temporale di imposizione fiscale rappresenta una eventualità piuttosto remota, poiché in concreto il primo si rende necessario, al più presto, nell'ambito di indagini che di solito prendono avvio in momenti successivi a quelli della maturazione del reddito. Sicché nella quasi totalità dei casi il soggetto risulta tenuto a corrispondere le tasse su proventi che successivamente diventeranno oggetto di ablazione.

---

[180] Cfr. *infra* par. 6.

[181] Cass. civ. Sez. V, 13 maggio 2003, n. 7337, Ministero delle finanze c. Palladino, in «Dir. prat. trib.», 2003, 2, 1579; Cass. civ. Sez. V, 29 settembre 2005, n. 19078, Fiorentini c. Min. Finanze, in «Dir. prat. trib.», 2005, 2, 1505.

[182] Cfr. A. Carinci, *L'invalidità del contratto*, cit., p. 262, che richiama D. Irollo, *La tassazione dei proventi dell'illecito nell'esegesi del disposto di cui all'art. 14, comma 4, legge n. 537/1993*, in «Riv. dir. trib.», 2001, I, p. 33 e ss. e 64.

[183] Cass. sez. trib., 29 novembre 2002, n. 7337, in «Dir. e prat. trib.», 2005, II, p. 399 e ss., in particolare 404 e ss., par. 12; Cass. sez. trib., 10 maggio 2005, n. 19078, in «Il fisco», 2005, n. 38, 6044, par 3; nel senso che l'interpretazione in esame corrisponde anche al principio di capacità contributiva *ex* art. 53 Cost. cfr. Cass. civ. Sez. V, 13 maggio 2003, n. 7337, Ministero delle finanze c. Palladino, in «Dir. prat. trib.», 2003, 2, 1579.

Molte altre sono le questioni lasciate aperte dalla promulgazione della legge.

Ad esempio, si discute se la tassabilità sussista anche quando il provvedimento ablativo sia disposto, ma non ancora eseguito[184].

Ancora. Si osserva che un effetto ostativo simile a quello previsto per sequestro e confisca dovrebbe essere riconosciuto anche al risarcimento e alla restituzione, che invece restano fuori dall'ambito di operatività dell'art. 14, comma 4, ma che in modo analogo ai provvedimenti ablativi incidono sulla disponibilità materiale del provento[185].

Come accennato, uno dei nodi cruciali dell'art. 14, comma 4 concerne l'impossibilità di sussumere il provento in una delle categorie di reddito previste dall'art. 6.

La segnalata difficoltà di ascrivere molti proventi ad una delle categorie di redditi indicate dall'art. 6 ha indotto il legislatore a stabilire che "in deroga all'articolo 3 della legge 27 luglio 2000, n. 212, la disposizione di cui al comma 4 dell'articolo 14 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, si interpreta nel senso che i proventi illeciti ivi indicati, qualora non siano classificabili nelle categorie di reddito di cui all'articolo 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, sono comunque considerati come redditi diversi" (art. 36, comma 34 *bis* Legge 4 agosto 2006, n. 248, contenente la "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante

---

[184] Facendo leva sull'argomento per cui il sequestro e la confisca rilevano come "accadimenti storici" e non quali mere potenzialità (così F. Tesauro, *La tassazione dei proventi da reato e gli enunciati del legislatore-interprete*, in «Giur. it.», 1995, I, 1, p. 2001 ss., 2004) si potrebbe ritenere che la non esecuzione del provvedimento abaltivo renda questo irrilevante ai fini della tassazione.

[185] A. Carinci, *L'invalidità del contratto*, cit., p. 262 e ss. e riferimenti ivi citati. Per alcune considerazioni critiche cfr. altresì L. Murciano, *Sulla tassazione dei proventi da reato: determinazione del reddito e risarcimento del danno*, nota a Cass. 5 giugno 2000, n. 7511, in «GT - Rivista di giurisprudenza tributaria», 2001, p. 298. Paradigmatico il caso dell'attività di prostituzione, il cui provento, non riconducibile all'area del reddito da lavoro autonomo o dipendente, né a quello "da fatto illecito" (perché non sanzionato), costituirebbe una forma di risarcimento '*sui generis*' a causa della lesione dell'integrità della dignità di chi subisce l'affronto della vendita di sé, in quanto tale sottratto all'imposizione fiscale (Comm. trib. prov. Milano, XLIII, 22 dicembre 2005, n. 272, *ivi*, 2006, 4, p. 351, con nota di G. Ferraù).

disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale")[186].

La riforma mantiene molto meno di quanto promette; essa, oltre a non risolvere i tutt'altro che irrilevanti problemi ermeneutici correlati ai profili specificatamente tributari (riproponendosi in una nuova versione quelli già evidenziati con particolare riferimento alla determinazione dei singoli proventi costituenti reddito)[187], ignora i termini dell'ideale "staffetta" tra sequestro/confisca e tassazione dei reati: anzi, la disposizione *de qua*, inserita in sede di conversione del decreto legge a poche settimane dalla pubblicazione di quest'ultimo, conferma il rinnovato interesse per una disciplina di "incameramento", di cui si confermano i molti profili censurabili.

Alcune osservazioni soltanto.

Per un verso, il comma 34 *bis* dell'art. 36 si qualifica come norma interpretativa di una disposizione – art. 14 – della cui natura (a sua volta, innovativa o interpretativa) si continua a discutere[188]: ciò che non solo ripropone le questioni generali in ordine ai limiti della efficacia retroattiva delle leggi di interpretazione autentica, ma in particolare deroga espressamente all'articolo 3 della legge 27 luglio

---

[186] A riguardo il n. 43 della Circolare della Agenzia delle Entrate del 4 agosto 2006, n. 28 (cfr. in www.altalex.it) non aggiunge nulla al lapidario contenuto della disposizione (così anche A. Tomassini, *I redditi diversi accolgono sempre i proventi da illecito*, in «Corr. trib.», 2006, p. 40, p. 3167): in esso, infatti, si afferma che "l'articolo 36, comma 34 *bis*, del decreto interpreta autenticamente l'articolo 14, comma 4, della legge 24 dicembre 1993, n. 537. Quest'ultimo, in particolare, stabilisce il principio per cui nelle categorie di reddito di cui all'articolo 6, comma 1, del Tuir, se in esse classificabili, devono intendersi ricompresi anche i proventi derivanti da atti, fatti e attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo, se non già sottoposti a sequestro o confisca penali. I redditi, classificati nelle specifiche categorie, vengono determinati alla luce delle regole generali dettate, per ciascuna di esse, dallo stesso Testo unico. Interpretando autenticamente il testo della disposizione riportata, il comma 34 *bis* dell'articolo 36 stabilisce che qualora i proventi illeciti non siano classificabili nelle altre categorie di cui all'articolo 6, comma 1, sopra richiamato, i medesimi vengono inquadrati, anche ai fini della loro determinazione, nella categorie dei redditi diversi di cui agli articoli 67 e seguenti del Tuir".

[187] A. Carinci, *L'invalidità del contratto*, cit., p. 263 e ss.

[188] Il che la dice lunga sul grado di chiarezza di una legge che, al pari delle altre, dovrebbe orientare i comportamenti dei consociati, dando tassative indicazioni circa i comportamenti vietati.

2000, n. 212 (c.d. Statuto dei diritti dei contribuenti), che stabilisce precisi limiti in ordine alla retroattività delle disposizioni tributarie, ma fa salva la previsione dell'art. 1, comma 2, che "in casi eccezionali" ammette l'adozione di norme interpretative[189].

Per altro verso, l'assimilazione dei proventi illeciti ai "redditi diversi" rafforza il convincimento che il legislatore è disposto a non andare tanto per il sottile quando entrano in gioco pressanti esigenze di "recupero di base imponibile" (la locuzione si legge nella rubrica dell'art. 36, D.l. n. 223/2006, conv. con mod. nella Legge n. 248/2006)[190].

Ancora. Atteso che, a tenore della disciplina prevista dall'art. 14, comma 4 Legge n. 537/1993 e relative norme interpretative, il provento, a prescindere dalla liceità della causa, deve essere assoggettato a tassazione, il soggetto possessore del reddito diventa contribuente a tutti gli effetti, per cui su di lui incombono gli oneri corrispondenti a tale *status*, *in primis* quello della dichiarazione, con i conseguenti obblighi di veridicità. L'entrata in vigore del D.lgs. 74/2000, che ha innovato la materia penale tributaria, non ha introdotto a riguardo alcuna clausola di salvamento: come in relazione alla previgente legge n. 516/1982 (sebbene in un contesto normativo profondamente mutato rispetto alla disciplina precedente), il principio della tassabilità dei proventi importa simmetricamente la perseguibilità (anche) penale di quelli non dichiarati o dichiarati in violazione delle norme previste, con la conseguenza di obbligare il cittadino all'inserimento del reddito nella dichiarazione, e quindi, ad una forma mediata di autodenuncia[191].

Infine. L'assimilazione del provento illecito al reddito lecito si riflette sul profilo della *deducibilità dei costi*.

La legge 27 dicembre 2002, n. 289, inserendo il comma 4 *bis* nell'art. 14, Legge n. 537/1993, esclude la possibilità di portare in deduzione "i costi o le spese riconducibili a fatti, atti o attività quali-

---

[189] Per alcune considerazioni critiche sul punto cfr. G. Barbato, *Tassati tutti i proventi da reato*, in «Guida al Diritto», 2006, 34, p. 129.

[190] Evidenzia la tendenza del legislatore alla "pan-imposizione" di ogni grandezza economicamente apprezzabile A. Tomassini, *I redditi diversi accolgono sempre i proventi da illecito*, cit., p. 3163.

[191] R. Minna, *Profili penali in tema di tassazione dei proventi da attività illecita*, in «Ind. Pen.», 2002, p. 195 e ss.

ficabili come *reato*"[192], consentendo per contro la deducibilità, secondo le regole ordinarie, dei costi e delle spese relativi ad illeciti civili e amministrativi. La norma trova applicazione anche quando i proventi dell'attività criminosa siano sottoposti a sequestro o a confisca: in tale ipotesi i proventi non sono imponibili, ma i costi e le spese ad essi relativi non possono essere portati in deduzione dai redditi di altre attività lecite o illecite, mancando il requisito dell'inerenza[193].

Presupposto della previsione è non l'esercizio dell'azione penale, ma soltanto l'astratta rappresentabilità del fatto in termini di illecito penale[194].

Nemmeno le sanzioni pecuniarie, mancando di qualsiasi nesso funzionale con l'attività d'impresa, possono essere annoverate tra i costi e le spese, con conseguente inapplicabilità delle norme richiamate[195].

Sul punto vanno sottolineati due ordini di considerazioni. Da un lato, si deve valutare l'effetto del combinato disposto dei commi 4 e 4 *bis* rispetto alle conseguenze sanzionatorie dell'illecito "amministrativo" ascrivibile all'ente *ex* D.lgs. n. 231/2001; dall'altro, ci si dovrebbe chiedere se i beni sequestrati e confiscati per equivalente possano essere portati in deduzione.

6. *L'"oggetto" del provvedimento ablativo: dalla confisca dei beni alla confisca del profitto*

Dalle premesse poste derivano diversi ordini di conseguenze.

Innanzitutto l'ordito normativo nazionale in molti casi attribuisce alle singole voci disciplina diversa (basti pensare che, a norma

---

[192] Per alcune valutazioni circa il rapporto tra unicità e pluralità degli atti o delle attività illecite e indeducibilità dei costi e delle spese afferenti ai singoli atti criminosi, ovvero alla complessiva attività esercitata dal contribuente si veda la Circolare dell'Agenzia delle Entrate 26 settembre 2005, n. 42/E, in «Corr. trib.», 2005, n. 40, p. 3188.

[193] Così la Circolare dell'Agenzia delle Entrate 26 settembre 2005, n. 42/E, in «Corr. trib.», 2005, n. 40, p. 3189.

[194] Circolare dell'Agenzia delle Entrate 26 settembre 2005, n. 42/E, in «Corr. trib.», 2005, n. 40, p. 3189.

[195] Circolare dell'Agenzia delle Entrate 26 settembre 2005, n. 42/E, in «Corr. trib.», 2005, n. 40, p. 3190.

dell'art. 240 c.p., soltanto il prezzo – oltre alle cose la cui fabbricazione, detenzione ecc. di per sé costituisce già reato – è suscettibile di confisca obbligatoria), per cui l'individuazione del preciso ambito di operatività delle stesse, già complesso di per sé, non può essere colmato da locuzione generiche come "proventi da reato", che riflettono l'esigenza della legislazione comunitaria di addivenire ad una armonizzazione delle regole, ma mortifica il principio di tassatività-determinatezza. Sintomatica sul punto la sentenza delle Sezioni Unite 22 novembre 2005, n. 41936 (ric. Muci)[196], che, alla luce di un *inespresso* principio di prevalenza dell'"interpretazione 'comunitariamente orientata" – per contro *esplicitamente* enunciata dalla Corte di Giustizia nel caso *Pupino* – estende l'applicabilità della confisca per valore equivalente in riferimento (non solo al prezzo, ma anche) al profitto (art. 640 *quater* c.p., in relazione all'art. 322 *ter* c.p.). In tale decisione l'alveo della confisca di valore viene determinata tenendo conto non del dato letterale delle disposizioni richiamate, ma soprattutto della Decisione quadro 212/2005[197], successiva alla commissione del fatto e relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato[198]: sul punto – decisivo in termini di interrelazione tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale – si tornerà tra breve[199].

Si assumerà nelle pagine seguenti un glossario minimo relativo al significato attribuito all'"oggetto" del provvedimento di confisca, elaborato sul canovaccio della confisca comune *ex* art. 240 c.p. dagli orientamenti consolidati in dottrina e in giurisprudenza, salvo verificare di volta in volta la compatibilità di tali acquisizioni con la struttura delle singole ipotesi speciali di confisca.

Presupposto interpretativo fondamentale è la considerazione che, per il Codice Rocco, la confisca è di regola facoltativa, con l'ec-

---

[196] Cfr. in «Riv. pen.», 2006, p. 37 e ss. Per alcune considerazioni critiche sulla pronuncia cfr. cap. IV, par. 3.

[197] Cfr. cap. II.

[198] Il termine *proceeds* utilizzato dalla Convenzione Ocse, da cui – tra le altre fonti – la disciplina italiana ha preso le mosse, viene riferito, secondo il Rapporto esplicativo della Convenzione, ai profitti o "agli altri benefici derivanti al corruttore dalla transazione" o "agli altri vantaggi ottenuti o mantenuti attraverso la corruzione".

[199] Cfr. cap. IV, par. 4.

cezione di due ipotesi di confisca obbligatoria. La rilevanza della diversificazione della disciplina rimane sottotraccia, ma costituisce il *fil rouge* che guida le scelte della giurisprudenza.

Ulteriore premessa dell'analisi è, come anticipato, l'abbandono, da parte del Codice Rocco, del principio della "confisca del patrimonio" e dei beni *tout court* a favore della confisca di cose "pertinenti" al reato e inquadrabili in specifiche categorie.

La confisca è dunque ammessa dall'art. 240 in relazione al prodotto e al profitto del reato, nonché in ordine alle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato stesso; essa invece è imposta in ordine al prezzo del reato e alle cose "obiettivamente pericolose", ossia quelle la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non vi è stata condanna.

Per quest'ultimo profilo, che interessa solo a margine il presente studio, salvo qualche rilievo in merito alla tutela della persona estranea al reato, si consenta di rinviare agli studi di settore[200].

Più significativa in questa sede l'analisi delle altre "voci" di confisca.

Il "*prezzo*" del reato è costituito dalle cose date o promesse per indurre, istigare o determinare il soggetto al reato stesso[201]. Si tratta di uno dei due casi di confisca obbligatoria previsto dall'art. 240 c.p., ciò che ha posto le premesse, prima della diffusione delle ipotesi speciali di confisca e in costanza della versione previgente dell'art. 445, comma 1 c.p.p., di un tentativo di interpretazione estensiva – per non dire analogica – della nozione stessa di prezzo: in relazione al corrispettivo dello spaccio di sostanza stupefacente, ad esempio, la Corte di cassazione aveva proposto l'inclusione dello stesso nel concetto di prezzo, anziché in quello di profitto (per il quale l'art. 240 c.p. stabilisce la mera facoltà di ablazione), al fine di rendere obbligatoria la confisca e consentire l'apprensione del corrispettivo

---

[200] A. Callaioli, *Art. 240*, in Aa.Vv., *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano, 2005[3], p. 1091 e ss.; L. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 733 e ss., IV, p. 1; A. Alessandri, voce *Confisca*, cit., p. 57; con riguardo alla tutela della "persona estranea" al reato cfr. cap. VII, parr. 2 e 3.

[201] Cfr. L. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 733 e ss., IV, 7; nel senso del compenso dato per indurre taluno a commettere il reato cfr. Cass. sez. III pen., 10 febbraio 2000, Brunetti, in «Cass. pen.», 2001, p. 1789.

anche in caso di patteggiamento, che precedentemente alla riforma del 2003[202] permetteva l'applicazione della sola confisca prevista dal comma 2 dell'art. 240 c.p. (cioè della sola confisca obbligatoria)[203]. In tal senso la nozione di prezzo veniva ricondotta al "significato tecnico e in estensibile, a livello giuridico, di corrispettivo per l'acquisto di un'utilità", ricorrente "in tutti i rapporti fondati su reciproche contropartite per lo scambio, come la vendita o la permuta". Si è osservato tuttavia che una tale definizione pare accettabile limitatamente al caso in cui il guadagno si riferisca a prestazioni corrispettive, mentre laddove l'esecuzione della prestazione sia idonea a trovare riconoscimento presso un "mercato", più o meno vasto, il vantaggio illecito deve essere qualificato come profitto[204].

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno tentato di mettere ordine tra le categorie di "proventi" interessate, stabilendo che, mentre il "profitto" si identifica con il lucro, ossia con il vantaggio economico ricavato per effetto della commissione del reato, il "prezzo" incide esclusivamente sui motivi cha hanno spinto il soggetto a commettere il reato, rappresentando un compenso dato o promesso per tale finalità, e il "prodotto" costituisce il risultato, cioè il frutto direttamente proveniente dall'attività criminosa[205].

La modifica dell'art. 445 c.p.p., con la previsione della applicazione delle ipotesi di confisca facoltativa nonostante la sentenza di patteggiamento[206], ha decretato il declino della "fortunata stagione" della nozione di prezzo del reato[207].

"*Le cose che servirono o furono destinate alla commissione di esso*" costituiscono uno degli "oggetti" di confisca, previsto come facoltativo dal comma 1 dell'art. 240, in parte rivalutato da alcune ipotesi "speciali" di confisca: si pensi, in particolare, agli artt. 187

---

202 Cfr. cap. IV, par. 2.

203 In merito alla estensione del profitto cfr. *infra* nel testo.

204 L. Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Cedam, Padova, 1997, p. 35 e ss.

205 Cass. Sez. Un. pen., 3 luglio 1996, Chabni, in «Cass. pen.», 1997, p. 974 e ss.

206 *Amplius* sul punto cfr. cap. IV, par. 2.

207 Per una rassegna della casistica sul punto cfr. A. Callaioli, *Art. 240*, cit., p. 1093 e ss., che rende conto dei contrastanti orientamenti.

e 187 *sexies*, decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, modificato dalla Legge 18 aprile 2005, n. 62, che ne prevedono la confisca obbligatoria rispettivamente in relazione ai reati di abuso di informazioni privilegiate (art. 184) e di manipolazioni del mercato (art. 185) e alle (quasi) simmetriche figure di illecito amministrativo (di cui agli artt. 187 *bis* e 187 *ter*).

La dizione del codice relativa a tali "cose" è intesa[208] – sia pure con qualche diversità di sfumatura – come riferita non a qualunque cosa in qualche modo utilizzata per la commissione del reato, sia esso delitto o contravvenzione[209], bensì soltanto al mezzo collegato a questa da un nesso strumentale, ovvero al mezzo senza il quale l'esecuzione non sarebbe avvenuta (ovvero sarebbe avvenuta, ma con altre modalità), con esclusione della rilevanza dei beni impiegati in attività meramente prodromiche e preparatorie rispetto alla fase dell'esecuzione: e ciò al fine di evitare che il nesso eziologico tra cosa e reato venga vanificato[210]. Come si vedrà di qui a poco, detta preoccupazione passa in secondo piano nella dimensione della rilevanza assegnata al profitto nelle ipotesi speciali di confisca.

Per analogia, le cose che "furono destinate a commettere il reato" sono quelle che vennero approntate dal reo e che, se utilizzate, sarebbero state al reato connesse da un vincolo eziologico, ma che

---

[208] Per tutti cfr. A. Alessandri, voce *Confisca*, cit., p. 51; G. Grasso, *Art. 240*, cit., p. 526; L. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 730 e ss, n. 4; A. Callaioli, *Art. 240*, cit., p. 1091. In giurisprudenza non si attribuisce rilievo alla distinzione tra attività preparatorie ed esecutive, essendo ritenuto sufficiente l'accertamento di un rapporto di strumentalità tra cosa e reato, che renda attuabile l'attività punibile nei termini previsti e voluti dall'agente: nel senso della "indispensabilità" della cosa per l'esecuzione del reato Cass. Sez. VI, 6 giugno 1994, in «Rep. Foro. it.», 1995, voce "Confisca", n. 10; *contra* nega la necessità di tale requisito Cass. Sez. V, 7 marzo 2006, Guadagno, CED 234591.

[209] Problematica invece l'estensione al reato colposo: cfr. A. Alessandri, voce *Confisca*, cit., p. 52.

[210] L. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 730, n. 4; G. De Francesco, *Le misure di sicurezza patrimoniali*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, *Codice penale. Parte generale*, III, Utet, Torino, 1984, p. 1558 e ss.; M. Mantovani, *Le misure di sicurezza*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, *Codice penale. Parte generale*, III, Utet, Torino, 1996^2, p. 710 e ss.

in concreto non furono utilizzate in quanto "esuberanti" o relativamente inidonee o insufficienti o sussidiarie ad altri mezzi effettivamente impiegati[211].

Non vi è ragione per non estendere gli esiti dell'interpretazione della categoria, e salva diversa disposizione di legge, alle ipotesi speciali di confisca che riproducono le locuzioni commentate: gli artt. 187, comma 1 e 187 *sexies* D.lgs. n. 58/1998 (c.d. T.U.F.) – si diceva – indicano i "beni utilizzati per commettere" i reati e gli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato. Il tenore letterale della disposizione esclude che la confisca in tal caso possa essere estesa agli strumenti destinati a commettere il reato, ma di fatto non utilizzati. In concreto, tra i "mezzi utilizzati per la commissione del reato" potrebbero essere annoverate anche le somme impiegate per l'acquisto di azioni connesso alla realizzare del reato di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato.

Ma non solo. Le stesse *azioni* possono costituire "beni strumentali" utilizzati rispetto alla perpetrazione di reati quali, ad esempio, la manipolazione del mercato *ex* art. 185 T.U.F.[212].

Per contro, l'ipotesi prevista dall'art. 171 *sexies*, comma 2 Legge n. 633/1941 in materia di diritto d'autore prevede un caso di confisca dei mezzi *in toto* assimilabile a quella contemplata dall'art. 240, comma 1 c.p. In entrambi i casi l'ablazione è prevista come obbligatoria[213].

Il *prodotto* del reato consiste in ciò che direttamente e immediatamente risulta dall'esecuzione del reato, ovvero le cose che furono create, trasformate, adulterate o acquisite mediante il reato, o che ne sono una sua naturale conseguenza[214].

---

[211] L. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 731, n. 6, che richiama la bibliografia specifica sul punto.

[212] La prospettiva è condivisa da T. Milano, 12 gennaio 2006, Z., in «Corr. mer.» 2006, p. 637, che tuttavia non esclude nemmeno la sussunzione di tali azioni nel concetto di "profitto" del reato: sul punto tuttavia si veda *infra* in questo stesso paragrafo e in quello successivo; cfr. anche cap. VI, par. 4.

[213] Cfr. cap. IV, par. 1.

[214] G. Grasso, *Art. 240*, cit., p. 527; A. Alessandri, voce *Confisca*, cit., p. 52.

Come rimarcato dagli studi specialistici in materia[215], è il *profitto*, relegato dall'art. 240 c.p. ad una applicazione facoltativa da parte del giudice, a costituire il perno attorno al quale ruotano le nuove ipotesi di confisca, che, proprio in relazione alla voce ("prodotto" e) "profitto", stabiliscono l'obbligatorietà della confisca in caso di condanna o sentenza di patteggiamento[216].

Il termine "profitto" contrassegna una nozione molto ampia, che, in relazione ai provvedimenti di ablazione, tende ad una progressiva dilatazione.

In un approfondito studio[217] se ne ripercorre la storia, attraverso i passaggi fondamentali: dalla attribuzione del carattere di "profitto" al ricavato dalla vendita dei beni oggetto di lottizzazione abusiva[218], alla necessità di individuare criteri di distinzione rispetto al "prezzo"[219].

Nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione si precisa che il profitto consiste nel "vantaggio di natura economica che deriva dall'illecito, quale beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, che non deve essere necessariamente conseguito da colui che ha posto in essere l'attività delittuosa". Tale vantaggio deve trovarsi in rapporto di "diretta derivazione causale dall'attività del reo, intesa quale stretta relazione con la condotta illecita"[220].

Il profitto illecito si sostanzia così in ogni utilità di carattere economico creata, trasformata o acquisita proprio mediante la realizzazione della condotta criminosa.

Poiché anche rispetto a fattispecie "a profitto indeterminato" come gli illeciti penali tributari, occorre rifuggire l'"aberrante conclusione di ritenere in ogni caso e comunque legittimo il sequestro del pa-

---

[215] L. Fornari, *La criminalità del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione*, cit.; A. Alessandri, *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., p. 2103 e ss., cui si deve un approfondito studio sulla materia, affrontato anche in chiave comparatistica.

[216] Cfr. cap. IV, par. 1.

[217] A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., p. 2124 e ss.

[218] Ma qui – rileva l'Autore – l'esito interpretativo può dirsi soprattutto condizionato dalla necessità di ridisegnare i confini tra competenza dell'Autorità giudiziaria e competenza della Pubblica Amministrazione.

[219] Cfr. *supra* nel testo.

[220] Cass. Sez. Un. 9 luglio 2004, n. 29951, C. fall. in proc. F., in «Fall.», 2005, p. 1272.

trimonio di qualsiasi soggetto indiziato" di tali reati[221], si impone la necessità della *individuazione e quantificazione* del profitto, che sin dalla fase delle indagini preliminari esclude la possibilità di apprendere beni non causalmente derivati dal reato. Si richiede quindi una attività di verifica di non poco momento, che in alcuni casi – si pensi alle ipotesi di confisca (e sequestro) connesse al procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente *ex* D.lgs. n. 231/2001[222] – si rivela particolarmente complessa. Ad esempio, in relazione alla contestazione del delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 *bis* c.p.), con contestuale riconoscimento della responsabilità della società *ex* art. 5 D.lgs. n. 231/2001, si è affermato che il momento realizzativo del profitto coincide "con l'accreditamento alla società delle somme dal Ministero dell'Industria, produttivo dell'oggettivo e contabilmente verificabile introito nelle casse sociali del contributo pubblico. Ciò che avviene dopo resta perciò condotta *post factum* – suscettibile eventualmente, nel caso *sub iudice*, di integrare un'eventuale appropriazione indebita da parte dell'amministratore (o anche dei soci) – senza elidere il dato storico del profitto già conseguito dall'ente […]. Se dunque il contributo pubblico sia entrato materialmente nel patrimonio sociale, confondendosi con le altre risorse pecuniarie, si è verificato il vantaggio oggettivo della società, che storicamente ha visto, per un lasso più o meno lungo di tempo, incrementata la sua ricchezza"[223].

Il tema della determinazione del profitto va di pari passo con la questione, che verrà analizzata nel successivo paragrafo, della individuazione dei beni oggetto di ablazione.

Un criterio utilizzabile per circoscrivere l'area del profitto, in mancanza di qualunque definizione normativa, potrebbe essere quello di rivalutare la distinzione tra "netto" (*Nettoprinzip*) e "lordo" ("*Bruttoprinzip*"), applicando l'ablazione ai soli beni costituenti il "ricavo" del reato, al "netto" delle spese di commissione del reato e altri esbor-

---

[221] Condivisibile sul punto la precisazione contenuta in Cass. Sez. Un. 9 luglio 2004, n. 29951, C. fall. in proc. F., in «Fall.», 2005, p. 1272.

[222] Cfr. cap. VI, parr. 2 e 3.

[223] Cass. sez. II pen., 30 gennaio 2006, n. 3615, Jolly Mediterraneo s.r.l., in www.lexfor.it.

si consequenziali (ad esempio, decurtazione del costo della sostanza stupefacente acquistata dallo spacciatore)[224]: la tesi sarebbe compatibile anche con la valenza "risarcitoria/riparatoria" della confisca.

In realtà, nemmeno la via del *Nettoprinzip* risolve il dilemma della determinazione del profitto. Si pensi, ad esempio, alla applicazione della confisca nel caso della commissione di giochi d'azzardo illegali. In tale ipotesi il soggetto investe una somma iniziale in una serie (il problema non si pone se il soggetto ne pone in essere una soltanto) di "scommesse" (videogiochi illegali, scommesse sportive, ecc.), che si concludono con perdite o vincite, la cui successione si somma algebricamente al patrimonio originario del reo. L'interrogativo riguarda l'identificazione del "provento" del reato: sul punto il principio del lordo non è in grado di fornire alcun utile criterio applicativo[225].

---

[224] La questione del *Netto-* e *Bruttoprinzip* si è posta in diversi ordinamenti (si veda il quadro tracciato da L. Fornari e da A.M. Maugeri). Nel sistema tedesco, al quale il tema in discussione ci avvicina sotto diversi profili, una riforma legislativa ha definito la scelta dell'ordinamento. Sulla scorta della considerazione che l'acquisizione pubblica (*Verfall*) è finalizzata alla "rimozione di una situazione patrimoniale non conforme al diritto", complementare alla disciplina civilistica in materia di ripetizione dell'indebito (in proposto si veda anche la decisione del BVerfG in ordine all'acquisizione pubblica allargata: cap. VIII, par. 6), si è ritenuto in un primo tempo che potessero essere appresi soltanto gli effettivi vantaggi patrimoniali (*Vermögensvorteile*) conseguiti dal reo, con detrazione dei costi sostenuti. In tal senso si garantiva la funzione meramente "compensativo-restitutoria" della misura. La complessità di una valutazione simile ha indotto il legislatore del 1992 (*Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgestzes u.a. Gesetze* del 28 febbraio 1992, in «BGBl», I, 372) a optare per il *Bruttoprinzip*, modificando il termine utilizzato nel § 73 StGB per designare il tipo di proventi acquisibili ("*etwas*" – qualsiasi cosa – in luogo della originaria locuzione "*Vermögensvorteil*" – vantaggio patrimoniale). L'opzione terminologica (il ricorso, cioè, a espressioni come "guadagno", "profitto", "lucro") appare quindi tutt'altro che marginale ai fini della individuazione dell'oggetto della confisca. Secondo l'interpretazione prevalente in giurisprudenza (BGH 21 agosto 2002, in "wistra" 2002, p. 422 e ss., p. 424) e avallata dal BVerfG (cfr. cap. VIII, parr. 6 e ss.), la nuova formulazione della disposizione, pur evidenziando la finalità preventiva dell'istituto, contrassegna non una sanzione penale o parapenale, bensì una misura *sui generis*. Il criterio del "netto" è ritenuto dalla dottrina applicabile in ordine alla confisca *ex* art. 19 decreto legislativo n. 231/2001: cfr. F. Antolisei, *I reati e gli illeciti amministrativi, societari e bancari, i reati di lavoro e previdenza, la responsabilità degli enti*, a cura di C.F. Grosso (aggiorn. di M. Pelissero), Giuffrè, Milano, 2007[13], p. 898. Cfr. cap. VI, par. 2.

[225] H.-J. Odenthal, *Gewinnabschöpfung und illegales Glückspiel*, in «NStZ», 2006, p. 14 e ss.

Il caso descrive una situazione parallela, in merito al profilo della identificazione del profitto del reato, a quella dei conti correnti bancari dei soggetti che operano sul mercato azionario, ai quali vengono ascritti fatti penalmente rilevanti attinenti a tale settore[226]: la commistione di beni di provenienza lecita e illecita diventa il pretesto per l'ablazione dell'intero patrimonio sotto le spoglie della ablazione del profitto del reato o degli strumenti impiegati per commetterlo, ovvero del loro valore equivalente.

È indubitabile, infatti, che il denaro di provenienza lecita può costituire lo strumento attraverso il quale si effettuano scommesse o, nel secondo caso prospettato, si operano investimenti nel "gioco" in borsa.

Ma il criterio del "netto" si può leggere anche in altra chiave: e cioè, con riferimento non alla decurtazione dei costi, bensì alla delimitazione della ablazione alla "immediata conseguenza economica dell'azione".

In tale dimensione il recupero della rilevanza della diversa nozione di "pertinenzialità diretta" (rispetto al reato) può consentire di escludere le maggiorazioni conseguenti ad attività ulteriori[227].

Una recente sentenza, ancora una volta in materia di responsabilità degli enti, ha sollevato una interessante questione distinguendo il concetto di profitto a fini di confisca (di cui agli artt. 19, 15, comma 4, e 17, lett. c), D.l. 231/2001)[228] da quello di profitto (di rilevante entità) ai fini di applicazione delle sanzioni interdittive (art. 13, D.l. 231/2001). Si è infatti precisato che mentre il primo va inteso come "immediata conseguenza economica dell'azione criminosa, che può corrispondere all'utile netto ricavato", il secondo, che "non è direttamente collegato ad una ipotesi di confisca", sottende un concetto "dinamico", più ampio, che arriva "a ricomprendere vantaggi economici anche non immediati, comunque conseguiti attraverso la realizzazione dell'illecito"[229].

---

[226] Cfr. *infra* nel testo.

[227] In tal senso, con riferimento alle fattispecie orbitanti attorno al mercato dei titoli finanziari, cfr. T.E. Epidendio, *Manipolazione del mercato e sequestro preventivo delle azioni*, in «Corr. mer.», 2006, p. 645.

[228] Cfr. cap. VI.

[229] Cass. sez. VI pen., 23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita Scarl, in «Guida al Diritto», 2006, p. 42, p. 61 e ss., p. 65, con nota, sul punto, critica di G. Amato (pp. 70 e ss.), il quale ritiene che il profitto, in entrambe le accezioni, debba essere interpretato a prescindere da criteri di tipo aziendalistico, vertenti sul concetto di "utile netto".

Ancora. Ci si chiede se il profitto possa intendersi esteso a "vantaggi" non direttamente percepibili nel mondo naturalistico, né quantificabili, come, ad esempio, il valore di monopolio assunto da una impresa (in settori importanti come l'energia) in conseguenza di fatti corruttivi[230], o altre conseguenze mediate quali l'assunzione di posizioni competitive, vantaggi concorrenziali, instaurazione di rapporti commerciali con committenti di rilievo[231].

La soluzione non può essere condizionata dalla delimitazione degli "oggetti" confiscabili: si è infatti rimarcato che in taluni casi (così l'art. 19 D.lgs. n. 231/2001) il legislatore si esprime in generale in termini di "confisca del profitto", senza aggiungere quel riferimento alle "cose", che invece si legge nell'art. 240 c.p.[232].

Per contro, la rilevanza della questione è di tutta evidenza, se si pensa che in materia di responsabilità "amministrativa" degli enti per illeciti penali commessi da soggetti in posizione apicale, "è comunque disposta la confisca del profitto, anche nella forma per equivalente", nonostante la responsabilità dell'ente sia esclusa dalla adozione, osservanza e controllo dei modelli organizzativi e gestionali orientati alla prevenzione dei reati (art. 6, comma 5 D.lgs. n. 231/2001)[233].

L'estensione del concetto di profitto alle "utilità immateriali"[234] comporta un incremento esponenziale dello stesso, che rafforza l'osservazione secondo cui le ipotesi speciali di confisca hanno assunto le caratteristiche di una "sanzione" potenzialmente non proporzionata al fatto né prevedibile dal reo come conseguenza della propria condotta illecita, e quindi confliggente con uno dei parametri fondamentali della teoria della pena.

A dire il vero, a conclusioni analoghe si perviene interpretando il presupposto della *confisca di valore* come "impossibilità di ablazio-

---

[230] In senso affermativo T. Milano, 27 aprile 2004, Siemens AG, in «Foro it.», 2004, II, p. 434 e ss.

[231] A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., p. 2154 e ss.

[232] L. Fornari, *La criminalità del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione* cit., p. 83 e ss.

[233] Cfr. cap. VI, par. 3.

[234] La tesi è contestata con particolare riferimento al D.lgs. n. 231/2001, nel cui contesto il legislatore (almeno parzialmente) è sembrato in grado di tracciare una linea di demarcazione tra "profitto" (inteso come utilità economica) e "vantaggio" (c.d. utilità intangibile): cfr. cap. VI, par. 3.

ne per ragioni 'inerenti alla stessa natura del profitto'", anziché come "improcedibilità 'di fatto'". Sennonché una tale chiave di lettura, oltre a porsi in contrasto con la *ratio* della confisca per equivalente, consistente nella necessità di impedire che attraverso la trasformazione dei beni da confiscare questi si sottraggano alla ablazione, non trova conferma in alcuna altra esperienza legislativa, e non appare quindi in alcun modo sostenibile all'attuale "stato dell'arte"[235].

L'indeterminatezza e l'imprevedibile di una sanzione penale computata alla stregua di tali criteri, non solo appare in concreto impraticabile, atteso che nemmeno la possibilità esplicitamente prevista per il giudice, in determinati ordinamenti, di sottoporre a stima l'entità e il valore del profitto (§ 73b StGB)[236] potrebbe consentire di giungere ad una valutazione meno aleatoria di "voci" condizionate da variabili indipendenti (come accade in relazione alla individuazione del valore delle aziende); ma soprattutto mortificherebbe qualunque aspirazione alla certezza e determinatezza della "pena" della confisca.

Breve. La delimitazione del profitto al solo vantaggio economico – di cui, come precisato anche nel successivo paragrafo, occorre comunque definire un perimetro di "pertinenzialità" – deve ritenersi, allo stato della legislazione, l'unica prospettiva che meriti adesione[237], condivisa anche dai provvedimenti dell'Unione europea di cui si darà conto in seguito.

Problemi specifici si pongono poi in relazione alla individuazione del profitto nel contesto dei reati economici commessi in violazione della disciplina sul mercato finanziario, dove la possibilità di "confusione" (in senso tecnico) tra patrimonio lecito e patrimonio illecito, da un lato, e la incertezza di definizione dei confini del profitto rispetto ai mezzi di esecuzione, dall'altro, rende la "confisca del profitto" assimilabile alla "confisca dei beni".

Un tale rischio alligna nella adozione di provvedimenti di sequestro preventivo, fondati sulla qualificazione in termini di profit-

---

[235] Così L. Fornari, *La criminalità del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione*, cit., p. 84 e ss.

[236] La previsione, contemplata nell'ambito della disciplina della "acquisizione pubblica" (cfr. cap. VIII, par. 3), è comunque sintomatica della complessità della valutazione che si affida al giudice.

[237] Cfr. A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., p. 2154 e ss.

to del reato – rispetto alle fattispecie di *market abuse* – delle somme di denaro e dei titoli giacenti sui conti correnti, nonché nel dossier agli stessi abbinato. In considerazione del *trend* giurisprudenziale in materia, sono da attendersi provvedimenti ablativi *ex* art. 187 D.lgs. n. 58/1998 (nella triplice previsione della confiscabilità del profitto, dei mezzi di esecuzione e del valore ad entrambi corrispondente) concernenti i *capital gains* realizzati dai singoli indagati e costituiti dalle somme di danaro ancora depositate sui conti correnti, ovvero dagli strumenti acquistati con l'impiego di dette somme e custoditi in dossiers collegati ai conti correnti.

Si è ipotizzato, ad esempio, che la plusvalenza delle azioni costituisca profitto del reato di manipolazione di mercato su strumenti finanziari (art. 185 T.U.F.), in quanto conseguenza immediata e diretta della condotta criminosa contestata: si tratterebbe infatti dell'aumento di valore, e quindi dell'incremento di natura patrimoniale, che il titolo azionario ha subito proprio quale diretta conseguenza delle condotte fraudolente (che possono consistere in operazioni di rastrellamento delle azioni avvalendosi di finanziamenti a tassi vantaggiosi assicurati da un istituto bancario, diffusione sul mercato di false informazioni da parte dello stesso istituto, simultanea e preconcordata messa in vendita e acquisto del titolo azionario)[238].

Si aggiunga che in caso di sequestro preventivo a fini di confisca (in particolare, quella obbligatoria)[239], secondo il consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale, il rapporto di pertinenzialità tra reato e bene viene ritenuto assorbito dalla "confiscabilità" del bene, e l'illegittimità del provvedimento può essere affermata soltanto in caso in cui tale confiscabilità sia da escludere *ictu oculi*[240].

Insomma, il tenore dell'art. 187 T.U.F., unitamente al meccanismo del sequestro *ex* art. 321, comma 2 c.p.p., consente di apprendere le azioni già in fase di indagini preliminari, sia che le si considerino "strumenti utilizzati" per la commissione del reato, sia che si faccia leva sulla nozione di "documento rappresentativo di una

---

[238] T. Milano, 12 gennaio 2006, Z., in «Corr. mer.», 2006, p. 637.

[239] Cfr. cap. V, parr. 1 e 2.

[240] Cass. sez. II pen., 16 febbraio-22 marzo 2006, n. 9829, in www.reatisocietari.it.

quota ideale del capitale sociale", il quale "conserva immagazzinato un plusvalore di diretta derivazione illecita […] che, in quanto tale, costituisce profitto di un reato soggetto a confisca obbligatoria". In quest'ultima prospettiva, atteso che la plusvalenza, "quale percentuale della quota sociale rappresentata dall'azione, […] forma con il titolo un tutto uno, non è separata né, allo stato separabile dall'azione stessa, essendo fra l'altro indeterminata nel *quantum*", non è giudicata possibile la sottoposizione ad un autonomo vincolo reale[241].

L'indagine sui beni espropriabili dallo Stato attraverso il provvedimento di confisca evidenzia che le tradizionali categorie del "profitto", del "prodotto" del "prezzo" e delle "cose che servirono o furono destinate a commettere" il reato, vengono fagocitate in una massa indistinta che trae linfa dalla alluvionale normativa europea, la quale, protesa a vari livelli (dalle decisioni quadro alle Convenzioni, ai Protocolli addizionali) ad incoraggiare l'adozione di misure ablative provvisorie e definitive[242], preferisce genericamente riferirsi ai "proventi" del reato.

Sul punto, due riflessioni introduttive.

La prima. La ricerca di un minimo comune multiplo per l'applicazione degli atti europei di cui si farà cenno nel successivo capitolo presuppone la ricerca dell'accorpamento di elementi eterogenei, forzosamente ricondotti ad unità nel tentativo di rendere la disciplina "armonica" fruibile dai diversi ordinamenti. Oltre alla questione della diversità dei sistemi (sostanziali e) processuali in cui quest'ultima si incunea, proprio il profilo della individuazione dell'oggetto della ablazione sguscia tra le maglie larghe di una definizione di "provento" omnicomprensiva e indeterminata. Ognuno dei provvedimenti comunitari in materia di sequestro e confisca contiene una definizione di provento del reato, ciascuna di portata limitata "ai fini" del provvedimento medesimo, ma replicata metodicamente nei diversi atti. Così, già l'art. lett. a) e b) della Convenzione di Strasburgo dell'8 novembre

---

[241] T. Milano, 12 gennaio 2006, Z., in «Corr. mer.», 2006, p. 638: come osservato da T.E. Epidendio, *Manipolazione del mercato e sequestro preventivo delle azioni*, cit., p. 642, non si comprende se il Collegio abbia aderito alla prima prospettiva accusatoria, definita in motivazione "non peregrina" (p. 637), ovvero alla seconda: segno tangibile della generale confusione che domina la materia.

[242] Cfr. cap. II, parr. 3 e ss.

1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, stabilisce che per «provento» ("*proceed*"), debba intendersi "ogni vantaggio economico derivato da reati", consistente in un valore patrimoniale, di qualsiasi natura, materiale o immateriale, mobile o immobile, nonché i documenti legali o gli strumenti comprovanti il diritto di proprietà o altri diritti sui predetti beni"[243].

Identico il contenuto delle definizioni inserite nell'art. 1, primo e secondo trattino della decisione quadro 24 febbraio 2005, n. 2005/212/GAI, cui fa eco l'art. 1 della Convenzione n. 198/2005 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo[244].

Pare evidente che la nozione di "*proceeds*" (proventi) sia volutamente frutto di una semplificazione preordinata al superamento delle distinzioni tra le diverse "voci" che illustrano il tipo di pertinenzialità rispetto al reato e alleggerimento dell'onere probatorio sul piano processuale. Da un simile meccanismo tuttavia discende l'azzeramento della rilevanza del grado di derivazione e della qualità della "cosa pertinente al reato", con conseguente significativo affievolimento del nesso tra reato e confisca e contestuale pericolo di *bis in idem*, almeno sino a che l'impianto del sistema resta immutato: si pensi, ad esempio, al caso in cui la confisca per equivalente appaia legittima, in relazione ad una "voce" soltanto, e non alle altre. In tal caso l'esatto inquadramento del bene diventa "dirimente"[245]. Del resto, la citata vicenda del "principio del netto" ovvero "del lordo" conferma la centralità della questione terminologica.

La seconda osservazione, di carattere generale, trae origine dalle riflessioni di Francesco Palazzo in merito al fatto (incontestabile) che alcune opzioni, elaborate in sede comunitaria o comunque internazionale, paiono al legislatore statale come "privilegiate e dotate di una speciale forza di persuasione": il "processo di accreditamento mediante internazionalizzazione" di determinate soluzioni[246] raffor-

---

[243] La medesima definizione si legge già nella decisione quadro n. 2003/577/GAI: cfr. cap. II, par. 3.

[244] Cfr. cap. II, par. 10.

[245] Sintomatico il caso affrontato dalle Sezioni Unite in merito al combinato disposto degli artt. 322 *ter* e 640 *quater* c.p.: cfr. cap. IV, par. 4.

[246] F. Palazzo, *Conclusioni*, cit., p. 443 e ss.

za percorsi già esistenti o addirittura introduce nuove regole dotate di rilevanza penale.

La regolamentazione delle ipotesi speciali di confisca riflette perfettamente tale processo, non scevro di rischi di manipolazione. Basti pensare alle storture o anomalie che contraddistinguono in gran parte le figure *de quibus* – e che verranno segnalate nelle pagine seguenti – rispetto alle quali le scelte sovranazionali, anziché operare in senso correttivo orientato alla tutela dei diritti fondamentali, spesso determinano disastrosi aggravamenti in punto di adeguamento della normativa statale: sicché invocare la copertura del legislatore sovranazionale – per di più, straordinariamente prolifico nella materia che ci interessa – diventa la foglia di fico dietro cui si nasconde la rinuncia alla osservanza di alcuni principî e categorie dogmatiche di solida tradizione nei singoli ordinamenti nazionali a favore di un diritto penale della prevenzione[247]. Si profila peraltro il rischio di interruzione della logica del consenso-riconoscimento su cui si fonda la circolarità tra culture/valori e fattispecie sanzioni[248], con conseguente collasso dell'efficacia preventiva della misura punitiva.

Si deve temere, alla luce delle considerazioni svolte, che la moltiplicazione degli strumenti di ablazione e l'intersezione dei diversi piani su cui operano i relativi meccanismi celi il riaffacciarsi sulla scena dello spettro minaccioso, scacciato dai Lumi della fine del XIX secolo, di moderne ipotesi di confisca generale, ossia di confisca del patrimonio[249].

7. *I "beni" suscettibili di confisca: un universo in espansione. Gli strumenti finanziari dematerializzati (o "decartolarizzati")*

Infine si impone la necessità di stabilire *quanti e quali beni* siano aggredibili dal provvedimento ablativo, tenendo conto del fatto

---

[247] Per una rassegna dell'incidenza della legislazione sovranazionale in relazione al tema della confisca e del sequestro cfr. cap. II; in merito ai profili problematici della tesi dell'interpretazione "comunitariamente orientata" cfr. cap. IV, par. 4.

[248] L'espressione è mutuata da A. Bernardi, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 20.

[249] Cfr. *supra* par. 2.

che a queste stesse tipologie di beni occorre fare riferimento anche in relazione alla c.d. confisca di valore equivalente[250].

In ordine alla prima questione, e con particolare riguardo al profitto, la valutazione del *quantum* rappresenta il *Kern* della centralità dello stesso nella metamorfosi dell'istituto della confisca. Sul punto l'interprete deve ricorrere alle acquisizioni socio-economiche degli studi specialistici di settore, poiché in talune ipotesi la ponderazione è subordinata alla analisi di una molteplicità di fattori di ascendenza economica e finanziaria. Episodici i casi nei quali il legislatore si premura di fornire indicazioni circa la delimitazione dell'area del profitto. Ad esempio, il comma 4 dell'art. 644 c.p. (in materia di usura) non va tanto per il sottile imponendo la confisca obbligatoria del prezzo o profitto del reato ovvero "di somme di danaro, beni o utilità […] per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari". Con diversa tecnica legislativa, ma sempre sulla falsariga di tale disposizione, l'art. 11 della Legge 16 marzo 2006, n. 146 (in materia di reato transnazionale) stabilisce che in caso di delitto di usura – rilevante nell'ambito dell'art. 3 della stessa legge – "è comunque ordinata la confisca di un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari"[251].

Per il resto le indicazioni sono pressoché nulle. Nemmeno lo "statuto" della responsabilità degli enti (D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231) contiene alcun riferimento significativo[252].

In merito alla *tipologia* dei beni assoggettabili ad ablazione, solo sporadicamente il legislatore si esprime in termini precisi: ad esempio, in materia di misure di prevenzione patrimoniali, l'art. 2 *quater*, comma

---

[250] Cfr. cap. IV, par. 3.

[251] Per alcune considerazioni in merito alla confisca prevista dalla Legge n. 146/2006 cfr. cap. II, par. 11.

[252] Nulla si dice, ad esempio, negli artt. 6, comma 5 e 19 D.lgs. n. 231/2001. Anche nel caso in cui, in ipotesi di applicazione di sanzioni interdittive, il giudice incarichi un commissario giudiziale per la prosecuzione dell'attività d'impresa ai sensi dell'art. 15, non esiste alcuna indicazione relativa ai criteri che devono essere osservati per determinare il profitto della gestione commissariale da sottoporre a confisca: G. Dean, *Le norme sull'esecuzione*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 399. In ordine alla confisca prevista dal D.lgs. n. 231/2001 cfr. *amplius* cap. VI, parr. 2 e 3.

1 Legge n. 575/1965 consente espressamente che il sequestro (disposto ai sensi dell'art. 2 *ter* e finalizzato alla confisca) possa essere eseguito sui *beni mobili* e sui *crediti*, mentre il successivo art. 2 *sexies*, comma 3 regola l'amministrazione di beni sequestrati *costituiti in azienda*. È proprio la legislazione in materia di misure di prevenzione a fungere da canovaccio per forgiare l'interpretazione giurisprudenziale rispetto ai beni confiscabili (e, prima ancora, sequestrabili) anche al di fuori di tale specifico settore: a partire dalla apprensibilità dei *crediti*, rispetto ai quali si delinea la fumosa area della tutela dei terzi[253].

Ma non solo. Infatti si ritiene che l'ambito del sequestro, nel caso del procedimento di prevenzione, possa abbracciare *l'intero patrimonio immobiliare* del proposto, non escluse le *quote di società di capitali*[254], nonché i *diritti reali di garanzia*, i quali determinano una indisponibilità del bene da parte del proprietario e il suo diretto assoggettamento al titolare del diritto di garanzia che, a soddisfacimento delle proprie ragioni, può anche ottenere, dopo il pignoramento, la vendita del bene[255].

A "rimorchio" della giurisprudenza in materia di misure di prevenzione l'intera elaborazione in materia di sequestro preventivo frequentemente estende l'ablazione a qualunque tipologia di bene[256]. Ma si registra anche qualche pronuncia di segno contrario. Ad esempio, con riferimento al sequestro preventivo in funzione di confisca previsto dal D.lgs. n. 231/2001 (art. 53), la Corte di cassazione ha ritenuto che le quote sociali siano un bene non della società ma dei soci, con la conseguenza che esse "possono essere sequestrate, ove ne ricorrano i presupposti, nei confronti di costoro ma non nei confronti della società ai sensi dell'art. 53 D.Lgs 231/2001"[257].

---

[253] Quanto all'oggetto dell'ablazione cfr. cap. III, parr. 1.1 e ss.; in merito alla tutela dei terzi cfr. cap. VII.

[254] Cass. sez. I pen., 14 febbraio 2000, Frascati, in «Cass. pen.», 2000, p. 276.

[255] Cass. sez. II pen., 16 febbraio 2000, Ienna e altri, in «Cass. pen.», 2000, p. 2771.

[256] In particolare, con riferimento al sequestro di azioni di una s.p.a., cfr. Cass., sez. V pen., 6 giugno 2006, n. 22353, C., in «Dir. e giust.» 2006, 28, 49, con nota di Coratella.

[257] Cass. sez. II pen., 21 dicembre 2006 – 10 gennaio 2007, n. 316, G.s.r.l., in www.reatisocietari.it: il provvedimento in questione è interessante anche per altri profili, sui quali si tornerà cap. IV, par. 4 e cap. VI, par. 2.

La confisca di denaro *di eguale valore nominale*, ma consistente in "specie monetarie" diverse da quelle "illegalmente percepite", è riconosciuta in considerazione della fungibilità del bene e della sua funzione di mezzo di pagamento[258]: anche in tal caso, tuttavia, il rapporto di pertinenzialità tra reato e bene deve comunque sussistere. L'ammissibilità della confisca per equivalente, come si vedrà, solo in parte corrisponde a detto principio, atteso che essa, nella maggior parte dei casi, consente l'ablazione non di una somma di danaro di valore identico, bensì di qualunque bene appartenente al patrimonio del soggetto, sino alla concorrenza del valore confiscabile.

La tesi prevalente in giurisprudenza, in materia di sequestro preventivo a fini di confisca, ammette l'apprensione delle *somme depositate su conti correnti bancari* "sia allorquando la somma si identifichi proprio in quella che è stata acquisita attraverso l'attività criminosa sia allorquando sussistano indizi in base ai quali è possibile sostenere che il danaro di provenienza illecita sia stato depositato in banca ovvero investito in titoli"[259]. Un tentativo di affinamento dell'area di ablazione si registra in una recente pronuncia, nella quale si è sottolineato che condizione ineludibile del sequestro preventivo finalizzato alla confisca di somme di denaro costituenti profitto di reato, depositate in banca e investite in titoli, è la sussistenza di una relazione diretta, attuale e strumentale tra il denaro sequestrato e il reato del quale costituisce il profitto illecito, nel senso della necessità "che sia dimostrato il collegamento concreto tra reato e res sequestrata ovvero che la genericità delle cose da sequestrare (nella specie, in ragione della fungibilità) si risolva nella specifica direzione del reato: si tratti, ad esempio […] di somma versata in c/c mediante assegni che coinvolgano organi di società fittizie o della quale si sia comunque in grado di indicare la concreta provenienza dal reato"[260].

Le maggiori difficoltà interpretative sorgono con riguardo a quei beni che non possono essere definiti *res* in senso naturalistico.

---

[258] Orientamento giurisprudenziale costante: cfr. Cass. sez. II pen., 16 febbraio-22 marzo 2006, n. 9829, in www.reatisocietari.it.

[259] Cfr. ancora Cass. sez. II pen., 16 febbraio-22 marzo 2006, n. 9829, in www.reatisocietari.it.

[260] Cass. sez. III pen., 7 dicembre 2006, n. 4400, F.P., in www.iuritalia.it.

Sino alla entrata in vigore dell'art. 28, comma 1 D.lgs. 24 giugno 1998, n. 213, in materia di dematerializzazione degli strumenti finanziari[261] – su cui si tornerà tra breve – il *documento* (ad esempio, il libro dei soci in cui vengono annotate le vicende relative alle quote, o il titolo integrante l'azione), attesa la sua idoneità ad offrire una "*rappresentazione cartolare*", era ritenuto necessario per individuare la "cosa" oggetto di apprensione: in assenza di un substrato materiale – si affermava – il sequestro preventivo non può investire direttamente poteri, diritti o altre posizioni soggettive[262].

La possibilità di assoggettare a sequestro a scopo di confisca (*ex* artt. 321, comma 2 c.p.p. e 240 c.p.) le *quote di s.r.l.* è stata ammessa alla luce del presupposto che "il diritto alla quota, cha natura obbligatoria, attiene […] alla posizione dei singoli soci, e ha ad oggetto non una frazione ideale degli elementi attivi del patrimonio sociale, che, invece, appartengono alla società, bensì una percentuale degli utili di ogni esercizio e l'eventuale eccedenza attiva in caso di liquidazione". Le quote, che posseggono maggiore o minore valore di scambio a seconda della floridezza della società, e, quindi, dell'entità del suo patrimonio, sono suscettibili di apprensione nei limiti dell'aumento del loro valore economico derivato dall'incremento del patrimonio sociale, integrante a sua volta "trasformazione dei proventi derivati dall'attività delittuosa": per quanto attiene al suddetto incremento, esse costituiscono prodotto o profitto del reato medesimo[263].

Beni assoggettabili a confisca e, prima che questa possa intervenire, a sequestro preventivo, sono ritenute le *azioni delle società quotate in borsa*[264].

---

[261] Ovvero "valori mobiliari", sino al D.lgs. 23 luglio 1996, n. 415.

[262] F. Tafi, *Brevi note sui presupposti del sequestro preventivo*, in «Cass. pen.», 1991, p. 285.

[263] Cass. sez. VI pen., 21 febbraio 1993, Gentilizi, in ««Giur. it.», 1995, II, p. 576 e ss., p. 581 e ss., con nota di G. De Donno, *Le quote delle "s.r.l." tra sequestro preventivo, confisca e tutela del terzo*: la sentenza, in osservanza dell'art. 240, comma 3 c.p., esclude il sequestro delle azioni che appartengono a soci "estranei al reato": sul tale concetto cfr. cap. VII, parr. 2 e 3. Il sequestro delle quote sociali è ammesso anche da Cass. sez. VI pen., 20 giugno 2001, Paterna, in «Cass. pen.», 2003, p. 946 e ss.

[264] Cfr. Cass. sev. V, 24 aprile 2001, Berlusconi e altro, in «Arch. Nuova Proc. Pen.», 2001, p. 528.

Nell'ambito di un procedimento penale relativo al delitto di manipolazione del mercato degli strumenti finanziari, previsto dall'articolo 185 del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, in materia di intermediazione finanziaria, così come modificato dall'articolo 9 comma 2 della legge 62/2005, il Tribunale di Milano ha confermato (in veste di giudice dell'appello *ex* art. 322 *bis* c.p.p.) il rigetto della richiesta di revoca del sequestro preventivo di azioni ordinarie disposto a carico dell'indagato[265].

Secondo quanto riportato in premessa dalla Corte di Cassazione adita in sede di ricorso[266], "il tribunale ha ritenuto che il sequestro preventivo si giustifichi innanzitutto per impedire che il reato sia portato a ulteriori conseguenze con la realizzazione della plusvalenza perseguita mediante la già conseguita alterazione del prezzo di mercato delle azioni; si giustifichi in secondo luogo perché le azioni sequestrate sono soggette a confisca obbligatoria in quanto beni strumentali utilizzati per la consumazione del delitto contestato; si giustifichi infine in quanto le azioni sono confiscabili come profitto del reato"[267].

La soluzione proposta dalla Corte appare particolarmente interessante, poiché, attestandosi sulla precedente giurisprudenza in relazione alla rilevanza della valutazione di una sola argomentazione quando essa sia da sola sufficiente a giustificare pienamente il dispositivo, si sofferma soltanto sul primo passaggio, che si basa sulla

---

[265] A proposito del sequestro-confisca in materia di manipolazione del mercato si veda il paragrafo precedete, relativamente alla definizione di "strumenti utilizzati" per la commissione del reato e di "profitto".

[266] Cass. sez. V pen., 26 giugno 2006, n. 22353, Coppola, in «Dir. e giust.», 27 giugno 2006.

[267] Il decreto emesso dal Gip, e successivamente impugnato presso il Tribunale, pur richiamando i comma 1, 2, 3 *bis* e 3 *ter* dell'art. 321 c.p.p., in realtà fa riferimento al solo comma 1 della norma, individuando nelle azioni oggetto del provvedimento "beni pertinenti al reato per cui si procede". Il rinvio a tutte le ipotesi di sequestro preventivo, autonome tra loro, rappresenta, come si vedrà, un canone divenuto consueto proprio a causa della difficoltà di delimitazione dell'oggetto della ablazione, e finalizzato a non precludere alcuna possibilità di apprensione, a prescindere dalla qualificazione formale (cfr. cap. V). Si è peraltro affermato che i titoli azionari possono "eccezionalmente costituire ad un tempo oggetto materiale della condotta illecita e strumento per la realizzazione del delitto": T.E. Epidendio, *Manipolazione del mercato e sequestro preventivo delle azioni*, cit., p. 642 e ss.

funzione preventiva del sequestro rispetto alle ulteriori conseguenze del reato[268]. I beni vengono qualificati come "cose pertinenti al reato: queste ultime sono "non solo quelle caratterizzate da un'intrinseca, specifica e strutturale strumentalità rispetto al reato commesso e a quelli futuri di cui si paventa la commissione, ma anche quelle che […] risultino indirettamente legate al reato per cui si procede, sempre che la libera disponibilità di esse possa dar luogo al pericolo di aggravamento o di protrazione delle conseguenze di detto reato ovvero all'agevolazione alla commissione di altri".

La Cassazione fonda la propria decisione sui presupposti di legittimità del sequestro preventivo di cui al comma 1 dell'art. 321 c.p.p.; le altre due argomentazioni addotte dal tribunale, ma trascurate dalla sentenza, dipingendo le azioni rispettivamente come oggetto di "confisca obbligatoria in quanto beni strumentali utilizzati per la consumazione del delitto contestato" e come "profitto del reato", hanno invece tenuto in considerazione il *capoverso* dell'art. 321 c.p.p., relativo al sequestro "a fini di confisca"[269].

In una materia così complessa alcuni distinguo diventano essenziali. Si vedrà[270], infatti, che molte delle ipotesi speciali di confisca contenute nella vigente legislazione, in deroga alla previsione dell'art. 240 c.p., prevedono l'obbligatorietà della ablazione del prodotto o del profitto e dei beni utilizzati per commettere il reato (ad esempio, l'art. 187, comma 1, D.lgs. n. 58/1998 in relazione ai delitti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato).

Sembra difficile condividere *in toto* le posizioni della giurisprudenza, che attribuisce ai medesimi beni la natura di "strumenti per commettere il reato" e di "profitto" dello stesso. Vero è che le azioni possono costituire "strumento" per commettere reati da cui derivino profitti impiegati per l'acquisto di altre azioni o per ottenere una

---

[268] In motivazione si ricorda che "il pericolo rilevante ai fini dell'adozione del sequestro va inteso in senso oggettivo, come probabilità di danno futuro, connessa all'effettiva disponibilità materiale o giuridica della cosa o al suo uso e deve essere concreto e attuale".

[269] Cfr. cap. V, parr. 1 e 2.

[270] Cfr. cap. IV.

maggiorazione del valore delle azioni stesse: ma in tal caso saranno le azioni a rappresentare strumento per la commissione del reato, mentre il profitto potrà abbracciare la (sola) plusvalenza[271].

Le somme impiegate per l'acquisto delle azioni, attraverso le quali si considera realizzato il reato, e le somme costituenti *capital gains* determinate dalla commissione del reato vengono considerate aggredibili dalla confisca e, prima ancora, dal sequestro. Equipollenti rispettivamente a tali "strumenti" e "profitto" (del reato) sono ritenute in molti casi le somme giacenti sui conti correnti dei soggetti indagati. In tal senso la disposizione di riferimento è quella che consente, per le fattispecie di cui agli artt. 187 e 187 *sexies*, come nelle ipotesi speciali di confisca, l'apprensione dei beni di valore equivalente ai beni confiscabili (a seconda delle previsioni, prodotto o profitto del reato, ovvero strumenti utilizzati per commetterlo). A causa della indistinguibilità di tali beni rispetto al resto del patrimonio accade che "pezzi" o l'intero patrimonio del soggetto indagato possano essere sequestrati come beni (valutati) equivalenti a quelli da confiscare. Come si dirà[272], l'inafferrabilità del bene da confiscare e la conseguente possibilità di ricorrere alla confisca di valore operano anche come disincentivo alla ricerca della prova del rapporto di pertinenzialità tra reato e profitto e tra reato e strumenti utilizzati per commetterlo.

Infine. La questione del sequestro delle azioni societarie affonda le radici nel problema della apprensibilità degli "strumenti finanziari"[273], intesi come "beni utilizzati per commettere il reato", ma anche, come si è detto, quali "profitto" dello stesso.

---

[271] Nella fattispecie esaminata dalla citata ordinanza del Tribunale di Milano in sede di riesame (T. Milano, 12 gennaio 2006, Z., in «Corr. mer.» 2006, p. 637), a quanto emerge dalla nota di T.E. Epidendio, *Manipolazione del mercato e sequestro preventivo delle azioni*, p. 644, la Procura della Repubblica aveva considerato profitto la sola plusvalenza azionaria, cioè il valore dell'azione diminuito del costo di acquisizione della stessa.

[272] Cfr. cap. IV, par. 4.

[273] La categoria rientra in quella dei "prodotti finanziari", di cui costituisce una specie: cfr. art. 1 D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, in materia di intermediazione finanziaria. Con l'entrata in vigore del D.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, nel comma 2 dell'art. 1 è stato introdotta la lett. b *bis*), che annovera gli strumenti finanziari, negoziabili sul mercato dei capitali, previsti dal codice civile.

A riguardo bisogna tenere conto del tramonto del principio della rappresentazione cartolare, a favore della scelta della "*dematerializzazione*" degli strumenti finanziari[274]. La riforma (D.lgs. 24 giugno 1998, n. 213) dà esecuzione (tra l'altro) alla direttiva contenuta nell'art. 10 della Legge 17 dicembre 1997 n. 433 (legge delega per l'introduzione dell'euro), complementare alle previsioni del D.lgs. n. 58/1998.

Attualmente il diritto di disporre e di godere dei titoli di cui si è proprietari è garantito non più dal possesso materiale dei titoli stessi o dalla certificazione relativa a tale situazione[275], bensì da una registrazione contabile effettuata da un intermediario autorizzato (Sim, Sicav, Fondi comuni di investimento, ecc.).

L'art. 28, comma 1, D.lgs. n. 213/1998[276], infatti, stabilisce che gli strumenti finanziari negoziati o destinati alla negoziazione non possono essere rappresentati da titoli: per detti strumenti – e per quelli che, pur senza possedere tali caratteristiche, abbiano diffusione tra il pubblico e siano indicati dal regolamento previsto dall'art. 36 D.lgs. n. 213/1998 (art. 28, comma 2)[277] – il diritto cartolare e il principio dell'incorporazione regolati dagli artt. 1992 c.c. non sono applicabili. Ne consegue che gli strumenti finanziari sono rappresentati da mere "scritture contabili", e, avendo perso la loro "corporeità", la loro "struttura fisica", operano in una dimensione, per così dire, virtuale.

Il diritto relativo alla proprietà del titolo (azionario o obbligazionario) è garantito dalla annotazione, che consente la riscossione

---

[274] I principali nodi problematici della dematerializzazione sono affrontati da G. Carriero, *la legge sulla dematerializzazione degli strumenti finanziari: tecniche giuridiche e obiettivi*, in «Foro it.», 1998, V, p. 309 e ss., con ampi riferimenti bibliografici.

[275] Completamente superata la giurisprudenza secondo la quale il titolo azionario rientra nell'ampia categoria dei titoli di credito nominativi, atteso che con questi condivide i tratti dell'incorporazione dei diritti nel documento: Cass. 6 aprile 1982, n. 2103, Congregazione Religiosa Suore Ancelle della Divina Provvidenza c. Uva, in «Riv. dir. comm.», 1982, p. 363 ss., 365.

[276] Il primo passo del nuovo processo è stato realizzato attraverso la dematerializzazione della circolazione, cui ha fatto seguito la dematerializzazione del titolo in sé disciplinata dal D.lgs. n. 213/1998: cfr. A. Urbani, *Dei titoli di credito*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. Cian, 2004[7], 1970, X, 2.

[277] La dematerializzazione risulta estesa anche ai titoli di Stato.

di interessi o dividendi, il rimborso di capitale, e ogni operazione relativa al diritto stesso: tali interventi si realizzano attraverso l'accredito sui conti correnti bancari. L'intermediario deve rilasciare certificazione non trasferibile, quando essa è necessaria per l'esercizio del diritto; diversamente, se provvisto di mandato, esercita i diritti inerenti agli strumenti finanziari in nome e per conto del titolare del conto (art. 31, D.lgs. n. 213/1998).

L'esercizio e la circolazione dei diritti avviene quindi attraverso l'iscrizione contabile negli appositi registri, che a tutti gli effetti sostituisce il riferimento all'"*ex*" documento cartolare.

La disciplina in tema di strumenti finanziari solleva problemi di carattere generale rispetto alla categoria dei titoli di credito: da un lato, l'oggetto della circolazione è l'annotazione in registri, che, in tempo di diffusione di strumenti telematici e informatici, ha ovviamente carattere virtuale; dall'altro, non è richiesta alcuna sottoscrizione. Il meccanismo, che rende complesso l'esercizio delle azioni stabilite a tutela del possesso, determina l'abbandono di un principio, quello della cartolarizzazione della obbligazione, ideato per rispondere ad esigenze di rapido trasferimento[278].

Ma, soprattutto, la dematerializzazione non può eliminare la necessità dell'individuazione del *titolo di credito* ai sensi dell'art. 1378 c.c., configurandosi in caso contrario un credito (e non più un titolo di credito)[279].

Alla stregua di un certo orientamento, la normativa in commento registra in realtà la "trasformazione della materialità", rispetto alla quale il passaggio dalla documentazione nella *chartula* alla "documentazione in un conto" non esclude la continuità sostanziale dell'istituto[280]. In questo senso si dovrebbe utilizzare il termine "decartolarizzazione", poiché il mutamento del tipo e della morfologia del documento non modificherebbe i connotati della fattispecie.

---

[278] Cfr. F.C. von Savigny, *Le obbligazioni*, trad. it. a cura di G. Pacchioni, II, Torino, 1915, p. 87 ss., in particolare p. 93.

[279] R. Cercone, *Art. 1992*, in Aa.Vv., *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, I, 2006[6], p. 2592.

[280] M. Cian, *Titoli dematerializzati e circolazione "cartolare"*, Milano, 2001, p. 30 e ss., e 429; l'Autore illustra la riforma anche in prospettiva comparatistica rispetto alle esperienze tedesca e francese: p. 151 e ss.

Secondo altra definizione, la dematerializzazione non prevede la mera sostituzione di una "materialità cartolare" con una "materialità contabile", ma aspira a sostituire la rappresentazione cartacea con una "non-rappresentazione" del trasferimento delle azioni[281]: la "certezza del traffico giuridico" sarebbe così affidata non più alla materialità, bensì all'informazione.

La decartolarizzazione comporta dunque la rinuncia alla necessità della "fisicità" del documento comprovante il diritto: la mancanza di un supporto fisico che possa essere oggetto di apprensione rende problematica l'estensione a tali "beni" dei provvedimenti ablativi. La compatibilità di un simile meccanismo basato su una registrazione virtuale con la disciplina i materia di sequestro preventivo e di confisca dovrebbe essere sanata dall'intervento del legislatore, traducendosi nella ammissibilità dell'assoggettamento ad ablazione anche di beni "immateriali" (peraltro espressamente indicati nella parte definitoria dei più recenti provvedimenti comunitari in materia di confisca)[282].

Riprendendo la rassegna dei beni assoggettabili ad ablazione, merita riguardo il fatto che l'ordinamento conosce anche dell'esistenza di "strumenti finanziari partecipativi", previsti dagli artt. 2346, 2349 e 2351 c.c. Si tratta di strumenti forniti di diritti patrimoniali o di diritti amministrativi (escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti) che possono essere emessi dalla società "a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o di servizi".

Il fatto che tale forma di partecipazione, assimilata a quella delle azioni, possa riguardare "diritti patrimoniali", e quindi diritti che attengono al patrimonio della società, può ulteriormente consentire l'ampliamento dell'area della confiscabilità "per valore equivalente", con evidenti ripercussioni sul piano (dei limiti) della tutela dei terzi.

Una considerazione conclusiva. La sintetica e meramente esemplificativa ricostruzione del catalogo dei beni assoggettabili a provvedimento ablativo che si è tracciata rivela che la maggior parte degli

---

281 M.C. Cardarelli, *L'azione dematerializzata*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 97.
282 Cfr. cap. II, par. 3.

spunti di riflessione proviene dalle pronunce e dalle riflessioni dottrinali aventi ad oggetto la misura cautelare reale, e non la confisca, che in molti casi fa seguito alla prima senza soluzione di continuità. È quindi evidente che il momento di maggior dibattito sulla apprensibilità di determinati beni si colloca nella fase delle indagini preliminari, nella quale si cristallizza la situazione del bene che permarrà immutata, salvo rari casi, sino alla sentenza definitiva: a conferma della perniciosità del meccanismo di ablazione fondato sul tandem sequestro preventivo a fini di confisca (art. 321, comma 2 c.p.p.)-confisca.

Capitolo II

LA NORMATIVA SOVRANAZIONALE IN MATERIA DI "PROVVEDIMENTI ABLATIVI": DALLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA AGLI STRUMENTI DI CONTRASTO ALLA "CRIMINALITÀ ORGANIZZATA" E AL "REATO TRANSNAZIONALE"

1. *Cooperazione, armonizzazione, unificazione europea. I provvedimenti in tema di congelamento, blocco dei beni e confisca tra principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e disciplina sostanziale (rinvio)*

Il processo di "integrazione giuridica" comunitaria in materia penale presenta profili di complessità di gran lunga maggiori di quelli emersi in relazione alla regolamentazione delle politiche economiche di cui rappresenta una delle proliferazioni.

Nella prospettiva della elaborazione di un "diritto penale europeo", infatti, gli strumenti normativi messi a disposizione dell'Unione dal c.d. terzo pilastro sono volti ad arginare la c.d. "criminalità globale" attraverso la creazione di uno "'spazio giuridico' a geografia e geometria variabile"[1] poggiante su ordini di integrazione crescente[2]: cooperazione (sulla quale fanno leva le disposi-

---

[1] M. Delmas-Marty, *L'intégration du droit pénal en Europe*, in Aa.Vv., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di A. Bernardi, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3 (trad. it. *L'integrazione del diritto penale in Europa*, a cura di E. Borsetti, *ivi*, p. 19: al testo italiano si riferiscono le successive citazioni).

[2] In termini non dissimili A. Bernardi, *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 5 e ss., con ampi riferimenti dottrinali. Si è evidenziato che il processo ha attraversato diverse fasi, dalla "cooperazione intergovernativa", alla "cooperazione orizzontale" tra autorità giudiziarie nazionali, alla costruzione di organismi sovranazionali con competenza giudiziaria: A. Laudati, *I delitti transnazionali*, cit., p. 403 e ss.

zioni in materia di cooperazione giudiziaria e di polizia)[3], armonizzazione[4] e unificazione[5].

Il percorso si snoda anche lungo la direttrice delle assunzioni di posizione delle istituzioni europee e internazionali in settori nevralgici per il conseguimento degli obiettivi dell'Unione europea (art. 2 Trattato sull'Unione europea) quali quello della adozione di strumenti di contrasto alla criminalità organizzata e alla corruzione[6].

In particolare, la cooperazione europea in materia giudiziaria, rafforzata dall'adozione di procedure e meccanismi di collaborazione e "compensazione" introdotte dal trattato di Maastricht del 1992, si è consolidata attraverso la riforma apportata dal Trattato di Amsterdam; contestualmente, l'articolazione delle fonti normative comunitarie nei tre Pilastri, dei quali il Terzo (in continuo divenire) è destinato a creare, attraverso le mediazioni nazionali, un *humus* condiviso

---

[3] La cooperazione – riconosciuta nel Consiglio di Tampere del 1999 – mira al ravvicinamento delle definizioni di riferimento e si fonda sull'idea di fiducia, alla quale si richiama la Comunità e l'Unione europea; da essa consegue il principio del "mutuo riconoscimento", in chiave anche di coordinamento delle norme nazionali: M. Delmas-Marty, *L'integrazione del diritto penale in Europa*, cit., p. 21 e ss.

[4] L'armonizzazione è orientata al ravvicinamento dei diritti nazionali in relazione ad una norma sovranazionale, conservando "margini di discrezionalità nazionale". Essa può svilupparsi in senso discendente (dalla norma internazionale comune al diritto nazionale: ad esempio, la Convenzione dei diritti dell'uomo) e in senso ascendente (dalla comparazione dei diritti nazionali alla norma internazionale comune: ad esempio, Convenzione in materia di protezione degli interessi finanziari del 1995): *ibidem*, p. 23 e ss.

[5] L'unificazione – non ancora realizzata in materia penale (con qualche eccezione, ad esempio, in tema di ripudio della tortura e della pena di morte), ma per la quale il solco è tracciato dal *Corpus Juris* – presuppone identità di norme e unificazione di controlli giurisdizionali: così M. Delmas-Marty, *L'integrazione del diritto penale in Europa*, cit., p. 27 e ss., secondo la quale il diritto alla diversità tra gli Stati e le necessità dell'integrazione potrebbero essere assicurati da quello che viene definito un "pluralismo ordinato". Per una panoramica dei pericoli connessi alla diversità di scelte punitive tra uno Stato e l'altro, con particolare riferimento al c.d. *forum shopping* (l'espressione si riferisce alla possibilità per il cittadino di "programmare" la commissione del reato in modo da ottenere l'applicazione della legislazione che gli garantisce un trattamento più favorevole): cfr. A. Bernardi, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 12 e ss. e p. 25.

[6] V. Militello, *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, a cura di L. Stortoni e L. Foffani, Giuffrè, Milano, 2004, p. 64 e ss.

di princìpi normativi[7], contribuisce in modo decisivo alla creazione di uno "spazio giuridico comune", inperniato su ipotesi di prevenzione della criminalità e potenziamento della cooperazione nell'attività di contrasto al crimine organizzato, soprattutto in funzione antiriciclaggio dei capitali. Così anche il n. 2 dei *consideranda* della decisione quadro 2006/783/GAI[8] relativo all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle "decisioni di confisca"[9]. In tale contesto l'abbattimento delle barriere nazionali in materia economica, per un verso, e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, per l'altro, sono oggetto di una intensa ricerca finalizzata alla utilizzazione delle risorse sovranazionali a favore di interventi preventivi e giudiziari. Sul punto il grado di incidenza delle fonti sovranazionali sulla legislazione interna è elevatissimo[10], producendo un evidente effetto trainante anche in ordine alla interpretazione delle norme stesse[11].

Nella materia, regolata da fonti di natura convenzionale, le "strategie" di intervento si collocano solo apparentemente su piani diversi, determinando al contrario processi simbiotici di enorme incidenza negli ordinamenti interni[12]. Da un lato, si moltiplicano i provvedimenti

---

[7] Se il Primo Pilastro raggruppa gli strumenti tradizionali di intervento normativo comunitario (regolamenti e direttive comunitarie), nel Terzo Pilastro confluiscono i provvedimenti destinati a costituire una piattaforma comune realizzata, tra l'altro, da decisioni quadro e azioni comuni, che i singoli Stati nazionali sono chiamati a recepire attraverso l'adeguamento dell'ordinamento interno. Per alcune considerazioni sulla disciplina "penale" espressa dalle direttive e dalle decisioni quadro cfr. cap. IV, par. 4.

[8] Gli atti comunitari citati (anche nel prosieguo) sono reperibili nel sito eurlex.europa.eu.

[9] Cfr. *infra* par. 9.

[10] Si pensi che la Convenzione Onu del 15 novembre 2000 in tema di crimine organizzato transnazionale – sulla quale si tornerà nell'ultimo paragrafo di questo Capitolo – impone agli Stati aderenti la punibilità del riciclaggio di denaro (art. 6), della corruzione (art. 8) o dell'intralcio alla giustizia (art. 23) *a prescindere da elementi di transnazionalità o dal coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato* (cfr. M. Castellaneta, *Norme applicabili direttamente nello Stato*, in «Guida al Diritto», 2006, n. 17, p. 62).

[11] V. cap. IV, par. 4.

[12] In tal senso anche A. di Martino, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 282 e ss.; reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, per un verso, e ravvicinamento delle disposizioni "sostanziali", per l'altro, coabitano nel quadro della "cooperazione in materia penale": D. Manzione, *Il mandato di arresto europeo dalla decisione-quadro alla legge attuativa 8 Legge 22.4.2005, n. 69)*, in «Legisl. pen.», 2005, p. 369 e ss.

riservati ai rapporti giurisdizionali, che, a partire al Consiglio di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, oltre a consentire una armonizzazione delle discipline nazionali in materia, rappresentano uno strumento di intervento più efficace degli accordi multilaterali tipici del diritto internazionale tradizionale. L'obiettivo è quello di sostituire il modello di assistenza mediante rogatoria con il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, esteso non solo alle misure definitive (ad esempio, in tema di confisca: decisione quadro 2006/783/GAI), ma altresì a quelle cautelari e provvisorie, siano esse personali (si pensi al mandato di arresto europeo: decisione quadro 2002/584/GAI) o reali (ad esempio, nel caso della decisione quadro 2003/577/GAI).

Dall'altro, il tema che ci occupa interessa trasversalmente tanto i provvedimenti di carattere "sostanziale", quanto "direttive" di ordine più strettamente processuale-esecutivo: occorre osservare, infatti, che i profili in questione si intersecano in più punti, atteso che il meccanismo procedurale e la misura sanzionatoria adottata viene ad essere condizionata dalla qualificazione giuridica del fatto in relazione alla tipologia della fattispecie e agli istituti ad essa connessi[13] (ad esempio, problematiche relative al concorso di persone nel reato e alla configurabilità del tentativo punibile), che il legislatore di ogni singolo Stato deve calare nel sistema giuridico nazionale.

Nella "cornice" della normazione europea, quindi, il quadro appare complesso e, per certi versi, confuso. Sotto il profilo della cooperazione giudiziaria, rileva, oltre alla decisione quadro in ordine al riconoscimento delle sentenze penali definitive di condanna al pagamento delle sanzioni pecuniarie, soprattutto quella relativa all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari provvisori di congelamento o blocco dei beni, con finalità di confisca o di sequestro probatorio (decisione quadro n. 2003/577/GAI)[14].

L'indagine, quindi, per esigenze di semplificazione si svilupperà secondo binari paralleli, con l'avvertenza però che unitario resta il contesto e lo spettro degli effetti normativi nelle legislazioni nazionali.

---

[13] *Amplius* sul punto S. Manacorda, *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in «Riv. dir. it. proc. pen.», 2004, p. 800 e ss.

[14] Cfr. *infra*, parr. 3 e ss.

Accanto alle Convenzioni in materia di estradizione (Bruxelles – 1995 e Dublino – 1996) e di assistenza giudiziaria (Bruxelles, 29 maggio 2000), che hanno determinato l'intensificarsi delle relazioni tra autorità giudiziarie, già inaugurate dalle convenzioni rispettivamente di Parigi del 13 dicembre 1957 e di Strasburgo del 20 aprile 1959, va innanzi tutto ricordata la decisione quadro sul *mandato di arresto europeo* (2002/584/GAI), recepita nel nostro ordinamento dopo accese discussioni attraverso la Legge 22 aprile 2005, n. 69[15], dalla quale emerge in tutta la sua drammaticità la difficoltà di coordinare l'intreccio dei profili sostanziali e processuali sovranazionali con l'architettura del sistema italiano[16]. Il Capo III del provvedimento, relativo alle "*Misure reali*", disciplina il caso in cui all'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione sia richiesta, oltre all'arresto del ricercato, anche la consegna dei beni oggetto del provvedimento di sequestro o di confisca eventualmente emesso dal giudice competente (art. 34). Si ammette che venga disposto il sequestro dei beni necessari ai fini della prova, ovvero suscettibili di confisca in quanto costituenti il prodotto, il profitto o il prezzo del reato nella disponibilità del ricercato e nei limiti stabiliti dalla stessa disciplina (art. 35).

---

[15] Tracce implicite del dibattito generato dal recepimento della decisione quadro emergono dal rilievo attribuito dal legislatore (*sub* art. 2, comma 1) alla precisazione che "l'Italia darà esecuzione al mandato d'arresto europeo nel rispetto dei seguenti diritti e princìpi stabiliti dai trattati internazionali e dalla Costituzione": diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e relativi protocolli; princìpi e regole contenuti Costituzione, attinenti alla tutela della libertà personale, al giusto processo, al diritto di difesa, al principio di uguaglianza, alla responsabilità penale e alla qualità delle sanzioni penali.

[16] Per alcune considerazioni critiche cfr. E. Selvaggi, G. De Amicis, *La legge sul mandato europeo d'arresto tra inadeguatezze attuative e incertezze applicative*, in «Cass. pen.», 2005, p. 1813 e ss. L'entrata in vigore della Legge n. 69/2005 ha generato un già ampio contenzioso in ordine ai requisiti di applicazione dell'istituto, ad esempio in ordine alla natura del mandato (Cass. 30 gennaio 2006, n. 3640, in «Guida al Diritto», 2006, 17, p. 98 e ss.), ai mezzi di impugnazione (T. Bolzano, sez. II ries., 28 luglio 2005, n. 44/05, *ivi*, 2005, 36, p. 82 e ss.), alla valutazione del presupposto dei gravi indizi di colpevolezza (Cass. sez. VI pen., 26 settembre 2005, n. 34355, Petre, *ivi*, 2005, p. 41, p. 79 e ss.; Id., sez. fer. pen., 13 settembre 2005, Hussain Osman, in «Foro it.», 2005, II, c. 497 e ss.), al caso del rifiuto della consegna in mancanza di limiti massimi di "carcerazione preventiva" nella legislazione dello Stato emittente (Cass. Sez. Un. 30 gennaio 2007, Ramoci, *ivi*, 2007, II, p. 137 e ss.).

Ad una prima lettura si direbbe che la legge prenda in considerazione il sequestro probatorio (come confermato anche dal rinvio alla regolamentazione di cui agli artt. 253 ss. c.p.p. contenuto nell'art. 35, comma 3 e dal tenore dell'art. 34).

Ma non si può escludere l'operatività del sequestro a fini di confisca, stante la lettera dell'art. 35, comma 1, secondo cui la "Corte d'Appello può disporre il sequestro dei beni […] suscettibili di confisca in quanto costituenti il prodotto, il profitto o il prezzo del reato nella disponibilità del ricercato". Il comma 2 stabilisce anche che la richiesta dell'autorità giudiziaria straniera deve contenere la precisazione della finalità della consegna, ovvero l'indicazione se essa necessiti ai soli fini di prova, ovvero ai fini della confisca; si aggiunge che se detta precisazione non risulta, l'autorità procedente deve richiederla.

Infine, va evidenziato che il provvedimento emesso dal giudice può essere anche "di confisca" (art. 34).

Sembra quindi doversi dedurre che la consegna dei beni del ricercato possa essere richiesta a fini probatori e a fini di confisca, e che in quest'ultimo caso possa venire in rilievo un provvedimento tanto definitivo (art. 34) quanto preventivo (art. 35, comma 1).

Riguardo alla confisca, in difetto di ulteriori specificazioni, la disciplina da applicarsi dovrebbe essere quella "comune" di cui all'art. 240 c.p. Sennonché occorre ricordare, da un lato, che per molti reati per i quali può essere eseguito il mandato di arresto vige in Italia una regolamentazione "speciale" della confisca (e, conseguentemente, del sequestro a fini di confisca)[17]; dall'altro, che, come si vedrà nei successivi paragrafi, esistono nella legislazione europea normative *ad hoc* relative al congelamento, sequestro dei beni e alla confisca, finalizzate alla armonizzazione delle normative nazionali. Si tratterà quindi di verificare e coordinare la portata del riferimento al sequestro e alla confisca contenuto negli artt. 34 ss.

Il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, che costituisce matrice comune degli interventi recenti, concerne dunque non solo le misure definitive, ma anche quelle cautelari o provvisorie.

---

[17] Cfr. cap. V.

Dall'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988 l'esecuzione della confisca disposta dall'autorità straniera è ordinata dalla Corte d'appello con la sentenza di riconoscimento (art. 735, u.c. c.p.p.) o è rimessa alla disciplina dell'esecuzione delle pene pecuniarie, se dipendente da un provvedimento straniero di confisca consistente nell'imposizione del pagamento di una somma di danaro corrispondente al valore del prezzo, del prodotto o del profitto di un reato (art. 735 *bis* c.p.p., aggiunto dalla legge n. 328/1993, che ha ratificato la Convenzione di Strasburgo del 1990). Si suppone che la disciplina debba essere rivisitata alla luce della decisione quadro 2006/783/GAI[18].

Si tratta di istituti che non pretermettono il divieto di *"bis in idem"*, sino ad oggi osservato limitatamente ai circoscritti settori della Convenzione di Bruxelles del 25 maggio 1987 e di quella applicativa dell'Accordo di Schengen (artt. 54 ss.)[19].

Sennonché l'ingovernabile macchina normativa legittimata dal Terzo Pilastro sembra in concreto incompatibile con qualunque velleità di coordinamento e reale semplificazione.

Alle difficoltà tipiche della modulazione della normativa sovranazionale si aggiunge la complessità dell'obiettivo primario della prevenzione e repressione della criminalità organizzata.

La "magnifica ossessione" dell'Unione europea per gli interventi che incidono sui beni che provengono dal reato o che sono comunque ad esso "collegati" (la terminologia è volutamente generica, e discende dalla diversità delle formulazioni utilizzate) si spiega in questo contesto.

Infatti le modalità di condotta attraverso le quali opera la criminalità organizzata – da sempre sotto la lente di ingrandimento dei provvedimenti comunitari – rendono palese la necessità del supera-

---

[18] Cfr. *infra* par. 9.

[19] Con riferimento alla Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (c.d. CAAS: cfr. in G.U. 2000, L 239), la Corte di Giustizia, sezione I, 28 settembre 2006, causa C-150/05 (nel sito curia.eu.int), in materia reati relativi alle sostanze stupefacenti, ha confermato l'orientamento seguito in precedenti decisioni, secondo il quale "l'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'art. 54 della CAAS è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro" (par. 48) "nel tempo, nello spazio nonché per oggetto" (par. 52).

mento dei confini nazionali: l'allocazione, l'occultamento, il trasferimento e la sostituzione di beni e denaro – anche tramite condotte di sostituzione e di reimpiego – avviene sovente in ambiti territoriali diversi da quelli in cui la condotta degli illeciti presupposti è stata posta in essere.

Il concetto dei limiti territoriali della giurisdizione penale nazionale confligge con la realtà attuale nella quale, oltre alla criminalità organizzata, anche la criminalità "ordinaria" subisce gli effetti esponenziali della c.d. globalizzazione.

Una delle principali conseguenze delle peculiarità delle attuali forme di manifestazione della criminalità economica e organizzata consiste nella necessità di adeguamento della disciplina sostanziale della repressione del reato, in ordine alla quale si impone l'esigenza di stabilire comuni denominatori per la configurazione delle fattispecie penali.

Se, nonostante l'impegno profuso, ancora non può parlarsi di un diritto penale comunitario *tout court* (nonostante il pregevole impegno della Commissione confluito nella redazione del *Corpus Juris*)[20], né si evidenza un potere sanzionatorio-penale *diretto* di cui siano direttamente titolari le istituzioni comunitarie, è evidente che ormai proprio queste stesse istituzioni si sono dotate di strumenti normativi che, sia pure attraverso la mediazione dei legislatori nazionali, "acquistano una immediata operatività penalistica"[21]: l'osservazione è tanto più calzante quanto più si diriga il fuoco dell'osservazione sulla espansione delle incisive alternative consentite dal Terzo Pilastro per il ravvicinamento delle legislazioni[22].

---

[20] Aa.Vv., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, a cura di L. Picotti, Giuffrè, Milano, 1999; G. Grasso, *Il "Corpus Juris" e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Milano, 1997, p. 1 e ss.; G. Grasso, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in «Riv. trim. dir. pen. econ.», 1995, p. 1180. Per quanto concerne la seconda versione del *Corpus Juris* (c.d. *Corpus Juris* 2000) cfr. *Il "Corpus Juris" 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Giuffrè, Milano, 2003; *Il "Corpus Juris" 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di L. Picotti, Cedam, Padova, 2004.

[21] F. Sgubbi, voce *Diritto penale comunitario*, in «Dig. disc. pen.», IV, 1990, p. 90.

[22] K. Tiedemann, *L'europeizzazione del diritto penale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1998, p. 21.

Non meno rilevanti questioni si impongono in relazione alla normativa di carattere formale-processuale, che deve tenere conto della difformità dei sistemi processuali e di organizzazione giudiziaria o di polizia operanti nei diversi Stati: proprio in questi ambiti si esercita la sovranità intesa come "posizione di supremazia dello Stato sui soggetti esistenti all'interno dell'ordinamento statuale", che esprime il potere dello Stato "di condizionare l'esistenza giuridica di tali soggetti e il loro modo d'essere e d'agire" e "di incidere sui singoli aspetti della personalità individuale"[23]. La perdita di ancillarità del diritto processuale rispetto a quello sostanziale nell'ambito del diritto penale, ammesso che detta "subordinazione" sia mai esistita, è dato ormai incontrovertibile[24]. La preminenza delle regole procedurali rispetto a quelle sostanziali emerge anche dal maggiore spazio che le Carte costituzionali riservano alle prime[25]. E infatti è proprio in questa direzione – lo si è anticipato – che, sia pure molto faticosamente, si sta orientando un processo di ravvicinamento tra le legislazioni nazionali, sul quale occorre riflettere. Si tratta – è bene essere chiari – di un *iter* farraginoso e articolato, che richiede impegno e pazienza da parte degli organi legislativi dei diversi Stati, chiamati ad attuare i provvedimenti europei, inevitabilmente rosicchiando sempre maggiori segmenti di sovranità a favore della creazione di uno "spazio penale" europeo.

Fra tutte, si impongono le difficoltà linguistiche connesse al fatto che i comuni testi normativi dell'Unione vengono "interpretati" e resi operativi attraverso il filtro degli istituti giuridici tipici dei sistemi nazionali utilizzati per adeguare la disciplina sovrana-

---

[23] F. Sgubbi, voce *Diritto penale comunitario*, cit., p. 91.

[24] T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1992, p. 434; G. Insolera, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 177 e ss.

[25] G.P. Flechter, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1998, trad. it. *Grammatica del diritto penale*, a cura di M. Papa, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 22 e ss.; sennonché, come osserva l'Autore in riferimento ad istituti "ibridi" come la prescrizione, la linea di demarcazione tra norme di diritto sostanziale e norme di procedura non appare sempre agevole da tracciare.

zionale agli ordinamenti interni. Ad esempio, nella versione italiana della decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio (art. 3, par. 2)[26] si distinguono i reati di "frode" da quello di "truffa"[27], mentre il testo in lingua tedesca ricorre alla medesima radice lessicale ("*Betrug*" e "*Betrugsdelikte*").

Le stesse nozioni di "provento di reato" e di "confisca" fornite dalla decisione quadro 2005/212/GAI[28], dalla Convenzione n. 198/2005[29] e dalla decisione quadro 2006/783/GAI[30], a ragione del carattere della omnicomprensività cui non casualmente ricorre, pongono complessi problemi interpretativi e di coordinamento con i singoli sistemi nazionali.

Si aggiunga che, in materia di blocco e confisca di beni, si è stratificata una "legislazione emorragica"[31], che corrisponde alla frenesia del legislatore di inserire provvedimenti *ad hoc* ovvero norme specifiche in provvedimenti generali, dante luogo ad un ordito confuso, pletorico e per certi versi contraddittorio destinato a generare irresolubili questioni in materia di divieto di *bis in idem*.

---

[26] In ordine alla quale si veda *infra* parr. 3 e ss.

[27] La rilevanza della problematica emerge, ad esempio, in materia di frodi comunitarie e figure affini, in relazione alle quali si è osservato che, mentre la truffa (art. 640 *bis* c.p.) richiede l'impiego di mezzi fraudolenti di particolare gravità, la frode (nel caso di specie, *sub* art. 2 Legge n. 898/1986) si esaurisce in una condotta di minor portata ingannatoria, ovvero nella mera esposizione di dati o notizie false, senza aggiunta di alcun *surplus* da parte dell'autore (E. Mezzetti, *La tutela penali degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 1994, p. 45; si veda anche Corte cost., 26 gennaio 1994, n. 25, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 1994, p. 313).

[28] Cfr. *infra* par. 8.

[29] Cfr. *infra* par. 10.

[30] Cfr. *infra* par. 9.

[31] Si tratta di una situazione complessa nella quale i profili della "legislazione logorroica" si intrecciano a quelli della "legislazione in stato confusionale": queste due ultime stigmatizzazioni si devono alla originale ricostruzione di L.Vandelli, *Psicopatologia delle riforme quotidiane. Le turbe delle istituzioni: sintomi, diagnosi e terapie*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 5 e ss.

2. *Dalle Convenzioni in materia di riciclaggio (quale antecedente storico delle nuove misure patrimoniali) e di strategie di contrasto alla corruzione, alle Risoluzioni dell'Onu in ordine al congelamento dei beni di soggetti ed enti "compromessi" con il terrorismo internazionale*

Che la palingenesi dei capitali "collegati" alla commissione di reati costituisca motivo di viva preoccupazione per l'Unione europea, trapela dall'assiduità con cui la stessa si spende in una costante e rinnovata produzione normativa: lo scopo è certo quello di impedire che la criminalità, soprattutto organizzata[32], goda dei profitti della propria attività; ma anche che la circolazione dei capitali di origine "illecita", unitamente ai mezzi utilizzati, possa condurre ad una alterazione dei meccanismi economici che regolano il flusso di denaro nella Comunità stessa.

Come ci ricorda Giuseppe Di Chiara[33], infatti, secondo il Consiglio europeo di Tampere "*Money laundering is the very heart of organised crime*" (par. 51 delle "conclusioni")[34].

E poiché il riciclaggio dei proventi illeciti rappresenta l'epilogo, per così dire, fisiologico dell'attività economica della criminalità organizzata, è inevitabile che l'Unione europea, nella costruzione del primo "modulo" delle strategie di contrasto all'accumulazione illecita di capitali, persegua l'individuazione dei "patrimoni sospetti" e predisponga misure di intervento nella direzione della prevenzione e repressione dei fenomeni di riciclaggio. Consequenziale, poste tali premesse, il rafforzamento degli strumenti e dei meccanismi orientati alla apprensione dei beni di origine illecita, sicché l'istituto della

---

[32] Sin dal Trattato di Maastricht la Comunità europea ha individuato il ventaglio minimo dell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, invitando gli Stati nazionali a fissare norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni concernenti la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti (*ex* art. K 3, oggi art. 31, lett. e) del Trattato dell'Unione europea.

[33] G. Di Chiara, *Modelli e standard probatori in tema di confisca dei proventi di reato nello "spazio giudiziario europeo": problemi e prospettive*, in «Foro it.», 2002, II, c. 263 e ss.

[34] La conclusione è ribadita anche nella decisione quadro del Consiglio del 26 giugno 2001 (2001/500/GAI).

confisca, nelle sue molteplici sfaccettature, viene a costituire il fulcro della normativa in materia.

Ma non solo. Nella maggior parte dei casi la confisca può essere applicata soltanto laddove i beni siano stati individuati e previamente "congelati" attraverso provvedimenti di sequestro. Proprio il connubio tra necessità di agevolazione della ricerca delle prove in ambito internazionale e incameramento dei patrimoni illeciti da parte dello Stato ha trovato risposta nel piano di azione contro la criminalità organizzata del Parlamento europeo del 1997 (art. 28).

In tale chiave di lettura si spiegano i molteplici provvedimenti mirati a prevenire la "volatilizzazione" di beni provenienti da reato: l'art. K.3 del Trattato dell'Unione europea aveva già consentito l'emanazione dell'azione comune del 3 dicembre 1998 (98/699/GAI) in tema di riciclaggio di denaro, individuazione e confisca degli strumenti e dei proventi di reato[35], sulle vestigia della Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato approvata a Strasburgo l'8 novembre 1990[36], da cui promana la copiosa produzione normativa sovranazionale che ha imposto significative riforme negli ordinamenti interni[37].

Va in premessa ricordato che (anche) nella materia in esame la normativa comunitaria rappresenta soltanto uno dei tasselli del *puz-*

---

[35] La sequela di provvedimenti è ininterrotta: si pensi, ad esempio, alla decisione quadro 2001/500/GAI del Consiglio, del 26 giugno 2001, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato.

[36] Molti i provvedimenti che ad essa rinviano, anche sul piano della definizione dei concetti: così, ad esempio, l'art. 4, par. 5 della Decisione quadro del Consiglio 2004/757/GAI riguardante "la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti", il cui primo periodo impone la confisca (oltre che delle sostanze stupefacenti oggetto dei reati di cui agli articoli 2 e 3) degli "strumenti utilizzati o destinati a essere utilizzati per la commissione di tali reati e dei proventi derivanti da tali reati" o "di beni il cui valore corrisponde a quello di detti proventi, sostanze o strumenti".

[37] Emblematico il *mare magnum* dei provvedimenti nazionali in materia bancaria e creditizia, finalizzati alla individuazione di capitali di origine "sospetta": per un quadro sintetico di principali interventi normativi a riguardo si veda la voce *Criminalità organizzata*, *sub Riciclaggio*, di E.R. Belfiore, in Aa.Vv., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, Cedam, Padova, 2003, p. 575 e ss. (II ed. in corso di pubblicazione).

zle, i cui contorni "estremi" sono tratteggiati dai provvedimenti delle Nazioni Unite, con i quali l'Unione europea, come vedremo, deve fare i conti.

E infatti l'Onu, dalla Convenzione contro il traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope del 5 dicembre 1988 (art. 5) a quella del 15 dicembre 2000 contro la criminalità organizzata transnazionale (art. 12, in particolare par. 7)[38], ha segnato una traccia indelebile in seno al rafforzamento delle misure ablative dei beni provenienti da illecito penale, addirittura – come anticipato nell'ordinamento italiano dall'art. 12 *sexies* D.l. 8 giugno 1992, n. 306[39] e dall'art. 2 *ter* della Legge n. 575/1965[40] – nella direzione della legittimazione di disposizioni che, in determinate condizioni, impongono al soggetto di dimostrare la provenienza lecita dei beni di cui è titolare[41].

La seconda direttrice che ha connotato la disciplina in materia di ablazione di beni trova fondamento nella selezione degli strumenti di contrasto alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri e dei funzionari degli organismi sovranazionali. Senza attardarsi sui singoli provvedimenti – richiamati anche nelle altre parti della ricerca – merita qualche considerazione la Convenzione Ocse del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, il cui art. 3, par. 3 impegna ogni Parte contraente ad adottare le misure necessarie affinché la "tangente" e i "proventi" derivanti dalla corruzione di un pubblico ufficiale straniero o "i beni il cui valore corrisponde a quello di tali proventi" siano soggetti a confisca o sequestro o a sanzione pecuniaria di analogo effetto[42]. L'espressione "*proceeds*" contenuta nel testo originale include – secondo la definizione contenuta nel rapporto esplicativo – "i profitti o gli altri benefici derivati al corruttore dalla transazione" o "gli altri vantaggi ottenuti o mantenuti attraverso la corruzione".

---

[38] Sul punto si tornerà nell'ultimo paragrafo.

[39] Cfr. cap. V, par. 3 e cap. III, parr. 2.1 e ss.

[40] Cfr. cap. V, par. 3 e cap. III, parr. 1 e ss.

[41] Una ricostruzione dei più significativi provvedimenti sovranazionali in materia di contrasto al fenomeno del riciclaggio cfr. L. Ferola, *Il riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005.

[42] Cfr. M. Castellaneta, *Corruzione: nel rapporto comparativo dell'Ocse più ombre che luci nelle leggi di attuazione*, in «Guida al Diritto. Comunitario e internazionale», 2006, 4, p. 13 e ss.

La Convenzione Ocse del 1997 ha condizionato in modo significativo la disciplina della apprensione dei beni da parte dello Stato, come emerge dalla Relazione al progetto di legge di ratifica di atti internazionali, sfociato nella Legge n. 300/2000[43], che invoca proprio tale Convenzione a fondamento della necessità di prevedere la obbligatorietà della confisca dei "proventi" e l'introduzione della c.d. confisca di valore[44].

Il terzo e più recente filone di interventi "ablativi" si dipana in materia di lotta contro il terrorismo[45].

Naturalmente non è questa la sede per analizzare la sterminata produzione normativa sul punto ed in via di costante incremento.

Una sola osservazione di carattere generale. Nel settore di riferimento si evidenzia un comune denominatore, mutuato dall'esperienza maturata nell'ambito della individuazione delle strategie di contrasto al riciclaggio inteso come fondamentale strumento operativo della criminalità organizzata: *id est* l'adozione di strumenti (interni e di coordinamento internazionale) idonei ad impedire lo "sfruttamento" del sistema finanziario per trasferire fondi di provenienza criminosa, ovvero per consentire la raccolta di beni o di denaro "non contaminato" a scopo di finanziamento del terrorismo[46]. In tale solco si collocano le indicazioni di matrice comunitaria e sovranazionale.

---

[43] Cfr. M. Pelissero, *Commento alla legge 29 settembre 2000, n. 300*, in «Legisl. pen.», 2001, p. 991 e ss.; con specifico riferimento all'art. 322 *ter* c.p. e all'art. 640 *quater* c.p. cfr. cap. IV.

[44] Si veda cap. IV.

[45] Sul ruolo dell'intervento penale nel contrasto al terrorismo cfr. F. Viganò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2006, p. 648 e ss.

[46] In questi termini il n. 8 dei *Consideranda* della Direttiva 26 ottobre 2005, n. 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alla "prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo". Per il recepimento di tale provvedimento (c.d. terza Direttiva comunitaria antiriciclaggio) è stata conferita la delega al Governo con la Legge 25 gennaio 2006, n. 29, "*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2005*"): alcune interessanti considerazioni sul punto si devono a A. Balsamo, *La destinazione delle somme di denaro fa scattare il finanziamento del terrore*, in «Guida al Diritto. Comunitario e internazionale», 2006, 1, p. 37 e ss.; E.R. Belfiore, *Commento al D. legisl. 20 febbraio 2004, n. 56*, in Id., voce *Criminalità organizzata, sub Riciclaggio*, cit. (II ed. in corso di pubblicazione).

In particolare, a seguito dei tragici attentati terroristici dell'11 settembre 2001 negli Stati Uniti, è diventata ineludibile la necessità – già emersa in sede di elaborazione della Convenzione Onu per la repressione del finanziamento del terrorismo adottata a New York il 9 dicembre 1999 (ratificata in Italia dalla Legge 14 gennaio 2003, n. 7)[47] – di arginare il flusso economico-finanziario che foraggia l'organizzazione di azioni terroristiche di così dispendiosa e complessa preparazione.

Proprio in ottemperanza alle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 1267/1999 e n. 1333/2000 in materia di adozione di misure nei confronti dei Talebani in Afganistan, nonché al Regolamento CE n. 467/2001 del Consiglio del 6 marzo 2001[48], si è introdotta nel sistema italiano la Legge 14 dicembre 2001, n. 431, contenente "misure urgenti per reprimere e contra-

---

[47] Per vero, l'art. 2, comma 1 della Convenzione prevede la punibilità di "chiunque con qualsiasi mezzo, direttamente o indirettamente, illegalmente e intenzionalmente, fornisce o raccoglie fondi con l'intento di utilizzarli o sapendo che sono destinati ad essere utilizzati, integralmente o parzialmente, al fine di compiere: (a) un atto che costituisce reato ai sensi di e come definito in uno dei trattati elencati nell'allegato; ovvero (b) qualsiasi altro atto diretto a causare la morte o gravi lesioni fisiche ad un civile, o a qualsiasi altra persona che non ha parte attiva in situazioni di conflitto armato, quando la finalità di tale atto, per la sua natura o contesto, è di intimidire un popolazione, o obbligare un governo. Estesa la responsabilità anche all'ipotesi del tentativo (art. 2, comma 4), si aggiunge la responsabilità di chi (a) prenda parte in qualità di complice al compimento di un reato secondo quanto previsto dai commi 1 o 4 del presente articolo; (b) organizzi o diriga altre persone al fine di commettere un reato di cui ai commi 1 o 4 del presente articolo; (c) contribuisca al compimento di uno o più reati, come previsto dai commi 1 o 4 del presente articolo, con un gruppo di persone che agiscono con una finalità comune. Tale contributo deve essere intenzionale e: (i) deve essere compiuto al fine di facilitare l'attività o la finalità criminale del gruppo, laddove tale attività o finalità implichino la commissione di un reato secondo quanto previsto dal comma 1 del presente articolo; o(ii) deve essere fornito con la piena consapevolezza che l'intento del gruppo è di compiere un reato, secondo quanto previsto dal comma 1 del presente articolo. Si stabilisce inoltre l'obbligo di ogni Parte ad adottare misure adeguate, conformi ai propri principi giuridici, per identificare, congelare o sequestrare qualsiasi fondo utilizzato o stanziato al fine di commettere i reati previsti dall'articolo 2, nonché i proventi derivanti da tali reati, con finalità di eventuale confisca (art. 8).

[48] Per un sunto del contenuto delle principali Risoluzioni in materia cfr. A. De Gennaro, M. Querqui, *Il contrasto al finanziamento del terrorismo. Il congelamento dei fondi e delle risorse economiche*, in «Il fisco», 2006, 33, 11, p. 5097 e ss.

stare il finanziamento del terrorismo internazionale"[49]. La disciplina prevede una ipotesi di "congelamento" dei beni[50] che, al pari delle altre analoghe figure, si discosta, anche sotto i profilo del *nomen iuris*, dalle categorie tradizionali, ma, non diversamente da queste, svolge una funzione di interdizione dell'utilizzo di determinati beni da parte di soggetti "sospetti"[51].

Ma non solo. L'ultimo comma dell'art. 18 della Legge 22 maggio 1975, n. 152, in materia di "disposizioni a tutela dell'ordine pubblico", aggiunto dall'art. D.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. con mod. nella Legge 31 luglio 2005, n. 155 (contenente *misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*), stabilisce che le disposizioni relative alla estensione dell'applicazione della Legge n. 575/1965 ai soggetti specificamente indicati al comma 1, anche in deroga all'art. 14 della Legge 19 marzo 1990, n. 55, e quelle dell'articolo 22 della legge di riforma "possono essere altresì applicate alle persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano

---

[49] Si deve attendere il D.l. 25 luglio 2005, n. 144, conv. con mod. dalla Legge 31 luglio 2005, n. 155, per l'introduzione di una norma (art. 270 *sexies* c.p.) contenente la definizione di "condotte con finalità di terrorismo": sul punto cfr. A. Martini, *La nuova definizione di terrorismo. Il D.l. n. 144 del 2005 come convertito con modificazioni in Legge 31 luglio 2005, n. 155*, in "Studium Iuris", 2006, p. 1219 e ss.

[50] Significativo l'art. 1 *bis* (Congelamento dei beni) della legge n. 431/2001, introdotto dall'art. 14 D.l. 25 luglio 2005, n. 144, conv. con mod. dalla Legge 31 luglio 2005, n. 155, orientato ad espandere l'arsenale delle misure cautelari patrimoniali: "1. Quando sulla base delle informazioni acquisite a norma dell'articolo 1 sussistono sufficienti elementi per formulare al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite o ad altro organismo internazionale competente proposte per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quali definiti dal regolamento CE 881/2002 del Consiglio del 27 maggio 2002, e successive modificazioni e sussiste il rischio che i fondi o le risorse possano essere, nel frattempo, dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di attività terroristiche, il presidente del Comitato di sicurezza finanziaria ne fa segnalazione al procuratore della Repubblica competente ai sensi dell'articolo 2 della legge 31 maggio 1965, n. 575": L.G. Bruno, *Misure di prevenzione patrimoniali e congelamento di beni per reati di terrorismo: problemi sostanziali e processuali*, in «Dir. pen. proc.», 2007, p. 107 e ss.

[51] Per alcune considerazioni in merito alla disciplina delle misure di prevenzione patrimoniali richiamata dall'art. 2 Legge n. 575/1965 cfr. cap. III, parr. 1.1 e ss.

essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali"[52].

Con le Risoluzioni n. 1390 del 16 gennaio 2002, n. 1452 del 20 dicembre 2002 e n. 1455 del 17 gennaio 2003 il Consiglio di Sicurezza dell'Onu ha imposto a carico dei talebani, e in seguito di altre persone, gruppi ed entità sospettati di partecipazione ad attività terroristiche, una serie di obblighi e sanzioni (tra cui, appunto, quella del congelamento dei capitali e delle altre risorse finanziarie). Al fine di garantire l'efficienza di tale sistema è stato istituito un organo ausiliario, il Comitato per le sanzioni, composto da rappresentanti degli Stati membri del Consiglio di Sicurezza, incaricato di verificare l'attuazione delle misure da parte degli Stati membri e di individuare i capitali e le risorse da congelare[53]. L'attività del Comitato presuppone l'aggiornamento dell'elenco delle persone fisiche e giuridiche sottoposte a sanzione, da effettuarsi periodicamente, sulla base delle segnalazioni trasmesse dagli Stati nazionali e dalle organizzazioni internazionali. La verifica della necessità o meno di mantenere l'applicazione delle sanzioni, pur inserendosi nel solco delle misure di carattere preventivo, giustificate dalla gravità del pericolo dei reati di sospetta realizzazione, opera in chiave sostanzialmente afflittiva.

Il "costo" della rinuncia alla garanzia piena di taluni diritti fondamentali a favore della effettività del sistema sembra molto elevato[54]. Il congelamento di beni appartenenti o riconducibili a soggetti inseriti nella c.d. liste ha già dato luogo ad un sostanzioso contenzioso presso il Tribunale di primo grado europeo. Diverse le questioni sul tappeto: dalla richiesta di annullamento del regolamento comunitario che stabilisce la misura ablativa richiamando le "liste",

---

[52] Sul punto *amplius* cap. III, par. 1.1.

[53] Al Comitato è altresì attribuito il compito di vagliare le richieste di deroga alle misure previste e configurate come vincolanti per gli Stati membri.

[54] Per alcune considerazioni sul punto cfr. C. Piemontese, *Ragioni della forza e ragioni del diritto nelle norme in materia di terrorismo internazionale*, in «Dir. pen. proc.», 2006, 8, p. 1033 e ss.; si veda altresì S. Dambruoso, *Cenni sullo stato attuale del dibattito sulla compatibilità dei due momenti derivati dai recenti fatti terroristici: diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in L. Bauccio, *L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005, *Introduzione.*

alla richiesta di cancellazione dalle stesse[55]. Il meccanismo di inserimento dei nominativi negli elenchi non garantisce il cittadino dal rischio di omonimie e soccombe a fronte della incertezza di fondo dei dati anagrafici su cui si basano[56]. Si moltiplicano anche le richieste di risarcimento del pregiudizio economico subito in conseguenza del congelamento dei beni[57], mentre, su altro versante, si comincia

---

[55] Come si chiarirà di seguito nel testo, le pronunce del Tribunale di prima istanza nei procedimenti n. T-306/01 E T-315/01 hanno escluso la lesione dei diritti fondamentali da parte dei Regolamenti comunitari che richiamano le "liste" predisposte dal Comitato delle Nazioni Unite.

[56] Ricorda G. De Amicis, *Terrorismo internazionale, congelamento dei capitali e tutela dei diritti fondamentali: il ruolo del giudice comunitario*, in «Diritto e Giustizia», 14 gennaio 2006, che nel nostro ordinamento è un organo di natura amministrativa, ossia il Comitato di sicurezza finanziaria (C.S.F.) istituito con Legge n. 431/2001, a formulare, sulla base dei dati raccolti e delle informazioni ricevute anche per via giudiziaria, le proposte di inserimento nella lista Onu di cui alla risoluzione 1267/1999 e ss., ovvero nell'elenco allegato al regolamento comunitario n. 2580/2001 e ss. È lo stesso presidente del Comitato di sicurezza finanziaria a dover effettuare la segnalazione al procuratore della Repubblica competente ai sensi dell'articolo 2 della legge 31 maggio 1965, n. 575 (art. 1 *bis* Legge n. 431/2001, in tema di congelamento dei beni); si veda altresì la nota (50).

[57] Si veda l'ordinanza del Trib. Primo Grado delle Comunità europee (II sezione), 7 giugno 2004, causa T-338/02, Segi e altri (cfr. nel sito internet curia.eu.int). La decisione interviene successivamente a quella emessa dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo: questa, in data 23 maggio 2002 (cfr. in http://cmiskp.echr.coe.int), aveva dichiarato irricevibile il ricorso proposto dai ricorrenti (afferenti ad un gruppo inserito nella lista delle organizzazioni terroristiche allegato alla posizione comune 2001/931, aggiornata dalle posizioni comuni 2002/340 e 2002/462) contro i quindici Stati (al tempo) membri dell'Unione, escludendo che la denunciata limitazione dei diritti (conseguente all'inserimento nel citato elenco) conferisse loro lo *status* di "vittime di una violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ai sensi dell'art. 34 della Cedu. Il Tribunale di primo grado (parr. 36 e ss.) dichiara la propria manifesta incompetenza, evidenziando che gli unici rimedi giurisdizionali previsti dal Trattato UE sono quelli indicati all'art. 35 UE, nn. 1, 6 e 7, e corrispondono al rinvio pregiudiziale, al ricorso di annullamento e alla risoluzione delle controversie tra Stati membri, e aggiungendo che la garanzia del rispetto dei diritti fondamentali, prevista dall'art. 6, n. 2, UE non è pertinente nel caso di specie, dato che l'art. 46, lett. d), UE non offre alcun titolo di competenza supplementare alla Corte di giustizia. Nell'ordinanza del 15 maggio 2003 il Tribunale di primo grado (causa T-47/03 R, Sison, reperibile nel sito internet *curia.eu.int*), nell'ambito del procedimento sommario per l'adozione di provvedimenti urgenti, ha precisato che, "secondo una giurisprudenza consolidata, un danno di natura esclusivamente pecuniaria non può, in via di

a fare i conti con gli effetti dilaganti della valenza "indiziaria" della inclusione dei nominativi nelle "liste"[58].

Insomma, i procedimenti di intervento stabiliti dai provvedimenti internazionali e i meccanismi su cui essi si basano, fondati in larga parte sulla attività investigativa degli organi preposti[59], essen-

---

principio, essere considerato irreparabile, o anche difficilmente riparabile, dal momento che può essere oggetto di una successiva compensazione finanziaria […]. Spetta tuttavia al giudice del procedimento sommario valutare, in funzione delle circostanze proprie a ciascuna fattispecie, se la mancata concessione dei provvedimenti richiesti possa arrecare al richiedente un danno grave e imminente, non riparabile da alcuna decisione ulteriore". In particolare, "il giudice del procedimento sommario deve accertarsi che il richiedente disponga di una somma tale da permettergli, di regola, di affrontare la totalità delle spese necessarie a garantire la soddisfazione delle sue necessità elementari e di quelle della sua famiglia sino a quando non interverrà la pronuncia sul merito del ricorso" (parr. 29 e ss.). Alla luce di tali premesse, nel provvedimento si legge che il richiedente (il quale, inserito nelle liste come "terrorista", lamentava di aver subito un danno grave e irreparabile a fronte del congelamento, attuato in via provvisoria, dei beni suoi e della moglie) "non ha provato che la possibilità di ottenere un'autorizzazione allo sblocco dei beni da parte delle dalle autorità nazionali, ai sensi degli artt. 5 e 6 del regolamento n. 2580/2001, e i rimedi giurisdizionali interni prefissati dal diritto olandese per opporsi a decisioni prese dalle autorità nazionali, in applicazione di queste disposizioni, non gli consentano di evitare un danno economico grave e irreparabile […]. Di conseguenza, il danno materiale subito dal richiedente, qualora accertato, non risulterebbe direttamente dall'adozione della decisione impugnata" (parr. 28 e ss.). Quanto alla seconda voce di danno (consistente nel preteso pregiudizio arrecato alla reputazione e alla dignità del ricorrente, che starebbe all'origine della stigmatizzazione di cui è stato vittima, e del suo "abbattimento" morale ed emotivo), nell'ordinanza (par. 40 e ss.) si legge che "poiché la finalità del procedimento sommario non è di assicurare il risarcimento di un danno, ma di garantire la piena efficacia della sentenza di merito, si deve concludere, quanto al danno morale addotto, che non sussiste il presupposto dell'urgenza".

[58] Il documento del Consiglio d'Europa contenente gli elenchi "degli organismi e dei soggetti listati", se pure non costituisce prova della natura terroristica delle organizzazioni della appartenenza alle quali è processo, può tuttavia essere acquisito "come base d'indagine circa i fini perseguiti dall'organizzazione, in quanto è prova del fatto storico che un organismo internazionale, la Comunità europea, ha adottato misure restrittive" nei confronti di determinati soggetti – nel caso di specie, Osama bin Laden, e gli organismi a questo associati nell'ambito dei provvedimenti diretti a combattere il terrorismo (Cass. sez. I pen., 30 settembre 2005, n. 35427, Drissi, in «Diritto e Giustizia», 2005, 6, 81, con nota di E. Rosi).

[59] Per un quadro generale del sistema, con specifico riferimento alla disciplina del congelamento dei beni, cfr. L. Bauccio, *L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 271 e ss.

zialmente in assenza di contraddittorio, svelano un conflitto insanabile tra esigenze di sicurezza sottese ai provvedimenti stessi e tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, esponendo a forte rischio la "tenuta" generale del sistema. È lo stesso Tribunale di primo grado delle Comunità europee, pronunciandosi in materia di risarcimento del danno, ad ammettere che i ricorrenti, con ogni probabilità, "non hanno a disposizione nessuna tutela giurisdizionale effettiva, né dinanzi ai giudici comunitari né dinanzi ai giudici nazionali, contro l'iscrizione […] nell'elenco delle persone, dei gruppi o delle entità coinvolti in atti terroristici"[60].

Le risoluzioni adottate dal Consiglio di Sicurezza dell'Onu sono confluite nella normativa comunitaria (ad esempio, nel regolamento CE n. 881, del 27 maggio 2002, che ha abrogato il precedente regolamento CE n. 467/2001) e in "posizioni comuni" adottate in ambito PESC – *Politica estera e di sicurezza comune* (si pensi alle posizioni comuni 2002/402/PESC del 27 maggio 2002 e 2003/140/PESC del 27 febbraio 2003).

Anche questi ulteriori passaggi confermano quanto si constatava in apertura, ovvero l'inestricabile intreccio di discipline creato dalla pluralità di fonti normative coesistenti ma non equipollenti, generali e di settore, il quale, oltre a rendere inafferrabile la norma da applicarsi, plasma anche il contenuto della stessa, introducendo diversi moduli interpretativi. Sintomatica la vicenda di seguito richiamata.

La questione dell'annullamento dell'atto comunitario (regolamenti comunitari), che in allegato contiene l'elenco dei soggetti "sospetti" direttamente o indirettamente collegati alla commissione di reati di terrorismo internazionale, è stata sollevata innanzi al Tribunale europeo di prima istanza che, in due sentenze emesse in pari data[61], rigetta

---

[60] Così Trib. Primo Grado delle Comunità europee (II sezione), 7 giugno 2004, causa T-338/02, Segi e altri. cit., par. 38

[61] Trib. Europeo di prima istanza, sezione II ampliata, Causa 315/01 (*Kadi c. Consiglio dell'Unione europea*), e Causa T-306/01 (*Ahmed Ali Yusuf c. Consiglio dell'Unione europea*), emesse entrambe il 21 settembre 2005, in «Diritto e Giustizia», del 22 settembre 2005 (la seconda sentenza è pubblicata altresì in «Foro it.», 2006, IV, c. 94 e ss., con nota di S. Fancello, A. Pioletti, e in «Guida al Diritto. Comunitario e Internazionale», 2005, 6, p. 62 e ss.): nelle pagine che seguono le citazioni dei passi delle decisioni verranno contraddistinte dal numero di causa.

il ricorso, dichiarando, in sintesi – ma sui singoli punti si tornerà tra breve – che la normativa CE recepisce risoluzioni dell'Onu vincolanti per la stessa UE e che, comunque, le controverse risoluzioni dell'Onu (recepite dai suddetti regolamenti, nonché da alcune posizioni comuni) non appaiono lesive dei diritti fondamentali tutelati (anche) dal diritto comunitario in relazione allo *jus cogens*.

Le pronunce, che muovono dal ricorso presentato da alcuni soggetti finiti nell'elenco annesso ai regolamenti sopra richiamati[62], si segnala non tanto per la soluzione proposta in ordine al caso concreto, fortemente condizionato da un ricorso gravato da vizi di forma[63], quanto per i principî giuridici che enunciati tra le righe dell'articolata motivazione.

A) In primo luogo il Tribunale Europeo (Causa T-306/01, par. 231) stabilisce l'assoluta cogenza del diritto dell'Onu e il suo primato rispetto a quello comunitario, ricordando che, secondo il diritto internazionale, gli obblighi degli Stati derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite prevalgono su qualsiasi altro obbligo, compresi quelli imposti dalla adesione alla Convenzione europea dei Diritti dell'uomo e quelli stabiliti dal Trattato CE. Sul piano della gerarchia delle fonti le decisioni del Consiglio di sicurezza Onu sono ritenute di grado superiore rispetto alla normativa della Comunità europea, che, pur non essendo membro delle Nazioni Unite, è tenuta all'osservanza della disciplina sovranazionale vincolante per gli Stati membri dell'Unione.

---

[62] La lista nominativa cui si attinge nel giudizio è aggiornata al regolamento (CE) della Commissione 22 agosto 2005, n. 1378, recante la *cinquantaduesima modifica del regolamento (CE) n. 881/2002* (che impone specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone e entità – persone fisiche, persone giuridiche, gruppi e entità – ritenute associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai Talibani): cfr. in http://eur-lex.europa.eu. Le modifiche al regolamento hanno la funzione di rinnovare periodicamente gli elenchi contenenti i nominativi dei soggetti segnalati.

[63] I ricorrenti chiedevano nel medesimo atto, oltre all'annullamento dei regolamenti controversi (l'originario e quello successivo che lo ha sostituito), la sospensione dell'esecuzione fino alla statuizione sulla causa principale: ciò che ha costretto la Prima sezione a dichiarare la impossibilità della decisione, poi assunta, a seguito di una complessa vicenda procedurale, da una diversa sezione del Tribunale europeo di prima istanza.

In dettaglio. Le articolate sentenze in commento fissano alcune premesse dalle quali derivano le conclusioni sopra accennate. Gli argomenti possono essere sintetizzati nei termini che seguono (causa 315/01, parr. 199 ss.)[64]: a) le decisioni del Consiglio di sicurezza sono eseguite dai membri delle Nazioni Unite "direttamente o mediante la loro azione nelle organizzazioni internazionali competenti di cui siano Membri" (art. 48, n. 2 Carta delle Nazioni Unite); b) secondo la giurisprudenza comunitaria, "le competenze della Comunità devono venir esercitate nel rispetto del diritto internazionale", con la conseguenza che "il diritto comunitario va interpretato, e la sua sfera d'applicazione circoscritta, alla luce delle norme pertinenti del diritto internazionale"; c) con l'entrata in vigore del Trattato che istituisce la Comunità economica europea, "il trasferimento di competenze, nei rapporti tra gli Stati membri e la Comunità, si è concretato in vari modi nell'ambito dell'attuazione dei loro impegni derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite": in particolare, dall'art. 228 A del Trattato di Maastricht (divenuto art. 301 CE), inserito dal Trattato sull'Unione europea per dare un fondamento specifico alle sanzioni economiche irrogabili dalla Comunità, unica competente in materia di politica commerciale comune, deriva che questa può essere indotta a prendere misure nei confronti di paesi terzi per ragioni politiche definite dai suoi Stati membri nell'ambito della PESC, sovente in applicazione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza che impone l'adozione di sanzioni del genere (causa 315/01, par. 202). Infatti l'art. 301 CE, pur senza attribuire nuove competenze alla Comunità, opera in funzione di collegamento tra questa e il Pilastro PESC: la decisione PESC – assuma essa la forma dell'azione o della posizione comune – costituisce il presupposto giuridico necessario (e, a quanto ritiene parte della dottrina, vincolante) affinché la Commissione possa presentare al Consiglio dei Ministri una proposta avente ad oggetto sanzioni economiche; l'intervento dell'Unione, che conserva facoltà di scelta in merito alla misura da comminare (dall'embargo commerciale a provvedimenti più mirati, riferite an-

---

[64] Argomentazioni del tutto analoghe, in larga parte addirittura sovrapponibili, sono contenute nella motivazione della sentenza emessa nella Causa T-306/01, parr. 269 e ss.

che ad aree affini, come quella dei trasporti, sino alle c.d. sanzioni intelligenti, che hanno natura non solo economica) e alla tipologia di atto comunitario da adottare, deve comunque corrispondere a requisiti di "urgenza e necessità"[65].

Ne consegue che, in tutti i casi in cui, in forza del Trattato CE, la Comunità ha assunto dei poteri, già spettanti agli Stati membri nell'ambito di applicazione della Carta delle Nazioni Unite, le disposizioni dell'ONU conservano il primato; la Comunità stessa è tenuta, in forza del Trattato mediante il quale è stata istituita, ad adottare, nell'esercizio dei suoi poteri, tutte le disposizioni necessarie affinché i suoi Stati membri possano adempiere a tali obblighi internazionali (causa 315/01, parr. 203 s.). Nel caso di specie – continua la sentenza, par. 213 – il regolamento impugnato, assunto alla luce della posizione comune 2002/402 – e come si ricava dai '*consideranda*' che fanno espresso riferimento alle risoluzioni 1267 (1999), 1333 (2000) e

---

[65] Sul punto cfr. C. NOVI, *La politica di sicurezza esterna dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2005, p. 284 e ss., che richiama una ampia bibliografia di settore. L'Autrice evidenzia che l'art. 301 è strettamente collegato all'art. 60, il quale contiene una disciplina specifica in ordine alle sanzioni attinenti al settore dei pagamenti e dei movimenti di capitale; la disposizione consente alla Comunità, che decida di non lasciare il compito di attuare le sanzioni PESC direttamente agli Stati membri, di adottare misure in materia di pagamenti e di movimenti di capitali seguendo la procedura stabilita dall'art. 301 (nei commi successivi al primo la norma stabilisce i limiti entro i quali gli Stati membri possono adottare misure sanzionatorie unilaterali rivolte verso Paesi terzi). L'esperienza maturata a far tempo dal 1993 testimonia del primato dello strumento della posizione comune, per ciò che concerne la forma assunta dalla decisione PESC, e del regolamento, per quanto attiene al provvedimento adottato dalla Comunità, cui si affiancano atti normativi nazionali quando la sanzione lambisce materie non rientranti nella competenza europea. Le misure consistono in sanzioni di natura commerciale relative all'interruzione o alla limitazione dei flussi di importazione e esportazione, nel c.d. embargo commerciale (interruzione completa delle relazioni commerciali) ed in sanzioni di carattere finanziario, soprattutto attinenti ai movimenti di capitale (p. 294). Queste ultime, che sono alla base delle sentenze richiamate, riguardano in particolare il congelamento di beni detenuti nei Paesi membri dai Governi degli Stati che si intendono sanzionare (regolamento 1295/98/CE), ovvero appartenenti a organizzazioni o fazioni (si vedano i Regolamenti 1705/98/CE; 337/2000/CE; 881/2002/CE) o talora a singoli individui (si pensi, ad esempio, al Regolamento 1081/2000/CE, relativo al congelamento di beni appartenenti a membri ad alto livello del Consiglio di Stato e alle autorità birmane, e a loro famigliari elencati in una apposita lista; o al Regolamento n. 2488/2000/CE, relativo al mantenimento del congelamento di beni riconducibili a Milosevich).

1390 (2002) – costituisce l'attuazione, a livello comunitario, dell'obbligo che incombe agli Stati membri, in quanto membri dell'Onu, di dare esecuzione (nella fattispecie, mediante un atto comunitario) alle sanzioni contro Osama bin Laden, la rete Al-Qaeda, i talibani e altri persone, gruppi, imprese ed entità associate, che sono state decise, e poi inasprite, da varie risoluzioni del Consiglio di sicurezza adottate in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite.

Si aggiunge che l'art. 308 del Trattato CE, in combinato disposto con gli artt. 301 e 60, conferisce al Consiglio dell'Unione il potere di adottare le disposizioni del caso quando una azione risulti necessaria per raggiungere uno degli scopi della Comunità, e il Trattato non abbia previsto i poteri d'azione a tal fine richiesti (causa T-306/01, par. 158).

Secondo il Tribunale, le norme richiamate consentono al Consiglio di emanare un Regolamento per la lotta al finanziamento del terrorismo internazionale che imponga sanzioni economiche e finanziarie nei confronti di individui o organizzazioni, a prescindere da un legame con il territorio o con l'apparato di governo di un Paese terzo, non vigendo alcuna altra disposizione del Trattato CE che attribuisca alle istituzioni comunitarie la competenza all'adozione dell'atto stesso, ed essendo il contenuto di questo (espresso in una posizione o azione comune PESC) ricollegabile ad uno degli obiettivi assegnati alla Comunità dal Trattato Ce o dal Trattato Ue in materia di relazioni esterne (art. 11 Ue) (causa T-306/01, parr. 166 ss.).

B) Il Tribunale (causa 315/01) precisa che, non potendo le istituzioni comunitarie disporre di alcun margine di discrezionalità autonomo (né sul piano della modifica diretta del contenuto delle risoluzioni di cui trattasi né su quello mediato della previsione di un meccanismo che possa dar luogo ad una modifica del genere), "qualsiasi controllo della legittimità interna del regolamento impugnato implicherebbe dunque la verifica da parte del Tribunale, in via incidentale, della legittimità delle dette risoluzioni" (causa 315/01, par. 215). Una tale competenza, ad avviso del Tribunale, non può ammettersi né sulla base del diritto internazionale né sulla scorta del diritto comunitario: da un lato, infatti, essa sarebbe incompatibile con gli impegni assunti dagli Stati membri in base alla Carta delle Nazioni Unite, in particolare agli artt. 25, 48 e 103, nonché con l'art. 27

della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati; dall'altro, una tale competenza sarebbe contraria sia alle disposizioni del Trattato CE (artt. 5 CE, 10 CE, 297 CE e 307, comma 1, CE), sia a quelle del Trattato UE, in particolare all'articolo 5 UE, ai sensi del quale il giudice comunitario esercita le proprie attribuzioni alle condizioni e ai fini previsti dalle disposizioni dei trattati CE e UE. Essa, inoltre, violerebbe il principio secondo il quale le competenze della Comunità e, pertanto, quelle del Tribunale, devono venir esercitate nel rispetto del diritto internazionale.

In conclusione: le "risoluzioni del Consiglio di sicurezza si sottraggono in via di principio al sindacato giurisdizionale del Tribunale": "quest'ultimo non ha il potere di rimettere in causa, seppur in via incidentale, la loro legittimità alla luce del diritto comunitario. Al contrario, il Tribunale è tenuto, per quanto possibile, ad interpretare e applicare tale diritto in modo che sia compatibile con gli obblighi degli Stati membri derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite" (causa 315/01, par. 225).

C) Residua al Tribunale soltanto un circoscritto potere di controllo, in via incidentale, della legittimità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza recepite da un atto comunitario alla luce dello *jus cogens*, inteso come ordinamento pubblico internazionale che s'impone nei confronti di tutti i soggetti del diritto internazionale, compresi gli organi dell'Onu. In particolare, si considera "norma imperativa del diritto internazionale generale (*ius cogens*)" quella "norma accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale degli Stati nel suo complesso come norma alla quale non è consentita alcuna deroga e che può essere modificata soltanto da un'altra norma del diritto internazionale generale avente lo stesso carattere", e, infine, che si ispira alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, della dignità e del valore della persona umana. Tali imperativi, che si impongono sia all'Onu, sia ai suoi organi, sono espressi nel preambolo della Carta Onu e si evincono dal Capitolo I della stessa, intitolato "Fini e principî".

La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che codifica il diritto internazionale consuetudinario (artt. 5, 53 e 64), nonché il "preambolo" e il primo capitolo della Carta dell'Onu, stabiliscono un limite al principio dell'effetto vincolante delle risoluzioni del

Consiglio di sicurezza, anche (e soprattutto) in materia di sanzioni: queste devono infatti rispettare le norme imperative fondamentali dello *jus cogens*, a pena di perdita del carattere vincolante nei confronti degli Stati membri dell'Onu e della Comunità (causa 315/01, par. 230). Ne consegue che "il sindacato giurisdizionale incidentale esercitato dal Tribunale nell'ambito di un ricorso di annullamento di un atto comunitario adottato, senza esercizio di alcun margine discrezionale, allo scopo di attuare una risoluzione del Consiglio di sicurezza, può dunque, in via del tutto eccezionale, estendersi alla verifica del rispetto delle norme superiori del diritto internazionale appartenenti allo *jus cogens* e, in particolare, delle norme imperative che riguardano la tutela universale dei diritti dell'uomo, cui né gli Stati membri né le organizzazioni dell'Onu possono derogare, poiché esse costituiscono dei 'principi inderogabili del diritto internazionale consuetudinario'" (causa 315/01, par. 231).

Alla luce di tali premesse il Tribunale conferma la conformità della disciplina in materia di congelamento dei capitali invocando lo *standard* di tutela universale dei diritti fondamentali della persona umana appartenenti allo *jus cogens*[66], con la conseguenza che la misura *de qua*, adottata nei confronti di persone accusate, in base alle informazioni comunicate dagli Stati membri delle Nazioni Unite e controllate dal Consiglio di sicurezza, di essere legate ad Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai talibani e di avere partecipato al finanziamento, alla pianificazione, alla preparazione o all'esecuzione di atti terroristici, "non può passare per una lesione arbitraria, inadeguata o sproporzionata dei diritti fondamentali dell'interessato" (Causa T-315/01, par. 251).

Breve.

Innanzi tutto si deve escludere che il regolamento impugnato abbia lo scopo o l'effetto di assoggettare tali persone ad un trattamento

---

[66] Anche in considerazione del fatto che le controverse risoluzioni del Consiglio di sicurezza, per un verso, prevedono un meccanismo di riesame periodico del regime generale delle sanzioni; per l'altro, predispongono una procedura che, a fini di riesame, consente agli interessati di sottoporre in qualsiasi momento il loro caso al comitato per le sanzioni attraverso l'intermediazione dello Stato membro di loro nazionalità o residenza: Causa T-315/01, parr. 249 e ss.

disumano o degradante (causa 315/01, par. 239): detta eventualità è scongiurata dalla previsione di "espresse possibilità di esenzioni e di deroghe che accompagnano il congelamento dei capitali delle persone iscritte nell'elenco del comitato per le sanzioni" (ad esempio, si stabilisce che, su richiesta degli interessati, e salvo espressa opposizione del comitato per le sanzioni, le autorità nazionali competenti possano dichiarare che il congelamento dei capitali non si applica ai capitali necessari per coprire le spese di base, compresi i pagamenti relativi a generi alimentari, affitti o ipoteche, medicinali e cure mediche, imposte, premi assicurativi e servizi pubblici, mentre i capitali necessari per coprire qualsiasi altra «spesa straordinaria» possono essere "sbloccati" mediante espressa autorizzazione del comitato per le sanzioni).

In secondo luogo la sentenza, entrando nel merito della disciplina controversa, riconosce che, sì, potrebbe essere considerata contraria allo *jus cogens* una privazione arbitraria del diritto di proprietà "nei limiti in cui il rispetto del diritto alla proprietà privata debba essere considerato facente parte delle norme imperative del diritto internazionale generale" (causa 315/01, par. 242); ma si affretta tuttavia a precisare che il congelamento di capitali regolato dalle norme impugnate non costituisce scelta arbitraria. E ciò non solo perché trattasi di misure che perseguono un obiettivo d'interesse generale fondamentale per la comunità internazionale (ovvero la prevenzione di attività di sostegno al terrorismo internazionale, che ha posto in essere azioni criminali allo scopo di uccidere molti civili innocenti e di distruggere beni e che costituisce una enorme minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale), ma anche perché "il congelamento dei capitali è una misura cautelare che, a differenza di una confisca, non lede la sostanza stessa del diritto di proprietà degli interessati sulle loro disponibilità finanziarie, ma soltanto il relativo utilizzo" (causa 315/01, par. 248).

Per il tema che qui ci occupa in queste poche sibilline parole si nasconde il nucleo di una questione interpretativa tutt'altro che risolta. Da un lato, infatti al congelamento di beni si attribuisce la medesima funzione attribuita al sequestro preventivo, inibendo l'utilizzo delle proprietà; dall'altro, si ripropone il tema dell'osmotico rapporto tra sequestro e confisca, che consente di coniugare la flessibi-

lità dei presupposti del sequestro con l'indeterminatezza del regime della confisca (soprattutto con riferimento all'ipotesi della confisca di valore)[67].

3. *La decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio*

La citata decisione quadro sul c.d. congelamento dei beni del 22 luglio 2003 (n. 2003/577/GAI) prosegue il cammino intrapreso dalla Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, il sequestro e la confisca dei proventi ratificata dall'Italia con la Legge n. 328/93, e dai successivi provvedimenti in argomento[68].

Si tratta di uno strumento mirato ad agevolare l'applicazione di misure cautelari reali a fronte, da un lato, della difficoltà – determinata dalla abolizione dei controlli transfrontalieri (almeno all'interno dei confini dell'Europa) – di rintracciare beni "collegati" all'autore del reato; dall'altro, della facilità dei trasferimenti di beni e danaro attraverso operazioni economiche realizzate in via telematica e informatica.

Secondo la struttura tipica dei provvedimenti comunitari, la decisione quadro contempla alcuni *consideranda* e specifica lo scopo della disciplina stessa.

Quest'ultimo è individuato dall'art. 1 nella necessità di stabilire le regole secondo le quali uno stato membro riconosce ed esegue nel suo territorio un provvedimento di blocco o di sequestro emesso da una autorità di un altro Stato membro, fatti salvi di diritti fondamentali e i principî generali contenuti nell'art. 6 del Trattato Ue.

Il provvedimento, adottato da qualunque autorità giudiziaria competente, deve essere finalizzato ad "impedire provvisoriamente ogni operazione volta a distruggere, trasformare, spostare, trasferire

---

[67] Cfr. cap. IV.

[68] Cfr. G. Melillo, *Il congelamento dei beni a fini di confisca o di prova nel sistema della cooperazione europea*, in «Quest. Giust.», 2002, p. 99 e ss. Cfr. *supra* parr. 1 e 2.

o alienare beni che potrebbero essere oggetto di confisca o costituire una prova" (art. 2, lett. c). La funzione corrisponde alla definizione di "blocco" – ed è assimilabile a quella di "sequestro" – proposta sin dalla *Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope* (firmata a Vienna nel dicembre 1998), secondo la quale "per 'blocco' o 'sequestro' si intende il divieto temporaneo relativo al trasferimento, alla conversione, alla disposizione o al movimento di beni oppure il fatto di assumere provvisoriamente la custodia o il controllo di beni su decisione di un tribunale o di un'altra autorità competente" (art. 1, lett. j)). La decisione quadro intende garantire, a determinate condizioni, il riconoscimento e l'esecuzione di "ordinanze preprocessuali" (*Consideranda*, n. 2), di natura cautelare, genericamente indirizzate a "congelare" beni che *potrebbero* costituire prova (sul modello del sequestro c.d. probatorio) o che potrebbero essere oggetto di confisca (art. 3), ma che non necessariamente lo saranno, sia a causa dell'eventuale mutamento di indirizzo dell'autorità dello Stato di emissione, sia in virtù della possibilità di rifiuto o di sospensione che può essere esercitata dallo Stato di esecuzione.

La previsione del congelamento *provvisorio* (secondo la delimitazione temporale contenuta nella disposizione) dei beni pone non pochi interrogativi.

Si tratta, infatti, di anticipare l'applicazione di una misura limitativa della libertà del presunto reo, *sub specie* della libera utilizzazione di beni[69] appartenenti al patrimonio; o, addirittura, di privare della disponibilità di detti beni soggetti terzi in "buona fede" che legittimamente li detengano o abbiano diritti su di essi[70].

---

[69] Per la definizione dei beni rilevanti ai fini dell'applicazione della decisione quadro cfr. par. 6.

[70] Lo stesso n. 3 dei *consideranda*, e sia pure in forma condizionale, schiude le porte alla necessità di tutela dei diritti delle parti e dei terzi interessati di buona fede. Con riferimento al problema della tutela dei terzi rispetto alla confisca in chiave di prevenzione patrimoniale *ex* art. 2 *ter* Legge n. 575/1965, si veda l'approfondita analisi di A. Gialanella, *Il punto su misure di prevenzione patrimoniale e tutela dei terzi: nuovi passi della* lunga marcia *verso un orizzonte di riforma*, in «Critica del diritto», 2003, p. 41 e ss.: cfr. *amplius* cap. VII, par. 4 e ss.

Intanto, già sul punto si introduce il riferimento ad un istituto, quello della confisca, di natura complessa il quale, almeno in Italia, ha subito una radicale trasformazione e presenta una poliedrica natura[71].

Soprattutto, la decisione quadro prevede che l'autorità giudiziaria possa emettere una decisione *preliminare* al provvedimento di confisca, che (forse e) solo successivamente verrà adottato: in questa chiave sembra potersi leggere la definizione di "provvedimento di blocco o di sequestro" avente ad oggetto il congelamento di "beni che potrebbero essere oggetto di confisca o (che potrebbero) costituire una prova".

Attraverso il processo di cooperazione europea si crea uno strumento autonomo, anch'esso di natura cautelare, che consente l'"intangibilità" dei beni (di seguito indicati), collocati sul territorio di un altro Stato membro, in previsione di un futuro provvedimento ablativo.

Le ragioni che sono alla base della misura sono evidenti: occorre impedire che al primo sospetto di indagine in corso, beni fondamentali per l'accertamento del reato o per la prevenzione della commissione di nuovi reati, o che comunque siano "prodotto" o "oggetto" di reati, si volatilizzino immediatamente e scompaiano per sempre.

Ma altrettanto palese appare il grado di aggressione alla sfera della proprietà dei singoli, anticipata ad una fase qualificata come preprocessuale. Se poi si considera la funzione afflittiva implicita nella confisca, si consolida l'ulteriore abbassamento del piano delle garanzie, già fortemente compromesso in ordine a determinati istituti presenti negli ordinamenti nazionali, riconosciuto alla misura cautelare.

È l'*autorità giudiziaria* di uno Stato, nell'ambito di un *procedimento penale* (art. 2, lett. a)), ad essere legittimata a chiedere il "congelamento" di determinati beni (fatte salve le possibilità di revoca di cui all' art. 6, par. 3).

---

[71] In ordine alla natura giuridica della confisca cfr. cap. I; quanto alle peculiarità delle ipotesi speciali di confisca cfr. cap. IV.

Non solo. Mentre sul terreno delle eventuali impugnazioni, che devono essere garantite dagli ordinamenti nazionali ad "ogni parte interessata" (cioè ad ogni titolare di un interesse legittimo), compresi i terzi di buona fede (art. 11, par. 1), l'esclusione dell'effetto sospensivo lascia sopravvivere ampi margini di pregiudizio per gli aventi diritto, la contestazione in ordine ai motivi di merito su cui si basa il provvedimento di congelamento può essere fatta valere soltanto tramite una azione dinanzi ad una autorità giudiziaria dello Stato di emissione (art. 11, par. 2), e non dello Stato di esecuzione.

Anche sotto il profilo della individuazione dei "beni", l'ambito di applicazione della decisione quadro è molto ampio, potendo riguardare ogni bene, in qualsiasi modo descritto, materiale o immateriale, mobile o immobile, nonché atti giuridici o documenti che attestano un titolo o un diritto su tale bene (art. 2, lett. d).

Il "bene" poi deve essere "qualificato", nel senso che l'autorità giudiziaria competente dello Stato di emissione può attivarsi soltanto in relazione al bene che sia il "prodotto" di uno dei reati indicati dalla stessa decisione (art. 3) o che sia "equivalente, in tutto o in parte, al valore di tale prodotto"; oppure che costituisca lo "strumento o l'oggetto di tali reati" (art. 2, lett. d).

Proprio questo profilo, ai fini della nostra ricerca, merita di essere oggetto di qualche ulteriore valutazione. Il fatto che il "bene" debba derivare dalla commissione del reato rende difficilmente applicabile la decisione quadro sia nei casi di sequestro e confisca di prevenzione[72] sia nelle ipotesi di sequestro finalizzato alla confisca *ex* art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992[73]. Si pone inoltre il problema della riconducibilità del procedimento di prevenzione di cui alla legge n. 575/1965 alla nozione di "procedimento penale" presupposta dall'art. 2, lett. a). Nel contesto in esame si può quindi affermare che non ci si possono attendere sostanziali novità[74].

La procedura descritta nella decisione quadro si articola in due fasi, che presentano caratteristiche differenti.

---

[72] Cfr. cap. III, parr. 1.5 e ss.
[73] Cfr. cap. III, par. 2.4.
[74] Sul punto cfr. cap. V, par. 3.

Nella prima l'autorità statale investita della richiesta è obbligata a procedere alla esecuzione del blocco o del sequestro: le uniche deroghe formalizzate sono riservate al caso in cui ricorrano "motivi di rifiuto per il riconoscimento o l'esecuzione del provvedimento" (art. 7), ovvero "motivi di rinvio della esecuzione stessa" (art. 8). In realtà lo Stato di esecuzione, appellandosi al "diritto e alle prassi interne", può in ogni caso imporre condizioni, adeguate alle circostanze del caso, al fine di limitare la durata del blocco o del sequestro" (art. 6, par. 2): da quest'ultimo, infatti, possono derivare danni rilevanti, anche irriparabili.

4. *(segue) La eterointegrazione delle norme comunitarie*

In ordine al Progetto di legge quadro in tema di blocco di beni, il governo italiano aveva in un primo tempo presentato una riserva che è stata sciolta il 9 luglio 2003, previa consultazione delle competenti commissioni della Camera e del Senato: tale procedura ha determinato una sorta di controllo preventivo, nel cui contesto sono stati individuati i princìpi fondamentali che dovranno ispirare il legislatore italiano al momento dell'adeguamento dell'ordinamento nazionale alla decisione stessa. Quest'ultima, infatti, vincola gli Stati ad uniformare il diritto interno entro il termine temporale nella stessa stabiliti. In tal senso la sua efficacia è simile a quella delle direttive comunitarie: si tratterà di verificare se anche alle decisioni quadro non recepite, così come già avvenuto per le direttive, originariamente destinate ad essere vincolanti soltanto quanto agli scopi da raggiungere, sarà riconosciuto carattere *self-executing* laddove la disciplina non sia stata trasfusa nel sistema nazionale entro il termine stabilito e sia sufficientemente dettagliata[75].

A fronte dell'inottemperanza, da parte degli Stati, delle regole sulla effettività dei provvedimenti europei, la Corte di Giustizia ha

---

[75] L'efficacia *self executing* delle direttive comunitarie è stata riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia: per una rassegna dei passaggi fondamentali di tale percorso cfr. A. Barone, *L'efficacia delle direttive Cee nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale*, in «Foro it.», 1991, IV, c. 130 e ss.

sostanzialmente negato la funzione di filtro attribuita alla legislazione interna (dalla quale la decisione quadro deve essere recepita), stabilendo che "il carattere vincolante delle decisioni quadro, formulato in termini identici a quelli dell'art. 249, comma 3, Trattato CE, comporta, in capo alle autorità nazionali, e in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale"[76]. attraverso il quale detti provvedimenti avrebbero dovuto essere recepiti. È evidente che un tale meccanismo determina una ulteriore "alterazione" della gerarchia delle fonti del diritto degli Stati nazionali, ormai contaddistinta dal primato della normativa comunitaria[77]; tanto che, a fronte di norme nazionali contrastanti con disposizioni comunitarie – sinora solo quelle appartenenti al Primo Pilastro – il giudice è tenuto alla disapplicazione delle prime. L'estensione alle decisioni quadro non "eseguite" dei princìpi affermati in ordine alle direttive (non tempestivamente recepite), potrebbe ampliare l'effetto dirompente dell'ingresso della legislazione sovranazionale, necessariamente generica, perché destinata ad essere oggetto di un processo di integrazione normativo.

L'incapacità degli Stati nazionali di adempiere agli obblighi di conformità imposti in sede europea, *in primis* dall'originario art. 5 del Trattato istitutivo della Comunità europea (oggi ribadito dall'attuale formulazione dell'art. 10), trasferisce al legislatore sovranazionale un onere di "prevenzione" dell'inerzia nazionale, inducendolo, da un lato, ad esporsi non solo sul piano della indicazione di principî, ma anche su quello della illustrazione dettagliata dei precetti e delle sanzioni; dall'altro, investendolo di un potere normativo che la composizione degli organi istituzionali europei e i criteri di "reclutamento" dei componenti degli stessi non consente di porre sul medesimo piano di rappresentatività degli organi legislativi nazionali.

Formalmente la decisione quadro è obbligatoria in tutti i suoi elementi per i destinatari da essa designati. Ma atteso che tali destinatari coincidono con gli Stati e non con i singoli cittadini eu-

---

[76] Corte di Giustizia, Grande sezione, 16 giugno 2005 (par. 34), nel sito curia.eu.int. Per qualche ulteriore considerazione in merito alla "interpretazione conforme" cfr. cap. IV, par. 4.

[77] F. Sgubbi, voce *Diritto penale comunitario*, cit., p. 109.

ropei, è evidente che sono gli Stati a dover ottemperare l'obbligo di adeguamento (art. 249, comma 4 Trattato CE). Con la legge di attuazione della decisione le regole in essa contenute entrano a fare parte delle fonti normative nazionali e trovano collocazione, in posizione preminente, nella corrispondente gerarchia fonti normative. Per contro, la mancanza del provvedimento di recepimento rende lo Stato inottemperante, giustificando l'applicazione dell'argomentazione logica che ha condotto al riconoscimento della applicabilità *self executing* delle direttive che presentino determinate caratteristiche.

Peraltro, lo strumento della decisione quadro, per vocazione, presuppone un ordinamento nazionale in cui venire integrata.

A mero titolo esemplificativo, l'art. 6, par. 2 della decisione quadro 2003/577/GAI consente agli Stati membri di imporre condizioni, "in conformità del diritto e delle prassi interni", al fine di "limitare la durata del blocco o del sequestro. È evidente che la maggiore o minore espansione delle condizioni incide in senso restrittivo o estensivo dell'ambito di applicazione dei provvedimenti di ablazione del patrimonio e può modificare, di conseguenza, l'effettività dell'istituto.

Ancora, si annovera tra i motivi di riconoscimento o di non esecuzione del provvedimento l'esistenza di "immunità o privilegi a norma del diritto dello Stato di esecuzione che rendono impossibile l'esecuzione dello stesso" (art. 7, par. 1, lett. b), "immunità e privilegi" peculiari dei singoli ordinamenti.

Particolarmente problematica l'ipotesi di cui al par. 4 dell'art. 3, concernente la disciplina dei casi per i quali è richiesta la doppia incriminazione: dirimente appare a riguardo il singolo ordinamento nazionale, alle cui fattispecie è vincolata la possibilità di riconoscimento o esecuzione del provvedimento (art. 7, par. 1, lett. d)).

La decisione quadro quindi si base sulla tradizionale *tecnica del rinvio* (agli ordinamenti interni). Insomma, sia pure nell'ambito di una cornice di princìpi identica per tutti i Paesi dell'Unione, si determinano di fatto profonde diseguaglianze di trattamento tra cittadini che si trovano nelle medesime condizioni, atteso che gli ordinamenti a cui la decisione quadro si rimette presentano caratteristiche eterogenee.

In tale contesto l'effettivo conseguimento dell'obiettivo del superamento delle barriere sovranzionali appare meno certa. La cooperazione può realizzarsi nella misura in cui venga accettato il principio del riconoscimento reciproco e dell'immediata esecuzione delle decisioni giudiziarie (anche provvisorie), ma un siffatto principio non può che presupporre la condivisione dei fondamenti giuridici della materia: sennonché, come si diceva, le normative nazionali in materia processuale (con specifico riguardo al sequestro e alla confisca) appaiono molto distanti. Si tratta quindi di garantire un comune retroterra normativo, nel quale si possa radicare il processo di armonizzazione.

Al fine di prevenire eventuali obiezioni fondate sulla diversità dei presupposti e della conseguente effettività degli istituti di cui si discute, la decisione quadro 2003/577/GAI enuncia, nell'ambito dei *consideranda* (n. 4), la necessità che le decisioni giudiziarie da riconoscere e attuare siano state adottate in conformità dei "princìpi di legalità, sussidiarietà e proporzionalità".

Si tratta di un postulato di grande rilevanza, che però, al di là del valore simbolico, non sembra in grado di assicurare uniformi gradi di garanzia. I principî legalità, sussidiarietà e proporzionalità abbracciano un contenuto molto esteso: da un lato, è vero che essi rappresentano presupposti irrinunciabili nella materia penale; dall'altro, il loro ambito di applicazione viene circoscritto non alle norme nazionali, bensì alle "decisioni giudiziarie", ovvero alla valutazione del caso da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato di emissione. Se, ad esempio, appare ovvio che le decisioni giudiziarie debbano essere "conformi alla legge" (più che improntate al "principio di legalità"), è altrettanto evidente che una interpretazione lata della prescrizione comunitaria finisce per trasferire sulle pronunce i connotati tipici delle norme penali. Tra le molteplici problematiche da considerare, basti pensare al divieto di retroattività della legge penale. A riguardo una lettura anche solo superficiale della recente giurisprudenza italiana testimonia della difficoltà di approdare a soluzioni unitarie persino in ordine alla individuazione dei criteri cui ancorare l'applicazione della legge in caso di successione di norme penali.

Alla luce di quali parametri accertare che le singole decisioni suscettibili di riconoscimento riflettano i princìpi di sussidiarietà e

di proporzionalità, è questione che impone riflessioni di carattere sistematico che sembra arduo assegnare agli organi competenti dello Stato di esecuzione.

5. *(segue) I reati presupposti*

Dall'art. 3 si deduce che l'applicazione dell'istituto è condizionata a due diverse tipologie di ipotesi, per le quali si registra una inversione del rapporto regola-deroga rispetto al profilo dei (tradizionali) presupposti del mutuo riconoscimento. Il regime "ordinario" sembra sancire l'esclusione del principio della "doppia incriminabilità" del fatto illecito presupposto, purché questo sia iscrivibile nell'elenco tassativo (ma integrabile da parte del Consiglio, deliberante all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo: art. 3, comma 3) dei reati punibili con "una pena privativa della libertà di almeno tra anni" (art. 3, par. 2). In tale contesto caso le esigenze di cooperazione si spingono al punto di escludere la necessità di una accertamento sulla concreta disciplina relativa alle ipotesi contrassegnate da quel certo *nomen iuris.* Tra l'altro la previsione dell'art. 3, par. 2 è amplissima e in parte approssimativa, non solo laddove la disposizione (aprendo un fronte illimitato) rinvia genericamente ai "reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale", ma anche quanto più modestamente fa riferimento al reato (definito nelle versioni linguistiche inglese, francese e italiano) come "racket", secondo una locuzione peraltro non riconducibile ad una precisa fattispecie criminosa esistente nel nostro sistema.

Una indagine nel "merito" delle fattispecie è consentita nella (solo apparentemente) residuale ipotesi in cui il reato presupposto sia (da considerare) escluso dall'elencazione. In tal caso duplice è la previsione della decisione quadro, a seconda che il provvedimento di blocco o sequestro sia emesso "a fini probatori" (art. 3, par. 1, lett. a)), ovvero "per la successiva confisca dei beni" (art. 3, par. 1, lett. b)). Nella prima alternativa lo Stato di esecuzione può subordinare il riconoscimento e l'esecuzione stessa del provvedimento alla condizione che i fatti per i quali esso è stato emesso costituiscano *un (qualsiasi) reato* ai sensi della legge di tale Stato, *indipendente-*

mente dagli elementi costitutivi o dalla qualifica del reato ai sensi della legge dello Stato di emissione (art. 3, par. 4, prima parte); nella seconda, lo Stato di esecuzione può subordinare il riconoscimento e l'esecuzione del provvedimento di blocco o di sequestro emesso *a fini di confisca*, alla condizione che i fatti per i quali esso è stato emesso costituiscano *un reato* che, ai sensi della legge di tale Stato, consente il sequestro, *indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualifica del reato ai sensi della legge dello Stato di emissione* (art. 3, par. 4, seconda parte).

In altri termini, al di fuori dei casi indicati nell'art. 3, par. 2, rispetto al blocco dei beni *a fini di sequestro*, può essere sufficiente (se lo Stato di esecuzione lo ritiene) che, a prescindere dalla qualificazione del fatto e dalla individuazione degli elementi costitutivi del reato per cui lo Stato di emissione procede, il fatto *de quo* sia ascrivibile ad uno (qualunque) degli illeciti penali previsti nell'ordinamento dello Stato di esecuzione.

Quanto alla decisione emessa *a fini di confisca*, lo Stato di esecuzione può subordinare l'esecuzione alla condizione che il fatto contestato (a prescindere dalla sua qualificazione e dalla individuazione degli elementi costituivi del reato per cui lo Stato di emissione procede) integri "un reato" che in quell'ordinamento consente il sequestro. L'applicazione della nuova misura cautelare è quindi fortemente condizionata dalla qualificazione del fatto sia come *reato punito* nello Stato di emissione, sia come *reato che consente l'emissione di un provvedimento di sequestro*: ciò che aggancia l'attuazione dell'istituto a complesse valutazioni in punto di corretta esegesi tanto delle fattispecie previste in ordinamenti diversi, quanto della relativa disciplina cautelare reale (molto articolata, ad esempio, nel nostro ordinamento).

6. *(segue) Il "prodotto", l'"equivalente del prodotto", lo "strumento" e l'"oggetto" dei reati*

Secondo l'art. 2, lett. d), la nuova misura cautelare può aggredire i beni (in qualsiasi modo descritti, materiali o immateriali, mobili o immobili, nonché gli atti giuridici o i documenti che attestino un titolo o un diritto su tali beni) che siano il prodotto di uno dei reati

o siano equivalenti, in tutto o in parte, al valore di tale prodotto, oppure costituiscano lo strumento o l'oggetto di tali reati.

La descrizione si estende ad alcune ipotesi classiche di "proventi" da reato (art. 2, lett. d)), come il "prodotto" e lo "strumento del reato", ovvero il mezzo attraverso cui viene commesso il reato: in entrambi i casi l'art. 240 c.p. prevede la confisca facoltativa.

Meno tradizionale, ma ricorrente nella legislazione attuale la confisca di valore "equivalente" al valore del prodotto[78].

Più misteriosa l'interpretazione del concetto di "oggetto" del reato[79]: esclusa la coincidenza con il prodotto, espressamente richiamato dalla disposizione, si potrebbe pensare che la locuzione alluda al "profitto" del reato. Qualche indicazione in tal senso è ricavabile dalla espressione riportata nella versione in lingua tedesca, dove il lemma utilizzato ("*Zweck*") sembra evocare lo scopo, il fine, l'obiettivo del reato (così, appunto, il profitto) che l'autore persegue tramite la commissione del reato.

Per contro, può ritenersi che l'espressione si riferisca al "corpo del reato" o alle "cose pertinenti al reato". Una simile lettura si giustifica tenendo conto della estensione del "congelamento", beni destinati, oltre che alla confisca, anche al sequestro probatorio. Quest'ultimo, infatti, come ricorda il comma 1 dell'art. 253 c.p.p., riguarda il "corpo del reato" e le "cose" ad esso "pertinenti", mentre il comma 2 chiarisce che costituiscono "corpo del reato" (oltre al prodotto, al profitto o al prezzo, ovvero allo strumento del reato, anche) le "cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso".

---

[78] Anche nel nostro sistema, infatti, il valore equivalente del bene è ormai divenuto oggetto tipico della confisca. Si pensi, in ordine al delitto di usura, alla confisca di somme di denaro, beni o altre utilità di cui il reo abbia la disponibilità (anche per interposta persona) per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari (art. 644, ultimo comma c.p.); ovvero, in tema di responsabilità da reato degli enti, alla confisca di somme di danaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato (art. 19, comma 2 D.lgs. n. 231/2001); alla confisca di una somma di danaro o beni di valore equivalente ai beni costituiscono il prodotto o il profitto del reato ovvero ai beni utilizzati per commetterlo (art. 2641, comma 2 c.c.), relativamente ai reati societari riformati dal D.lgs. n. 61/2002: *amplius* cfr. cap. IV, par. 3.

[79] Anche il testo francese e inglese richiamano l'omonima espressione.

La tesi troverebbe conforto nel fatto che gli strumenti disciplinati dalla decisione quadro vengono a far parte di un arsenale finalizzato a contrastare non solo la criminalità "economica", ma anche quella "comune": nell'elenco delle ipotesi di reato per cui si può accedere alla procedura anche senza necessità di verifica della doppia incriminazione sono inclusi anche reati quali il razzismo e la xenofobia.

7. *(segue) La funzione ablativa della nuova misura di cooperazione giudiziaria*

Con la decisione quadro del 22 luglio 2003 si introduce nella cornice della cooperazione giudiziaria uno strumento ablativo di beni di natura preventiva.

In attesa del recepimento della decisione quadro da parte del legislatore italiano (di cui si dirà a breve), e quindi dell'inquadramento che l'istituto potrà assumere, si possono formulare solo congetture sulla natura che esso manifesterà.

La strada scelta in sede comunitaria non segue il percorso delle misure *ante delictum*, atteso il riferimento, contenuto nella legge quadro, a beni che costituiscano il prodotto, l'equivalente o l'oggetto di reati: a venire in considerazione è quindi la pericolosità della cosa, o comunque la sua rilevanza a fini di prova della commissione di reati (art. 2, lett. e)), e non la pericolosità della persona che dei beni è titolare: ne è testimonianza la configurazione del provvedimento come "congelamento" di beni (con esplicito riferimento alla "cosa"), anziché quale "sospensione dell'amministrazione dei beni", sul modello dell'art. 2 *ter* Legge n. 575/1965 (strettamente connessa al "soggetto").

Allo stesso modo l'intervento di cui alla decisione quadro n. 2003/577/GAI pare allontanarsi anche dal *sequestro anticipato* disciplinato dall'art. 2 *bis*, commi 4 e 5 Legge n. 575/1965[80].

---

[80] Cfr. cap. III, par. 1.1. In tal caso il contesto di riferimento è quello delle misure applicabili a coloro che sono "indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso" (art. 1, Legge n. 575/1965). Il comma 4 dell'art. 2 *bis*,

La dimensione preventiva dell'istituto del mutuo riconoscimento si colloca comunque nel solco degli interventi preliminari di carattere patrimoniale che radicalizzano il conflitto, di per sé fisiologico nel diritto penale, tra le ragioni dell'efficienza e quelle del rispetto delle garanzie individuali[81]. Il rafforzamento del carattere prodromico del nuovo intervento evidenzia l'aspetto afflittivo della misura in esame, con riferimento non solo ad un

---

attraverso una previsione eccezionale, rafforza lo strumento cautelare, al fine di evitare che il soggetto, venuto a conoscenza del procedimento di applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale, abbia la possibilità di disperdere, sottrarre o alienare, in tutto o in parte, i beni per i quali può essere disposta la confisca *ex* art. 2 *ter.* La disposizione consente al procuratore della Repubblica o al questore di chiedere al presidente del tribunale di disporre *anticipatamente* il sequestro di detti beni *prima* dell'udienza in camera di consiglio per l'audizione dell'interessato, ovvero *prima* che si formalizzi la contestazione degli addebiti. Il presidente del tribunale deve provvedere entro cinque giorni dalla richiesta, mentre il sequestro eventualmente disposto perde efficacia se non convalidato dal tribunale entro trenta giorni dalla proposta stessa. Si tratta di una misura pre-cautelare (F. Curi, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali*, in Aa.Vv. *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, *Mafia e criminalità organizzata*, coord. da P. Corso, G. Insolera e L. Stortoni, Utet, Torino, I, 216), i cui presupposti consistono nella pericolosità sociale della persona sottoposta al procedimento e nella tipologia di reato del quale il soggetto è indiziato. È altrettanto evidente, tuttavia, che il pericolo di dispersione o alienazione dei beni, considerato come fondamento di una ipotesi eccezionale di sequestro, è in realtà "immanente" (A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 216) al procedimento in questione: con la conseguenza che il principale presupposto di operatività della misura appare fortemente aleatorio e rende la misura suscettibile di una applicazione potenzialmente illimitata, quasi "fisiologica" (in questo senso A.M. Maugeri, voce *Misure di prevenzione patrimoniali*, in Aa.Vv., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F.C. Palazzo e C.E. Paliero, Cedam, Padova, 2003, p. 1327; II ed. in corso di pubblicazione). Rispetto alla misura di matrice europea, l'art. 2 *bis* si colloca in una cornice di interventi di natura preventiva, disancorati dalla commissione di uno o più specifici reati e dalla relazione di "derivazione" o di "pertinenza" dei beni dagli stessi. Le affinità tra le due tipologie di misure cessano a fronte della profonda diversità sostanziale tra gli istituti e rinviano alla già analizzata questione del pericolo di "truffa delle etichette" tra misure di prevenzione e misure di sicurezza.

[81] L'osservazione è espressa da A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 5, in relazione alle misure di prevenzione patrimoniali in materia di disposizioni contro la mafia, ma, *mutatis mutandis* le medesime riflessioni possono essere estese al caso di specie.

istituto "sanzionatorio" come la confisca, ma anche al sequestro probatorio[82].

Ma a ben guardare non è solo il sequestro probatorio a venire in questione: l'apprensione di beni che possono "costituire una prova" è soltanto *una* delle alternative prospettate, ribadita anche dall'art. 3, comma 1, lett. a). Nel richiamare qualsiasi provvedimento adottato "per impedire provvisoriamente ogni operazione volta a volta a distruggere, trasformare, spostare, trasferire o alienare beni che potrebbero essere oggetto di confisca" affiorano i contorni di un'altra tipologia di sequestro, ovvero il sequestro preventivo delle "cose di cui è consentita la confisca" (art. 321, comma 2 c.p.p.)[83]. Ed in effetti nel disegno di legge S 1448 (XV Legislatura) contenente la "*Legge comunitaria 2007*", tra i molti criteri direttivi espressi in ordine alla attuazione della decisione quadro in commento – relativa a "qualunque provvedimento motivato adottato dall'autorità giudiziaria dello Stato di emissione": art. 20, lett. c) – si prevede che l'autorità italiana possa attivare il meccanismo, nell'ambito di un *procedimento penale*, con riguardo a provvedimenti di *sequestro probatorio, preventivo o conservativo* (art. 20, lett. g)). Quanto poi alle indicazioni in tema di tutela dei terzi, vi si accennerà nel cap. VII, par. 1.

---

[82] La giurisprudenza in materia di sequestro c.d. probatorio, facendo leva sulla decisione delle Sezioni Unite dell'11 febbraio 1994, ha sottolineato che tale provvedimento deve contenere la dimostrazione della necessità del sequestro in funzione di accertamento dei fatti in relazione alle cose pertinenti al reato, mentre, per quanto riguarda le cose che assumono la qualifica di "corpo del reato", non è necessario offrire la specifica dimostrazione della necessità del sequestro in funzione di accertamento dei fatti: il provvedimento è consentito soltanto laddove riguardi cose idonee ad assumere la funzione di mezzi di prova del processo, "obiettivamente e sicuramente utili ad aiutare il giudice nel compito di accertamento della verità". La qualità di "corpo di reato", infatti, presuppone l'esistenza di un rapporto di immediatezza tra le cose e l'illecito, e di una conseguente efficacia probatoria diretta dell'avvenuta commissione di un reato e della sua attribuibilità ad un soggetto determinato (Cass. sez. III pen., 10 maggio 1999, n. 1766, Burjak, in "Mass. Cass. pen.", 1999; nel senso che il provvedimento deve dare concretamente conto della relazione di immediatezza tra la *res* e l'illecito penale: Cass. sez. III pen., 8 maggio 2003, n. 25871, Zorzi, in «Guida al diritto», 2003, n. 42, p. 64). Sul punto cfr. F. Massari, *Commento agli artt. 253 ss.*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Cedam, Padova, 2005, p. 749 e ss.

[83] L'istituto è oggetto di numerose controversie interpretative: cfr. cap. V.

8. *La Decisione quadro 2005/212/GAI relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato*

Sul piano della disciplina sostanziale la decisione quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 *relativa alla confisca di beni strumenti e proventi di reato* persegue l'obiettivo di munire gli Stati membri di norme efficaci che disciplinino la confisca dei proventi del reato (*Consideranda*, n. 10). Si tratta di una ennesima ipotesi in cui alla iniziale proposta (nel caso di specie, del Regno di Danimarca) di reciproco riconoscimento nell'ambito dell'Unione europea delle decisioni di confisca dei proventi di reato[84] si è affiancato un nuovo tentativo di armonizzazione delle norme (*Consideranda*, n. 10).

A monte del provvedimento si ritrova l'argomentazione, comune anche agli interventi normativi nazionali, secondo cui la motivazione fondamentale della criminalità organizzata è il profitto economico: ne consegue che "un'efficace azione di prevenzione e lotta contro la criminalità organizzata deve […] concentrarsi sulla ricerca, il congelamento, il sequestro e la confisca dei proventi di reato" (*Consideranda*, n. 1).

Il conseguimento di un tale risultato è condizionato al superamento delle differenze tra le legislazioni in materia dei singoli Stati membri, rimarcate soprattutto in relazione alla mancata previsione – in taluni ordinamenti – dell'assoggettamento a confisca dei proventi di qualsiasi reato punito con una pena privativa della libertà personale superiore ad un anno (*Consideranda*, n. 9)[85].

La disciplina si presenta come regolamentazione generale e non settoriale dell'intero ambito della confisca[86].

Quest'ultima, intesa come "sanzione o misura, ordinata da una Autorità giudiziaria a seguito di un procedimento per uno o più reati, che consiste nel privare definitivamente di un bene" (art. 1, quar-

---

[84] La proposta danese è successivamente refluita nella decisione quadro 2006/783/GAI, di cui si dirà nel successivo paragrafo.

[85] Le disposizioni di recepimento dovevano essere trasmesse al Consiglio e alla Commissione entro il 15 marzo 2007.

[86] G. Iuzzolino, *Per conformarsi agli standards europei leggi di attuazione entro il 15 giugno 2006*, in «Guida al Diritto. Comunitario e Internazionale», 2005, 3, p. 35 e ss.

to trattino), deve riguardare gli strumenti o i proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno (art. 2, comma 1).

L'art. 1 della decisione quadro contiene una definizione di "provento" che abbraccia qualunque vantaggio economico derivato dal reato e consistente in un bene di qualsiasi natura, "materiale o immateriale, mobile o immobile", e può essere rappresentato anche da documenti legali o strumenti comprovanti il diritto di proprietà o altri diritti su tali beni.

Lo "strumento" del reato – a tenore del terzo trattino dell'art. 1 – coincide con qualsiasi bene usato o destinato a essere usato, in qualsiasi modo, in tutto o in parte, per commettere più reati.

La decisione quadro non precisa la natura dei proventi: sebbene il n. 1 dei *consideranda* si riferisca al "profitto economico" del reato, si deve ritenere che la definizione non designi (soltanto) il profitto del reato in senso tecnico, bensì – come si ricava dalla versione inglese del testo – tutti i *procedees*, ovvero i vantaggi economici che dal reato discendono (art. 1, primo trattino).

L'obbligatorietà della misura ablativa coincide con la disciplina delle relative ipotesi speciali di confisca, alla cui analisi si rinvia[87].

La confisca, che può essere totale o parziale, è applicabile al valore corrispondente di tali beni (art. 2). Essa, lungi dall'essere circoscritta ai casi in cui i beni costituenti provento del reato non siano rintracciabili, stando al tenore letterale della disposizione, sembra operante come modalità alternativa alla apprensione dei beni direttamente collegati alla commissione del reato. Potrebbe trattarsi di una mera semplificazione probatoria, analoga a quella che supporta alcune scelte del legislatore italiano, ma appare più probabile che essa rifletta l'effettiva equivalenza, assunta dalle due diverse situazioni nella prospettiva del legislatore, motivato non tanto dalla esigenza di mantenimento del rapporto di derivazione eziologico tra reato e bene, quanto dalla finalità di ablazione del patrimonio. L'impressione si rafforza in considerazione del contenuto dell'art. 3, par. 2, lett. b),

[87] Cfr. cap. IV, par. 1.

che, estende la confisca al provento di "analoghe attività criminose della persona condannata".

Una riserva riguarda i reati fiscali per i quali si prevede che gli Stati membri possano ricorrere a procedure diverse da quelle penali per privare l'autore del reato dei proventi che ne derivano.

La puntualizzazione risulta non del tutto inedita per il contesto italiano, nel quale il profilo della tassazione dei proventi da reati si è a lungo intrecciato con quello della confisca[88].

L'art. 2 stabilisce l'obbligo di ricorrere alla confisca per i reati punibili con la pena privativa della libertà superiore ad un anno. La disciplina prevista dalla decisione quadro vincola gli Stati alla adozione di una misura ablativa agganciata ad una soglia quantitativa legata ai livelli sanzionatori edittali che, da un lato, come si vedrà anche nell'ultimo paragrafo con riferimento alla Legge n. 146/2006 in tema di criminalità organizzata transnazionale, non tiene conto delle peculiarità dei diversi sistemi sanzionatori nazionali; dall'altro, rende operante l'estensione dei poteri di confisca alla quasi totalità dei reati.

Agli Stati si assegnano "poteri estesi di confisca", impegnandoli ad adottare "*almeno* le misure necessarie" (il corsivo è nostro) per poter procedere, secondo le condizioni stabilite dal par. 2, alla confisca totale o parziale dei beni detenuti da una persona condannata per uno dei reati descritti nell'art. 3, par. 1[89].

---

[88] Cfr. cap. I, par. 5.

[89] Si ritiene opportuno trascrivere il testo del comma 1 dell'art. 3: "*Articolo 3 – Poteri estesi di confisca:* 1. Ciascuno Stato membro adotta almeno le misure necessarie per poter procedere, nei casi di cui al paragrafo 2, alla confisca totale o parziale dei beni detenuti da una persona condannata per un reato: a) commesso nel quadro di un'organizzazione criminale quale definita nell'azione comune 98/733/GAI, del 21 dicembre 1998, relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea, qualora il reato sia contemplato: – dalla decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro; – dalla decisione quadro 2001/500/GAI del Consiglio, del 26 giugno 2001, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato; – dalla decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta contro la tratta degli esseri umani; – dalla decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione

Il *niveau* minimo richiesto per l'armonizzazione delle misure in materia è sintetizzato dal secondo paragrafo dell'art. 3, dal quale sembra dedursi che tali "poteri estesi" di confisca – totale o parziale dei beni – dovranno essere regolati *perlomeno* quando si verifichi alternativamente uno dei seguenti casi, ovvero: a) quando un giudice nazionale sia pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie; b) quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, sia pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di analoghe attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie; c) quando si stabilisce che il valore del bene è sproporzionato al reddito legittimo della persona condannata e un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata stessa.

La norma in commento sollecita qualche osservazione.

La disposizione si riferisce alle "misure necessarie a consentire la confisca". Si può ritenere che rientrino nel novero tutti quei meccanismi idonei a rendere possibile la privazione definitiva del bene. La locuzione sembra poter includere gli strumenti di ablazione provvisoria, quali il sequestro preventivo[90].

---

del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali; – dalla decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, L 68/50 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 15.3.2005; – dalla decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti; b) contemplato dalla decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, purché, conformemente alle decisioni quadro sopra menzionate, – nei casi diversi dal riciclaggio di capitali, il reato sia punibile con pene detentive massime comprese almeno tra 5 e 10 anni; – nei casi di riciclaggio di capitali, il reato sia punibile con pene detentive massime di almeno 4 anni; e sia di natura tale da produrre profitto economico".

[90] Cfr. cap. V.

Inoltre. Il paragrafo 2, lett. a) e b) fa riferimento alla "condanna per il reato di cui la paragrafo 1 *ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie*"; il requisito si lega al presupposto del pieno convincimento del giudice circa la provenienza criminosa dei beni e impone una valutazione della ragionevolezza della condanna, alla luce di "fatti circostanziati".

E ancora, rimanendo ai profili generali, nell'inserimento, ribadito nei tre punti del paragrafo 2, del requisito del "pieno convincimento del giudice", si coglie il tentativo di *reductio ad unum* delle istanze di tradizioni giuridiche diverse: l'inciso, per un verso, sembra evocare in una sintesi lessicale le caratteristiche del principio del "libero convincimento del giudice" e delle esigenze della "piena prova" (in tal senso deporrebbe anche il riferimento ai "fatti circostanziati"), pervenendo ad una formula di complessa applicazione pratica; per l'altro, corrisponde ad una ulteriore mutuazione da sistemi i processual-penalistici diversi da quelli di *civil law*, già sperimentata con la formula "dell'oltre il ragionevole dubbio" recepita anche dalla giurisprudenza con riguardo all'accertamento del nesso causale[91], e

---

[91] In ordine al parametro dell'"al di là del ragionevole dubbio" invocato dalle Sezioni Unite della Cassazione (assieme a principî della generalizzata regola di esperienza o della legge scientifica e della causalità individuale, intesa come criterio "aggiuntivo" fondato sulla probabilità logica ovvero sull'alto e elevato grado di credibilità razionale) si vedano, oltre alla decisione stessa (10 luglio-11 settembre 2002, n. 30328, Franzese, in «Foro it.», 2002, II, c. 608, con nota di O. Di Giovine), le preziose analisi critiche di Federico Stella (tra i numerosi contributi cfr. in particolare F. Stella, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2002, p. 767 e ss.; Id., *Art. 40*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 2003[4], p. 158 e ss.; Id., *L'allergia alle prove della causalità individuale. Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese (Cass. IV sez. pen.)*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2004, p. 379 e ss.; Id., *Il contesto nella spiegazione causale: il processo penale*, in Aa.Vv., *Scienza e causalità*, a cura di C. De Maglie e S. Seminara, Cedam, Padova, 2006, p. 1 e ss. Le radici della soluzione adottata nella sentenza affondano nella elaborazione dottrinale relativa all'inaccettabilità della teoria dell'aumento del rischio: C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in «Riv. it. med. leg.», 1992, p. 847 e ss.; M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1999, p. 49 e ss.; F. Stella, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano (già nella prima edizione del 2001).

attualmente introdotta nel corpo dell'art. 533, comma 1 c.p.p. come criterio fondante la sentenza di condanna[92].

Il paragrafo 2 dell'art. 3 opera nei confronti dei beni costituenti "provento" di attività criminose commesse durante il periodo anteriore alla condanna, ma non esige che questa riguardi dette attività[93].

Come evidenziato, la lett. b) dell'art. 3, par. 2, alimenta perplessità anche in merito al collegamento tra confisca dei beni e provenienza di essi da "analoghe attività criminose della persona condannata". L'ipotesi diluisce ulteriormente il nesso di pertinenzialità tra reato (per cui si procede) e bene, consentendo la confisca dei proventi di attività criminose "analoghe" a quelle per le quali il soggetto è stato condannato: ciò che non può che lasciare spazio all'ingresso di sinistri giudizi confliggenti con il divieto di analogia sotto il duplice profilo della estensione di disposizioni produttive di effetti *in malam partem*, e per di più aventi natura eccezionale.

La terza ipotesi (lett. c)) trova una soluzione parzialmente equivalente nel sistema italiano, dove non si richiede che il giudice dimostri, né tanto meno che sia pienamente convinto, che il bene "sproporzionato al reddito legittimo della persona condannata" sia il provento di attività criminose della persona condannata stessa[94]. Va aggiunto però che l'obiettivo di predisporre norme efficaci per disciplinare la confisca dei reati riguarda "anche l'onere della prova relativamente all'origine dei beni detenuti da una persona condannata per un reato connesso con la criminalità organizzata" (*Consideranda*, n. 10). Se il concetto di "pieno convincimento" esige che questo sia supportato da prove di fatti circostanziati, come la lettura sistematica della norma sembra imporre, risultano ammortizzati gli effetti di alleggerimento dell'onere probatorio perseguito attraverso norme come l'art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992.

Per contro, ragionando in termini di primato della norma sovranazionale e della interpretazione "comunitariamente orientata" del-

---

[92] Il comma 1 dell'art. 533 c.p.p. (nella cui prima parte si legge che "il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio") è stato così sostituito dall'art. 5 Legge 20 febbraio 2006, n. 46, contenente "modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento".

[93] G. Iuzzolino, *Per conformarsi*, cit., p. 36.

[94] *Amplius* sul punto cfr. cap. III, parr. 2.1 e ss.

la norma interna – invocato anche dalla Corte di Cassazione italiana proprio con riguardo alla decisione quadro qui in commento, sia pure con riferimento ad altro profilo[95] – si potrebbe sostenere che la norma italiana debba essere letta alla luce della disposizione sopra richiamata e che, quindi, anche per l'applicazione dell'art. 12 *sexies* si debba esigere il "pieno convincimento" del giudice, basato su fatti circostanziati, della provenienza del bene sproporzionato dalle attività criminose della persona condannata. L'opzione ermeneutica, se e in quanto accolta, sembrerebbe operare *in bonam partem*, atteso che l'art. 12 *sexies* si limita ad esigere che il condannato non sia in grado di giustificare la provenienza del bene di valore sproporzionato.

Ancora. Alla luce delle medesime premesse il n. 10 dei *Considerandа* può porre qualche problema di compatibilità della disciplina italiana delle misure di prevenzione patrimoniali con la decisione quadro, in quanto per le prime – come noto – non è richiesta la condanna del soggetto[96]; peraltro le maglie larghe della locuzione "misure necessarie per poter procedere alla confisca" utilizzata dall'art. 3, par. 2, possono consentire letture poco rigorose della disposizione.

Conformemente alle condizioni previste dai parr. 1 e 2, si attribuisce agli Stati nazionali la facoltà di adottare norme *ad hoc* finalizzate alla confisca di beni acquisiti da persone con le quali la persona condannata "ha le relazioni più strette" e dei beni trasferiti ad una persona giuridica su cui la persona fisica esercita un controllo, sia direttamente, sia attraverso le persone con le quali ha le relazioni più strette (art. 3, par. 3).

Sulla falsariga della previsione relativa ai reati fiscali, si consente agli Stati di adottare procedure diverse da quelle penali per privare l'autore del reato del godimento del bene in questione (art. 3, par. 4).

---

[95] Nel caso di specie si è discusso della estensione della confisca di beni per valore equivalente al profitto per i reati previsti dagli artt. 640, comma 2, n. 1, 640 *bis* e 640 *ter* c.p. (Cass. sez. Un. pen., 22 novembre 2005, n. 41936, in «Riv. pen.», 2006, p. 37 e ss.): sul punto cfr. *amplius infra* cap. IV, par. 4.

[96] A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., p. 2114 e ss. Esclude che le misure di prevenzione rientrino nell'ambito della decisione quadro G. Tona, *La confisca nella legislazione in materia doi criminalità organizzata: normativa italiana e diritto europeo*, in *Il merito-Il sole24ore*, 2005, 9, p. 54, osservando che l'art. 3, comma 4 della stessa fa riferimento all'"autore del reato", mentre l'art. 5 richiama i principî fondamentali dell'art. 6 del Trattato dell'Unione europea, comprendenti la presunzione di innocenza.

Quest'ultimo suggerimento potrebbe essere coltivato per elaborare una strategia diversa da quella della confisca, orientata comunque ad impedire il godimento del bene da parte del soggetto[97].

L'art. 4 impone l'adozione di strumenti idonei a garantire la tutela dei diritti delle "persone cui si applicano gli artt. 2 e 3" della decisione quadro: tra esse andrà sicuramente annoverata la persona definita "condannata", ma anche i "terzi" con i quali tale persona ha "le relazioni più strette" e che hanno acquisito i beni o esercitano un controllo su quelli trasferiti ad una persona giuridica.

Quando ai diritti e principî fondamentali, la decisione lascia inalterato il quadro degli obblighi imposti dall'art. 6 Trattato Ue (che fa proprie le disposizioni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e del cittadino), tra cui la presunzione di innocenza (art. 5), ma anche i principî fondamentali relativi al giusto processo, ai diritti di proprietà alla libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione in altri media (*Consideranda*, n. 11).

Il groviglio delle prescrizioni emanate in sede sovranazionale, cui vanno ad aggiungersi i provvedimenti commentati nei paragrafi successivi, diventa ancora più inestricabile in rapporto alla legislazione italiana, che in molti settori, anche per il primato negativo della necessità di adottare strumenti di contrasto alla criminalità organizzata di tipo mafioso, ha anticipato molti dei meccanismi individuati dall'Unione europea (e dall'Onu). L'attuazione e il recepimento di tali interventi, anziché dare luogo ad una stratificazione di discipline eterogenee in parte parzialmente interferenti[98], devono costituire l'occasione per rivisitare normative di settore già in vigore, soprattutto in chiave di rafforzamento delle garanzie per i diritti dei singoli.

Il disegno di legge S 1448 (XV Legislatura) contenente la "*Legge comunitaria 2007*", destinata a dare attuazione alla decisione quadro 2005/212/GAI, consolida l'estensione della *obbligatorietà* della confisca, anche in caso di *applicazione della pena su richiesta delle parti*

---

[97] Si pensi al modello, già presente nel nostro sistema, della sospensione temporanea dall'amministrazione (in materia di misure di prevenzione patrimoniali: cfr. cap. III, par. 1.1) o della attribuzione della gestione ad un commissario nominato dal giudice (in tema di misure interdittive applicabili agli enti: cfr. cap. VI, par. 2).

[98] Emblematico in senso negativo il caso della Legge n. 146/2006, su cui *infra* par. 11.

(art. 21, lett. a), n. 1). Con riguardo allo "strumento del reato", si prevede che questo possa essere oggetto di ablazione definitiva anche se appartenente a persona *diversa dall'autore* soltanto ne casi di agevolazione colposa (art. 21, lett. a), n. 2), mentre nell'ambito della confisca del "provento" rileva (oltre al prodotto ed al prezzo) il *profitto derivato direttamente o indirettamente dal reato* (art. 21, lett. b), n. 1). Si riconosce la possibilità della apprensione dei beni anche in caso di proscioglimento "per mancanza di imputabilità o per estinzione del reato, la cui esistenza sia accertata con sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato" (art. 21, lett. b), n. 2). La confisca, totale o parziale, per valore equivalente deve sempre essere disposta rispetto alle cose costituenti prezzo, prodotto, profitto, con l'eccezione dei beni impignorabili ai sensi dell'art. 514 c.p.c. (art. 21, lett. b), n. 3).

I principî concernenti il "provento" sono altresì deputati a regolare l'adeguamento della "disciplina della confisca nei confronti delle persone giuridiche", di cui al D.lgs. n. 231/2001 (art. 21, lett. f)).

Per le indicazioni relative alla dilatazione dell'alveo dell'art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992 ed alla tutela dei terzi (anche con riguardo alla estensione dell'efficacia del provvedimento al caso della responsabilità degli enti), si rinvia rispettivamente al cap. III, par. 2.1, ed al cap. VII, par. 1.

Come pare evidente, nel disegno di legge si riassumono tutte le peculiarità delle ipotesi speciali di confisca, sulle quali ci si soffermerà nelle pagine successive.

9. *La decisione quadro 2006/783/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca. La confisca come oggetto di amnistia e grazia*

Nel 2006 il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia di confisca trova espressione in nella decisione quadro n. 783, che prosegue il percorso intrapreso con la decisione quadro relativa mandato di arresto europeo (2002/584/GAI)[99].

[99] Cfr. *supra* par. 1.

L'Unione europea ritiene che "non basta limitarsi ad assicurare il reciproco riconoscimento nell'Unione europea di provvedimenti provvisori quali il congelamento e il sequestro, in quanto una lotta efficace alla criminalità economica richiede anche il reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca dei proventi di reato"[100]. Si rende quindi necessario introdurre un ulteriore atto complementare alla decisione quadro 2003/577/GAI, che viene costruito sulla falsariga di questo, ma tenendo conto anche della decisione quadro 2005/212/GAI, nel frattempo intervenuta per delineare la disciplina sostanziale della confisca: ad entrambi i precedenti occorre fare riferimento per approfondire la nostra indagine.

La decisione quadro 2006/783/GAI, oltre a mutuare alcune acquisizioni dei precedenti provvedimenti in materia di blocco e sequestro di beni (2003/577/GAI) e di confisca (2005/212/GAI), ai quali si rinvia, si segnala per alcune peculiarità.

Obiettivo del provvedimento è facilitare la cooperazione tra gli Stati membri attraverso il riconoscimento e l'esecuzione nel territorio in uno Stato membro della decisione di confisca emessa da un'autorità giudiziaria competente in materia penale appartenente ad altro Stato membro (art. 1, par. 1).

La formulazione dell'art. 1, par. 1, da leggersi unitamente al riferimento ai "reati" e alla entità della "pena privativa della libertà personale" annoverati tra i presupposti del riconoscimento e dell'esecuzione nello Stato diverso (art. 6), sembra alludere all'esito di un procedimento di natura *penale*.

L'atto comunitario contiene a questo proposito una norma di grande interesse. L'art. 13 (rubricato "amnistia, grazia, riesame della decisione di confisca") stabilisce che sia lo Stato di emissione sia quello di esecuzione possono concedere l'amnistia e la grazia (par. 1); il secondo paragrafo aggiunge che solo il primo può decidere in merito ad una eventuale domanda di "riesame della decisione di confisca".

Quanto al primo paragrafo, non è specificato esplicitamente l'oggetto dell'eventuale provvedimento di *grazia* o di *amnistia*. Se

---

[100] In tali termini il n. 7 dei *Consideranda* della decisione quadro 2006/783/GAI.

si ritenessero ambedue gli istituti riferiti al reato presupposto (dall'accertamento del quale discende la "decisione giudiziaria di confisca"), si perverrebbe alla assurda conclusione di assegnare (in forza dell'art 13) a Stati sovrani poteri di clemenza di cui questi già dispongono a titolo originario.

Per contro, si può ipotizzare che l'art. 13, il cui par. 2 fa espresso riferimento alla (decisione di) confisca come oggetto di riesame, riguardi (non già il reato presupposto, bensì) proprio il provvedimento di ablazione: si spiegherebbe così l'unitaria previsione dei tre diversi meccanismi nella stessa disposizione (amnistia, grazia e riesame). In tale accezione la norma presuppone la natura "sanzionatoria penale" della confisca regolata dalla decisione quadro 2006/783/GAI, di cui viene evidenziata la possibilità di inclusione nell'ambito dell'intervento statale clemenziale. L'estensione dell'oggetto della grazia nel senso precisato, in particolare, ripropone il tema della riconducibilità dell'ablazione al modello della "confisca generale" intesa come pena[101], sovente "accessoria"[102], rispetto alla quale la concessione di "indulgenza", previa "supplica" del condannato[103], era rimessa al potere arbitrario del sovrano assoluto[104]: l'esercizio di tale

---

[101] Secondo il Carmignani (*Elementi del diritto criminale*, Malta, I, 1847, par. 338, p. 168), che sul punto condivide l'orientamento prevalente sino alla introduzione del Codice Zanardelli (a riguardo cfr. cap. I, par. 4), la confisca appartiene alla classe delle pene pecuniarie: "ogni diminuzione del nostro patrimonio dalla legge a qualche delitto minacciata, dicesi *pena pecuniaria*"; in particolare, "il toglimento di tutto il patrimonio dicesi *pubblicazione* dei beni o *confiscazione*" (par. 339, p. 169). L'Autore iscrive la "clemenza del sovrano" (par. 427, p. 213) tra i "modi politici" di "estinzione del delitto" (par. 421, p. 211), che intervengono quando "la salute pubblica richieda che più non debban ai loro autori essere rimproverati" i fatti delittuosi (par. 422, p. 211).

[102] A. Pertile, *Storia del diritto italiano*, Bologna, 1892[5], p. 186.

[103] Va peraltro precisato che nella *supplica* "non ci si limitava a chiedere o a implorare, ma si negoziava, si trattava, si sollecitava, si minacciava": H. Rudolph, *"Rendersi degni della somma clemenza". Le suppliche della prima età moderna come strumento di interazione simbolica tra sudditi e autorità*, in *Suppliche e "gravamina". Politica, amministrazione, giustizia in Europa (secoli XIV-XVIII)*, a cura di C. Nubola, A. Würgler, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 518; sulle funzioni della *supplica*, di contenuto più ampio della mera richiesta di modificazione di sentenze e di pene, cfr. altresì, K. Härter, *Negoziare sanzioni e norme: la funzione e il significato delle suppliche nella giustizia penale della prima età moderna*, *ivi*, p. 267 e ss.

[104] C. Nubola, *La "via supplicationis" negli stati italiani della prima età moderna (secoli XV-XVIII)*, in *Suppliche e "gravamina"*, cit., p. 28 e ss.

potere, senza incidere sul piano dell'amministrazione della giustizia, fungeva da "rimedio riequilibrativo di un sistema repressivo non bilanciato"[105], giocando sul doppio binario del "rigore della giustizia" e della "dolcezza della misericordia"[106].

Accogliendo una siffatta chiave di lettura, nuovi interrogativi si affacciano in ordine al coordinamento dell'atto comunitario con il sistema italiano[107], soprattutto in considerazione delle asserzioni della Corte costituzionale (sent. n. 200/2006), che, avuto riguardo agli strumenti tipici previsti dall'ordinamento penale, processual-penale e penitenziario, ha relegato l'istituto *de quo* alla circoscritta funzione di meccanismo di soddisfacimento di "straordinarie esigenze di natura umanitaria". In particolare, le difficoltà di recepimento della disciplina in tema di amnistia e grazia discendono dal fatto che la confisca avente natura di misura di sicurezza o di prevenzione è esclusa dall'ambito di operatività delle cause estintive, mentre la confisca-pena accessoria potrebbe essere oggetto di amnistia (art. 150 c.p.), ma (salvo diversa previsione del provvedimento) non di indulto o grazia (art. 174 c.p.)[108]; diversa invece la disciplina della figura di cui agli artt. 9 e 19 D.lgs. n. 231/2001 (in tema di responsabilità degli enti), espressamente annoverata tra le sanzioni principali[109]. L'atto comunitario, insomma, statuendo in merito alla titolarità dei poteri di clemenza (*rectius*: di *alcuni* poteri di clemenza, non

---

[105] E. Tavilla, *"L'attributo più prezioso della sovranità": il potere di grazia nell'ordinamento penale ticinese di primo Ottocento*, in *Codice penale della Repubblica e Cantone del Ticino (1816)*, a cura di S. Vinciguerra, Cedam, Padova, 2006, LV.

[106] G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 99. Bisogna attendere i "lumi" della seconda metà del Settecento per la proclamazione della necessità di ridurre l'"abuso dell'Indulgenza" (art. CXIX della *Riforma penale di Pietro Leopoldo* del 1786, in D. Zuliani, *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, Giuffrè, Milano, 1995, II, p. 656 e ss.): sul punto A. Pertile, *Storia del diritto italiano*, cit., p. 182 e s. Per una ricostruzione del dibattito relativo alla remissione della pena, con specifico riferimento alla c.d. clemenza collettiva, cfr. V. Maiello, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, Cesi, 2007.

[107] La nuova disciplina comporta comunque la necessità di rivedere le disposizioni processuali cui si è accennato nel primo paragrafo del Capitolo: G. Iuzzolino, *Principio del mutuo riconoscimento esteso a tutti i proventi di reato*, in «Guida al Diritto. Comunitario e internazionale», 2007, 1, p. 75.

[108] Sul punto cfr. *amplius* cap. I, par. 4.

[109] A riguardo cfr. cap. VI, par. 2.

contenendo la norma – né altra appartenente alla decisione quadro – alcun accenno all'indulto) applicabili alle "pene" (secondo le diverse discipline), avalla la natura sanzionatoria della confisca[110].

Ancora. Nemmeno la previsione relativa al *riesame* della decisione di ablazione va indenne da perplessità: nel nostro ordinamento, infatti, la disposizione relativa all'apprensione definitiva del bene (confisca), a differenza di quella cautelare (sequestro preventivo), non è suscettibile di "ricorso", tanto che una delle questioni più controverse riguarda l'individuazione dei meccanismi processuali di tutela dei diritti dei "terzi"[111] .

Ci chiede inoltre se lo spettro di applicazione della decisione quadro in commento si estenda al decreto di confisca emesso nell'ambito del *procedimento di prevenzione*[112].

In proposito si deve ricordare, da un lato, che l'art. 1, par. 1 fa esplicito riferimento alla "decisione di confisca emessa da un'autorità giudiziaria *competente in materia penale*" (alla quale non può dirsi del tutto eccentrico il sistema delle misure di prevenzione); dall'altro, che l'area dei "beni" aggredibili comprende – ai sensi del richiamato art. 3, parr. 1 e 2 dalla decisione quadro 2005/212/GAI[113], ovvero alla stregua delle altre disposizioni relative ai medesimi poteri previste dalla legislazione dello Stato di emissione: c.d. *poteri estesi* di confisca – i beni che costituiscono provento di attività criminose *diverse* da quelle per cui è stata pronunciata la condanna (art. 2, lett. d), sub iii) e iv). In tale prospettiva è prevedibile (sebbene naturalmente non auspicabile) una interpretazione orientata all'estensione dell'operatività della decisione quadro alla confisca di prevenzione, della quale si dirà nel successivo capitolo.

Infine. Limitandosi a riprodurre la nozione di "confisca" contenuta nell'art. 1, quarto trattino della decisione quadro 2005/212/

---

[110] Quanto alla prospettiva della *law in action*, ovvero dell'effettiva funzione punitiva della confisca nel sistema sanzionatorio, cfr. cap. I, par. 4.

[111] Cfr. *infra* cap. VII.

[112] Nel senso della esclusione G. Iuzzolino, *Principio del mutuo riconoscimento esteso a tutti i proventi di reato*, in «Guida al Diritto Comunitario e internazionale», 2007, 1, 75; in ordine al procedimento di prevenzione si veda il successivo capitolo.

[113] Sul punto si veda il paragrafo precedente.

GAI, l'art. 2, lett. c) della decisione quadro 2006/783/GAI, descrive la "*decisione di confisca*" come "una sanzione o misura finale imposta da un'autorità giudiziaria a seguito di un procedimento per uno o più reati, che consiste nel privare definitivamente di un bene"; nulla tuttavia si specifica sul concetto di "decisione", che pure costituisce il perno della nuova disciplina. Se l'avverbio "definitivamente" riferito al carattere della ablazione e la natura *claris verbis* complementare della disciplina rispetto alla decisione quadro 2003/577/GAI relativa a provvedimenti provvisori o cautelari fanno supporre che il mutuo riconoscimento presupponga la pronuncia di una decisione a carattere non temporaneo, la (pur limitata) possibilità di "riesame" prevista dall'art. 13, come si è detto, getta qualche ombra sulla (reale) "definitività" del provvedimento[114].

Per altro verso, sintomatico il n. 11 dei *Consideranda*, in cui si sottolinea che nella decisione quadro "i termini 'provento' e 'strumento' […] sono definiti in modo sufficientemente ampio da comprendere oggetti di reato ogniqualvolta necessario". Indecifrabile il concetto di "oggetti di reato", ciò che conferma le conclusioni in termini di rescissione del rapporto di pertinenzialità tra reato e bene aggredito raggiunte nel primo Capitolo[115].

Una curiosa precisazione è contenuta nel n. 9 dei *Consideranda*, laddove si invitano gli Stati membri, nell'ambito degli strumenti finalizzati alla garanzia dei "diritti accordati alle parti o a i terzi interessati in buona fede […] a prestare debita attenzione all'esigenza di impedire che persone giuridiche o fisiche presentino richieste disoneste". Il criterio della (dis)onestà legittima valutazioni "etiche", che, superando il mandato della "autorità giudiziaria", assegna (a quest'ultima e) agli Stati un potere di sindacato condizionato da parametri extragiuridici.

---

[114] Qualche interrogativo suscita anche la definizione di "reato" ai sensi dell'8, paragrafo 2, lettera f) (relativo ai casi legittimanti il mancato riconoscimento ovvero la mancata esecuzione della confisca): lo si qualifica, infatti, come "un reato presupposto, se l'azione penale che porta ad una decisione di confisca implica un reato presupposto e il riciclaggio di denaro" (art. 2, lett. h).

[115] Si veda in particolare il par. 6; sull'"oggetto" del reato cfr. *supra* par. 6.

In tema di legge applicabile all'esecuzione, il provvedimento in commento si pone il problema della non ancora raggiunta armonizzazione in materia di responsabilità delle *persone giuridiche*. L'art. 12, par. 3 stabilisce che "una decisione di confisca relativa a una persona giuridica è eseguita anche se lo Stato di esecuzione non riconosce il principio della responsabilità penale delle persone giuridiche".

L'eventualità che la "decisione di confisca" riguardi anche la persona giuridica è presa in considerazione già dall'art. 4, in ordine alla disciplina relativa alla trasmissione del provvedimento, e dall'art. 11, relativamente alla regolamentazione del concorso di decisioni. Nel merito delle "sanzioni pecuniarie penali e non penali" e delle "altre sanzioni", quali la confisca, stabilite in caso di responsabilità della persona giuridica, era entrata anche la decisione quadro del Consiglio 2004/757/GAI riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti (art. 7, pr. 1, lett. f))[116]. Nel caso della decisione quadro 2006/783/GAI, tuttavia, l'abbandono di formule generiche come quelle appena citate si rende necessario in conseguenza della qualificazione dell'oggetto delle decisioni regolate dal provvedimento stesso, che sono (solo) quelle emesse "da un'autorità giudiziaria competente in materia penale" (art. 1, par. 1 decisione quadro 2006/783/GAI). Se dunque l'ablazione cui fa riferimento il provvedimento relativo alla persona giuridica è la confisca *penale*, per misure patrimoniali di natura diversa è preclusa l'attivazione della procedura (per contro, non paralizzata dalla diversa classificazione della responsabilità delle persone giuridiche nello Stato di esecuzione). Si tratta di una disposizione precauzionale di notevole rilevanza, che rivitalizza il dibattito ancora in corso nel nostro ordinamento sulla natura

[116] Anche la decisione quadro 2005/212/GAI accenna al coinvolgimento della persona giuridica nel provvedimento ablativo, con specifico riferimento al caso di "beni trasferiti a una persona giuridica" su cui la persona condannata (da sola o in collegamento con persone con le quali essa ha relazioni più strette) esercita un controllo (ciò anche se la persona condannata "riceve una parte rilevante del reddito dalla persona giuridica"): si veda il paragrafo precedente.

giuridica (penale, amministrativa e *tertium genus*) della responsabilità degli enti di cui al D.l. n. 231/2001[117].

Un'ulteriore osservazione. Il legislatore comunitario, riprendendo una indicazione contenuta già nella decisione quadro 2003/577/GAI (relativa ai provvedimenti di blocco e sequestro: art. 7, par. 1, lett. c)), affronta la palese complessità dell'intreccio delle fonti disciplinanti l'ablazione patrimoniale, fissando il principio del *ne bis in idem* come limite al riconoscimento e alla esecuzione della decisione di confisca: l'accertamento è affidato alla competente autorità dello Stato di esecuzione, la quale in tal caso può rifiutarsi di procedere (art. 8, par. 2, lett. a)).

In conclusione. Lo schizzo appena abbozzato conferma quanto anticipato in premessa, ovvero che anche atti normativi come quello in esame, pur specificamente diretto al riconoscimento ed esecuzione di decisioni giudiziarie di altri Stati membri, al di là della finalità di cooperazione, incidono di fatto sul piano delle norme sostanziali, delineando limiti e contenuto delle singole figure[118].

10. *La Convenzione del Consiglio d'Europa n. 198/2005 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo*

Qualche cenno va dedicato alla Convenzione del Consiglio d'Europa n. 198/2005 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo[119].

Il Consiglio d'Europa, alla luce dell'intensificarsi dell'attività della criminalità connessa ai reati di riciclaggio e di terrorismo, ha deciso di ampliare e adeguare alle nuove istanze di sicurezza della Comunità la Convenzione di Strasburgo del 1990.

---

[117] Sul punto *amplius* cap. VI, parr. 2 e 3.

[118] *Contra*, nel senso che la decisione quadro in commento "opera esclusivamente sul piano dei rapporti di cooperazione giudiziaria e non sul piano delle norme sostanziali relative alla confisca penale", G. Iuzzolino, *Principio del mutuo riconoscimento esteso a tutti i proventi di reato*, cit., p. 74.

[119] Cfr. nel sito internet conventions.coe.int.

La Convenzione n. 198 del 2005 riprende l'architettura di quest'ultima, analizzando i risultati della sua applicazione, nel tentativo di superarne i limiti e di favorire la cooperazione giudiziaria.

L'imponente produzione normativa di fonte europea e internazionale (Onu, Ue, Gafi) avente oggetto la materia ha costretto il Consiglio ad una paziente opera di ricostruzione delle linee guida della regolamentazione della ricerca, sequestro e confisca dei beni collegati alla commissione dei reati inclusi nell'elenco allegato alla Convenzione.

I poco soddisfacenti risultati conseguiti nonostante la quantità e qualità dei provvedimenti analizzati ha confermato la necessità di un ulteriore tentativo di armonizzazione delle discipline nazionali.

Obiettivo principale della nuova Convenzione è il rafforzamento degli strumenti orientati alla prevenzione della accumulazione di capitali di origine lecita o illecita, usati o destinati ad essere usati, in tutto o in parte, al finanziamento del terrorismo, ovvero costituenti proventi di questo (art. 2).

È il mercato degli strumenti finanziari, oltre che il riciclaggio di danaro, secondo la *ratio legis* che si desume dal resoconto esplicativo, a costituire la fonte che consente alle organizzazioni terroristiche di arricchirsi e poter portare a termine l'attività criminosa.

La Convenzione trova applicazione in relazione al riciclaggio e ai reati elencati nella lista allegata al testo (art. 3, commi 1 e 2), non dissimile da quella in stilata in ordine al mandato di arresto internazionale.

Al fine di contrastare tale fenomeno gli stati firmatari sono tenuti ad adottare nei rispettivi ordinamenti misure preordinate alla confisca degli strumenti e dei proventi o dei beni di valore equivalente che corrispondano a beni oggetto di riciclaggio. A riguardo ogni Stato è autorizzato, al momento della adesione alla Convenzione, a comunicare al segretario generale l'intenzione di estendere le misure ablative a tutti i reati puniti con la pena privativa della libertà personale o detentiva superiore nel massimo a un anno, oppure soltanto ad alcuni illeciti (art. 3, comma 2).

Da segnalare la mancanza nel testo, pur completo della consueta *legenda*, della definizione di "terrorismo" (a fronte della ampia descrizione delle condotte di riciclaggio).

Sintomatico dell'approccio repressivo del legislatore europeo il carattere dirompente dei provvedimenti ablativi, adottabili già in fase di indagini investigative e suscettibili di estensione ai beni di origine lecita.

Lo strumento di intervento ancora una volta prediletto è il congelamento, il sequestro e la confisca dei beni che costituiscono mezzi di esecuzione del reato e provento dei essi ovvero, secondo una clausola ormai consolidata, beni di valore a questi equivalente.

La Convenzione estende e riordina il canovaccio ormai consueto degli strumenti ritenuti utili agli obiettivi perseguiti: dal punto di vista sostanziale, oltre, come accennato, alla confisca per equivalente (art. 3, comma 1), si prevede l'estensione della misura agli enti che hanno tratto vantaggio dalle attività illecita (art. 10).

L'adozione delle misure, per l'efficacia delle quali si invitano gli Stati ad adottare misure investigative finalizzate alla attività di prevenzione (artt. 4 e 7) e si impone la creazione di *finacial intelligence units* nazionali (art. 12 e artt. 46 ss.), non deve pregiudicare i diritti dei singoli, secondo la clausola di cui all'art. 8. L'ampia e articolata enumerazione delle condotte riconducibili al riciclaggio (art. 9), che rappresenta uno dei poli della Convenzione, è funzionale alla descrizione minuziosa degli interventi che gli Stati sono tenuti ad attuare per realizzare la cooperazione internazionale cui è dedicato il Capitolo IV della Convenzione: questa è orientata alla apprensione provvisoria e definitiva dei beni che, secondo una ormai consolidata tradizione europea, costituiscono vantaggi economici illeciti. In tale prospettiva si deve leggere l'intera disciplina, che si fonda sul meccanismo della collaborazione investigativa tra organi inquirenti di Stati diversi, da un lato (artt. 15 ss.), e sulla esecuzione di provvedimenti di confisca emessi da altro Stato firmatario, dall'altro (artt. 23 ss.). La dettagliata regolamentazione della procedura finalizzata alla esecuzione di provvedimenti ablativi in altro Stato riflette la struttura della decisione quadro relativa al mandato di arresto europeo.

11. *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale e la legge 16 marzo 2006, n. 146*

La Convenzione e i Protocolli delle Nazioni Unite *contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 e il 31 maggio 2001* si segnalano sia per il contenuto di carattere "sostanziale" (comprensivo della previsione di specifici obblighi di incriminazione: art. 34) sia per la indicazione di misure di carattere processuale, atte a favorire la collaborazione internazionale[120].

Il legislatore italiano ha dato ratifica ed esecuzione a tali provvedimenti con la legge 16 marzo 2006, n. 146[121], che riconduce alla definizione di reato transnazionale (valida "ai fini" della legge in cui è incorporata) "il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché: a) sia commesso in più di uno Stato; b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato; c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato".

Le norme approvate, ma soprattutto gli emendamenti che hanno trasfigurato profondamente il disegno di legge da cui la legge ha tratto origine (art. 8, d.d.l. S. 2351; art. 8, d.d.l. S. 2351-A), offrono molti spunti di riflessione, che in questa sede non possono essere ana-

---

[120] A. di Martino, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia dalla cd. Convenzione di Palermo*, in «Dir. pen. proc.», 2007, p. 16.

[121] A proposito dell'*iter* legislativo della Legge n. 146/2006 cfr. R. Barberini, *Entrata in vigore della Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale e disegno di legge di ratifica*, in «Cass. pen.», 2003, p. 3264. Sul punto si veda anche il "Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata", che dà conto delle esperienze maturate negli ordinamenti europei e individua una serie di proposte, confluite – tra l'altro – nel volume V. Militello, B. Huber (a cura di), *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime*, Freiburg i. Br., 2001 (con particolare riferimento alla disciplina in materia di "proventi del reato", si vedano i contributi di G. Fiandaca e C. Visconti; S. Hein e C. Visconti; M. Kilchling); cfr. altresì G. Michelini, *Il Progetto di Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in «Quest. Giust.», 1999, p. 947 e ss.

liticamente approfonditi[122]. Ad esempio, in tema di estensione della responsabilità degli enti[123] – imposta dalla Convenzione – l'articolata disciplina destinata ad integrare il tessuto del D.lgs. n. 231/2001 si è tradotta in una unica disposizione autonoma (art. 10), che resta nel corpo della Legge n. 146/2006 senza fare ricorso alla tecnica additiva utilizzata dal legislatore nelle precedenti occasioni[124]. Con essa si estende la responsabilità degli enti – spalmata su diversi livelli sanzionatori richiamati dallo stesso art. 10 – ai reati transnazionali (secondo la definizione dell'art. 3), ai delitti di associazione per delinquere e di tipo mafioso, alla fattispecie di cui all'art. 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, al riciclaggio e all'impiego di denaro e altre utilità, al traffico di migranti ai sensi degli artt. 12, commi 3, 3 *bis*, 3 *ter* e 5, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, infine ai delitti di "intralcio alla giustizia", in relazione agli articoli 377 *bis* e 378 del codice penale.

Con specifico riferimento al "reato transnazionale", un inedito nella normativa italiana, la struttura della legge n. 146/2006 appare singolare. Essa, infatti, non si limita, come al contrario le leggi di recepimento di altri Stati contraenti – ad esempio, la Repubblica Federale tedesca[125] – a ratificare la Convenzione contro il crimine organizzato transnazio-

---

[122] Si pensi alla modifica dell'art. 377 c.p., alla disciplina unitaria delle c.d. operazioni sotto copertura (art. 9, Legge n. 146/2006) e alla tormentata "vicenda" della circostanza aggravante *ex* art. 4, Legge n. 146/2006, applicabile laddove alla commissione dei reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni abbia dato il suo contributo "un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato": a riguardo si rinvia agli studi indicati nelle note successive; si veda in particolare A. di Martino, *Criminalità organizzata e reato transnazionale*, cit.

[123] M. Arena, *Ratificata la convenzione di Palermo*, in www.reatisocietari.it; A. Astrologo, *La nozione di "reato commesso" ex art. 3 della Legge 146/2006 e i riflessi sul D.lgs. 231/2001*, in «Responsabilità amministrativa e degli enti», 2006, fasc. 3, p. 111 e ss.

[124] Si pensi alle norme introdotte a seguito dell'art. 25 D.lgs. n. 231/2001 (estese al momento sino all'art. 25 *sexies*); con riferimento all'art. 10 Legge n. 146/2006 cfr. L.D. Cerqua, *Responsabilità degli enti: si amplia la categoria dei reati presupposto*, in «Diritto e pratica delle società», 2006, 10, p. 6 e ss.

[125] *Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 15. November 2000 gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität sowie zu den Zusatzprotokollen gegen den Menschenhandel und gegen die Schleusung von Migranten*, del 1° settembre 2005, in «BGBL», 2005, II, p. 954 e ss.

nale adottata con la Risoluzione dell'Onu n. 55/25 del 15 novembre 2000 (unitamente ai relativi Protocolli, rispettivamente per la prevenzione, soppressione e punizione della tratta delle persone, soprattutto di donne e bambini, e per il traffico di migranti via terra, aria e mare) e con il Protocollo aggiuntivo contro la produzione e il commercio illecito di armi da fuoco (Risoluzione n. 55/255 del 31 maggio 2001)[126].

La (sopra richiamata) autonoma definizione di "reato transnazionale", infatti, è inserita nel dettato dell'art. 3, *in coda* alle due norme di ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli, allegati alla legge. L'art. 3 della Legge n. 146/2006, in particolare, rielabora e comprime il contenuto dell'art. 3 della Convenzione (che delimita l'ambito di applicazione della stessa) in una "ambiziosa", ma deficitaria e lacunosa definizione[127] (della cui opportunità è lecito dubitare)[128], che alimenta le perplessità circa la possibilità di resistenza del principio di territorialità come caposaldo della effettività del diritto penale nazionale[129].

---

[126] Una traduzione italiana non ufficiale della Convenzione è pubblicata in «Guida al Diritto», 2006, n. 17, p. 23 e ss. Osserva A. di Martino, *Criminalità organizzata e reato transnazionale*, cit., p. 17, che la Convenzione mira innanzitutto alla incriminazione, nei singoli Stati nazionali e a prescindere dalla natura transnazionale del reato ovvero dal coinvolgimento di un gruppo penale organizzato, dei fatti descritti negli artt. 5 (partecipazione ad un gruppo criminale organizzato), 6 (riciclaggio dei proventi da reato), 8 (corruzione) e 23 (intralcio alla giustizia); la presenza del carattere della "transnazionalità", invece, consente l'attivazione degli strumenti di carattere internazionale.

[127] E. Rosi, *Sulla configurazione dei delitti. Passo falso del legislatore nazionale*, in «Guida al Diritto», 2006, n. 17, p. 58 e ss.

[128] La "natura o carattere" transnazionale si trasforma in aggettivo qualificativo di una nuova categoria di reato (quello, appunto, transnazionale), peraltro non meglio definita; essa racchiude una nozione fondamentale, quanto al contenuto, per le successive norme della legge (ad esempio, artt. 11, 12 e 13), le quali peraltro – anziché richiamare il concetto di reato transnazionale – contengono un mero rinvio ai "reati previsti dall'art. 3" (in senso critico cfr. anche E. Rosi, *Sulla configurazione dei delitti*, cit., p. 58 e ss.). *Contra* P. Giordano, *Intralcio alla giustizia: solo un "lifting"*, in «Guida al Diritto», 2006, n. 17, p. 65, che, pur evidenziando la "vaghezza e incertezza di alcune disposizioni", ritiene apprezzabile la scelta del legislatore, "sia per la chiarezza esplicitativa", sia perché la definizione contenuta nella Convenzione, "essendo di natura interpretativa e limitata a perpetrare i contorni di applicazione della stessa, avrebbe lasciato scoperto o quanto meno dubbio l'effetto precettivo interno".

[129] Alcune riflessioni critiche sulla applicazione della legge penale italiana in relazione al problema spaziale sono espresse da A. Bernardi, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 30 e ss.; si veda anche *amplius* A. Di Martino, *La frontiera e il diritto penale*, cit.; con particolare riferimento alla Legge n. 146/2006 cfr. P. Giordano, *Intralcio alla giustizia*, cit., p. 65 e ss.

Non trascurabile, peraltro, il dato che è proprio la necessità di reagire al fenomeno della criminalità organizzata operante in ambito transfrontaliero[130], quasi "globale" [131], al di là e al di sopra dei diversi ordinamenti statali, a costituire il nerbo della Convenzione e della legge di ratifica.

Non vi è dubbio quindi che la disciplina in commento costituisca il centro propulsore di nuovi interrogativi di carattere esegetico e sistematico[132].

Segnatamente, con riferimento al tema della ablazione patrimoniale, l'art. 11 introduce nel sistema una nuova ipotesi di confisca obbligatoria e per equivalente[133], ampliando anche la portata dei poteri di indagine del pubblico ministero (art. 12).

Tralasciando alcuni pur non secondari profili specifici, va osservato che su entrambi i punti evidenziati la legge costruisce nuove figure che si affiancano a quelle contemplate dalla Convenzione, senza che l'area delle une coincida perfettamente con quella delle altre: l'inserimento di una duplice previsione, di fatto, apre non pochi interrogativi in punto di concorso di norme[134].

A) Così, nel nostro sistema, la definizione generale di *reato transnazionale ex* art. 3. Legge n. 146/2006 convive con la norma che

---

[130] Per una analisi del fenomeno si veda A. Laudati, *I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione europea*, in «Dir. pen. proc.», 2006, p. 401 e ss.

[131] N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004[3], p. 3, osserva che "il diritto ha bisogno del 'dove'"; ma il territorio statale non è più "misura, o esclusiva misura, di politica, diritto, economia": da qui il consolidamento di quel fenomeno che è noto come "globalizzazione", rispetto al quale i "*nomoi* della terra, sebbene più profondi e originari, non sono in grado di abbracciare gli illimitati spazi della tecno-economia" (p. 61 e ss.).

[132] A. di Martino, *Criminalità organizzata e reato transnazionale*, cit., p. 17.

[133] Sul punto cfr. *infra* cap. IV.

[134] La legge, per contro, non risolve altre questioni generate dalla eterointegrazione delle norme, come il coordinamento delle prescrizioni ratificate che impongono l'incriminazione di fatti di riciclaggio e di corruzione, secondo una scansione strutturale che solo in parte coincide con quella già vigente nel nostro sistema (artt. da 6 a 9 della Convenzione); opposte considerazioni valgono per il reato di "intralcio alla giustizia" (art. 23 Convenzione), che ha condotto alla "manipolazione" dell'art. 377 c.p. (*ex* delitto di "subornazione") ai sensi dell'art. 14 Legge n. 146/2006.

fissa l'ambito di operatività della Convenzione (art. 3), la quale, accolta attraverso la ratifica e la disposizione di esecuzione (artt. 1 e 2 Legge n. 146/2006) – come ricorda la stessa rubrica della Convenzione – riguarda il (parzialmente diverso) tema della "*criminalità organizzata* transnazionale".

Più specificamente, l'art. 3 Legge n. 146/2006 offre una nozione generale e generica di "reato transnazionale", che dilaga oltre i confini della circoscritta definizione proposta dall'art. 3, par. 2 della Convenzione, la quale si limita a fare riferimento al reato "*di natura* transnazionale" descritto "nel senso della previsione del comma 1" della stessa norma (è la disposizione che, appunto, stabilisce l'"ambito di applicazione" della Convenzione)[135]. Il vigente art. 3 Legge n. 146/2006 non era presente nell'originario disegno di legge di iniziativa governativa presentato al Senato (XIV Legislatura, S. 2351), ma appare soltanto come emendamento proposto dal Relatore rispetto alla versione trasmessa alla Camera (d.d.l. C. 6230), dopo l'approvazione del Senato. In tale sede, per la verità, si ipotizza di inserire una norma che trasferisce pressoché letteralmente il contenuto dell'art. 3 della Convenzione, mentre nella versione del successivo d.d.l. 6230-A (coincidente con quella recepita dalla Legge n. 146/2006) il primo e il comma 2 subiscono una crasi, dando luogo ad una formulazione che non dissipa margini di incertezza sui requisiti di configurabilità del reato transnazionale[136]. La compressione dei requisiti in una sintetica definizione e la vaghezza della definizione della fattispecie[137] alimenta insuperati dubbi, ad esempio, sul fatto che "*coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato*"

---

[135] Per una prima analisi dei profili sostanziali della nuova disciplina cfr. A. Astrologo, *La nozione di "reato commesso" ex art. 3 della Legge 146/2006*, cit.

[136] La soluzione della Convenzione appare articolata: il comma 1 dell'art. 3 stabilisce i termini di operatività della disciplina, circoscrivendola ai reati di particolare gravità – identificati attraverso il rinvio a specifiche norme della Convenzione stessa – che siano di natura transnazionale e coinvolgano gruppi criminali organizzati; segue (comma 2) la definizione di reato di natura transnazionale "ai fini del comma 1".

[137] L'insufficienza del tentativo di tipizzazione della nuova "fattispecie", se in tali termini si vuol interpretare l'art. 3 Legge n. 146/2006, è segnalata anche da G. De Amicis, *Reati transnazionali. transnazionali nel mirino dell'Onu. Roma: sì alla Convenzione. Cosa cambia*, in «D&G. Diritto e Giustizia», 2006, n. 20, cit., p. 97.

e "*commissione del reato*" – secondo i canoni "territoriali" di cui alle lett. a), b), c) e d) dell'art. 3 Legge n. 146/2006 – siano ritenuti dal legislatore italiano elementi cumulativi e non alternativi[138]. A tutto concedere, resta da chiarire non solo il concetto di "coinvolgimento"[139], ma altresì gli stessi contorni del "gruppo criminale organizzato"[140]: si tratta di passaggi obbligati, la cui nozione condiziona l'applicabilità della maggior parte degli istituti (tra tutti, la confisca) regolati dalla legge.

B) Più complessa è invece l'evoluzione della disciplina relativa alla confisca, da un certo punto di vista, sintomatica di quella tendenza di cui si dirà nelle pagine successive[141].

Si è accennato alle tappe principali della regolamentazione sovranazionale della confisca in punto di controllo penalistico sulla circolazione dei beni provento dei delitti di criminalità organizzata e di controllo sulla concentrazione della ricchezza sproporzionata al reddito illecitamente acquisito.

La Convenzione Onu dedica diverse disposizioni ai provvedimenti di sequestro e confisca, consolidando le tendenze già anticipate in materia di ablazione dei proventi del reato, anche nelle forme per equivalente, di tutela dei terzi di buona fede e di cooperazione tra Stati ai fini di confisca (artt. 12, 13, 14 e 31, comma 2).

La legge italiana introduce per i reati di cui all'art. 3 ulteriori *"ipotesi speciali di confisca obbligatoria e confisca per equivalente*" (art. 11), che in parte si sovrappongono, senza però coincidere del tutto, con altre figure di confisca già esistenti[142] o destinate ad un prossimo inserimento nell'ordinamento penale italiano (si pensi al-

---

[138] Secondo G. De Amicis (*Reati transnazionali*, cit., p. 96), i tratti identificativi della "transnazionalità" del reato sono ricavati da "una combinazione di criteri alternativi legati solo in parte al necessario coinvolgimento di un 'gruppo criminale organizzato'" (il corsivo è nostro). Concordi invece altri Autori nel ritenere che le previsioni contenute nelle lett. a), b), c) e d) operino in senso disgiuntivo: A. Astrologo, *La nozione di "reato commesso"*, cit., p. 113; R. Barberini, *Entrata in vigore*, cit., p. 3267.

[139] A. di Martino, *Criminalità organizzata e reato transnazionale*, cit., p. 20.

[140] A. Astrologo, *Prime riflessioni sulla definizione di reato transnazionale nella Legge 146/2006*, in «Cass. pen.», 2007, p. 358 e ss.

[141] In particolare, si veda cap. IV.

[142] Si vedano i riferimento contenuti nel cap. IV.

l'art. 2 della decisione quadro 2005/212/GAI, cui si è accennato nel paragrafo precedente).

Il difetto di coordinamento nasce dall'*iter* della disciplina, che in origine si segnalava per il tentativo di introdurre una nuova ipotesi generale di confisca, la quale – secondo l'art. 9 del Disegno di legge S.2351 – avrebbe dovuto trovare allocazione dopo l'art. 240 c.p., e avere, in corrispondenza della rubrica "art. 240 *bis* (*Ipotesi speciali di confisca obbligatoria e confisca per equivalente*), il seguente tenore: "1. Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti di cui agli articoli 314, 316, 316 *bis*, 316 *ter*, 317, 318, 319, 319 *ter* e 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell'articolo 322 *bis*, comma 1, 321, anche se commesso ai sensi dell'articolo 322 *bis*, comma 2, 416 *bis*, 600, 601, 640, comma 2, numero 1), 640 *bis*, 640 *ter*, comma 2, con esclusione dell'ipotesi in cui il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema, 644, 648 *bis* e 648 *ter*, è sempre disposta la confisca delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato, salvo che appartengano a persona ad esso estranea. Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale per il delitto di cui all'articolo 416 *bis*, è inoltre sempre disposta la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, salvo che appartengano a persona ad esso estranea.

2. Nei casi di cui al comma 1, quando la confisca delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato non è possibile, il giudice ordina la confisca di somme di danaro, beni o altre utilità di cui il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica, per un valore corrispondente a tale prodotto, profitto o prezzo. In tali casi, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di danaro o individua i beni o le utilità assoggettati a confisca di valore corrispondente al prodotto, al profitto o al prezzo del reato".

La Relazione al disegno di legge spiega che l'art. 12 della Convenzione Onu richiede, da un canto, la previsione, nella misura più ampia possibile, della confisca dei proventi derivanti dai gravi reati di cui alla Convenzione stessa[143]; dall'altro, la possibilità, nelle ipo-

tesi di oggettiva impraticabilità di una acquisizione di tali beni nella loro consistenza originaria (ipotesi specificate ai paragrafi 3, 4 e 5 dell'articolo 12), di una confisca per equivalente, che abbia cioè ad oggetto utilità patrimoniali di valore corrispondente ai proventi del reato. Manca comunque qualunque riferimento all'istituto del "congelamento" preventivo dei beni di cui agli artt. 12, par. 2, e 13, par. 2 della Convenzione[144].

Dalla lettura della normativa vigente il Relatore evince che il modello proposto dalla Convenzione in realtà nel sistema italiano (e non solo in questo) ha già ampia diffusione. Attesa quindi l'esistenza di disposizioni di analogo tenore[145], ovvero di norme "che già soddisfano la disposizione di cui all'articolo 12 della Convenzione con riferimento alla confisca dei proventi del reato di corruzione di cui all'articolo 8 della stessa e alla confisca dei proventi del reato di partecipazione ad un gruppo criminale organizzato di cui all'articolo 5 della stessa, nelle ipotesi previste dall'articolo 416 *bis* del codice penale", si è ritenuto di dover estendere l'ambito della confisca obbligatoria e della confisca per equivalente ai proventi del reato di riciclaggio di cui all'articolo 6 della Convenzione, reato sanzionato nel nostro ordinamento a mezzo delle fattispecie incriminatrici di cui agli articoli 648 *bis* e 648 *ter* c.p., nonché a quelli derivati dai reati previsti in materia di riduzione in schiavitù e tratta di persone (artt. 600 e 601 c.p.).

L'arcipelago delle confische speciali preesistenti e quella nuova ("relativa alla confisca obbligatoria e alla confisca per equivalente del provento dei reati di cui agli articoli 600, 601, 648 *bis* e 648 *ter* del codice penale") avrebbero dovuto trovare sintesi nel citato art. 240 *bis* c.p.: in tale modo – continua la Relazione – si sarebbe "rea-

---

[143] R. Barberini, *Entrata in vigore*, cit., p. 3269 e ss.

[144] G. De Amicis, *Reati transnazionali*, cit., p. 99.

[145] Si tratta di disposizioni ablative previste in relazione ai delitti di cui 314 a 321 (ai sensi dell'articolo 322 *ter* del codice penale), ai reati di cui agli articoli 640, comma 2, numero 1), 640 *bis* e 640 *ter* (ai sensi dell'articolo 640 *quater* del codice penale), al reato di cui all'articolo 644 (ai sensi dell'articolo 644, comma 6, del codice penale) e, limitatamente ai beni che costituiscono l'impiego del prezzo, prodotto o profitto del reato, anche al reato di cui all'articolo 416 *bis* (ai sensi dell'articolo 416 *bis*, comma 7, del codice penale).

lizzato l'obiettivo di raggruppare tutte le suddette ipotesi speciali di confisca obbligatoria e confisca per equivalente in un'unica disposizione normativa, che ne detti la disciplina in modo unitario e che evidenzi la rilevanza, anche sul piano generale e sistematico, dei due istituti".

Secondo la formulazione proposta nel disegno di legge, infatti, la confisca obbligatoria o per equivalente viene estesa, oltre che all'ipotesi della condanna, anche a quella di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale. Inoltre, la possibilità della confisca di valore viene ampliata sino a includere, analogamente a quanto previsto in relazione alle preesistenti ipotesi destinate a confluire nel nuovo articolo 240 *bis* del codice penale, alle somme di danaro, beni o altra utilità di cui il reo abbia la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica, per un valore corrispondente al prodotto, al profitto o al prezzo del reato che non sia stato possibile confiscare. La riforma è ritenuta necessaria per consentire il superamento delle notevolissime difficoltà sorte in merito alla confisca dei beni costituenti l'impiego dei proventi del reato di cui all'articolo 416 *bis* c.p., allorquando tali beni siano frammisti ad altri di origine lecita: la "nuova" ipotesi generale di confisca avrebbe così ad oggetto una quota ideale del bene in cui il provento del reato si è immesso, *id est* un valore corrispondente a detta quota.

Ancora. Sulla falsariga della confisca comune, il nuovo art. 240 *bis* c.p. esclude l'ablazione di beni appartenenti a persona estranea al reato.

L'introduzione della figura generale di confisca avrebbe comportato l'abrogazione degli articoli 322 *ter*, 640 *quater*, 416 *bis*, comma 7, e 644, comma 6, del codice penale, che disciplinano le ipotesi di confisca obbligatoria e di confisca per equivalente ricomprese nel nuovo articolo 240 *bis* del codice penale (così l'art. 11 d.d.l. S.2351).

Infine, onde rafforzare l'istituto della confisca, l'articolo 10 del disegno di legge contemplava l'introduzione nel codice di procedura penale di un nuovo articolo, esplicitamente riferito al potere di indagine del pubblico ministero e finalizzato alla individuazione dei beni soggetti alla confisca obbligatoria e alla confisca per equivalente di cui al nuovo articolo 240 *bis* del codice penale, nonché alla confisca di cui all'articolo 12 *sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992,

n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356. Secondo la Relazione, la normativa processuale vigente appare in effetti tale da rendere "problematica" nei casi elencati un'attività approfondita e idonea a portare a buon fine la confisca penale. In particolare, si è rilevato che la prosecuzione delle indagini sulle ricchezze di origine criminale dopo il rinvio a giudizio appare assai difficoltoso, ove si consideri che la stessa risulta finora limitata, dall'articolo 430 del codice di rito, alle attività che non prevedono la partecipazione dell'imputato o del difensore[146].

Con riguardo all'esigenza evidenziata, la nuova disposizione intendeva fornire alla magistratura inquirente uno strumento di indagine, utilizzabile successivamente alla emissione del decreto che dispone il giudizio e ai fini della formulazione delle proprie richieste al giudice del dibattimento, ritenuto idoneo a conseguire la confisca penale e, tramite la stessa, a contrastare più efficacemente la c.d. economia criminale.

Nella versione presentata dalle Commissioni parlamentari (S. 2351-A, comunicata alla Presidenza il 30 marzo 2004), da un lato, scompare l'art. 3, secondo cui "salvo quanto diversamente previsto, le norme della Convenzione e dei Protocolli si applicano esclusivamente alle attività di gruppi di criminalità organizzata non limitate al territorio nazionale"[147]; dall'altro, vengono inserite alcune precisazioni: si include nell'elenco dei reati cui è applicabile il nuovo art. 240 *bis* anche il reato di terrorismo internazionale (art. 270 *bis* c.p.); inoltre, le norme relative ai (soli) reati di riduzione in schiavitù e di tratta delle persone vengono espunte dalla lista e sostituite dalla generale indicazione di delitti previsti dalla sezione I, capo III, titolo XII, libro secondo del codice penale (la sezione, come noto, include i delitti contro la personalità individuale, comprese le fattispecie in materia di pedo-pornografia)[148].

---

[146] Il rinvio all'art. 430 c.p.p. varrebbe soltanto per quanto concerne il termine e la finalità: così A. Laudati, *Nasce la confisca*, cit., p. 71.

[147] Il comma 1 dell'art. 3 d.d.l. S. 2351 stabiliva anche che "i principî della Convenzione costituiscono principî interpretativi dei Protocolli".

[148] La riforma avrebbe travolto il contenuto della previsione di cui all'art. 600 *septies* c.p. in materia di confisca: in tal senso l'art. 8, comma 2 DDL S. 2351-A.

La più recente versione del disegno di legge introduce anche il limite della salvaguardia del diritto della persona offesa al risarcimento e alla restituzione, che si aggiunge al divieto di ablazione dei beni appartenenti a persona estranea al reato, presente sin dalla formulazione originaria della norma. L'emendamento rappresenta il misero compendio della ben più articolata tutela che la Convenzione (art. 25) stabilisce a garanzia dei diritti della vittima, a sostegno della quale si invitano gli Stati a predisporre adeguati strumenti[149].

La presentazione del d.d.l. alla Camera è tuttavia accompagnata dalla proposta di ulteriori emendamenti che, oltre ad incidere sulla definizione di reato transnazionale, soprattutto mirano alla soppressione di alcune disposizioni: tra queste, la previsione dell'ipotesi generale di confisca obbligatoria e per equivalente del prodotto, profitto o prezzo del reato.

Nel testo (C 6230-A) trasfuso nella legge vigente, non una figura generale, bensì una nuova ipotesi speciale di confisca viene ad aggiungersi alle altre, trovando applicazione in ordine alla apprensione – diretta ovvero per valore equivalente – delle cose costituenti profitto, prodotto o prezzo dei reati di cui all'art. 3, le quali si trovino nella disponibilità del reo (anche per interposta persona). Il dettato originario viene spogliato del proprio contenuto di norma "generale" contenente la sintesi delle peculiarità comuni alle altre figure speciali di confisca e si riduce ad una ennesima ipotesi di ablazione applicabile ai "proventi" (sopra individuati) dei "reati transnazionali"[150].

Da evidenziare la specifica previsione della confisca relativa al delitto di usura, in ordine alla quale si profilano interessanti questio-

---

[149] Si pensi all'istituto presente nel sistema processuale tedesca del *Rückgewinnungshilfe:* cfr. cap. VIII, par. 7 e ss.

[150] Come di frequente accade, la norma non contiene alcuna esplicita indicazione in merito alla natura giuridica della confisca in questione; nemmeno l'art. 12 della Convenzione Onu, che si esprime in termini di "misure", offre sul punto alcuna indicazione. Per formulare qualche congettura si deve fare riferimento alle considerazioni spese in relazione alla natura giuridica delle altre ipotesi speciali di confisca (cfr. cap. I, par. 4); *contra* nel senso che si tratta di una misura di sicurezza patrimoniale A. Rossetti, *Commento alla Legge 16 marzo 2006, n. 146*, in Aa.Vv., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, II ed., Cedam, Padova, in corso di pubblicazione, *sub Art. 11*, par. II.

ni incentrate sul concorso di norme rispetto alla disposizione di cui all'art. 644, u.c. c.p.[151], da cui è mutuato il parametro per la commisurazione del valore equivalente[152].

Resta inalterato lo schema della confisca per equivalente, che impone al giudice la determinazione delle somme di danaro o l'individuazione dei beni o delle utilità assoggettati a confisca di valore corrispondente al prodotto, al profitto o al prezzo del reato.

La disciplina dell'art. 11 appare piuttosto lacunosa.

Innanzi tutto, probabilmente a causa di una deficitaria tecnica legislativa, nel corpo della norma l'obbligatorietà sembra circoscritta alla figura sussidiaria della confisca per equivalente, mancando qualunque riferimento (eccetto che nella rubrica) alla obbligatorietà della ablazione del prodotto, del profitto e del prezzo del reato transnazionale quando tali "proventi" siano direttamente individuabili e assoggettabili ad apprensione[153].

Non si esplicita poi la natura del provvedimento "presupposto". La tesi secondo cui esso consiste nella sentenza di condanna viene desunta dall'ultimo periodo dell'art. 11, ove, in chiusura e a ridosso della statuizione in tema di usura, si stabilisce che "in tali casi, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di danaro o individua i beni o le utilità assoggettati a confisca di valore corrispondente al prodotto, al profitto o al prezzo del reato"[154]. Problematica la valutazione dell'inciso "in tali casi", che appare pleonastico se il precetto riguarda l'intera norma, mentre può conservare

---

[151] Diverse le soluzioni prospettabili; tra esse, l'abrogazione implicita della norma previgente, la specialità di quest'ultima in ragione della previsione relativa alla tutela dei diritti persona offesa al risarcimento e alla restituzione, la specialità reciproca con aggiunta bilaterale: sul punto cfr. A. di Martino, *Criminalità organizzata e reato transnazionale*, cit., p. 22.

[152] V. cap. IV, par. 3.

[153] L'obbligatorietà della confisca non è revocata in dubbio da A. di Martino, *Criminalità organizzata e reato transnazionale*, cit., p. 20 e 22; A. Rossetti, *Commento alla Legge 16 marzo 2006, n. 146*, in Aa.Vv., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, II ed., Padova, in corso di pubblicazione, *sub Art. 11*, par. I.

[154] A. Rossetti, *Commento alla Legge 16 marzo 2006, n. 146*, cit., *sub Art. 11*, par. IV.

qualche significato se riferito all'ipotesi a ridosso della quale si trova, *id est* a quella relativa all'usura.

A riguardo una sola osservazione. Vero è che il legislatore ci ha abituato ad asimmetrie tra le norme riconducibili ad opzioni di tipo politico-criminale: una disposizione omologa a quella in commento, ad esempio, si ritrova nell'ultimo comma dell'art. 322 *ter* c.p. (confisca relativa alla maggior parte dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.)[155]. Per contro, è opportuno ricordare che l'inciso era previsto anche nel testo originario del Disegno di legge, in corrispondenza del comma 2 dell'art. 240 *bis* c.p. (disposizione poi espunta), ma in quel contesto completava senza soluzione di continuità il disposto relativo alla confisca di valore corrispondente, mentre l'obbligatorietà della ablazione emergeva a chiare lettere dell'ordito del comma 1. La sensazione che la versione definitiva dell'art. 11 sia il risultato di una maldestra operazione di "bassa sartoria" rappresenta qualcosa di più che un sospetto.

Ancora. Il mancato espresso riferimento alla sentenza di c.d. patteggiamento *ex* artt. 444 c.p.p. esclude che nel caso di specie possa essere applicata la confisca di cui alla norma in commento[156].

Una sola annotazione conclusiva in ordine ai poteri di indagine patrimoniale del pubblico ministero, il quale, "in relazione ai reati di cui all'art. 3", può compiere, nel termine e ai fini di cui all'articolo 430 del codice di procedura penale, ogni attività di investigazione che si rende necessaria circa i beni, il denaro o le altre utilità soggette a confisca a norma dell'articolo 11 sopra richiamato (compresa la c.d. confisca di valore) e dell'articolo 12 *sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, e successive modificazioni (art. 12 della legge n. 146/2006)[157].

Si tratta di un disposto che riflette il processo di dilatazione delle disposizioni – originariamente eccezionali – previste in materia

---

[155] Cfr. cap. IV, par. 2.

[156] A. Rossetti, *Commento alla Legge 16 marzo 2006, n. 146*, cit., *sub Art. 11*, par. III. Per un approfondimento in punto di equiparazione tra sentenza di condanna e sentenza di patteggiamento cfr. cap. IV, par. 2.

[157] Cfr. cap. III, parr. 2.1 e ss.

di strumenti di contrasto alla mafia: in quel contesto, infatti, già gli artt. 2 *bis* e 2 *ter* Legge n. 575/1965, come si vedrà[158], consentono agli organi inquirenti di effettuare indagini patrimoniali ad ampio spettro[159].

Il parallelismo rispetto alla legislazione antimafia è evidente anche sotto il profilo della competenza del procuratore distrettuale antimafia, al quale, sempre in relazione ai reati di cui all'articolo 3, sono estesi i poteri e le facoltà attribuite al procuratore della Repubblica e al questore dall'articolo 2 *bis*, commi 1, 4 e 6, dall'articolo 2 *ter*, commi 2, 6, 7, dall'articolo 3 *bis*, comma 7, dall'articolo 3 *quater*, commi 1 e 5 e dall'articolo 10 *quater*, comma 2, della legge 31 maggio 1965, n. 575 (art. 13, Legge n. 146/2006). La norma appare eterogenea rispetto al contenuto della Convenzione, che apre ampi spazi alla "prevenzione", intesa come ambito della politica criminale mirato all'impedimento della commissione dei reati e al perfezionamento delle rispettive conseguenze (e affidato all'attività di polizia e di sicurezza), e non quale sinonimo di una tipologia di mezzi specificamente orientati al contrasto alla criminalità di tipo mafioso (artt. 12 e 13)[160]. La disposizione opera comunque nella prospettiva dell'arricchimento dell'arsenale degli strumenti utilizzabili nei confronti di quest'ultima, come si evince chiaramente dalla estensione della previsione di cui all'art. 12 Legge n. 146/2006 al caso della confisca *ex* art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992.

Insomma, per i reati previsti dall'art. 3 Legge n. 146/2006 – e fatta salva la ratifica ed esecuzione di tutte le norme della Convenzione – si profila un autonomo corpo normativo con peculiarità specifiche che sembra ispirato da esigenze non tanto di armonizzazione europea, quanto piuttosto di ulteriore consolidamento di strumenti di intervento ablativo – anche e soprattutto nella fase delle indagini

---

[158] Cfr. cap. III, par. 1.1.

[159] Lamenta la mancata estensione a *tutte* le ipotesi di confisca obbligatoria della facoltà di indagine *de qua* R. Barberini, *Entrata in vigore*, cit., p. 3271.

[160] Sintomatico di tale "vocazione" della Legge n. 146/2006 è l'attribuzione al Procuratore distrettuale antimafia delle competenze in materia di misure di prevenzione (art. 13), che riflette il contenuto di molti interventi legislativi di iniziativa parlamentare, ma che nulla ha a che vedere con la Convenzione oggetto di ratifica: in quest'ultimo senso anche E. Rosi, *Sulla configurazione dei delitti*, cit., p. 59.

– perfettamente in linea con il *mos* italico, incline al potenziamento dei meccanismi cautelari, ovvero: anticipazione della ablazione dei beni mediante rafforzamento del potere di indagine patrimoniale del p.m. orientato alla adozione di provvedimenti di sequestro preventivo a fini di confisca; estensione della competenza della Procura distrettuale antimafia.

Una chiave di lettura *in bonam partem* dell'intervento "analitico" del legislatore potrebbe rinvenirsi nella necessità di arginare il dilagare della c.d. interpretazione comunitariamente orientata (come si vedrà, latrice di infinite questioni di legittimità), *rectius* (trattandosi di atto di origine pattizia Onu e non comunitaria): di una eventuale *interpretazione internazionalmente* orientata, mediante l'introduzione di norme interne di contenuto – ritenuto – speculare a quelle convenzionali contestualmente ratificate. Sennonché la duplicazione degli istituti, cui di fatto la Legge n. 146/2006 ha dato luogo, non ha prodotto in realtà altro effetto che quello di moltiplicare i nodi ermeneutici, prescindendo da qualunque raccordo tra gli istituti di nuova introduzione e quelli tipici nazionali: ad esempio, nessuna "definizione" o altra forma di coordinamento è contenuta nella Legge n. 146/2006 (fatta salva l'asettica ratifica delle norme della Convenzione) in ordine al concetto di "gruppo criminale organizzato", che pure costituisce un asse portante della stessa nozione di reato transnazionale[161]. In proposito la difficoltà di "convergenza" dei diversi sistemi trapela dal tenore della nozione proposta dalla Convenzione (art. 2) che, da un lato, vanifica ogni distinzione tra concorso di persone in un singolo reato e organizzazione finalizzata

---

[161] La necessità di determinare i confini del "gruppo criminale organizzato" rispetto alle altre figure consimili ("movimento", "gruppo criminale", "criminalità organizzata", "criminalità organizzata transnazionale", ecc.), così come di identificare il concetto di "effetti sostanziali" (del reato) in rapporto alle nozioni classiche del diritto penale, quali "offesa al bene protetto", "danno civilistico", conseguenze dannose o pericolose", è rimarcata da F. Sgubbi, *Presentazione*, in Aa.Vv., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Cedam, Padova, 2006, p. XIV e ss. Sulle difficoltà di "armonizzazione" tra normativa sovranazionale e categorie penalistiche cfr. anche *amplius* cap. IV, par. 4.

[162] Si pensi alla definizione di "gruppo strutturato" (art. 2, lett. c), Convenzione Onu), sulla quale si fonda quella di "gruppo criminale organizzato" (art. 2, lett. a), Convenzione Onu).

alla commissione di un numero indeterminato di reati[162]; dall'altro, non esclude la punibilità di "mere intese antigiuridiche", non tradottesi in concreti atti esecutivi[163].

È un dato di fatto, comunque, che l'apporto del legislatore nazionale è venuto meno proprio laddove una norma di "interpretazione autentica" sarebbe stata necessaria.

---

[163] Alcune perplessità sulla delimitazione del concetto (o forse della categoria) del "gruppo organizzato transnazionale" proposto dalla Convenzione sono segnalate anche da V. Militello, *Partecipazione all'organizzazione criminale e* standards *internazionali d'incriminazione. La proposta del* Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata, in «Cass. pen.», 2003, p. 189 e ss.

Capitolo III

LA RELAZIONE SOGGETTIVA QUALE FONDAMENTO DELLE IPOTESI SPECIALI DI CONFISCA PREVISTE DALL'ART. 2 *TER* LEGGE N. 575/1965 E DALL'ART. 12 *SEXIES* LEGGE N. 356/1992

1. *Ipotesi speciali di confisca e rilevanza della "relazione soggettiva". La normativa "antimafia"*

Nell'ambito delle ipotesi speciali di confisca, come si vedrà meglio in seguito, si deve registrare una evidente preminenza del rapporto soggettivo tra persona indagata (sequestro cautelare) o condannata (confisca) e beni suscettibili di ablazione a discapito del rapporto di derivazione di questi ultimi dal reato: a tale tipologia di intervento appartiene anche la figura della confisca per equivalente[1].

Il canone del "disancoramento" del bene dal fatto di reato si radica nell'*humus* delle strategie di contrasto alla criminalità organizzata, considerate sia *sub specie* della misura di prevenzione patrimoniale di cui alla Legge n. 575/1965 sia in ordine alla confisca prevista dall'art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992 – se ne dirà nei successivi paragrafi – per le quali domina non "il fatto" del soggetto, ma lo *status* del medesimo[2].

---

[1] Cfr. cap. IV, par. 3.

[2] A. Alessandri, *Criminalità economica e confisca del profitto,* in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 2111, osserva che, in dette ipotesi, la ragione fondante della misura ablativa sta nella incongruità delle ricchezze di cui il soggetto può disporre rispetto alle sue condizioni e nella incapacità di giustificarle.

Nella prospettiva in esame rileva non tanto la questione se presupposto della ablazione sia la pericolosità della cosa o quella della persona[3], quanto piuttosto la sinergia che opera tra esse.

Si pensi al già citato comma 2 dell'art. 31 Legge n. 646/1982[4], alla stregua del quale alla condanna per l'omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali (comunicazione imposta dall'art. 30 alle persone condannate con sentenza definitiva per il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. o già sottoposte, con provvedimento definitivo, ad una misura di prevenzione ai sensi della Legge n. 575/1965, in quanto indiziate di appartenere alle associazioni previste dall'art. 1 di tale legge) "segue la confisca dei beni a qualunque titolo acquistati nonché del corrispettivo dei beni a qualunque titolo alienati". Nonostante le plurime ordinanze di rimessione della questione di legittimità di dette norme, le disposizioni in commento hanno superato indenni il vaglio della Consulta[5].

Tralasciando il profilo strettamente connesso alla ammissibilità di una fattispecie di pericolo presunto a connotazione fortemente normativa – anzi: una fattispecie di "mero sospetto" – come quella contenuta nel comma 1 dell'art. 30, contrassegnata da un dolo ritenuto sovente dalla giurisprudenza *in re ipsa*[6], e concentrando l'attenzione sulla norma

---

[3] Sul punto cfr. cap. I.

[4] Cfr. cap. I, par. 4. L'art. 31, comma 2, Legge 13 settembre 1982, n. 646 (contenente le misure di prevenzione patrimoniali) impone "la confisca dei beni a qualunque titolo acquistati nonché del corrispettivo dei beni a qualunque titolo alienati" in caso di condanna per l'omessa comunicazione entro i termini stabiliti dalla legge delle variazioni patrimoniali (art. 31, comma 1) indicate dall'art. 30, Legge n. 646/1982. Quest'ultima disposizione stabilisce che le persone condannate con sentenza definitiva per il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. o già sottoposte, con provvedimento definitivo, ad una misura di prevenzione ai sensi della Legge n. 575/1965, in quanto indiziate di appartenere alle associazioni previste dall'art. 1 di tale legge, sono tenute a comunicare per dieci anni, ed entro 90 giorni dal fatto, al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, tutte le variazioni nell'entità e nella composizione del patrimonio concernenti elementi di valore non inferiore a euro 10.329; lo stesso obbligo è previsto (con scadenza 31 gennaio di ogni anno) in ordine alle variazioni intervenute nell'anno precedente. Sul punto cfr. G. Tona, *L'omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali dell'associato mafioso e la prova del dolo*, in «Il merito-Il Sole 24 Ore», 2006, 4, p. 48 e ss., in particolare 50. Sul punto cfr. anche cap. I, par. 4; cap. III, par. 1; V, par. 4.

[5] Cfr. cap. VIII, par. 2.

[6] A fronte di pronunce "illuminate" nelle quali è palese la ricerca della prova del dolo di omessa comunicazione (cfr. Cass. sez. V, 25 febbraio 2005, P.G. in proc.

relativa alla confisca, va ricordato che, ad avviso della Corte, la misura costituisce "statuizione giudiziale di natura accessoria, necessariamente susseguente all'affermazione di responsabilità del soggetto" (ord. n. 143/2002). Di conseguenza il dubbio di legittimità concernente la misura ablativa viene condizionato dalla risoluzione della questione di costituzionalità della norma incriminatrice. Sennonché su questo secondo punto la Corte preferisce non esporsi, ritenendo che il giudice rimettente esiga dal "giudice delle leggi" la risoluzione di un dubbio interpretativo che invece – a detta della Consulta – spetta a lui solo dirimere (così le ordinanze nn. 442/2001 e 143/2002). Resta il fatto che il comma 2 dell'art. 31 continua a consentire l'ablazione di beni non necessariamente collegati al reato: si indicano infatti i "beni a qualunque titolo acquistati", ovvero il "corrispettivo dei beni a qualunque titolo alienati", senza che venga delimitato il perimetro della ablazione; *id est* resta indeterminato se questa si estenda a tutti i beni acquisitati o costituenti correttivo di alienazioni verificatesi nel periodo "di riferimento", ovvero soltanto a quelli in relazione ai quali sia stata omessa la comunicazione. Quest'ultima lettura[7], che muove da una interpretazione restrittiva orientata in senso teleologico della norma, presenta profili di minor contrasto con il dettato costituzionale; tuttavia nulla esclude, in linea di principio, che alla luce del tenore letterale dell'art. 31, comma 2, il giudice possa disporre l'ablazione della totalità dei beni che, nel lasso temporale indicato, comunque determinano una alterazione dell'assetto patrimoniale.

Ruà, in «Foro it.», 2006, II, c. 637; Cass. sez. V, 1° febbraio 2005, n. 3079, Cesaro, CED 231417 e in «Riv. pen.», 2006, 5, p. 564; si veda altresì nel merito T. Caltanissetta, 19 ottobre 2000, in «Foro it.», 2001, I, c. 381), si evidenziano pronunce che limitano l'accertamento a clausole di stile (si veda, ad esempio, Cass. sez. II pen., 21 aprile 2006, n. 14332, D.A., CED 234248): inconferente, a quest'ultimo proposito, il richiamo alla sentenza della V sezione della Cassazione (18 febbraio 2003, n. 15220, Gallico, in «Riv. pen.», 2003, p. 484), che verte sulla materia cautelare, attenendo alla pronuncia di un Tribunale del riesame avverso l'ordinanza del GIP disponente il sequestro della somma di denaro percepita da un soggetto sottoposto (con provvedimento definitivo) alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale a seguito della vendita di un immobile, effettuata in assenza della comunicazione della variazione patrimoniale richiesta dagli artt. 30 e 31 Legge n. 646/1982.

[7] In tal senso A.M. Maugeri, *Commento alla Legge 13 settembre 1982, n. 646 (art. 31), sub Misure di prevenzione patrimoniali*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F.C. Palazzo e C.E. Paliero, Cedam, Padova, 2003, p. 1408 (la II ed. è in corso di pubblicazione).

Anche nell'ipotesi in esame, in omaggio ad esigenze di contrasto a fenomeni di criminalità organizzata, si conferma l'irrilevanza del rapporto di derivazione tra cose oggetto della apprensione e reato, in palese deroga al fondamento della confisca c.d. speciale conosciuta dal codice Rocco.

Nel caso *de quo*, in particolare, la confisca acquisisce i connotati di una sanzione penale indeterminata nel massimo e nel contenuto (confisca dei "beni a qualunque titolo acquistati" ovvero del "corrispettivo dei beni a qualunque titolo alienati"), di gravità sproporzionata al fatto tipico (la confisca si aggiunge alla pena detentiva da due a sei anni e alla multa da euro 10.329 a euro 20.658), destinata a porsi in rotta di collisione sia con le guarentigie costituzionali penali – principio di riserva di legge (art. 25, comma 2 Cost.), ragionevolezza (art. 3 Cost.), colpevolezza (art. 27, comma 3 Cost.) e tassatività (artt. 13, 25 comma 2 e 112 Cost.) – sia con il diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost.[8]. Che poi si tratti di pena accessoria ovvero di pena principale "speciale", in quanto non prevista dal catalogo delle sanzioni penali stabilito dagli artt. 17, 18 e 19 c.p., è altro problema, che, come evidenziato nel primo capitolo, comporta conseguenze significative sul piano della disciplina concreta: si pensi, ad esempio, alla regolamentazione dell'indulto che, salvo diversa previsione della legge che lo concede[9], non estingue le pene accessorie (art. 174 c.p.)[10].

L'art. 31, comma 2 Legge n. 646/1982 conferma il *trend* cui si faceva cenno.

Il patrimonio dei "soggetti appartenenti alla criminalità organizzata" viene valutato come "una fonte specifica di pericolo, bisognosa

---

[8] Cfr. cap. VIII, par. 2.

[9] Come noto, la modifica dell'art. 79 Cost. ad opera della Legge cost. 6 marzo 1992, n. 6, ha attribuito la concessione dell'indulto (e dell'amnistia) alla competenza del Parlamento, che delibera con maggioranza qualificata dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera.

[10] Nessun dubbio sulla natura punitiva della sanzione: A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 428; Id., *Commento alla Legge 13 settembre 1982, n. 646 (art. 31)*, cit., p. 1408; *contra*, nel senso della valenza quasi preventiva della ablazione relativa a beni per i quali opera una presunzione assoluta di illiceità, cfr. C. Macrì, V. Macrì, *La legge antimafia*, Napoli, 1987, p. 210. G. Tona, *L'omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali*, cit., p. 50, definisce la confisca in esame "sanzione accessoria".

di essere neutralizzata in se stessa": è "come se emergesse – da questo punto di vista – una sorta di pericolosità in sé o di pericolosità in astratto" del patrimonio[11], che – lo si è visto[12] – dilaga oltre i confini della "lotta alla criminalità organizzata" per costituire metro di altre ipotesi di confisca.

Sennonché il collante del "riferimento soggettivo" trova applicazione non solo con riguardo alle persone fisiche, ma anche in relazione agli "enti" della cui responsabilità "amministrativa" si discuta a fronte di reati (riconducibili all'alveo di applicazione del D.lgs. n. 231/2001) commessi da soggetti in posizione apicale. In particolare, esige qualche considerazione il fatto che il profitto "tratto" dall'ente sia assoggettabile a confisca, nonostante che a quest'ultimo non sia attribuibile alcuna responsabilità "amministrativa": *id est* nel caso in cui l'ente abbia curato la vigilanza e l'aggiornamento attraverso un organo preposto del funzionamento e dell'osservanza di tali modelli, ma la persona operante in una posizione apicale abbia eluso fraudolentemente i modelli medesimi. Insomma, l'ente, anche nell'ipotesi in cui abbia ottemperato agli obblighi imposti dall'art. 6 D.lgs. n. 231/2001, fornendo la prova positiva richiesta dalla disposizione, viene "punito" attraverso la confisca del profitto tratto dal reato (e la confisca di valore)[13].

In tale prospettiva la misura sembra sottendere un giudizio di pericolosità che, se riferito alla "cosa", concerne il profitto derivante dal reato ad un soggetto "terzo" rispetto all'illecito penale (in quanto non responsabile ai sensi dei canoni di esclusione della responsabilità imposti dallo stesso art. 6); se ascritto all'ente, decreta l'esplicita qualificazione di questo come soggetto *in sé* portatore di pericolosità, che risponde "oggettivamente" del fatto altrui.

---

[11] G. Fiandaca, *Confisca dei patrimoni illeciti*, in Aa.Vv., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, cit., p. 155 e ss.: si veda la proposta normativa riguardante la confisca dei proventi delle organizzazioni criminali formulata dall'Autore nell'ambito del medesimo contributo (p. 163 e ss.), nonché il Progetto di riforma presentato dalla Commissione Fiandaca nel 2001 (cfr. in A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni*, cit., p. 341 e ss.). Al profilo della stretta relazione tra la misura di prevenzione patrimoniale e la "genesi dei beni costituenti il patrimonio del soggetto" accenna anche S. Fùrfaro, voce *Misure di prevenzione patrimoniali*, in «Dig. disc. pen.», Agg. ***, I, 2005, p. 877.

[12] Cfr. cap. I.

[13] Cfr. cap. VI, par. 3.

Entrambe le ipotesi fondano il collegamento tra bene oggetto di ablazione (profitto o altro bene equivalente appartenente all'ente) ed ente su una connessione soggettiva, ovvero l'appartenenza dell'autore del reato presupposto all'*entourage* di vertice dell'ente.

Poiché, come già notato, la rilevanza della "connessione soggettiva" della confisca si inaugura nel sistema vigente con l'introduzione delle misure di prevenzione patrimoniali[14], e prosegue con l'introduzione dell'art. 12 *sexies* D.l. n. 306/1992, è da tali aspetti che la ricerca deve prendere le mosse.

1.1. *L'introduzione della misura di prevenzione patrimoniale e del sequestro* ex *art. 2 ter della Legge 31 maggio 1965, n. 575*

Con la legge n. 646/1982 il novero delle misure di prevenzione nell'ambito della legislazione antimafia si arricchisce di un nuovo strumento: l'apprensione di beni di valore "sproporzionato" dei quali non si dimostra la legittima provenienza (art. 2 *ter*, commi 2, 3 e 4 Legge n. 575/1965).

La riforma aggiunge elementi di ulteriore scetticismo[15] in un contesto particolarmente controverso, che vede al centro del dibattito la questione della legittimità costituzionale dell'assetto delle misure di prevenzione, per la cui storia ormai "antica" si rinvia agli approfondimenti specifici[16].

---

[14] Alla legge 13 settembre 1982, n. 646, che ha introdotto le misure di prevenzione di carattere patrimoniale, si deve altresì l'inserimento dell'art. 416 *bis* c.p. (associazione di tipo mafioso), il cui comma 7, come si vedrà (cfr. *infra* par. 2.1, e cap. IV, par. 1), contiene una ipotesi speciale di confisca obbligatoria; una ulteriore ipotesi di confisca, avente per oggetto la cauzione (anch'essa misura di prevenzione patrimoniale: art. 3 *bis*, Legge n. 575/1965), è disciplinata dai commi 6 e 7 dell'art. 3 *bis*, Legge n. 575/1965.

[15] S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Esi, Napoli, 1995, p. 52 e ss.

[16] In particolare, oltre alle opere citate nelle altre note, si veda G. Casaroli, *Le misure di prevenzione patrimoniali tra accertamento del fatto e valutazione degli indizi*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Giuffrè, Milano, 2006, III, p. 2224 e ss., che offre una sintetica ricostruzione del dibattito sul punto, richiamando gli studi fondamentali di F. Bricola, G. Corso, G. Fiandaca, E. Gallo e P. Nuvolone, nonché la giurisprudenza della Corte

L'introduzione delle misure di prevenzione patrimoniali trova fondamento nella necessità di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito in cui la sua attività rivela connotati di maggiore pericolosità, cioè nel settore della accumulazione di ricchezza finalizzata al consolidamento del proprio potere e realizzata attraverso l'assunzione della gestione di settori nevralgici dell'economia in parti estese del territorio nazionale[17].

Ma non solo. Le medesime argomentazioni sono alla base della espansione dell'ambito di applicabilità della Legge n. 575/1965 agli atti preparatori dei c.d. delitti di terrorismo: in particolare, l'aggiornamento normativo dell'art. 18, Legge 22 maggio 1975, n. 152 ("*Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*") ha condotto alla dilatazione della operatività delle misure di prevenzione originariamente stabilite nei confronti coloro che, "operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti" (non solo "a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei delitti previsti dal capo I, titolo VI, del Libro II del codice penale o dagli artt. 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 c.p.", ma anche) "alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale"[18].

Due osservazioni. Da un lato, l'estensione della normativa ai reati con finalità di terrorismo anche internazionale è complementare alla

---

costituzionale; si veda altresì P.V. Molinari, U. Papadia, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge antiviolenza nelle manifestazioni sportive*, Giuffrè, Milano, 2002², p. 459 e ss.; molti altri contributi, ai quali si rimanda, sono ricordati negli studi indicati.

[17] E. Gallo, *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 30; i commentatori della "prima" riforma antimafia evidenziavano la necessità della obbligatorietà della confisca in caso di condanna per il delitto di associazione di tipo mafioso: V. Geraci, *L'associazione di tipo mafioso nella Legge 13 settembre 1982, n. 646*, in «Legisl. pen.», 1986, p. 573.

[18] In tali termini il vigente art. 18 Legge n. 152/1975, modificato dall'art. 7, D.l. 18 ottobre 2001, n. 374, conv. con mod. dalla Legge 15 dicembre 2001, n. 438: per una disamina della disposizione cfr. L.G. Bruno, *Misure di prevenzione patrimoniali e congelamento di beni per reati di terrorismo: problemi sostanziali e processuali*, in «Dir. pen. proc.», 2007, p. 99 e ss., che (p. 107 e ss.) analizza la norma parallelamente all'art. 1 *bis* della legge n. 431/2001, introdotto dall'art. 14 D.l. 25 luglio 2005, n. 144, conv. con mod. dalla Legge 31 luglio 2005, n. 155 (sul punto cfr. cap. II, in particolare nota 49).

riforma dell'art. 270 *bis* c.p. ("*associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico*", anch'esso integrato dall'art. 1, comma 1 del D.l. 18 ottobre 2001, n. 374, conv. con mod. dalla Legge 15 dicembre 2001, n. 438), cui si affianca l'art. 270 *sexies* c.p. (introdotto dall'art. 15, D.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. nella Legge 31 luglio 2005, n. 155, contenente *misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale)*, che definisce le "condotte con finalità di terrorismo"; dall'altro, si registra l'inserimento nel corpo dell'art. 18 di una specifica disposizione[19] in materia di blocco dei beni delle persone fisiche e giuridiche indicate nella "lista" delle persone sospette di coinvolgimento in attività di tipo terroristico, compilata ai sensi delle Risoluzioni dell'Onu di cui si è detto[20].

Si tratta con tutta evidenza di uno strumento verso il quale il legislatore mostra sempre maggiore affezione.

Ad esempio, l'art. 14 Legge n. 55/1990, integrato di recente anche dall'art. 7, Legge 11 agosto 2003, n. 228 (in materia di tratta delle persone), amplia il novero dei "tipi d'autore" precedentemente indicati[21], estendendo l'operatività delle disposizioni della Legge n. 575/1965 concernenti le indagini e l'applicazione delle misure di prevenzione

---

[19] Art. 18, u.c., aggiunto dal D.l. n. 144/2005, conv. con mod. nella Legge n. 155/2005, contenente *misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*: "Le disposizioni di cui al comma 1, anche in deroga all'articolo 14 della legge 19 marzo 1990, n. 55, e quelle dell'articolo 22 della presente legge possono essere altresì applicate alle persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali".

[20] Per alcune considerazioni in ordine alla legislazione sovranazionale in materia di strategie di contrasto al terrorismo internazionale cfr. cap. II, par. 2.

[21] Ovvero: indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso o ad altre associazioni comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso (art. 1, comma 1, Legge n. 575/1965); nonché "coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che siano abitualmente dediti a traffici delittuosi (art. 1, comma 1, n. 1, Legge n. 1423/1956) e "coloro che per condotta e tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose" (art. 1, comma 1, n. 2, Legge n. 1423/1956), quando l'attività delittuosa da cui si ritiene derivino i proventi sia una di quelle previste dagli artt. 629, 630, 644, 648 *bis* o 648 *ter* c.p., o quella di contrabbando (art. 14, comma 1, Legge n. 55/1990).

di carattere patrimoniale (nonché quelle contenute negli artt. 10 e 10 *sexies* della medesima legge) a "coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che siano abitualmente dediti a traffici delittuosi (art. 1, comma 1, n. 1, Legge n. 1423/1956) e a "coloro che per condotta e tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose" (art. 1, comma 1, n. 2, Legge n. 1423/1956), quando l'attività delittuosa da cui si ritiene derivino i proventi sia una di quelle previste dagli artt. 600 (riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù), 601 (tratta di persone) e 602 (acquisto e alienazione di schiavi) del codice penale.

L'istituto della confisca di prevenzione trova applicazione anche in ulteriori contesti, per così dire, di "agevolazione", più meno diretta, rispetto ai quali i beni diventano oggetto di ablazione (non – necessariamente – per la loro origine, ma) per la loro destinazione. Ad esempio, in materia di "tutela della correttezza dello svolgimento delle manifestazioni sportive"[22], il comma 2 dell'art. 7 *ter*, aggiunto alla Legge n. 401/1989 dall'art. 6 D.l. 8 febbraio 2007, n. 8, conv. con mod. dalla Legge 4 aprile 2007, n. 41, contenente *misure urgenti per la prevenzione e la repressione di fenomeni di violenza connessi a competizioni calcistiche*, statuisce che "nei confronti delle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6" può essere altresì applicata la misura di prevenzione patrimoniale della confisca, di cui alla legge 31 maggio 1965, n. 575, relativamente *ai beni, nella disponibilità dei medesimi soggetti, che possono agevolare, in qualsiasi modo, le attività di chi prende parte attiva a fatti di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive*" (il corsivo è nostro)[23]. L'ultima parte precisa inoltre che "il sequestro effettuato nel corso di operazioni

---

[22] È la seconda parte del titolo della Legge 113 dicembre 1989, n. 401, la prima parte del quale fa riferimento ad "interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestine".

[23] La norma disciplina il divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive applicabile "nei confronti delle persone che risultano denunciate o condannate anche con sentenza non definitiva nel corso degli ultimi cinque anni" per uno dei delitti indicati dalla disposizione (tra i quali quello di "lancio di materiale pericoloso, scavalcamento e invasione di campo in occasione di manifestazioni sportive" *ex* art. 6 *bis*, e, secondo il testo dell'art. 6 riformulato dal D.l. n. 8/2007,

di polizia dirette alla prevenzione delle predette manifestazioni di violenza è convalidato a norma dell'articolo 2 *ter*, comma 2, secondo periodo, della medesima legge n. 575 del 1965". Il concetto di "beni, nella disponibilità dei medesimi soggetti, che possono agevolare, in qualsiasi modo, le attività di chi prende parte attiva a fatti di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive" abbraccia uno spettro molto ampio e assolutamente indeterminato, che spazia dai beni patrimoniali riconducibili al "finanziamento illecito" delle attività descritte agli oggetti materiali utilizzati o utilizzabili in detti contesti. Se a tali premesse si aggiunge la estensione della misura al sequestro "urgente" *ex* art. 2 *ter*, comma 2, secondo periodo Legge n. 575/1965[24] effettuato nel corso di (qualunque) operazione di polizia diretta alla prevenzione delle manifestazioni sportive, si ottiene un ordito piuttosto inquietante sotto il profilo della rinuncia alle garanzie, nel quale gli strumenti di contrasto alla c.d. criminalità "da stadio" vengono mutuati da quelli della criminalità mafiosa e terroristica, con una non condivisibile equiparazione sul piano della *ratio* del procedimento di prevenzione sotteso dalla Legge n. 575/1965. Vero è che già ai sensi dell'art. 19 Legge n. 152/1975 la disciplina di quest'ultimo provvedimento opera anche nei confronti delle persone indicate dall'art. 1, n. 1 e 2, Legge n. 1423/1956, determinando un significativo sfilacciamento dell'impianto generale; ma certo la regolamentazione racchiusa nel decreto-legge, se convertita in legge, non mancherà di suscitare discussione, anche in considerazione della mancanza di idonei criteri di individuazione dell'ambito (soggettivo) dei potenziali destinatari della misura preventiva[25].

Fuor d'opera sarebbe in questa sede affrontare la normativa nel suo complesso: ci si limiterà quindi ad alcuni cenni agli aspetti che qui maggiormente interessano.

---

la contravvenzione di cui all'art. 6 *ter*, cioè "possesso di artifici pirotecnici in occasione di manifestazioni sportive"), "ovvero per aver preso parte attiva ad episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, o che nelle medesime circostanze abbiano incitato, inneggiato o indotto alla violenza".

[24] Si tratta del c.d. sequestro urgente, distinto da quello "anticipato": cfr. nota 26.

[25] *Amplius* cfr. F. Curi, "La fretta, che l'onestade ad ogni atto dismaga": *alcune osservazioni sulla recente legislazione in tema di violenza negli stadi*, in «Cass. pen.», 2007, p. 408 e ss.

La regolamentazione dell'ablazione si articola attraverso due livelli di intervento: il *sequestro* colpisce i beni di cui dispongano direttamente o indirettamente i soggetti nei cui confronti è iniziato un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione, sempre che, sulla base di sufficienti indizi, come la notevole sperequazione fra il tenore di vita e l'entità dei redditi apparenti o dichiarati, si abbia motivo di ritenere che essi siano il frutto di attività illecite o costituiscano reimpiego (art. 2 *ter*, comma 2)[26]; la *confisca* viene disposta con l'applicazione della misura di prevenzione (o, in presenza di determinati requisiti, successivamente a tale momento: art. 2 *ter*, comma 6) in relazione ai beni sequestrati di cui non si sia dimostrata la legittima provenienza (art. 2 *ter*, comma 3). Le indagini sono estese al coniuge, ai figli, a coloro che hanno convissuto con il prevenuto nell'ultimo quinquiennio e ad ogni altra persona fisica o giuridica del cui patrimonio il prevenuto risulti poter disporre in tutto o in parte, direttamente o indirettamente.

La "staffetta"[27] tra il provvedimento di sequestro e quello di confisca, e tra provvedimenti preventivi e analoghi provvedimenti applicati nel processo penale (art. 2 *ter*, comma 9)[28], segna l'eventualità di una apprensione di beni che può sottrarre questi definitivamente sulla base dei presupposti stabiliti per il sequestro di prevenzione: è infatti previsto che all'esito del procedimento, nel corso del quale il provvedimento adottato, il tribunale potrà disporre la ablazione dei beni di cui non sia stata dimostrata l'origine illecita e la restituzione degli altri. È quindi evidente che i presupposti del sequestro operano sostanzialmente come presupposti della apprensio-

---

[26] Sulla natura giuridica di tale sequestro cfr. A.M. Maugeri, *Commento alla Legge 31 maggio 1965, n. 575*, cit., p. 1330 e s. (par. III. 1). È ammessa anche una ipotesi di sequestro c.d. anticipato (art. 2 *bis*, comma 4 Legge n. 575/1965): sul punto cfr. *infra* nel testo.

[27] Definita "necessaria" in giurisprudenza: Cass. sez. V pen., 28 aprile 2005, n. 21453, B., in «Dir. Giust.», 2005, p. 32, 77.

[28] A. Gialanella, *Patrimoni di mafia. La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Esi, Napoli, 1998, p. 198 e ss. Nonostante la priorità "logica e formale" del procedimento penale, il profilo della ablazione patrimoniale registra la presenza di punti di sovrapposizione tra i diversi interventi: per una analisi esemplificativa di tali aspetti cfr. A.M. Maugeri, *Commento alla Legge 31 maggio 1965, n. 575*, cit., p. 1332 e ss. (par. IV).

ne definitiva, condizionando, nella loro indeterminatezza, esiti finali particolarmente incisivi sul patrimonio del prevenuto.

Si pensi alla figura del sequestro c.d. anticipato[29], introdotto dall'art. 1 Legge n. 55/1990, che ha interamente riscritto l'art. 2 *bis* Legge n. 675/1965, a propria volta inserito dalla Legge n. 646/1982. La misura viene adottata prima della fissazione dell'udienza camerale[30]. Il provvedimento di sequestro anticipato non consente alcun contraddittorio, venendo disposto dal tribunale nel corso delle indagini *ad hoc* (ai sensi degli artt. 2 *bis* e 2 *ter*) su proposta del Procuratore della repubblica o del questore (ovvero dal direttore della DIA)[31], senza previa contestazione dell'accusa (art. 2 *bis*, comma 4). Precedendo l'adozione della misura di prevenzione personale, l'istituto appare un "irrazionale anticipo del sospetto rispetto al sospetto"[32], solo in minima parte compensato dalla previsione di un successivo giudizio di convalida ritenuto privo di effettività sul piano dell'integrazione del contraddittorio (art. 2 *bis*, comma 5)[33].

---

[29] E. GALLO, *Misure di prevenzione*, cit., p. 31.

[30] In tale udienza l'indiziato, che deve essere avvertito con preavviso di almeno dieci giorni, può opporsi alla contestazione dell'accusa a suo carico.

[31] Nel "Documento sulle problematiche concernenti il riordino della disciplina in materia di gestione e destinazione delle attività e dei beni sequestrati o confiscati ad organizzazioni criminali" (Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, XIV Legislatura, Seduta del 19 ottobre 2005: cfr. *www.parlamento.it/parlam/bicam/14/Antimafia/documenti/benconf.pdf*) si trova conferma del conferimento "in via permanente" al direttore della D.I.A del "potere di azionare" le misure di prevenzione *ex* Legge n. 575/65, potere assegnato al Ministro dell'Interno con facoltà di delega ad organi dello stesso ministero: art. 2, comma 2 *quater*, D.l. 29 ottobre 1991 n. 345, conv. con mod. nella Legge 30 dicembre 1991 n. 410; comma poi sostituito dall'art. 1, comma 3, Legge n. 356/92. Il Ministro si è avvalso di detta facoltà la prima volta con d.m. 23 dicembre 1992, in ordine al potere di proposta delle misure personali, estendendo successivamente la competenza del direttore anche alle misure di prevenzione patrimoniali (d.m. 30 novembre 1993).

[32] L. MAZZA, *Le misure di prevenzione: un passato nebuloso, un futuro senza prospettive*, in «Riv. pol.», 1992, p. 385 e ss.; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni*, cit., p. 345 e ss.; S. FÙRFARO, *Misure di prevenzione patrimoniali*, cit., p. 894 e ss.

[33] M. MONTAGNA, *I sequestri*, cit., p. 216 e ss.; la figura richiamata nel testo va tenuta distinta dal "sequestro urgente" (in tali termini E. GALLO, *Misure di prevenzione*, cit., p. 32), che può essere disposto dal Presidente del Tribunale in casi di particolare urgenza nell'ambito del sequestro "ordinario", e che perde efficacia se non convalidato dal tribunale entro dieci giorni (art. 2 *ter*, comma 2, secondo periodo).

L'arretramento della soglia di intervento delle garanzie, conseguente alla anticipazione della adottabilità di misure di ablazione a fasi di indagine ancora acerbe, stimola una attenta riflessione sulla necessità di individuare limiti alla restrizione dei diritti patrimoniali.

La *ratio* del sequestro (e successivamente della confisca) nel contesto del procedimento di prevenzione risiede nella "riconducibilità" dei beni al soggetto nei cui confronti è avviato un tale procedimento: i beni vengono aggrediti poiché ricollegabili a persone indiziate di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, o ad altre associazioni a questa assimilate, ovvero (a partire dall'entrata in vigore della legge 19 marzo 1990, n. 55) di appartenere ad associazioni per delinquere finalizzate alla commissione di delitti in materia di sostanze stupefacenti e agli indiziati di vivere abitualmente, almeno in parte, con il provento dei delitti di estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione, riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita o di contrabbando.

Delle molteplici e problematiche asperità della disciplina in parola, ai cui specifici commenti si rinvia per adeguati approfondimenti[34], basti in questa sede ricordare alcuni profili.

Il nucleo della confisca intesa come misura di prevenzione patrimoniale, e del sequestro che ne precede la disposizione, si impernia sulla connessione tra determinati beni (di cui non si dimostra la provenienza lecita) e soggetti nei cui confronti si procede per l'applicazione di una *misura di prevenzione personale* in quanto *indiziati* di appartenere ad associazioni di tipo mafioso o assimiliate, ovvero di appartenere ad associazioni finalizzate alla commissione di delitti ritenuti particolarmente gravi, tanto da essere inseriti negli elenchi che costellano la normativa di matrice sovranazionale[35]; al fine di impedire l'interposizione fittizia, il provvedimento può essere esteso ad altri soggetti uniti da vincoli di parentela o di convivenza con il prevenuto, o dei quali il prevenuto gestisce (integralmente o parzial-

---

[34] Si rinvia in particolare ai contributi di F. Curi, A. Mangione, M. Montagna, A.M. Maugeri e P.V. Molinari, citati nelle note di questo capitolo.

[35] Cfr. cap. II.

mente) il patrimonio[36]. Secondo la Corte costituzionale, nonostante "la tendenza a rendere in alcuni casi le misure di prevenzione patrimoniali autonome rispetto a quelle personali", […] le misure patrimoniali presuppongono necessariamente un rapporto tra beni di cui non sia provata la legittima provenienza e soggetti portatori di pericolosità sociale che ne dispongano, o che siano avvantaggiati dal loro reimpiego, nell'ambito di attività delittuose"[37].

Va registrata in realtà una evidente eccezione al principio appena espresso, giustificata, a parere del legislatore, dalla necessità di arginare "i pericoli di infiltrazione da parte della delinquenza di tipo mafioso". Gli artt. 3 *quater* e 3 *quinquies* Legge n. 575/1965 inseriti dall'art. 24 D.l. n. 306/1992, infatti, prevedendo l'applicazione della sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni[38] nei confronti di coloro per i quali *non ricorrono* i presupposti legittimanti l'applicazione delle misure di prevenzione, ma a carico dei quali sussistono "sufficienti elementi per ritenere che il libero esercizio" di determinate attività economiche (specificate dal comma 1 dell'art. 3 *quater*) *agevolino* l'attività delle persone nei cui confronti è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione *ex* art. 2 Legge n. 575/1965, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti *ex* artt. 416 *bis*, 629, 630, 644, 648 *bis* e 648 *ter* c.p. (art. 3 *quater*, comma 2)[39]. Il combinato disposto, se

---

[36] Anche in tal caso, tuttavia, l'indagine finalizzata alla adozione della misura cautelare reale deve essere rigorosa, proprio perché viene ad interessare beni appartenenti a persona "immune da censure sotto il profilo della pericolosità e dell'indizio di appartenenza ad associazione di tipo mafioso: Cass. sez. I pen., 11 novembre 2003, A. e altri, in «Dir. pen. proc.», 2004, p. 168 e ss.

[37] Corte cost. 29 novembre 2004, n. 368, in «Cass. pen.», 2005, p. 800.

[38] Per alcune considerazioni circa la sentenza della Corte cost. n. 487/1995 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 *quinquies*, comma 2 Legge n. 575/1965, nella parte in cui non prevede che avverso detto provvedimento di confisca possano proporsi le impugnazioni previste e con gli effetti indicati nell'art. 3 *ter*, comma 2 c.p.p., cfr. cap. VII, par. 4.

[39] Con riguardo a tali soggetti la disciplina consente altresì l'applicazione di misure di prevenzione personali e la disposizione di ulteriori indagini e verifiche sulle suddette attività economiche; si stabilisce inoltre "l'obbligo, nei confronti di chi ha la proprietà o la disponibilità, a qualsiasi titolo, di beni o altre utilità di valore non proporzionato al proprio reddito o alla propria capacità economica, di giustificarne la legittima provenienza" (art. 3 *quater*, comma 1, ultima parte). *Amplius* sul punto A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 341 e ss.

consente di aggirare l'ostacolo della prova della interposizione fittizia richiesto dall'art. 2 *ter*[40], arretra ulteriormente l'ambito di applicazione delle misure preventive di tipo patrimoniale[41].

Resta il fatto, tuttavia, che, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, solo "*eccezionalmente* manca o è attenuato il nesso di presupposizione tra le misure personali e quelle patrimoniali", mentre è da ritenersi prevalente il principio secondo il quale queste ultime "non hanno la loro ragion d'essere esclusivamente nei caratteri dei beni che colpiscono", atteso che "la pericolosità del bene […] è considerata dalla legge derivare dalla pericolosità della persona che ne può disporre"[42].

Se dunque la connessione con la misura di prevenzione personale è *di regola* il presupposto imprescindibile per l'avvio del procedimento, è innegabile che questo, secondo l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità[43], si trasformi in una *procedura in rem*, continuando quindi a spiegare i propri effetti sulle "cose", quando, ad esempio, nelle more

---

[40] A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 409 e ss.; Id., *Commento alla Legge 31 maggio 1965, n. 575, sub Misure di prevenzione patrimoniali*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F.C. Palazzo e C.E. Paliero, Cedam, Padova, 2003, p. 1382 e ss. (la II ed. è in corso di pubblicazione).

[41] Ritiene infatti la Corte di Cassazione (Sez. IV pen., 8 febbraio 1999, n. 1112, Galoppo, in «Cass. pen.», 2000, p. 179) che il provvedimento in parola vada disposto "non sulla base dei criteri riconducibili alla disciplina dettata dall'art. 2 *ter* di detta legge, ma facendo riferimento ai distinti parametri dello schema procedimentale disegnato dagli art. 3 *quater* e 3 *quinquies* e quindi verificando soltanto, sulla base di univoci e pregnanti elementi indiziari, che trattasi di beni costituenti frutto o reimpiego del frutto di attività illecite, sì da potersi dire realizzata una obiettiva commistione di interessi tra attività d'impresa e attività mafiosa; situazione, questa, nella quale gli effetti del provvedimento ablativo legittimamente si riflettono sui beni di un imprenditore il quale, pur non sospettato né indiziato di appartenenza ad un'associazione di tipo mafioso, tuttavia, per il ruolo oggettivamente agevolatore dell'attività economica da lui esercitata rispetto agli interessi di detta associazione, sia da considerare, come affermato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 487 del 1995, 'certamente non estraneo nel quadro della complessiva gestione del patrimonio mafioso'".

[42] Corte cost. 8 ottobre 1996, n. 335, par. 2.1: implicitamente la Corte, precisando che nei casi in esame il nesso tra la misura personale e quella patrimoniale "è ulteriormente allentato", esclude che tale legame debba essere completamente reciso (par. 2.2; cfr. G. Casaroli, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 2242). Nello stesso senso anche la successiva ordinanza della Consulta n. 368/2004.

[43] Tra le altre, Cass. sez. II pen., 31 gennaio 2005, n. 19914, Bruno e altro, CED 213873.

del procedimento stesso (o dopo il provvedimento definitivo) il soggetto deceda[44], ovvero venga comunque meno la sua pericolosità.

Tali profili sono sintomatici della anomalia rappresentata dalla confisca di prevenzione, della quale anche la Corte di Cassazione si dimostra consapevole.

Infatti, secondo il principio ormai pacifico in giurisprudenza, la confisca del patrimonio riconducibile al prevenuto e ritenuto il frutto o il reimpiego di sue attività illecite, pur essendo applicata, per scelta del legislatore, nel procedimento di prevenzione, "non ha natura di provvedimento di 'prevenzione', ma costituisce una sanzione amministrativa diretta a sottrarre in via definitiva i beni di provenienza illecita alla disponibilità dell'indiziato di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso ed equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prevista dall'art. 240, comma 2, cod. pen. La "*ratio*" della confisca" – continua la Corte – "comprende ed eccede quella delle misure di prevenzione in senso proprio, mirando a sottrarre definitivamente i beni di provenienza illecita al circuito economico di origine, per inserirli in altro esente da condizionamenti criminali, e dunque si proietta al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di determinate persone pericolose per sorreggere la misura stessa anche oltre il perdurare della pericolosità del soggetto al cui patrimonio è applicata"[45].

---

[44] Anche l'art. 35, comma 7, Legge n. 69/2005 (in tema di mandato di arresto europeo: cfr. cap. II, par. 2) stabilisce che i beni sequestrati vengano consegnati anche quando il mandato di arresto non possa essere eseguito a motivo del decesso o della fuga del ricercato. Va peraltro segnalato che la Corte costituzionale ha contestato uno dei fondamenti della tesi, ovvero l'assimilabilità del decesso alle figure di "assenza, residenza o dimora all'estero" legittimanti l'instaurazione o la prosecuzione del procedimento di prevenzione ai soli fini della applicazione della misura di prevenzione patrimoniale, sostenendo che queste ultime si riferiscono a situazioni le quali, a differenza della prima, comunque consentono una "valutazione di pericolosità della persona": Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 335, parr. 2.2 e 3.

[45] Da tali premesse la Corte, confermando i precedenti in materia (Cass. Sez. Un, 3 luglio 1996, n. 18, Simonelli; Cass., Sez. II pen., 21 marzo 1997, n. 12541, Nobile; Id. Sez. I pen., 1° marzo 2001, n. 20451, Siino e altri), desume che, "una volta accertati i presupposti di pericolosità qualificata del soggetto e di indimostrata legittima provenienza dei beni a lui riconducibili, l'applicazione della confisca diviene comunque obbligatoria, ancorché tale risultato sia conseguibile solo all'esito definitivo della prevista procedura, senza che alcun effetto risolutivo possa ricollegarsi al venir meno del prevenuto ovvero della sua pericolosità" (così Cass. sez. I

Il bene viene considerato "uno strumento di sviluppo dell'organizzazione mafiosa, dei suoi membri e, quindi, pericoloso in sé", con la conseguenza che l'azione di contrasto privilegiata dal legislatore viene ad incentrarsi sul bene, pur "collegato" al soggetto. In particolare, con riferimento al caso del decesso del prevenuto, si è precisato che "è proprio questa specifica funzione di 'prosciugamento' alla fonte delle ricchezze mafiose, voluta dal legislatore, che, se da un lato non consente di prescindere dalla 'preesistenza' del soggetto, dall'altro neppure consente di ritenere le misure reali in questione necessariamente legate alla sua 'persistenza in vita'"[46].

1.2. *I presupposti: a) gli "indizi (di appartenenza)"*

Si è già evidenziato che uno dei profili più significativi della disciplina è la connessione tra applicazione della misura di prevenzione personale e applicazione della misura di prevenzione patrimoniale.

A parte la notevole sperequazione fra il tenore di vita e l'entità dei redditi, e la impossibilità di giustificare la provenienza lecita dei beni, sulle quali si tornerà tra breve, il sequestro e la confisca preventiva si presentano come "appendici" della misura di prevenzione personale, a sua volta operante nei confronti di soggetti sulla cui appartenenza ad associazioni di tipo mafioso o comunque delinquenziale mirate a fini specifici ancora si sta indagando: tali soggetti infatti sono (soltanto) "indiziati" di appartenere a dette organizzazioni.

Lo sganciamento tra responsabilità penale e applicazione della misura di prevenzione patrimoniale[47], che è il portato dell'autono-

---

pen., 15 giugno 2005, n. 27433, Libri, in CED 2005, Rv231755; nello stesso senso Cass. Sez. II pen., 31 gennaio 2005, n. 19914, Bruno e altri, CED rv. 231873, e in «Riv. pen.», 2006, 7-8, p. 866). In senso contrario la Corte costituzionale (sent. n. 335/1996) ha ritenuto impraticabile l'estensione analogica delle norme eccezionali di cui agli artt. 2 *ter*, 3 *quater* e 3 *quinquies* Legge n. 575/1965 all'ipotesi – non prevista – del decesso della persona sospettata di appartenenza ad associazione mafiosa.

[46] Cass. sez. II, 31 gennaio 2005, n. 19914, P.G. in proc. Bruno e altri, in «Guida al Diritto», 2005, 25, p. 55 nota di P. Giordano.

[47] Si pensi che l'attualità della pericolosità è da riferire al momento del giudizio di primo grado: «Cass. pen.», sez. V, 12 gennaio 1999, Bonanno, in *Rep.* «Foro it.» 1999, voce *Misure di prevenzione*, n. 57, e in CED 213188.

mia del procedimento preventivo rispetto a quello penale, deriva dalla profonda diversità degli stessi sul piano strutturale e funzionale: la conseguenza estrema di tali presupposti è che il primo può essere esperito anche in seguito al proscioglimento in sede penale[48]. Le due vicende seguono percorsi – e hanno obiettivi – spesso paralleli (tanto è vero che, fatte salve le esigenze di mantenimento del segreto, è sancito l'obbligo del giudice penale di attivare il procedimento preventivo nei confronti di determinati soggetti sottoposti a procedimento penale: art. 23 *bis* Legge n. 646/1982), ma non necessariamente coincidenti. Di regola, la strada degli strumenti preventivi-cautelari è apparsa più agevole e più facilmente addomesticabile in sede di armonizzazione europea[49]: anche a prezzo della evidente perdita di corrispondenza tra funzione della misura e sua disciplina.

È quindi sui presupposti di operatività del primo tipo di intervento che occorre innanzi tutto soffermarsi, poiché è dalla esistenza di essi che può dipendere l'apprensione temporanea (sequestro) e successivamente definitiva (confisca) dei beni.

Il presupposto degli "indizi di appartenenza" ad associazioni di tipo mafioso e ad altre a questa assimilate pone (almeno) due ordini di problemi interpretativi: per un verso, si tratta di dare contenuto alla espressione "indizi" (di appartenenza); per l'altro, è necessario comprendere quale soggetto possa ritenersi "appartenente" all'associazione.

Sotto il primo profilo, va registrato un consolidato orientamento, secondo il quale gli "indizi" devono essere intesi quali "prova piena non ancora completamente verificata"[50]; non è quindi necessario fare riferimento ai parametri di cui all'art. 192 c.p.p. in tema di "prova giudiziaria"[51], né a quelli dell'art. 273 c.p.p. sulle condi-

---

[48] Cass., sez. V pen., 17 gennaio 2006, n. 9505, P.V., in CED Rv 233892; Id. sez. I pen., 21 ottobre 1999, Castelluccia, in «Foro it.», *rep. 2000*, voce *Misure di prevenzione*, n. 70, e in CED Rv 215117; Cfr. altresì A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni*, cit., p. 347 e ss., in particolare 356.

[49] Cfr. cap. II.

[50] S. Battaglio, *"Indizio" e "prova indiziaria" nel processo penale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1995, p. 376.

[51] Cfr. ancora Cass. sez. I pen., 21 ottobre 1999, n 5786, Castelluccia, in «Cass. pen.», 2000, 2014.

zioni generali di applicabilità delle misure cautelari. Piuttosto è necessario che emergano "elementi di fondato sospetto"[52], cioè elementi di giudizio idonei (ossia di valenza oggettiva) a giustificare sul piano razionale o su quello empirico una presunzione di pericolosità del soggetto[53]. Se va comunque sottolineata la necessità della ricerca, evidenziata soprattutto sul piano delle enunciazioni di principio, di "riscontri oggettivi", connotati dal carattere della completezza, correttezza e logica[54], in concreto, tuttavia, la sussistenza degli indizi viene argomentata sulla scorta di elementi piuttosto "deboli" che in molti casi finiscono per coincidere con "sospetti" e "presunzioni"[55]. I tentativi dottrinali di distinguere l'"indizio" dal "sospetto", da un lato, e il fondamento della pericolosità da quello della responsabilità penale, dall'altro, non riescono a superare l'originario deficit di garanzie ineluttabilmente connaturato al procedimento di prevenzione[56].

Si può asserire che la confisca colpisce un soggetto per la sua presumibile "condotta di vita"[57], nel senso che il giudizio circa l'appartenenza alle associazioni sopra richiamate è supportato da meri indizi: è infatti sufficiente una "prova indiretta o indiziaria".

Si afferma, in particolare, che la valutazione della pericolosità possa essere fondata sulle "emergenze di un procedimento pendente o concluso", o addirittura su "fatti sintomatici della condotta abituale e del tenore di vita del prevenuto, quali le denuncie per gravi reati, il tenore di vita del soggetto, la frequentazione di pregiudicati e soggetti sottoposti a misure di prevenzione, e altre manifestazioni oggettivamente contrastanti con la sicurezza pubblica, in modo che

---

[52] Cass. sez. I pen., 30 maggio 1995, Cafai, in «Riv. pen.», 1996, p. 245.

[53] Cass. sez. VI, 27 maggio 1997, Di Giovanni e altri, in «Cass. pen.», 1998, p. 243.

[54] Così A. Mangione, *La misura di prevenzione*, cit., p. 158 e ss., al quale si rinvia per la dettagliata analisi delle principali pronunce in argomento.

[55] *Ibidem*, p. 161 e ss.

[56] Si consenta sul punto di richiamare gli approfondimenti contenuti negli studi specifici sul tema, che evidenziano i "problemi costituzionali" della "fattispecie di pericolosità" in ordine ai principî di legalità, personalità, presunzione di non colpevolezza e teleologismo sanzionatorio: *amplius* A. Mangione, *La misura di prevenzione*, cit., p. 168 e ss., con amplia bibliografia di riferimento.

[57] A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni*, cit., p. 350.

risulti esaminata globalmente l'intera personalità del soggetto come risultante da tutte le manifestazioni sociali della sua vita"[58].

La soglia di rilevanza dell'indizio tuttavia non può arretrare, almeno formalmente, sino al punto di integrare un mero "sospetto": il giudizio di pericolosità significativo in sede di prevenzione deve fondarsi su una "oggettiva valutazione dei fatti", avulsa dalle considerazioni di matrice puramente soggettivistica ascrivibili all'autore stesso del giudizio[59].

In concreto la giurisprudenza, rispetto al contenuto del concetto di "indizi", ha di fatto applicato una sorta di inversione dell'*onere della prova*. La Corte d'Appello di Potenza[60], ad esempio, ricorda, richiamando la precedente giurisprudenza della Suprema Corte[61], che, in caso di applicazione delle misure di prevenzione "nei confronti di soggetti indiziati d'appartenenza ad una associazione criminale, connotata ontologicamente da metodo e struttura analoghi a quelli propri dell'associazione di tipo mafioso […] gli specifici elementi sintomatici della presumibile appartenenza del prevenuto a siffatto sodalizio di per sé implicano una latente e permanente pericolosità sociale, sicché, al fine di escludere l'attualità di tale pericolosità, occorre acquisire concreti e contrastanti dati attestanti il recesso personale del soggetto da quella organizzazione o la disintegrazione di questa. Ne consegue che, una volta che il giudice della prevenzione abbia fornito adeguata motivazione in ordine alla ritenuta sussistenza di detta partecipazione, e non sussistano elementi – a parte il decorso del tempo, di per sé non decisivo – dai quali possa ragionevolmente desumersi che l'appartenenza sia venuta meno, non occorre alcuna specifica

---

[58] Per il primo assunto cfr. Cass. sez. I pen., 25 ottobre 1993, Labate, in «Cass. pen.», 1995, p. 163; per il secondo cfr. Cass. sez. V pen., 14 dicembre 1998, n. 6794, Musso, in «Cass. pen.», 1999, 2675, con riferimento all'art. 4, Legge 1423/1956; si limita, nel medesimo contesto, a richiamare "elementi di minore efficacia probatoria" Cass. sez. VI pen., 29 gennaio 1998, Consolato, in «Cass. pen.», 1999, p. 1597.

[59] Così Corte cost. 22 dicembre 1980, n. 77, in «Giur cost.», 1980, p. 1544, che richiama la precedente decisione n. 23/1964.

[60] Cfr. Corte d'Appello di Potenza, 10 luglio 2002, Largo e altri, in «Diritto e Giustizia», 2002, 5 ottobre 2002.

[61] Cass. sez. I pen., 27 gennaio 1998, n. 461, La Rocca, in «Cass. pen.», 1999, p. 1250; Id. sez. VI pen., 40; 22 marzo 1999, n. 950, Riela, in «Giur. it.» 2000, p. 821 e ss., con nota di I. IAI.

motivazione che dia conto delle ragioni per le quali il soggetto sia da considerare anche attualmente pericoloso".

1.3. *(segue) b) L'"appartenenza" ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso*

Il presupposto soggettivo si incentra sull'"appartenenza" del prevenuto ad una associazione mafiosa o affine, la quale persegua finalità o agisca con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.

Il primo interrogativo che si pone riguarda l'eventuale coincidenza tra i concetti di "appartenenza" ai sensi dell'art. 1 Legge n. 575/1965 e di "partecipazione" all'associazione *ex* art. 416 *bis*, comma 1 c.p.

Aderendo alla tesi affermativa, si dirotta l'indagine sul contenuto della "partecipazione", che richiede una analisi approfondita della recente elaborazione della dottrina e della giurisprudenza, ai cui analitici esiti si rinvia.

Per sommi capi.

In primis bisogna intendersi sul concetto "associazione di tipo mafioso" o altra a questa assimilata, cui è applicabile l'art. 1 Legge n. 575/1965, presupposto di operatività della misura di prevenzione patrimoniale[62]: la prova dell'esistenza "in vita" e dell'attività dell'associazione è pregiudiziale a qualunque valutazione sul punto[63]. L'identificazione dei contorni del concetto in esame è questione non marginale, atteso che la Cassazione ha preso posizione sul punto, precisando che il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. è configurabile an-

---

[62] Secondo Cass. sez. VI pen., 23 novembre 2004, n. 114, Camarda, in «Cass. pen.», 2006, 2941, ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione è, "in ogni caso, necessaria la prova certa dell'esistenza di un'associazione mafiosa, in una qualsiasi delle forme che può assumere all'interno della figura delittuosa descritta nell'art. 416 *bis* c.p.".

[63] A. Gialanella, *Patrimoni di mafia*, cit., p. 111.

che nei confronti dei soggetti che, pur non controllando tutti coloro che vivono in un certo territorio, tuttavia rivolgono le loro mire nei confronti dei componenti di una certa collettività (ad esempio, immigrati clandestini o fatti immigrare clandestinamente), sempre che si avvalgano di metodi tipicamente mafiosi e delle conseguenti condizioni di assoggettamento e omertà[64].

Un diffuso orientamento considera la "partecipazione" delineata dall'art. 416 *bis* c.p. (accanto alle più connotate figure di colui che promuove, dirige e organizza) quale soglia minima di rilevanza della "adesione" all'associazione[65]. Ne conseguirebbe, nell'accezione che considera partecipazione e appartenenza come locuzioni equipollenti, l'esclusione della rilevanza di quei fatti di "contiguità"[66] su cui da oltre un decennio si interroga la dottrina, compulsata da una consolidata prassi giurisprudenziale[67], che per gli indiziati di appartenere ad associazione mafiosa – a differenza che rispetto alle categorie previste dall'art. 1 Legge n. 1423/1956 – ritiene la pericolosità insita nell'appartenenza stessa[68].

La Corte di Cassazione sembra conformarsi alla tesi della sovrapponibilità dei concetti di "indiziato di appartenenza" e "indiziato di partecipazione", laddove considera "implicito nell'appartenenza" al sodalizio una sorta di presunzione di pericolosità ed esclude quindi la necessità della valutazione di quest'ultima (ritenuta "latente e permanente") ai fini della applicazione della misura di preven-

---

[64] Cass. Sez. VI pen,30 maggio 2001, Hsiang Khe Zhi, in «Foro it.», 2004, II, c. 6 e 9. Il parametro è ribadito anche da T. Bari, 28 marzo 2003, Chen Jan Zhong, *ivi*, c. 6 e 10 e ss., che nel caso di specie tuttavia ha escluso l'esistenza dei presupposti in testo richiamati, venendo invece in discussione isolati atti di violenza a danno di singoli clandestini (per cui si è ritenuto configurare il delitto di cui all'art. 416 c.p.).

[65] Si veda L. De Liguori, *Fattispecie preventiva e associazione mafiosa: realtà e simbolismo della nuova emergenza*, in «Cass. pen.», 1990, p. 693; A. Gialanella, *Patrimoni di mafia*, cit., p. 111 e ss.; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 350.

[66] Una relazione di mera contiguità – precisa T. Napoli, sez. appl. Mis. Prev., 17 novembre 1995, Nuvoletta, in «Critica del diritto», 1996, p. 209 e ss. – richiede un giudizio di matrice sociologica e non giurisdizionale e, pertanto, non può trovare spazio nel giudizio di prevenzione.

[67] Cass. sez. II pen., 11 ottobre 2005, M.S. e altri, in CED Rv 232779; Id. Sez. I pen., 2 dicembre 1996, Brigati, in «Cass. pen.», 1997, 3170. Id., 5 febbraio 1990, Salvo, «Giust. pen.», 1990, III, p. 511.

[68] A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 356 e ss.

zione[69]. Del resto, è vero che i connotati della consorteria sono indicati nell'art. 416 *bis* c.p., ma è altrettanto certo che tali elementi costituiscono il portato della giurisprudenza formatasi in vigenza del testo originario della Legge n. 575/1965[70].

Per contro, partendo da diversi presupposti, il fulcro dell'indagine si trasferisce sulla necessità di individuazione della eventuale linea di demarcazione tra inserimento stabile nell'associazione e "contiguità" con la stessa[71]; e, di conseguenza, sulla precisazione dei confini entro i quali il comportamento c.d. contiguo possa rilevare penalmente attraverso la figura del concorso dell'*extraneus* nel reato associativo. Si pone infatti la questione della perseguibilità a titolo di concorso esterno nel reato associativo dei soggetti che non presentano "evidenze" di inserimento stabile nella organizzazione criminosa. In questo senso il riferimento alla "contiguità" consente l'estensione della disciplina antimafia ad una nebulosa "area di rischio" nella quale vengono attratte situazioni comportamentali non tipizzate, ritenute punibili sulla scorta di disomogenei indici[72].

---

[69] Cass. sez. II pen., 11 ottobre 2005, n. 44326, CED 232779.

[70] A. Gialanella, *Patrimoni di mafia*, cit., p. 110 e ss.

[71] L'espressione lessicale in discussione non compare esplicitamente nel dettato normativo: essa viene ricondotta all'articolata disposizione contenuta nell'art. 3 *quater* Legge n. 575/1965 e vive nel "brodo di coltura" della figura del c.d. concorso esterno nel reato associativo. Per una analisi dei principali orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul punto cfr. A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 357 e ss.; si veda altresì C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2003, rispettivamente 126 e ss. e 271 e ss.; in particolare, sulla "tipicità inafferrabile" nel reato associativo cfr. A. Cavaliere, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Esi, Napoli, 2003, p. 81 e ss.

[72] Le oscillazioni della giurisprudenza sul punto sono note: nonostante tre significative pronunce delle Sezioni Unite (5 ottobre 1994, Demitry, in «Foro it.», 1995, II, c. 422 e ss.; 30 ottobre 2002, Carnevale, *ivi*, 2003, II, p. 453; 12 luglio 2005, Mannino, *ivi*, 2006, II, p. 80 e ss.) la pluralità degli orientamenti ermenuetici prevale, suscitando un inquietante senso di "disorientamento": si veda il contributo di G. Fiandaca e C.Visconti, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in «Foro it.», 2006, II, c. 86 e ss., che, prendendo le mosse dal commento all'ultima delle sentenze richiamate, ripercorre in prospettiva critica i passaggi fondamentali dei diversi indirizzi: dal criterio dell'adesione volontaria al sodalizio criminoso, al modello definibile "causale", a quello "organizzatorio" (senza dimenticare la terza tipologia – c.d. sincretistico-additiva – originata dalla miscela degli altri due). Oltre che agli studi di A. Cavaliere e C. Visconti citati nella nota precedente, si rinvia a P. Morosini, *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del "concorso esterno" in associazione*, in «Dir. pen. proc.», 2006, p. 585 e ss.

Peraltro, a considerare il concetto di "appartenenza" autonomo rispetto a quello di "partecipazione", si giunge a risultati ancora più indeterminati.

In giurisprudenza si ritiene che la locuzione di cui all'art. 1, in considerazione delle peculiarità del procedimento di prevenzione, vada letta unitamente al termine "indizi" al quale è collegata: in questo senso, da un lato, diviene secondario inquadrare la condotta del soggetto nella figura del "partecipe" ovvero in quella del "concorrente" nel reato associativo alla stregua del criterio di "prova" in senso tecnico; dall'altro, il concetto stesso di "appartenenza" si rivela più sfumato e meno tecnico di quello di partecipazione[73], tanto che sono sufficienti elementi indiziari che testimonino la "contiguità" dei rapporti tra il prevenuto e le associazioni mafiose.

Si sottolinea, infatti, che il giudizio di prevenzione, incentrandosi sulla pericolosità sociale – presupposto, lo ricordiamo, di applicazione della misura patrimoniale – non esige la dimostrazione della responsabilità penale del soggetto per la commissione di uno o più specifici fatti di reato: di questa "pericolosità sociale specifica" possono considerarsi "indici" una serie variegata di elementi eterogenei (provenienti da processi celebrati ovvero ancora in corso) che richiedono una lettura complessiva, ricomprendendo "ogni comportamento che, pur non realizzando il reato di associazione di tipo mafioso, sia funzionale tuttavia agli interessi dei poteri criminali e costituisca una sorta di terreno più generale di cultura mafiosa"[74]. Insomma, mentre la legge n. 1423/1956 esige la prova della appartenenza del soggetto ad una delle categorie indicate (art. 1) *nonché* la prova della pericolosità del soggetto per la sicurezza pubblica (art. 2), per la giurisprudenza, ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti degli indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso o altre equiparate, "la pericolosità è considerata dalla legge, se non presunta *iuris et de iure*, necessariamente implicita" nell'appartenenza del soggetto alla consorteria, per cui "non occorre la ulteriore dimostrazione,

---

[73] Cass. pen. sez. I, 12 febbraio 2002, Scamardo, CED 221156.
[74] *Ibidem*.

deducibile da altri elementi, che si tratta di soggetti socialmente pericolosi"[75].

La misura di prevenzione, anziché svolgere una funzione preventiva, è chiamata ad operare come sanzione repressiva rispetto a "fatti di appartenenza" ad associazioni mafiose o assimilate, per i quali non vi sono prove sufficienti per la condanna penale. Più che di misure *praeter delictum* si dovrebbe quindi parlare di misure *praeter probationem delicti*[76], come del resto la stessa Corte di Cassazione ammette quando osserva che tali provvedimenti si risolvono in un "anticipato succedaneo di un provvedimento retributivo, per i casi in cui non si riesce ad esercitare nella competente sede lo *jus puniendi*"[77].

Che siffatte asserzioni riflettano l'adesione al principio per cui una efficace lotta al crimine organizzato non può non comportare "qualche prezzo in termini di garanzie"[78], appare di tutta evidenza. Ma, dal punto di vista formale, i piani restano ben distinti: il giudizio di "appartenenza" non può essere condizionato dall'esito di un procedimento penale per un fatto di criminalità organizzata, né dall'applicazione dell'istituto della sospensione condizionale; la prognosi di pericolosità prescinde dalla attribuzione di responsabilità per uno o più fatti di reato determinati, ma si incentra su "fatti diversi e diversi periodi di tempo", dai quali emerga l'attualità della pericolosità del soggetto. In tale quadro rilevano non solo le sentenze e i decreti di archiviazione, ma anche le dichiarazioni dei collaboratori, le informative di polizia, i riscontri *aliunde* reperiti[79].

È la stessa *ratio* dell'istituto della prevenzione, volta a prevenire la commissione di crimini, a richiedere meri "indizi" di "colpevolezza" e, onde evitare equivoci di carattere sostanziale, a ricorrere a figure lessicalmente diverse da quelle previste per l'accertamento *post factum*[80].

---

[75] Cass. Sez. I pen., 2 dicembre 1996, Brigati, in «Cass. pen.», 1997, p. 3170.

[76] Efficace sul punto l'espressione utilizzata da L. Filippi, *La confisca di prevenzione: un'anomalia tutta italiana*, in «Dir. pen. proc.», 2005, p. 270.

[77] Cass. Sez. I pen., 1° marzo 1991, Piromalli e altri, in «Cass. pen.», 1992, p. 1326.

[78] G. Fiandaca, *Confisca dei patrimoni illeciti*, cit., p. 153.

[79] T. Caltanissetta, Sez. Mis. Prev., 3 febbraio 2005, D.V. (inedita).

[80] *Ibidem*.

Il rischio che si profila è e resta quello del consolidamento della cultura del sospetto: irrisolto resta infatti il quesito relativo alla trasformazione di un elemento di "sospetto" in un "indizio" di pericolosità, soprattutto se si presuppone la non necessità della prova che il soggetto sia (quanto meno, e nella misura in cui una simile ipotesi è ritenuta compatibile con il nostro sistema penale) un concorrente esterno dell'associazione.

La giurisprudenza di merito si è costruita un paradigma per rapportare l'indizio di appartenenza ad un quadro generale di riferimento. La questione si pone particolarmente con riguardo alla contestata figura della c.d. imprenditoria mafiosa[81], che opera in un contesto di "contiguità" nel quale i confini tra partecipazione all'associazione e concorso esterno alla stessa si fanno indeterminati e, soprattutto, annacquano la fondamentale linea di demarcazione tra impresa connotata da "forme di cointeressenza" con la associazione e impresa "vittima" della mafia. Ad avviso del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione[82], l'impresa mafiosa di tipo classico (fondata sulla spendita del nome del mafioso) è stata sostituita da quella di "proprietà sostanziale del mafioso" (che resta nell'ombra, salvo si imponga la necessità del suo diretto intervento), e, addirittura, da quella "a partecipazione mafiosa", che consente alla orga-

---

[81] Discussa l'ammissibilità dell'autonoma figura dell'"impresa mafiosa" (da alcuni Autori ricondotta al concetto di "economia mafiosa": per alcune suggestioni ispirate dalla Legge 16 marzo 2006, n. 146 in materia di "crimine organizzato transnazionale" – su cui cfr. cap. II, par. 11 – si veda anche A. Laudati, *I delitti transnazionali*, cit., p. 402), che emerge in seno alla controversa categoria generale dell'impresa illecita e sconta il peccato originale di muovere dalla commistione di teorie economiche e sociologiche, "incollate" sugli istituti giuridici disciplinanti la criminalità organizzata di tipo mafioso. A prescindere dalla questione della applicabilità ad essa dello "statuto dell'impresa", ai fini della individuazione dell'"impresa mafiosa" si attribuisce rilevanza ai seguenti elementi: strumentalizzazione dell'impresa commerciale al perseguimento del piano criminoso mafioso (ad esempio, con riferimento ad attività di riciclaggio di denaro di provenienza illecita ovvero alla alterazione delle regole del mercato e della concorrenza); esecuzione di attività imprenditoriale organizzata finalizzata allo svolgimento di attività illecite, ovvero contrarie a specifiche norme imperative o all'ordine pubblico; preesistenza, a monte dell'attività d'impresa, di uno o più atti delittuosi (si vedano le osservazioni della dottrina richiamata da A. Mangione, *La misura di prevenzione*, cit., p. 487 e ss.).

[82] *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2003*, in www.giustizia.it.

nizzazione di utilizzare risorse e strutture imprenditoriali le quali, per la loro rispettabilità ed esperienza, sono capaci di operare come "normali agenti di mercato" (tale impresa è caratterizzata dalla compresenza di interessi, soci e capitali leciti e di interessi, soci e capitali illeciti). A tenere banco è ancora il tema della ascrivibilità di tali comportamenti alle condotte di partecipazione alla associazione ovvero di concorso eventuale al reato associativo[83].

Con riguardo alle misure di prevenzione, si rende necessaria qualche considerazione in più: il terreno si fa impervio, poiché mentre in ordine al processo penale il rigore del sistema probatorio impone un accertamento puntuale della prova alla stregua del quale dichiarare la penale responsabilità (art. 533, comma 1, prima parte c.p.p.), il giudizio di prevenzione, per sua natura, orbita in un'"area di rischio"[84] attorno ai soggetti nei cui confronti si ravvisa il "pericolo di infiltrazione" (art. 3 *quater*). Se l'esigenza di prova viene meno (anche, ad esempio, in relazione alla utilizzabilità delle dichiarazioni rese dai collaboratori di giustizia, non vincolate dai limiti previsti per il processo penale)[85], parametri di individuazione della linea di distinzione tra vittima e carnefice di per sé "flessibili" possono trasmodare facilmente in strumenti di valutazione arbitrari. In questo senso la massa di informazioni e dati raccolti nel contesto del procedimento di prevenzione possono disperdersi in rivoli sterili, o, al contrario, suffragare "teoremi accusatori" sostanzialmente basati sulla valutazione dell'individuo. In relazione infatti alla "appartenenza" di un imprenditore alla associazione, si è precisato che, venendo in considerazione un "giudizio di pericolosità essenzialmente sintomatico, può essere utilizzato qualsiasi elemento certo e idoneo a giustificare il libero convincimento del giudice", compresa la "notevole rilevanza del contributo al rafforzamento dell'organizzazione criminale e al perseguimento dei suoi fini sul piano economico-sociale"[86].

---

[83] A riguardo si rinvia, oltre a quanto già rilevato nelle note precedenti, alla sterminata elaborazione dottrinale in materia, in particolare agli studi di A. Cavaliere, C. Visconti, ai quali si deve anche una dettagliata ricostruzione del dibattito giurisprudenziale.

[84] A. Mangione, *Le misure di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 357.

[85] T. Palermo, 15-maggio 2002, Buscemi, in «Foro it.», 2003, II, c. 208 e ss.

[86] *Ibidem*, p. 220.

Più che verificare se l'imprenditore "sospetto" sia concorrente esterno o meno dell'associazione, al tribunale che applica le misure di prevenzione preme – come del resto impone la legge – che si riscontrino "semplici 'indizi di appartenenza' alla consorteria criminale, *a prescindere dalla sussunzione dei fatti oggetto del giudizio sub specie di concorso esterno o di vera e propria condotta partecipativa"* (il corsivo è nostro)[87].

Alla luce di tali premesse, resta affidato in gran parte alla "sensibilità" dell'inquirente, ad esempio, definire la consegna di una somma di danaro ai partecipi di una associazione da parte di un imprenditore che intenda partecipare all'appalto per la costruzione di una strada provinciale, come sintomo di appartenenza alla consorteria, o, al contrario, quale indice di una situazione di soggezione.

L'esistenza di un "biunivoco rapporto di reciprocità" tra associazione e imprenditore consente di qualificare quest'ultimo come "appartenente": il nucleo di un possibile criterio selettivo viene ravvisato nel "reciproco vantaggio", ovvero nel rapporto reciprocamente utile che si instaura tra l'impresa e l'associazione stessa, mentre secondaria appare la rilevanza della "fase genetica" del rapporto, nella quale l'imprenditore può aver subito estorsioni e danneggiamenti[88].

---

[87] T. Caltanissetta, Sez. Mis. Prev., 3 febbraio 2005, D.V. (inedita), par. 6.1. Significativa la decisione T. Palermo, 15 maggio 2002, Catalano, in «Foro it.», 2003, II, c. 214 e ss., in particolare 217: in essa, rappresentata la varietà delle relazioni ipotizzabili tra imprenditore e associazione di tipo mafioso, e presupposta la identificazione della "fattispecie soggettiva di pericolosità" con "l'appartenenza ad associazione mafiosa", si evidenzia che, ai fini della applicazione delle misure di prevenzione (personali e) patrimoniali, rientrano nel concetto di appartenenza, da un lato, l'impresa mafiosa "tradizionale", l'impresa di proprietà del mafioso e l'impresa a partecipazione mafiosa; dall'altro, le condotte poste in essere dai c.d. *imprenditori clienti* (ossia coloro che instaurano una relazione clientelare con gli esponenti mafiosi) e dagli *imprenditori strumentali* (ossia coloro che instaurano un accordo limitato nel tempo e definito nei contenuti, negoziando caso per caso l'eventuale reiterazione del patto secondo le esigenze contingenti), rilevanti quando il rapporto di scambio instaurato da questi ultimi sia funzionale al conseguimento di un reciproco vantaggio economico e induca gli imprenditori a fornire all'associazione criminale prestazioni utili, in misura considerevole, al mantenimento o al rafforzamento della sua struttura, organizzazione e attività. Nel medesimo senso T. Palermo, 28 aprile 2003, di Pisa, in «Foro it.», 2003, II, c. 562.

[88] T. Caltanissetta, Sez. Mis. Prev., 3 febbraio 2005, D.V. (inedita), par. 8.

Entrambi i canoni (criterio del "vantaggio" e valutazione della "fase genetica") riflettono una argomentazione interessante, che evoca l'impegno considerevole profuso dalla dottrina in tema di delitti dei privati contro la pubblica amministrazione, in ordine all'individuazione della linea di confine tra concussione e corruzione: anche in quella sede, infatti, si è ipotizzato il criterio dell'iniziativa (*mutatis mutandis*, per la materia che qui ci occupa, della "fase genetica") e il criterio "*de lucro captando*" *versus* (quello) "*de damno vitando*" (*mutatis mutandis*: parametro del vantaggio da ottenere *versus* parametro del danno da evitare)[89]. Si potrebbe quindi affermare che, nella prospettiva *degna*, così come è configurabile la concussione a danno del privato quando questi consegna o promette denaro o altra utilità per evitare un danno, mentre trattasi di corruzione laddove lo stesso agisca per ottenere un vantaggio, del pari l'imprenditore che versa denaro o offre altra disponibilità "funzionale" alla consorteria al fine di partecipare a qualche attività economica potrà essere ritenuto appartenente alla associazione, o, al contrario, vittima della stessa, a seconda del vantaggio che cercherà di ottenere, o del danno che tenterà di evitare.

1.4. *La titolarità o disponibilità di beni in capo all'indiziato*

L'art. 2 *ter*, comma 2 impone che i beni da sequestrare (e sottoporre successivamente a confisca) siano nella disponibilità diretta o indiretta del soggetto: la mancanza di tale rapporto consente la revoca del provvedimento (art. 2 *ter*, comma 4).

Rilevante non è dunque la titolarità formale dei beni, bensì la disponibilità sostanziale degli stessi[90]: si tratterebbe di una situazione prossima a quella del possesso, della signoria di fatto sulla "*res*"[91], svincolata dalle categorie giuridico-formali[92].

---

[89] L. Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2006[4], p. 154 e ss.

[90] Cass. sez. I pen., 26 novembre 1998, n. 5897, Bommarito, in «Cass. pen.», 1999, p. 2343.

[91] Cass. Sez. I pen., 9 marzo 2005, n. 11732, CED rv. 231390.

[92] Per tutti cfr. Cass. sez. II pen., 14 febbraio 1997, Nobile, in *Giust. Pen.*, 1997, II, p. 627

Secondo un orientamento giurisprudenziale di legittimità, per poter disporre la confisca in un procedimento di prevenzione, non è sufficiente la sussistenza di indizi di carattere personale sull'appartenenza del soggetto ad una associazione di tipo mafioso, implicante una latente e permanente pericolosità sociale, ma occorre che vi sia correlazione temporale fra tale pericolosità e l'acquisto dei beni; occorre cioè verificare se i beni da confiscare siano entrati nella disponibilità del prevenuto, non già anteriormente, ma successivamente o almeno contestualmente al suo inserimento nel sodalizio criminoso[93].

Non mancano peraltro decisioni meno rigorose, nelle quali si è affermato che è sufficiente la "ragionevole probabilità", ricavata dagli indizi "normativamente richiesti", che il prevenuto abbia la disponibilità dei beni[94].

Al di là della enucleazione delle singole figure (ad esempio, diffusa è la c.d. società di comodo, variamente articolata)[95], rilevano tutte quelle relazioni patrimoniali rispetto alle quali il soggetto risulta avere un comportamento *uti dominus*[96], determinando l'uso e la destinazione di beni economicamente valutabili[97]. In questo senso è stata riconosciuta la disponibilità di fatto della società nel caso in cui il socio di una società di capitali eserciti il controllo sulla stessa attraverso il pacchetto azionario[98].

Si discute circa l'accezione nella quale l'area della relazione di "appartenenza" (dei beni), per lungo tempo considerata soltanto a fini processuali, è recepita in materia di misure preventive cautelari[99]. Ad un primo orientamento escludente la rilevanza dei diritti di garanzia dei terzi[100] – restrittivo e ritenuto non esente da censure di

---

[93] Cass. sez. V pen., 25 novembre 1997, Damiani, in «Arch. Nuova Proc. Pen.», 1998, 424, con nota di P. Grillo.

[94] Cass. sez. VI pen., 19 gennaio 1996, Vernengo, in «Cass. pen.», 1997,1141.

[95] Per una analisi delle singole figure cfr. A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit. p. 232 e ss.

[96] Cass. sez. II pen., 23 giugno 2004, n. 35628, Palumbo, in «Cass. pen.», 2005, 2704.

[97] A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 234.

[98] Cass. 17 marzo 2000, Cannella, in «Foro it. Rep.», 2000, voce *Misure di prevenzione*, n. 89.

[99] Cfr. P.V. Molinari, *Un passo avanti nella tutela dei terzi di buona fede titolari di un diritto reale di garanzia sui beni oggetto di confisca antimafia*, in «Cass. pen.», 2006, p. 643.

[100] Cass. sez. I, 19 febbraio 2003, n. 13081, in «Cass. pen.», 2004, p. 645 e ss.

legittimità costituzionale[101] – si contrappone la tesi favorevole alla estensione della nozione di "appartenenza", oltre al diritto dominicale, anche ai diritti reali di godimento e di garanzia che incidono sul bene[102].

Un sorta di presunzione semplice è stabilita (tra l'altro) nei confronti del coniuge, del figlio e del convivente nell'ultimo quinquiennio (art. 2 *bis*, comma 3)[103]: si auspica che ai fini della adozione del provvedimento ablativo l'indagine accerti l'effettivo "esercizio" della disponibilità del bene, evitando di costruire una sorta di "responsabilità familiare" (peraltro sempre latente in relazione agli istituti in esame)[104] contrastante con il principio della responsabilità personale[105].

Quanto ai soggetti "diversi" dall'indiziato (e dai suoi famigliari), sulla cui circoscritta tutela si tornerà[106], l'accertamento, che non può che essere particolarmente rigoroso in considerazione della incisività del provvedimento ablativo, è volto ad escludere che la titolarità apparente del bene celi una disponibilità effettiva dello stesso da parte del preposto. Nel contesto delle misure di prevenzione patrimoniale la giurisprudenza ha ribadito che il giudice ha l'obbligo di spiegare le ragioni della ritenuta interposizione fittizia, argomentando non solo sulla base di sole circostanze sintomatiche di spessore indiziario, ma anche alla luce di elementi fattuali, connotati dai requisiti della gravità, precisione e concordanza, e idonei quindi a costituire prova indiretta dell'assunto che si intende dimostrare[107].

---

[101] A. Mangione, *La misura di prevenzione*, cit., p. 400 ss., con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

[102] Cass. sez. I pen., 9 marzo 2005, n. 13413, Soc. Serv. Imm. Banche, in «Cass. pen.», 2006, p. 634 e ss.; Cass. sez. III civ., 16 gennaio 2007, n. 845, Sposato e altro, in «Guida al Diritto», 2007, 12, p. 63 e s.

[103] Cass. sez. I pen., 7 dicembre 2005, n. 2960, N.F. e altri, CED 233429; Id. Sez. II pen., 5 dicembre 1996, Liso, in «Cass. pen.», 1997, 2847.

[104] La remora del legislatore emerge parzialmente anche nell'art. 12 *sexies*, comma 3 l. n. 356/1992..

[105] In ordine alla funzione di "condanna della stirpe" storicamente assunta dalla confisca cfr. cap. I, parr. 2 e 3.

[106] Cfr. cap. VII.

[107] Per tutte cfr. Cass. sez. II pen., 23 giugno 2004, Palombo, in «Cass. pen.», 2005, 2704; Id. sez. I, 15 ottobre 2003, n. 43046, Andronico, in «Riv. pen.», 2004, p. 1026.

1.5. *Il "frutto di attività illecite" e il "reimpiego"*

La nebulosità della normativa in ordine all'oggetto del sequestro o della confisca emerge anche sul mero piano letterale.

Se per il termine "reimpiego" si può accedere alla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sedimentatasi in materia di riciclaggio, per cui alle trattazioni di questo profilo si rinvia, l'espressione "frutto" testimonia del livello di approssimazione sul quale il legislatore si assesta, pur in riferimento a provvedimenti incisivi come quelli in esame. La atecnicità della omnicomprensiva locuzione, infatti, contribuisce a rendere indeterminata l'area di applicazione della disposizione e conferma l'interprete nella sensazione che gli strumenti utilizzati non perseguano altra finalità specifica che quella di "punire" determinati soggetti attraverso l'apprensione del relativo patrimonio. Non si può altrimenti comprendere per quale ragione il legislatore ricorra ad una formula extragiuridica come quella di "frutto di attività illecite" quando può attingere alla pluridecennale esperienza interpretativa consolidatasi in ordine al contenuto delle nozioni di "prodotto", "profitto" e "prezzo" del reato: quale esattamente sia il perimetro di una ulteriore categoria di "risultato" del reato, è questione che l'elaborazione formatasi in ordine alla norma in commento non è in grado di risolvere.

Tanto che la tesi dominante si è indirizzata nel senso di ritenere aggredibili tutti i beni genericamente riconducibili alla nozione di "provento del reato"[108]: beni mobili, immobili e mobili registrati, crediti[109], quote di società, universalità di beni, diritti reali, azioni, in una parola, l'insieme dei beni, diritti e rapporti di contenuto economico facenti capo ad una persona, la cui attività di "produzione" sia da considerare illecita[110].

---

[108] A. Balsamo, *Nuove prospettive per il sequestro e la confisca antimafia nel contesto europeo*, in «Il merito-Il Sole 24 Ore», 2005, 2, p. 57.

[109] Su questo punto specificamente D. Siracusano, *Commento all'art. 14 della Legge 1/9/198, n. 646. Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale e integrazioni alle leggi 27/12/1956 n. 1423, 10/2/1962 n. 57 e 31/5/1965 n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia*, in «Legisl. pen.», 1983, p. 305.

[110] F. Curi, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali*, in Aa.Vv., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, *Mafia e criminalità organizzata*, coord. da P. Corso, G. Insolera e L. Stortoni, Torino, I, p. 217 e ss.; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 370 e ss.

La giurisprudenza ritiene necessario, al fine di fondare legittimamente il provvedimento ablativo, la contestuale sussistenza di un duplice ordine di "indizi", relativi sia all'"appartenenza" del soggetto alla associazione mafiosa, sia alla provenienza illecita dei beni rientranti nella disponibilità di tale soggetto[111]: il doppio regime dei parametri richiesti esclude che i medesimi fattori (ad esempio, sproporzione tra tenore di vita e reddito) possano costituire la base valutativa di entrambi i giudizi[112].

Il dato normativo-letterale è tutt'altro che confortante. Alla stregua dell'art. 2 *ter* comma 2, oggetto del sequestro possono essere quei "beni" (da intendere nel senso ampio cui sopra si è accennato) che sulla base di "sufficienti indizi, come la notevole sperequazione fra il tenore di vita e l'entità dei redditi apparenti o dichiarati, si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego".

Alla stregua dell'orientamento prevalente in giurisprudenza in tema di misure di prevenzione patrimoniali, poiché le disposizioni sulla confisca mirano a sottrarre alla disponibilità dell'indiziato di appartenenza a sodalizi di tipo mafioso tutti i beni che siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, senza distinguere se tali attività siano o meno di tipo mafioso, non assume rilievo, nel provvedimento ablativo, l'assenza di motivazione in ordine al nesso causale fra presunta condotta mafiosa e illecito profitto, essendo sufficiente la dimostrazione della illecita provenienza dei beni confiscati, qualunque essa sia[113]. Ne consegue che si affievolisce il rapporto di individuazione del "frutto" o del "reimpiego" dei beni rispetto alla

---

[111] Cass. sez. I pen., 5 febbraio 1990, Montalto, n. 265, in «Riv. pen.», 1991, p. 95.

[112] A. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 372.

[113] Così, ad esempio, in applicazione di detto principio la Corte ha ritenuto la legittimità del provvedimento di confisca dei beni appartenenti al prevenuto che ne giustifica il possesso dichiarando di averli acquistati con i proventi dell'evasione delle imposte sui redditi: Cass. Sez. VI pen., 27 maggio 2003, n. 36762, Lo Iacono e altri, in «Riv. pen.», 2004, 102; analogamente Cass. Sez. II pen., 6 maggio 1999, n. 2181, Sannino, in «Cass. pen.», 2000, p. 1051 (in senso conforme l'orientamento prevalente della Cassazione: tra le altre si veda Id., sez. VI pen., 22 marzo 1999, n. 950, Riela, *ivi*, 2000, 1778; Id., sez. I pen., 20 novembre 1998, n. 5760, Iorio, *ivi*, 1999, p. 3238, secondo cui le "attività illecite" possono essere di qualsiasi genere, e possono anche non essere identificate).

attività criminosa di tipo mafioso (tanto che la derivazione può rivelarsi addirittura indiretta e mediata)[114], con la conseguenza che un intervento eccezionale come quello previsto dalla disciplina in commento perde la propria ragion d'essere; o, quanto meno, si afferma quale strumento di punizione del soggetto per il suo *modus vivendi* (genericamente definibile come delinquenziale), più che quale misura preventiva rispetto alla commissione di reati[115].

Si richiede che l'illecita provenienza, come si diceva, emerga da "sufficienti indizi"[116]; che, insomma, sussistano "ragionevoli" motivi a fondamento del giudizio di pericolosità del bene[117].

Il riferimento alla "sproporzione" tra il valore dei beni e il reddito (apparente o dichiarato), da ipotesi meramente esemplificativa (stando alla lettera della legge: "sufficienti indizi, *come* la notevole sperequazione"), diviene il "cardine" della valutazione circa la "provenienza" illecita[118], sul quale di fatto si incentra anche

---

[114] A. Mangione, *Le misure di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 297.

[115] Degna di nota la sentenza Cass. Sez. VI pen., 2 marzo 1999, n. 803, Morabito, in «Cass. pen.», 2000, 2778, nella quale la Corte ha evidenziato la necessità di stabilire i limiti di operatività dell'effetto ablativo nelle ipotesi in cui il reimpiego del denaro, proveniente da fonte sospetta di illiceità penale, avvenga mediante addizioni, accrescimenti, trasformazioni o miglioramenti di beni già nella disponibilità del soggetto medesimo, in virtù di pregresso acquisto del tutto giustificato da dimostrato titolo lecito. In queste ultime ipotesi – si legge nella decisione – "il provvedimento ablativo deve essere rispettoso del generale principio di equità e, per non contrastare il principio costituzionale di cui all'art. 42 Cost., non può coinvolgere il bene nel suo complesso, ma, nell'indispensabile contemperamento delle generali esigenze di prevenzione e difesa sociale con quelle private della garanzia della proprietà tutelabile, deve essere limitato soltanto al valore del bene medesimo, proporzionato al reimpiego in esso effettuato dei profitti illeciti o, comunque, ingiustificati. Il che si realizza mediante la confisca della quota ideale del bene, rapportata al maggior valore assunto per effetto del reimpiego e valutata al momento della confisca medesima".

[116] Cass. Sez. I pen., 26 novembre 1998, n. 5897, Bommarito, in «Cass. pen.», 1999, 2343; analogamente Id. sez. I pen., 8 febbraio 1999, Crimi, in «Foro it.», 1999, II, p. 626.

[117] D. Siracusano, *Commento all'art. 14*, cit., p. 306.

[118] Così la giurisprudenza consolidata: per tutte cfr. Cass. sez. I pen., 20 novembre 1998, n. 5760, Iorio, in «Cass. pen.», 1999, p. 3238; Id., Sez. VI pen., 19 marzo 1997, n. 1171, Commisso e altri, *ivi*, 1997, 3563; Id. sez. V pen., 28 novembre 1996, n. 5218, Brodella, *ivi*, 1998, p. 373, n. 628; più rigorosa Cass. sez. II pen., 23 giugno 2004, n. 35628, in CED Rv. 229725; si veda altresì la puntuale ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale di A. Gialanella, *Patrimoni di mafia*, cit., p. 116 e ss.

la disciplina della confisca prevista dall'art. 12 *sexies* Legge n. 356/1982[119].

Si è osservato che l'ipervalutazione dell'elemento della sproporzione di fatto consente l'incameramento di tutto il patrimonio dell'indiziato[120], delineando i confini di una sorta di *confisca generalis*, che accorcia le distanze dell'istituto in esame rispetto alla sanzione penale tradizionale: una pena, tuttavia, operante nei confronti di soggetti individuati sulla scorta di una (allo stato dell'indagine, ancora soltanto) presunta "appartenenza" alla organizzazione mafiosa.

1.6. *La mancata giustificazione dell'origine dei beni*

I presupposti di applicazione della confisca non si esauriscono negli elementi sinora considerati. Se la mancata giustificazione dell'origine legittima dei beni sequestrati consente di procedere alla confisca (art. 2 *ter*, comma 3), al contrario, la dimostrazione della legittima provenienza determina la revoca del sequestro stesso (art. 2 *ter*, comma 4).

Alla stregua di un diffuso orientamento, il combinato disposto descrive un mero "onere di allegazione", e non una vera e propria una inversione dell'onere della prova[121]. Si è infatti osservato che la verifica della "provenienza illecita" del patrimonio deve essere oggetto di un normale procedimento di acquisizione della prova promosso dall'accusa[122]: gli indizi, sufficienti, concreti e validi, non smentiti da eventuali allegazioni dell'imputato, devono essere forni-

---

[119] *Amplius* sul punto *infra* parr. 2.1 e ss.

[120] A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 376.

[121] Cass. Sez. V pen., 17 febbraio 1998, n. 932, Petruzzella, in «Cass. pen.», 1999, p. 1597.

[122] Così, ad esempio, G. Fiandaca, voce *Misure di prevenzione* (*profili sostanziali*), in «Dig. disc. pen.», VIII, 1994, p. 123; E. Gallo, voce *Misure di prevenzione*, in «Enc. giur. Treccani», aggiorn., XX, 1990, p. 15; F. Curi, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 218 e ss.; A. Gialanella, *Patrimoni di mafia*, cit., p. 124 e ss., in particolare 131 e ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. sez. V pen., 17 febbraio 1998, n. 932, in «Cass. pen.», 1999, p. 1597; Cass. sez. V pen., 28 novembre 1996, n. 5218, Brodella, in «Cass. pen.», 1998, p. 628 e s.

ti dall'accusa sia in sede di sequestro, sia in ordine alla richiesta di applicazione della confisca[123].

Per contro, a fronte di affermazioni secondo le quali "l"impossibilità colpevole da parte del predetto (e più ancora il rifiuto volontario) di allegazione sui punti pertinenti alle indagini assume a sua volta valore indiziario a carico del medesimo eventualmente confermativo del complessivo quadro già emerso[124], è da condividere l'indirizzo che attribuisce alla norma la sostanziale inversione dell'onere della prova "positiva" circa la provenienza[125], con conseguente alleviamento dell'obbligo, per l'autorità inquirente, di produrre prove di complessa reperibilità[126].

Una siffatta disciplina non costituirebbe violazione del principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge sul piano delle garanzie e si giustificherebbe in ragione della pericolosità della posizione di colui che si presume appartenere ad una tale organizzazione[127].

Da tali presupposti si ricava che, una volta rintracciati i beni attribuibili alla titolarità dell'indiziato, e forniti indizi del loro collegamento con l'associazione mafiosa cui l'indiziato è accusato di appartenere, l'esclusione della applicazione della misura di prevenzione, stante l'incontrollabile meccanismo di trasformazione dei beni attivato dalla criminalità organizzata, non può non dipendere dal prevenuto, che ha l'onere di produrre elementi di prova circa la liceità della provenienza del patrimonio[128]. Sennonché bisogna considerare che proprio i presupposti di un tale ragionamento sono inficiati dalla prassi interpretativa, che risolve la previsione normativa in una catena di presunzioni, all'apice della quale può ritrovarsi un soggetto di cui si sospetta, ma nei cui confronti non è mai stata prodotta alcuna *prova di responsabilità penale*. Si è detto infatti che

---

[123] Cfr. ancora Cass. sez. V pen., 17 febbraio 1998, Petruzzella, CED 210809.

[124] Cass. Sez. VI pen., 3 aprile 1995, n. 1265, Annunziata, in «Cass. Pen.», 1996, p. 2358.

[125] L. Filippi, *La confisca di prevenzione*, cit., p. 272; cfr. altresì A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 286 e ss.

[126] Cfr. A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 298.

[127] Cass. sez. I pen., 24 febbraio 1986, n. 1025, Porcelli, in «Riv. pen.», 1987, p. 181.

[128] L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., p. 58 e ss.

la misura patrimoniale presuppone l'applicazione di una misura di prevenzione operante nei confronti di soggetti *indiziati* di appartenere ad associazioni mafiose e l'individuazione di beni che, alla stregua di "sufficienti *indizi"*, sono ritenuti "frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego": ma mentre di fatto tali indizi spesso si esauriscono nel mero requisito della sproporzione tra tenore di vita e reddito dichiarato o apparente, detti beni, salvo prova contraria fornita dallo stesso indiziato, vengono *presuntivamente* giudicati di provenienza illecita.

Insomma, si deve registrare che l'impegno ermeneutico della dottrina e della giurisprudenza minoritaria appare inane nella vigenza di un testo di legge consapevolmente orientato a ridurre le garanzie processuali e costituzionali normalmente assicurate, laddove vengano in questione presunti autori di reati particolarmente gravi come quelli di associazione mafiosa, rispetto ai quali la soglia di accertamento della pericolosità viene ad essere fortemente arretrata.

1.7. *La confisca come sanzione punitiva per "tipo d'autore": a) la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo; b) la questione della revoca* ex tunc *ai sensi dell'art. 7, comma 2, Legge n. 1423/1956*

I lavori preparatori e la matrice della disciplina *ex* art. 2 *ter* ascrivono la misura in questione agli interventi statali preventivi fondati sulla pericolosità della "cosa", ossia l'accumulazione illecita di capitali suscettibili di utilizzazione per produrre nuova ricchezza attraverso la "perpetuazione dell'attività delinquenziale"[129]; il possesso non giustificato di beni diventa di per sé un segno di pericolosità sociale, "l'indice rivelatore di una 'dedizione all'illecito'"[130]: insomma, "*in dubio contra suspectum*"[131].

---

[129] G. Fiandaca, *Misure di prevenzione*, cit., p. 123.
[130] A. Gialanella, *Patrimoni di mafia*, cit., p. 73.
[131] Così F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006[8], p. 1296.

Peraltro non si può trascurare il fatto che, a fronte di un elevato indice di gradimento del meccanismo del sequestro-confisca di prevenzione, i presupposti applicativi di tali misure – i quali, come anticipato sia pure soltanto sommariamente nei precedenti paragrafi, confermano che il giudizio di pericolosità è sganciato dall'accertamento giudiziale della commissione di un fatto di reato – si fondano sulla esistenza di meri indizi e si articolano sulla concatenazione di presunzioni ("presunzione" di responsabilità di un soggetto indagato e non ancora condannato; mancata dimostrazione della legittima provenienza dei beni di cui il soggetto dispone, e illegittima provenienza degli stessi fondata sulla esistenza di sufficienti indizi), tanto da determinare un consistente appannamento della necessità dell'accertamento del nesso di derivazione tra commissione di reati e produzione di ricchezza "pericolosa"[132].

Interventi ablativi aventi ad oggetto beni di cui non si dimostri la lecita provenienza assolvono una funzione, non solo preventiva (rispetto ad *illeciti futuri*), ma anche e soprattutto afflittiva orientate alla difesa della società (la disciplina infatti si limita ad esigere che i soggetti cui fa capo la titolarità dei beni siano meramente "indiziati")[133].

E del resto anche la giurisprudenza ha dovuto constatare la *componente afflittiva*, per quanto indiretta, della misura ablativa: sia pure negando la natura *penale*, l'orientamento prevalente di cui si è dato conto condivide la tesi della riconducibilità della confisca di prevenzione all'ambito "di quel *tertium genus* costituito da una sanzione amministrativa equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prevista dall'art. 240 comma 2 c.p."[134]. Ma la funzione afflittiva della confisca *de qua* filtra attraverso l'indi-

---

[132] Per alcune considerazioni critiche sulla utilizzazione della ablazione come misura di prevenzione si veda anche A. Alessandri, voce *Confisca*, cit., p. 50.

[133] In tal senso, con riferimento alle misure di prevenzione contenute nell'originario testo della Legge n. 1423/1956 cfr. F. Bricola, *Forme di tutela "antedelictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in «Pol. Dir.», 1974, p. 351 e ss., e oggi in Id., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Giuffrè, Milano, 1997, I, 2, p. 871 e ss., in particolare p. 888 e ss.; E. Gallo, voce *Misure di prevenzione*, cit., p. 15; A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 390; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 526.

[134] Cfr. *supra* par. 1.1, nota 45.

viduazione di elementi solo in parte comuni alla misura di sicurezza, la quale, infatti, fatte salve le ipotesi di c.d. quasi delitto, presuppone l'accertamento di un fatto di reato.

Si tratta tuttavia di un "pre-giudizio" difficile da superare: nemmeno la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo è propensa a disconoscere la natura solo formalmente preventiva delle misure antimafia, pur escludendo che le misure antimafia in commento rivestano natura penale.

La Corte europea, infatti, è intervenuta in molte occasioni nell'ultimo decennio per verificare la compatibilità della normativa italiana con la Convenzione e i suoi Protocolli.

L'orientamento più significativo sul punto tiene conto dei distinti, ma, come anticipato, convergenti profili del *sequestro* e della *confisca*.

Quanto al primo, la Corte ha osservato che la disciplina di cui alla Legge n. 575/1965 opera in chiave preventiva, estrinsecandosi nella regolamentazione dell'"uso dei beni" del soggetto (senza incidere sulla "proprietà" degli stessi), in piena armonia con la clausola derogatoria prevista dal comma 2 dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione, alla cui stregua è legittima, da parte dello Stato, la regolamentazione dell'uso dei beni dei singoli conformemente all'interesse generale (o alla necessità di assicurare il pagamento di imposte o altri tributi ovvero di ammende)[135]. La normativa italiana – continua la motivazione – legittima l'applicazione di un provvedimento provvisorio che può condurre alla confisca (solo) *eventuale* di beni che siano frutto di attività illegali connesse all'esercizio del potere economico da parte di quella organizzazione criminosa definita "mafia", e che quindi risultino pregiudizievoli per la collettività[136].

Quanto alla confisca, la Corte fa leva ancora una volta sul principio derogatorio di cui al citato art. 1, comma 2 del protocollo n. 1, ma "rivede" il profilo dell'"interesse generale" che in tal caso viene in questione, ravvisandolo nella necessità di impedire che l'uso dei

---

[135] L'argomentazione, come si vedrà (cfr. cap. VIII, par. 6), corrisponde in parte al profilo di legittimità costituzionale *ex* Art. 14 GG evidenziato dal BVerfG in ordine all'istituto della "acquisizione pubblica allargata".

[136] *Affaire Raimondo*, 22 febbraio 1994, parr. 26 e ss., in echr.coe.int: il riferimento del sito internet vale anche per le altre decisioni di seguito citate.

beni oggetto del provvedimento procurino al ricorrente, o all'organizzazione criminosa alla quale questi è sospettato di appartenere, benefici a danno della collettività. Organizzazioni come la mafia, infatti, investono "*in the real property sector*" molto denaro di provenienza illegale: avverso un tale flusso di capitali sospetti, la confisca appare una misura "efficace e necessaria"[137].

Per contro, giustificando la legittimità del provvedimento sulla base dell'"interesse generale" dello Stato, la Corte non si interroga sulla labilità del concetto di "sospetto di appartenenza" all'associazione di tipo mafioso, che anticipa la soglia dell'intervento preventivo alla fase delle indagini.

Alle perplessità rimaste irrisolte tenta di dare risposta la successiva decisione *Prisco*[138], che si interroga sul rapporto di proporzione tra "interesse generale" e limiti di restrizione dei diritti garantiti dalla Convenzione.

La Corte rileva che la normativa italiana si basa su due elementi di indeterminatezza: da un lato, il fatto che il soggetto, dei cui beni si chiede la confisca, sia (meramente) "sospettato" di appartenere ad una organizzazione criminosa; dall'altro, la presunzione che detti beni costituiscano il profitto di attività illecite o il reimpiego del medesimo.

Peraltro, si legge nella decisione, il meccanismo presuntivo su cui si impernia l'applicazione di una misura di gravità elevata come quella in esame deve essere sorretto da una "effettiva garanzia giurisdizionale": ciò che, a parere della Corte, è in concreto assicurato dalla esistenza di un triplice grado di giudizio, che consente la revoca delle misure stesse. Quanto al requisito del "sospetto di appartenenza", la Corte osserva che tale valutazione deve essere supportata da fatti e dalla documentazione raccolta e prodotta dalle parti[139]: i riscontri in tal senso evidenziati escludono la mancan-

---

[137] *Affaire Raimondo*, 22 febbraio 1994, par. 30.

[138] *Affaire Prisco*, 15 giugno 1999, par. 1 delle "considerazioni in diritto".

[139] Si dà atto che, nel caso di specie, i giudici italiani avevano formulato il loro giudizio sulla base delle informazioni raccolte dalla polizia e dalla Guardia di finanza, dalle quali emergeva che il ricorrente aveva regolari contatti con associazioni criminali e che non esercitava alcuna attività legale, con la conseguenza che i beni non potevano che essere oggetto di reimpiego di profitti illeciti.

za di proporzione dell'intervento statale rispetto alla compressione dei diritti del singolo.

In merito alla natura della misura in questione, la Corte conferma il costante orientamento (già espresso nei casi *Raimondo, Guizzardi* e *Ciulla*, e successivamente confermato anche nella decisione *Morabito* del 17 febbraio 2004), secondo cui essa *non* è paragonabile ad una pena in quanto diretta ad impedire la commissione di atti criminali[140], con la conseguenza che la relativa procedura di applicazione non si deve basare sulla legittimità di una accusa penale, né – sembra doversi dedurre – devono essere osservate le garanzie a quest'ultima assicurate[141].

Alla Corte è ben chiara la distinzione tra "pena" e "misura di prevenzione": quest'ultima non può essere inglobata nel concetto generale di sanzione punitiva (come invece la misura amministrativa e quella di sicurezza), poiché consiste in "un mezzo destinato ad evitare che un atto antigiuridico venga posto in essere"[142], ed opera quindi in chiave preventiva rispetto a violazioni future.

Per contro, la sanzione penale (l'unica che presuppone un giudizio di colpevolezza/responsabilità)[143] svolge una funzione sostanzialmente diversa, applicandosi a fronte di reati già commessi, come reazione ad un atto che ha determinato la violazione di un diritto ed è produttivo di conseguenze[144].

Le enunciazioni della Corte sembrano privilegiare il profilo formale della questione (distinzione tra pena e misura di prevenzione; legittimità di deroghe al principio sancito dall'art. 6, § 1 della Convenzione fondate sull'"interesse generale" dello Stato), trascurando l'analisi del contenuto sostanziale delle disposizioni, soprattutto in relazione ai presupposti cui la misura è agganciata.

---

[140] Lo stesso parametro è utilizzato dalla giurisprudenza del BVerfG per distinguere dalla *Strafe* e dalle altre misure para-penali gli interventi sanzionatori di tipo diverso: cfr. cap. VIII, par. 4 e ss.

[141] Dalla impossibilità di assimilazione tra pena e misure in esame la Corte desume anche la impossibilità di applicare al soggetto sottoposto a confisca lo *status* di *accusato* di cui all'art. 6, comma 2 della Convenzione: *Affaire Prisco*, 15 settembre 1999, par. 3.

[142] *Affaire Labita*, 6 aprile 2000, par. 190; sul punto cfr. cap. I, par. 4.

[143] Ancora *Affaire Prisco*, 15 settembre 1999, par. 2.

[144] *Affaire Labita*, 6 aprile 2000, par. 190.

Per converso, si tratta di capire se un organo giurisdizionale di rango "para-costituzionale" (atteso che la Convenzione è una fonte sovraordinata entrata a pieno titolo a far parte del sistema normativo nazionale, mentre la Corte è chiamata ad esercitare il controllo di legittimità circa la compatibilità del diritto interno con la Convenzione stessa)[145] possa esercitare con "cognizione di causa" un sindacato così condizionato dal "merito" delle realtà normative dei singoli ordinamenti statali. La Corte, ad esempio, non ha esitato ad indagare sul rapporto di proporzione tra obiettivi da raggiungere e mezzi restrittivi delle garanzie adottabili, rilevando che il fondamento della Legge n. 575/1965 e successive modifiche sia la difficile lotta contro la mafia, la quale costituisce fenomeno di dimensioni particolarmente preoccupanti e in grado di muovere ingenti flussi di capitali[146], e di indebolire sensibilmente, in certe parti d'Italia, il controllo dello Stato[147].

Insomma, l'irrisolto problema della "lotta alla mafia" induce anche gli organi di giustizia sovranazionale – al pari di quelli nazionali[148] – ad una "apertura di credito" quasi senza limiti di "fido" nei confronti della normativa interna, alla quale si concedono palesi e ampie deroghe ai principî generali, "legittimate" da fenomeni ritenuti eccezionali per gravità e capacità di penetrazione. Ma della ampiezza e dei limiti entro cui tali deroghe devono essere contenute, nulla o poco si dice.

In tale contesto la attribuzione formale della natura giuridica degli interventi in esame interessa nella misura in cui, sul piano degli effetti e dei presupposti, condiziona l'estensione delle garanzie corrispondenti alla realtà dei singoli strumenti di intervento.

Anche la prospettiva del *tertium genus*, cui apparterrebbero le misure in questione, salutata come *la* soluzione del *busillis*, appare poco soddisfacente, lasciando aperti non secondari problemi interpretativi.

---

[145] Si veda l'art. 6 del Trattato dell'Unione europea e l'Art. I-9 comma 3 della "Costituzione per l'Europa".

[146] *Affaire Raimondo*, par. 30.

[147] *Affaire Prisco*, 15 settembre 1999, par. 1.

[148] Si vedano le argomentazioni non dissimili addotte dal BVerfG (cap. VIII, par. 3 e ss.) e dalla giurisprudenza costituzionale italiana (cfr. cap. VIII, par. 2).

Intanto per il fatto che misure analoghe (si pensi alle sanzioni "amministrative" comminate agli enti in ipotesi di commissione di fatti di reato) sono comunque agganciate a sentenze di condanna, che presuppongono un accertamento della responsabilità, mentre la confisca di prevenzione è disposta con un provvedimento definitivo che si fonda sul mero sospetto che giustifica l'avvio del procedimento.

Vero è che quest'ultimo e quello penale percorrono (*rectius*: dovrebbero percorrere) binari distinti, contrassegnati da peculiarità specifiche sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto quello formale[149]: in realtà si assiste alla sovrapposizione degli stessi, a vantaggio della preminenza del primo che, essendo meno vincolato dai lacci e lacciuoli delle garanzie processuali penali, si conclude più rapidamente, a prezzo tuttavia della perdita della sua funzione originaria, consistente nella *prevenzione* della consumazione di reati[150], e non nella loro punizione[151].

Anche a voler ritenere giustificato un regime differenziato e autonomo degli interventi preventivi-punitivi nel contesto della "lotta" alla criminalità organizzata, vale la pena di chiedersi sino a che punto sia ammissibile la deroga ai principî generali del diritto penale "classico" da parte di una legislazione che, a seguito della stratificazione dei provvedimenti in materia, non può definirsi come "dell'emergenza"[152], salvo intendere questa in termini paradossali di "perenne emergenza"[153]: soprattutto ponendo mente alla genesi storica

---

[149] Così la lapidaria affermazione della Corte costituzionale nella sentenza n. 321/2004, in www.cortecostituzionale.it.

[150] A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 345 e ss., in particolare 358.

[151] Analoghe sovrapposizioni si riscontrano nell'ambito della responsablità "da reato" degli enti: cfr. cap. VI, par. 2 e s.

[152] L. Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Cedam, Padova, 1997, p. 228 e ss.: l'Autore evidenzia come tale deroga sia proponibile nei limiti in cui gli interventi siano connessi a vicende penali significative e gli strumenti presentino idoneità ad influire sull'"economia criminale", con riguardo alla incisività dello strumento e alla espansione di interventi punitivi ascrivibili all'ordinamento penale.

[153] Emblematico a riguardo, già a partire dal titolo, il ricordato studio di S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Esi, Napoli, 1995.

degli istituti in tal senso impegnati, e pur con necessarie distinzioni rispetto al fenomeno del brigantaggio, già il Regno delle Due Sicilie aveva fatto ricorso ad un evidente abbassamento del livello delle garanzie né maggiori scrupoli si era posta la prima legislazione dello Stato unitario[154].

Più che in termini di legislazione dell'emergenza sembra quindi corretto esprimersi nel senso della creazione di un micro- (o, a seconda delle prospettive, macro-) sistema connotato da una sensibile autonomia rispetto alle regole e ai principî generali dello Stato di diritto, le deroghe ai quali si giustificano sulla base della necessità stessa della esigenza di contrastare i fenomeni criminosi in parola.

Lo si è osservato[155]: la sanzione "patrimoniale" che si svincola dal rapporto di proporzionalità rispetto al fatto e ha ad oggetto l'intero patrimonio del soggetto interessato diventa una confisca generale.

E ciò appare tanto più inquietante quanto più si ricordi che nemmeno forme di intervento di tipo amministrativo "puro" possono colpire beni senza vincolo di collegamento con la commissione di fatti illeciti.

Infine vi è da considerare la questione della irrevocabilità della confisca, che si intreccia con il tema della tutela di diritti dei terzi, tra cui vanno distinti coloro che avanzano pretese creditorie nei confronti del prevenuto[156] da coloro ai quali i beni oggetto di ablazione appartengono effettivamente[157].

Sintomatica a riguardo la questione della applicabilità dell'istituto della revoca *ex* art. 7, comma 2, Legge n. 1423/1956, preordinato a regolare la materia delle misure di prevenzione *personali*, non espressamente richiamato, in ordine alla misura di prevenzione patrimoniale della *confisca*. In costanza di orienta-

---

[154] Diffusamente sul punto, con puntuali riferimenti dottrinali, G. Tessitore, *Emergenza e garantismo nella legislazione antimafia. Profili storici: dall'unità d'Italia al fascismo*, in «Nuovi quaderni del meridione», 1985, p. 403 e ss., in particolare p. 422.

[155] Cfr. cap. I.

[156] Cfr. *infra* cap. VII, par. 4.

[157] cfr. *supra* par. 1.4.

menti giurisprudenziali contrastanti circa l'irreversibilità della ablazione di prevenzione in caso di insussistenza *ab origine* delle condizioni legittimanti l'emissione del provvedimento[158], in parte riconducibili al collegato tema della tutela dei terzi, la prima Sezione penale della Corte di cassazione ha rimesso la questione alle Sezioni Unite[159].

Queste ultime[160], con una articolata motivazione, hanno stabilito che è ammissibile, in applicazione dell'art. 7, comma 2, Legge n. 1423/1956, la revoca della confisca di prevenzione *ex* art. 2 *ter* Legge n. 575/1965 con effetti *ex tunc* "in contemplazione di una invalidità genetica del provvedimento" che sia divenuto definitivo, ciò che "preclude di rimettere in discussione con l'istanza atti o elementi già considerati nel procedimento di prevenzione o in esso deducibili" (par. 13). La sentenza muove dal presupposto, consacrato dalla sentenza delle Sezioni Unite 10 dicembre 1997[161], che il valore polisemantico dell'espressione "sia cessata la causa che lo ha determinato" (contenuta nell'art. 7, comma 2, primo periodo) "è riferibile tanto a un fatto sopravvenuto, quanto a una nuova e più attenta valutazione retrospettiva della situazione iniziale", sicché la norma in esame svolge "una funzione vicariante quella riservata, per le sentenze e per i decreti penali di condanna, alla revisione" (par. 3). In tale prospettiva la revoca *ex* art. 7, comma 2 è finalizzata non a fare cessare gli effetti di una confisca legittimamente imposta, bensì "a farne palese un vizio d'origine", operando "in funzione di revisione, per la persistenza di un concreto interesse".

---

[158] Una accurata ricostruzione dei diversi orientamenti è proposta da A. Cisterna, *Una retrocessione di beni incamerati che aveva suscitato molte polemiche*, in «Guida al Diritto», 2007, 7, p. 76 e ss.

[159] Cass, sez. I pen., 6 ottobre 2006 (dep. 10 ottobre 2006) n. 34059 (ord.), in www.cortedicassazione.it: nell'ordinanza sono citati gli estremi delle pronunce di opposto segno.

[160] Cass. sez. Un. pen., 19 dicembre 2006 (dep. 8 gennaio 2007), n. 57, in www.cortedicassazione.it.

[161] Cass. pen. Sez. Unite, 10 dicembre 1997, n. 18, Silvestro e Pisco, in «Foro it.», 1998, II, c. 372.

Non risulta inficiato il principio della irrevocabilità della confisca, la quale (come nel caso della misura *ex* art. 240 c.p.)[162] costituisce uno degli "effetti istantaneamente prodotti dalla decisione definitiva che l'ha disposta, effetti cioè non attinenti al rapporto esecutivo, ma conseguenti alla statuizione giudiziale nel momento stesso del passaggio in giudicato della sentenza" (par. 9).

Riconosciuta l'invalidità *ab origine* del titolo, tuttavia, "la ritenuta irreversibilità dell'ablazione non esclude la possibilità di una restituzione, per determinazione discrezionale della Pubblica Amministrazione, e quanto meno, provoca l'insorgenza di un obbligo riparatorio della perdita patrimoniale, priva di giustificazione sin dal momento in cui si è verificata" (par. 10).

L'esperibilità del mezzo, tuttavia, è riservata a quanti hanno partecipato al procedimento di prevenzione o siano stati messi in grado di parteciparvi, mentre la legittimazione difetta per il terzo che, "pur dovendo intervenire perché formalmente titolare dei beni sequestrati, non sia stato chiamato a partecipare al procedimento, e che comunque non vi abbia partecipato", al quale si riconosce la sola possibilità del ricorso all'incidente di esecuzione (par. 14)[163].

La sentenza delle Sezioni Unite fonda l'estensione dell'applicazione dell'art. 7, comma 2, sulla adesione all'indirizzo espresso dalla precedente pronuncia (anch'essa a Sezioni Unite) del 3 luglio 1996[164], secondo il quale la confisca *ex* art. 2 *ter* Legge n. 575/1965 non è di per sé provvedimento di prevenzione in senso stretto, ma piuttosto sanzione amministrativa di carattere ablatorio equiparabile alla misura di sicurezza prescritta dal comma 2 dell'art. 240 c.p.: essa, tuttavia, acce-

---

[162] Secondo Cass. sez. Un. 28 gennaio 1998, n. 2, Maiolo, in «Foro it.» 1998, II, c. 462 e ss., poiché nel momento del passaggio in giudicato della sentenza che la dispone, alla misura di sicurezza patrimoniale della confisca consegue un istantaneo trasferimento a titolo originario in favore del patrimonio dello Stato del bene che ne costituisce l'oggetto, la successiva invalidazione della norma incriminatrice per intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale, operando su una situazione giuridica che deve considerarsi ormai esaurita, non può comportare il venir meno di tale effetto in applicazione dell'art. 673 c.p.p.

[163] Per ulteriori considerazioni sulla tutela dei terzi nel procedimento di prevenzione cfr. cap. VII, par. 4.

[164] Cass. sez. un. pen., 3 luglio 1996, n. 18, Simonelli, in «Dir. pen. proc.», 1996, 9, p. 1068 e ss.: sul punto cfr. *supra* nota 45.

dendo ad una misura personale di prevenzione, è applicabile nel relativo procedimento di cui segue, in linea di massima, le regole (par. 4).

2.1. *L'art.* 12 sexies *D.l. 8 giugno1992, n. 306, conv. nella Legge 7 agosto 1992, n. 356. Una ipotesi "particolare" di confisca*

Secondo l'esplicita indicazione contenuta nella rubrica dell'art. 12 *sexies* D.l. 8 giugno1992, n. 306, conv. nella Legge 7 agosto 1992, n. 356, la norma introduce una ipotesi "particolare" di confisca, riguardo alla quale la connessione soggettiva prevale sulla esigenza della prova della derivazione del bene dalla commissione del reato. E infatti la disciplina in questione, al di là del valore (almeno) "indiziante" della rubrica[165], riflette tale peculiarità.

La figura affianca quella introdotta dal comma 7 dell'art. 416 *bis* c.p., che stabilisce la confisca obbligatoria della cose che servirono o furono destinate a commettere il delitto di associazione di tipo mafioso e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.

Tale norma, che, tra i primi interventi, segna il superamento della distinzione tra confisca facoltativa e confisca obbligatoria, sia pure anticipato da qualche sporadica previsione[166], ha generato sin dall'inizio qualche perplessità in ordine al duplice aspetto della difficoltà, da un lato, di rapportare le cose suscettive di confisca al reato associativo (come richiesto dalla disposizione), piuttosto che ai reati-fine; dall'altro, e per converso, di estendere in via analogica la confisca obbligatoria ai beni costituenti arricchimento illecito rispetto a tali reati-fine, quando invece il comma 7 si riferisce alla condanna per delitti di associazione di tipo mafioso[167].

---

[165] G. Fornasari, *Strategie sanzionatorie*, cit., p. 764.

[166] Si ricorda l'art. 1 D.l. 4 marzo 1976, n. 31, in materia di infrazioni valutarie, e l'art. 142 Legge 24 novembre 1981, n. 689, con riguardo alla guida senza patente: G. Fiandaca, *Commento all'art. 1 della Legge 1/9/1982, n. 646. Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale e integrazioni alle leggi 27/12/1956 n. 1423, 10/2/1962 n. 57 e 31/5/1965 n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia*, in «Legisl. pen.», 1983, p. 267.

[167] G. Fiandaca, *Commento all'art. 1 della Legge 1/9/1982, n. 646*, cit., p. 268.

Ma non solo. È soprattutto il piano della conformità al dettato della costituzione ad apparire particolarmente inclinato.

L'art. 12 *sexies* ripropone alcune caratteristiche appartenenti alla fattispecie di cui al comma 2 dell'art. 12 *quinquies* Legge n. 356/1992, dichiarato costituzionalmente illegittimo, come si vedrà[168], con la sentenza n. 48/1994: con la (non irrilevante) differenza che lo strumento diverso (rispetto al paradigma della norma incriminatrice), consistente nell'applicazione di una sanzione di tipo patrimoniale "svincolata dal fatto di reato"[169] (la confisca, appunto), ma ugualmente orientata, al pari della norma dichiarata incostituzionale[170], all'impedimento della infiltrazione nel circuito economico dei proventi dell'attività mafiosa, è riuscito a sopravvivere indenne al vaglio della Corte costituzionale, anzi, addirittura a "riprodursi"[171]. In buona sostanza, la disposizione rappresenta una "sanzione" priva del proprio reato[172]; quindi, una sanzione "non più accessoria rispetto ad una pena", che colpisce una sorta di "reato occulto"[173].

La "particolarità" dell'ipotesi prevista dall'art. 12 *sexies* si rinviene non solo nella specialità delle fattispecie cui si riferisce il dettato della norma (ad es., delitti previsti dagli artt. 416, comma 6; 416 *bis*; 600; 601; 602; 629; 630; 644; 648, esclusa la fattispecie di cui al comma 2; 648 *bis*; 648 *ter* del codice penale; delitti puniti dagli articoli 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope,

---

[168] Cfr. cap. VIII, par. 2.

[169] F. Sgubbi, *L'art. 12 quinquies della legge n. 356 del 1992 come ipotesi tipica di anticipazione*, cit., p. 30.

[170] La *Relazione* al D.l. 22 febbraio 1994, n. 123 (cfr. in «Riv. pen. ec.», 1994, p. 65), come si diceva, il primo della serie di decreti-legge che infine ha consentito l'introduzione della confisca, afferma esplicitamente l'identità della finalità dell'art. 12 *sexies* rispetto all'art. 12 *quinquies*, comma 2.

[171] Si pensi al modello dominante, solo formalmente diverso, della confisca di valore: cap. I, par. 1, e cap. IV, par. 3. In ordine alle questioni di legittimità costituzionale cfr. cap. VIII, par. 2.

[172] Si tratta, infatti, della confisca di un "patrimonio diverso, derivante da altri comportamenti": A. Gialanella, *Patrimoni di mafia*, cit., p. 49.

[173] M. Nobili, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in «Crit. dir.», 1995, p. 268; per alcune considerazioni di carattere generale cfr. L. Stortoni, *Criminalità organizzata e emergenza: il problema delle garanzie*, in «Crit. dir.», 1996, p. 172 e ss.

prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309; delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale), progressivamente integrato da successivi provvedimenti di riforma, ma anche nella applicazione nei casi di condanna o di "patteggiamento" a norma dell'articolo 444 c.p.p., nella apprensione del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica.

L'operatività della confisca si estende ai casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per un delitto *commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis del codice penale ovvero al fine di agevolare* l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché a chi è stato condannato per un delitto in materia di contrabbando nei casi di cui all'articolo 295, comma 2, del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43.

Il comma 220, lett. a) dell'art. 1 della "legge finanziaria 2007" (Legge 27 dicembre 2006, n. 296) ha interpolato il comma 1 dell'art. 12 *sexies*, inserendo il riferimento agli artt. 314, 316, 316 *bis*, 316 *ter*, 317, 318, 319, 319 *ter*, 320, 322, 322 *bis*, 325; la lett. b) ha altresì aggiunto alla medesima norma il comma 2 *bis*, secondo cui "in caso di confisca di beni per uno dei delitti previsti dagli articoli 314, 316, 316 *bis*, 316 *ter*, 317, 318, 319, 319 *ter*, 320, 322, 322 *bis* e 325 del codice penale, si applicano le disposizioni degli articoli 2 *novies*, 2 *decies* e 2 *undecies* della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni". Quanto poi all'art. 2 *undecies*, il comma 5 è stato sostituto dall'art. 1, comma 221 della stessa Legge n. 296/2006, il quale stabilisce che "le somme ricavate ai sensi del comma 1, lettere *b)* e *c)*, nonché i proventi derivanti dall'affitto, dalla vendita o dalla liquidazione dei beni, di cui al comma 3, sono versati all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnati in egual misura al finanziamento degli interventi per l'edilizia scolastica e per l'informatizzazione del processo". Sulla riforma si spenderà qualche considerazione nel prosieguo.

Infine, anche il DDL S1448, contenente la "legge comunitaria 2007", tra le direttive relative alla attuazione della decisione quadro 2005/212/GAI (delle quali si è detto), prevede l'aggiornamento del catalogo dei reati per cui trova applicazione l'art. 12 *sexies* alla luce dell'art. 3, par. 3, della decisione quadro stessa (art. 21, lett. d)).

È opinione condivisa che l'art. 12 *sexies* consente una considerevole dilatazione dell'alveo dei beni oggetti di ablazione: come si è affermato in relazione al delitto di usura, infatti, rientrano nel novero anche "cose che non siano il prodotto o il profitto immediatamente individuabile come connesso allo specifico episodio imputato", stante la finalità della misura di impedire che il condannato possa trarre un utile dal reato commesso e, al contempo, di devolvere allo Stato tutte le utilità che appaiano ingiustificatamente acquisite al proprio patrimonio da una persona condannata[174].

L'ablazione può essere altresì anticipata dal provvedimento cautelare. Alla stregua del comma 2 dell'art. 321 c.p.p. il sequestro (preventivo) può essere disposto per le "cose di cui è consentita la confisca": in mancanza di espresso riferimento alla sola confisca comune *ex* art. 240 c.p., si ritiene unanimemente che la norma evochi qualunque ipotesi (anche "speciale") di confisca, non esclusa quella prevista dall'art. 12 *sexies*[175].

Conferma tale estensione il comma 4 dell'art. 12 *sexies*, secondo cui, se, nel corso del procedimento, l'autorità giudiziaria, in applicazione dell'articolo 321, comma 2 c.p.p., dispone il sequestro preventivo delle cose di cui è prevista la confisca a norma dei commi 1 e 2, le disposizioni in materia di nomina dell'amministratore di

---

[174] Cass. Sez. II pen., 11 marzo 1999, n. 881 Cesana, in CED 213214; Id., Sez. II pen., 5 maggio 2003, n. 20131, Del Mistro, in CED 225770. In tale prospettiva appare irrilevante che il reato sia consumato o tentato, poiché l'ablazione non è collegata ai proventi o al profitto del reato: Cass. Sez. I pen., 10 maggio 2005, n. 22154, Secchiano, in CED 231665.

[175] Da ultimo cfr. Cass. sez. I pen., 30 settembre 2005, n. 38589, Focà, CED Rv 232606, che altresì desume la competenza del giudice dell'esecuzione in materia di sequestro preventivo dei beni dalla (sua) potestà di adottare il provvedimento di confisca in virtù dell'art. 12 *sexies* D.l. n. 306/1992; conforme Cass. Sez. VI pen., 2 maggio 2005, n. 33964, Morabito, in CED 232575; di segno contrario, limitatamente alla competenza del giudice dell'esecuzione, Cass. sez. V pen., 8 giugno 2005, n. 27613, Laera e altri, in CED 232292.

cui al secondo periodo del comma 3 si applicano anche al custode delle cose predette.

Si dirà a suo tempo della "peculiarità" del sequestro preventivo a scopo di confisca, che legittima l'ablazione sulla scorta del mero requisito della confiscabilità del bene, secondo i requisiti imposti dalla norma di riferimento (nel caso di specie, dell'art. 12 *sexies*)[176].

Insomma, nel caso di un procedimento per taluno dei reati indicati dall'art. 12 *sexies*, il sequestro preventivo può cadere anche su beni di cui non sia accertato il nesso di pertinenza con detto reato, ma che corrispondano alle caratteristiche definite dall'art. 12 *sexies*[177]. Ai fini della applicazione del provvedimento cautelare si deve altresì formulare "un plausibile giudizio prognostico alla luce del quale appaia probabile la condanna dell'imputato per uno dei delitti elencati nell'art. 12 *sexies*": in altri termini, ai fini della adozione del sequestro preventivo, "bastano indizi che, per consistenza e significato, consentano una ragionevole delibazione, allo stato degli atti, di un concreto grado di probabilità logica e di successo della prospettazione accusatoria"[178].

Con riguardo al binomio sequestro-confisca, anche la Corte costituzionale, nell'ordinanza n. 18/1996 ha rilevato che il rapporto di speculare correlazione – tale che soltanto deducendo l'illegittimità costituzionale del secondo potrebbe venire in discorso quella del primo – tra l'uno (provvedimento anticipatorio) e l'altra (provvedimento ablativo definitivo) impone che entrambi siano calibrati sui medesimi requisiti, soprattutto per quanto concerne "la qualificazione del vincolo pertinenziale che di regola deve sussistere tra reato e cose oggetto della misura cautelare reale". In particolare, atteso che il legislatore – alla stregua di una valutazione "non irragionevole" – ha ritenuto "di presumere l'esistenza di un nesso pertinenziale tra alcune categorie di reati e i beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza e che risultino di valore sproporzionato

---

[176] In ordine al rapporto tra sequestro e confisca cfr. anche cap. V, parr. 1 e 2.

[177] Orientamento prevalente: Cass. sez. II pen., 6 marzo 2003 n. 10575, Scuto, in CED 224857; Id., Sez. VI pen., 5 giugno 2003, n. 24598 Prudentino, in CED 225920.

[178] Cass. sez. I pen., 16 dicembre 2003, in «Cass. pen.», 2004, p. 1235 e ss., in particolare 1238; v. Cass. 12 febbraio 1999, Rubino, in «Cass. pen.», 2000, p. 1740.

rispetto al reddito o alla attività economica del condannato stesso", l'identica relazione tra fattispecie delittuosa per la quale si procede e giustificazione della provenienza dei beni deve costituire "il parametro di legittimità del sequestro preventivo, proprio perché misura destinata ontologicamente ad impedire la sottrazione o dispersione di quegli stessi beni che possono formare oggetto di confisca in ipotesi di condanna".

La relazione biunivoca tra sequestro e confisca è confermata dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 920 del 19 gennaio 2004[179], che, tuttavia, in corrispondenza del par. 10, sottolinea come, secondo l'art. 321, comma 2 c.p.p., in sede cautelare il giudice potrà accontentarsi del mero *fumus* (ovvero dell'astratta configurabilità) di una delle ipotesi criminose previste dalla norma citata, mentre dovrà apprezzare la presenza di "seri indizi" in tema di sproporzione dei valori e mancata giustificazione della liceità della provenienza, lasciando al giudice di merito l'onere del raggiungimento, a riguardo, della prova piena.

La Consulta, richiamando le argomentazioni svolte nella sentenza n. 48/1994, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 12 *quinquies*, comma 2 Legge n. 356/1992 e si è pronunciata sul punto anche con riferimento al sequestro preventivo[180], ritiene che l'istituto non violi né il diritto di difesa né il principio di uguaglianza, poiché "la persona cui i beni sono stati sequestrati può in ogni tempo contestare il provvedimento cautelare e provare l'inesistenza dei suoi presupposti domandando la revoca della misura, con l'ulteriore possibilità di proporre appello avverso la decisione del giudice a norma dell'art. 322 *bis* c.p.p."[181].

In altri termini, come già la Corte Europea con riferimento alla confisca *ex* art. 2 *ter* Legge n. 575/1956 nel caso Prisco[182], anche la Corte costituzionale risolve le perplessità sulla legittimità delle presunzioni alle quali si richiama il sequestro (prodromico al provvedi-

---

[179] Cass. Sez.Un. pen., 19 gennaio 2004, n. 920, Montella, in «Cass. pen.», 2004, p. 1187.

[180] Cfr. cap. IV, in ordine al sequestro preventivo; quanto al commento alla sentenza della Corte costituzionale, cfr. cap. VIII, par. 2.

[181] Ord. Corte cost. n. 18/1996.

[182] Si veda in particolare il par. 6 della decisione.

mento definitivo) alla luce del sistema processuale, deputato a consentire una rivisitazione dell'esito della vicenda nei diversi gradi di giudizio (nel caso di specie: procedimento di riesame, appello avverso la decisione del giudice *ex* art. 322 *bis* c.p.p.).

Una simile prospettiva, oltre a svilire la questione della costituzionalità della misura in considerazione della legislazione processuale penale relativa alla impugnazione dei provvedimenti cautelari, con evidenti ripercussioni sul piano della possibilità concreta di far emergere l'infondatezza delle presunzioni, non affronta in diritto la questione dei presupposti sostanziali dell'istituto, sui quali, come riconosciuto dalla stessa Consulta, finisce per radicarsi anche il fondamento del provvedimento ablativo definitivo.

La disciplina dell'art. 12 *sexies* rievoca, per certi versi, alcuni elementi di disciplina della misura di prevenzione patrimoniale di cui all'art. 2 *ter* Legge n. 575/1965. A conforto di tale lettura va richiamato il comma 4 *bis* dell'art. 12 *sexies*, il quale precisa che "si applicano anche ai casi di confisca previsti dai commi da 1 a 4 del presente articolo le disposizioni in materia di gestione e destinazione dei beni sequestrati o confiscati previste dalla legge 31 marzo 1965, n. 575, e successive modificazioni, fatti salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno". Sul punto insiste anche l'integrazione introdotta dalla "legge finanziaria 2007" che, come anticipato, esplicitamente estende ai beni confiscati *ex* art. 12 *sexies* (rispetto ai reati presupposti) le norme relative alla devoluzione, alla destinazione e alla amministrazione previste in materia di misure di prevenzione patrimoniali (art. 12 *sexies*, comma 2 *bis*).

La comune "ispirazione" della misura di prevenzione patrimoniale *ex* art. 2 *ter* Legge n. 575/1965 e dell'ipotesi particolare di confisca di cui art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992 (adombrata anche dal giudice *a quo* che ha rimesso alla Corte la questione di legittimità decisa con la citata ordinanza n. 18/1996) si evidenzia con riguardo al criterio di imputazione, che è di tipo "soggettivo"[183] (per quanto diverso nel contenuto rispetto a quello stabilito per la misura pre-

[183] Cfr. *infra* par. 2.3.

ventiva), al presupposto della titolarità o disponibilità dei beni[184], al parametro della sproporzione tra il valore dei beni e il reddito o l'attività economica (nel caso dell'art. 2 *ter*, riferito alla "sperequazione fra il tenore di vita e l'entità dei redditi), infine alla mancata giustificazione della provenienza legittima dei beni[185].

Si rinviene traccia del *favor* del legislatore nei confronti dell'art. 12 *sexies* – ma soprattutto, nel meccanismo del sequestro finalizzato alla confisca di cui a tale norma – in una duplice direzione: per un verso, nell'ampliamento del potere di indagine attribuito dall'art. 12, Legge n. 146/2006 in materia di crimine organizzato transnazionale: il p.m., infatti, in relazione ai reati di cui all'articolo 3 della stessa legge (norma che definisce il "reato transnazionale")[186], può compiere, nel termine e ai fini di cui all'articolo 430 del codice di procedura penale, ogni attività che si rende necessaria circa i beni, il denaro o le altre utilità soggette a confisca (a norma dell'articolo 11 della presente legge e) dell'articolo 12 *sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, e successive modificazioni. Per altro verso, come accennato in apertura, lo spettro di operatività dell'art. 12 *sexies*, in tempi recenti e in una sede singolare (ovvero nel corpo della "legge finanziaria 2007"), è stato ulteriormente esteso ai reati di peculato (anche mediante profitto dell'errore altrui), malversazione a danno dello Stato, concussione e corruzione (anche nell'ipotesi dell'art. 322 *bis* c.p.) e di utilizzazione d'invenzioni o scoperte conosciute per ragioni d'ufficio (art. 1, comma 220, Legge n. 296/2006).

Riproducendo lo schema di analisi proposto in ordine all'art. 2 *ter* Legge n. 575/1965, si tenterà anche in questa sede di dimostrare come, ancora una volta, l'applicazione dell'istituto, asservito alla finali-

---

[184] Conferma la Corte di cassazione che il riferimento alla disponibilità intende designare la relazione effettuale del condannato con il bene, connotata dall'esercizio di poteri di fatto corrispondenti al diritto di proprietà. La disponibilità coincide, pertanto, con la signoria di fatto sulla "res" indipendentemente dalle categorie delineate dal diritto privato, riguardo al quale il richiamo più appropriato sembra essere quello riferito al possesso nella definizione che ne dà l'art.1140 c.p.c. («Cass. pen.», Sez. I, 9 marzo 2005, n. 11732, in CED 231390).

[185] Cfr. *infra* par. 2.4.

[186] Cfr. cap. II, par. 9.

tà di punire determinati soggetti, prescinda dalla verifica del rapporto di derivazione tra beni e fatti illeciti, ovvero tra pericolosità dei beni e commissione di reati futuri, a favore di un intervento spiegabile nella logica dei "reati di sospetto", non superata dalla declaratoria di illegittimità dell'art. 12 *quinquies*, comma 2, Legge n. 356/1992.

2.2. *Struttura della figura prevista dall'art. 12* sexies

Il fondamento della figura si articola non tanto sulla "illiceità" della provenienza, quanto sulla mancata giustificazione dell'origine del danaro (e degli altri beni); altrettanto significativo è l'elemento della sproporzione tra i beni "sospetti" e il reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, oppure (tra i beni medesimi e) l'attività economica esercitata dal soggetto[187].

La *ratio* della disposizione consiste nell'impedimento dell'"infiltrazione massiccia nel circuito economico dei proventi di attività di tipo mafioso".

L'accertamento della pericolosità del soggetto non è richiesto; tralatiziamente esso viene desunto dalla esistenza di una sentenza di condanna, o di altra ad essa equiparata, con buona pace della abolizione (preceduta da declaratorie di parziale illegittimità costituzionale) della presunzione di "pericolosità sociale".

La finalità prettamente afflittiva dell'istituto trapela dalla assenza di requisiti incentrati sul rapporto eziologico tra beni e fatti di reato oggetto di accertamento, a vantaggio della funzione soltanto "indiziante" degli elementi posti alla base della valutazione: in tale contesto il giudice può esercitare la propria discrezionalità solo in relazione all'esistenza dei presupposti richiesti dalla norma, ma non quanto alla opportunità dell'applicazione della misura, che deve sempre essere disposta a fronte di una sentenza di condanna (o altra equiparata) inflit-

---

[187] A riguardo si rinvia agli approfondimenti di L. Fornari e A.M. Maugeri; al fine di ricapitolare le caratteristiche fondamentali dell'istituto si attinge alla rassegna critica di E.R. Belfiore, voce *Criminalità organizzata*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., p. 531 ss. (II ed. in corso di pubblicazione), e relative note bibliografiche e giurisprudenziali.

ta per determinati delitti. È infatti l'intero patrimonio del condannato a venire "in sospetto"[188], e alla luce di una certa tesi, addirittura a prescindere dalla c.d epoca dell'ingresso del bene nel patrimonio[189].

La mancanza del nesso di pertinenzialtà tra reati acclarati dalla sentenza di condanna (ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti) e beni assoggettabili a confisca incide sul fondamento costituzionale della norma, tanto da "costringere" le Sezioni Unite della Corte di Cassazione a tentare di chiarire i termini di detto rapporto[190]. L'autorevole intervento si deve non alla necessità del superamento del contrasto giurisprudenziale tra Sezioni circa l'interpretazione di una o più norme (in tal senso l'art. 618 c.p.p. può essere invocato con riferimento ad un contrasto meramente potenziale, mentre l'art. 610, comma 2 c.p.p. fa riferimento anche a "questioni di speciale importanza"), bensì all'esigenza di rafforzare la permanenza di un istituto di per sé particolarmente "invasivo", per di più abbinato all'uso (spesso) spregiudicato del sequestro, consueto "prologo" della confisca stessa[191]. Per contro, le peculiarità del sequestro preventivo (*in primis* in ordine al rapporto di pertinenza tra cosa e reato)[192] sembrano fortemente condizionate dall'abbraccio "mortale" della *ratio* afflittiva e derogatoria della confisca prevista dall'art. 12 *sexies*.

La difficoltà ermeneutica che pone il testo legislativo – lo riconosce la sentenza al par. 3 della motivazione – sembra "a ben vedere insuperabile". Le Sezioni Unite riprendono non senza disagio le vie interpretative percorribili per scongiurare il rischio di una "patente" violazione del principio di legalità, connesso alla applicazione del-

---

188 A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 863.

189 Così Cass. sez. II pen., 23 settembre 1998, n. 53582, Simoni, in «Cass. pen.», 1999, 3550 (nella decisione la confisca *ex* art. 12 *sexies* è espressamente qualificata come misura di sicurezza patrimoniale); in senso contrario cfr. Cass. Sez. V pen., 23 aprile 1998, n. 2469, Bocca, in «Cass. pen.», 1999, 3551. In merito alla questione della determinazione della rilevanza dell'arco temporale si veda *infra* nel testo.

190 Cass. Sez.Un. pen., 19 gennaio 2004, n. 920, Montella, in «Cass. pen.», 2004, p. 1187.

191 G. Fidelbo, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 Legge n. 356/1992: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in «Cass. pen.», 2004, p. 1190.

192 L. Carneroli, *Sequestro preventivo per somme già percepite e "confuse" nel patrimonio*, in «Dir. pen. proc.», 2002, p. 598.

la misura in presenza di relazioni mediate, indirette o occasionali: e dunque ragiona *ad excludendum*.

In estrema sintesi. Rifacendosi alla disciplina comune di cui all'art. 240 c.p., nel silenzio del legislatore, si potrebbe attribuire a detto rapporto di "pertinenza" un carattere "immediato e diretto", che comporta l'identificazione delle "cose" assoggettabili a confisca con quelle utilizzate per commettere il reato o con la nozione di prezzo o prodotto o profitto. Una tale lettura dell'art. 12 *sexies* renderebbe la disposizione quasi pleonastica, poiché si limiterebbe a rendere obbligatoria la confisca (prevista come facoltativa dall'art. 240 c.p.) per le cose destinate alla commissione del reato e per quelle che ne costituiscono il prodotto o il profitto, sovrapponendosi, almeno per alcune fattispecie, alla disciplina prevista dagli artt. 416 *bis*, comma 7 e 644 c.p., che già a riguardo impongono un obbligo di ablazione in ordine ai delitti cui si riferiscono. Il tenore dell'art. 416 *bis*, comma 7 c.p., salvo ammettere un'ennesima ipotesi di duplicazione di norme, esclude poi che l'art. 12 *sexies* possa riguardare le cose pertinenti a reati di criminalità organizzata che rappresentino oggetto di reimpiego.

Analogamente l'art. 644 u.c. c.p., nel testo riformulato dalla Legge n. 108/1996, prevede la confisca obbligatoria dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato, ovvero delle somme di danaro, beni e utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari.

È quindi diverso il fronte su cui occorre operare.

A sostegno della necessità della vigente disciplina la Corte fa appello al sopra accennato profilo della anteriorità dell'acquisto del bene rispetto alla commissione del reato per cui il soggetto subisce la condanna, in considerazione del quale un certo orientamento giurisprudenziale cerca di mitigare la "presunzione di pertinenzialità" circoscrivendo i beni aggredibili a quelli riconducibili al fatto attraverso un criterio di "ragionevolezza temporale"[193]. Le Sezioni Uni-

---

[193] Così già Cass. Sez. V pen., 23 maggio 1998, n. 2469, Bocca, in «Cass. pen.», 1999, 3551; *contra* Cass. sez. II pen., 23 settembre 1998, Simoni, in «Cass. pen.», 1999, 3550.

te, in particolare, ribadiscono che il nesso di provenienza della cosa dal reato rappresenta proprio l'oggetto dell'indagine: con evidenti ripercussioni sia in ordine all'elemento sostanziale dell'istituto sia sul piano probatorio, che risulterebbe trasfigurato a fronte della necessità di dimostrare un nesso di derivazione immediata e diretta del bene dal reato.

Sennonché, mentre è palese che l'art. 12 *sexies* non esige alcun nesso di derivazione nel senso sopra descritto, ugualmente – ad avviso della Corte – deve escludersi che tale relazione possa essere ricercata tra attività in generale "criminale" del soggetto e i beni medesimi: quest'ultima soluzione, infatti, imporrebbe al giudice chiamato a giudicare il singolo reato una valutazione ad ampio spettro, in contrasto con le garanzie processuali basate sul principio del contraddittorio. Sicché – conclude la Corte (par. 4) – (bisogna rassegnarsi al fatto che) la confisca *ex* art. 12 *sexies* altro non presuppone che la sentenza di condanna del soggetto, per un verso, e la sproporzione tra il valore economico dei beni di cui il condannato ha la disponibilità e il reddito da lui dichiarato o i proventi della sua attività economica – beni di cui il condannato non giustifichi la provenienza, per l'altro: con ciò allentando ulteriormente la connessione tra bene acquisibile e reato.

In tale accezione il patrimonio "sproporzionato" e "di origine non giustificata" riconducibile ad un soggetto condannato per reati ritenuti di particolare gravità, diventa indice della commissione di (altri) reati con carattere di continuità e idoneità a creare accumulazione economica[194], rispetto ai quali, pur in assenza di accertamento della responsabilità penale, è ritenuto necessario procedere ad infliggere una sanzione (punitiva).

Le Sezioni Unite (par. 6), confermando la propria precedente giurisprudenza[195], ribadiscono che l'art. 12 *sexies* descrive una "misura di sicurezza atipica con funzione anche dissuasiva, parallela all'affine misura di prevenzione antimafia introdotta dalla Legge n. 575/1965".

---

[194] Analoga *ratio* è attribuita all'*erweiterter Verfall* dell'ordinamento tedesco: cfr. cap. VIII, par. 6.

[195] Cfr. Cass. Sez. Un. pen., 17 gennaio 2001, *Derouach*, in «Cass. pen.», 2001, p. 1563 e ss.; per un commento alla sentenza ricco di spunti di riflessione cfr. S. Di Lena, *Giudice dell'esecuzione e confisca di valori ingiustificati: un principio di diritto "non innocuo" dal punto di vista costituzionale*, in «Ind. Pen.», 2003, p. 1205 e ss.

Sull'esito della non cristallina motivazione si tornerà in seguito[196], anche per raffrontare i criteri argomentativi con quelli utilizzati nel sistema tedesco per l'istituto dell'*erweiterter Verfall*[197].

Sin da ora si può osservare che, dalle premesse poste, le Sezioni Unite sostengono l'irrilevanza sia del "tempo" dell'acquisto del bene, sia del valore del (o dei) bene(i) da confiscare, che può essere ben superiore a quello dei proventi del reato per cui è intervenuta la condanna: l'esito dell'operazione ermeneutica è quello di rendere applicabile una misura "svincolata dal fatto di reato"[198].

La decisione in commento aderisce all'orientamento maggioritario della Cassazione, che tuttavia subisce qualche erosione laddove la Corte in qualche misura riconosce la necessità di un (sia pur fievole) nesso di pertinenzialità: la confisca *ex* art. 12 *sexies* viene intesa come ipotesi speciale della confisca comune di cui all'art. 240 c.p., fondate su un nesso di pertinenzialità più ampio che si instaura (non tra singolo reato e ben, ma) tra bene e attività delittuosa facente capo al soggetto[199]. Si tratta di una tesi che, attenta alla matrice dell'istituto, gemmato nell'ambito delle misure di contrasto al traffico di sostanze stupefacenti, di armi e al riciclaggio, non tiene conto che la disposizione *non esi*ge necessariamente la commissione di reati associativi *et similia*, ma (solo) reati che generano particolare allarme sociale: se pure è esperienza comune che tali attività criminose siano ricollegabili ad organizzazioni criminali, non si può escludere che essi vengano commessi da un singolo individuo al quale la disposizione è comunque applicabile. Ciò a maggior ragione successivamente alla dilatazione dello "specchio" della norma, oggi esteso, come detto, alla gran parte dei reati dei pubblici ufficiali contro la p.a. (tra i quali, peculato, malversazione a danno dello Stato, concussione e corruzione).

---

196 Cfr. *infra* par. 2.5.

197 Cfr. cap. VIII, par. 6.

198 F. Sgubbi, *L'art. 12 quinquies della legge n. 356 del 1992 come ipotesi tipica di anticipazione: dalla Corte costituzionale all'art. 12 sexies*, in *Atti del IV Congresso nazionale di diritto penale: diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 26 e ss.

199 Cass. Sez V pen., 22 settembre 1998, Sibio, in «Cass. pen.», 1999, 3552.

Ancora. La stretta connessione tra sequestro e confisca, e la conseguente aporia tra la disciplina comune del sequestro (che può riguardare solo beni per i quali sia ipotizzabile la provenienza da reato)[200] e la regolamentazione speciale della confisca (per cui in costanza dei delitti elencati dalla norma il patrimonio si presume "provento" di reati), alimentano ulteriori remore alla possibilità di condividere la scelta del legislatore: anche la lettura delle Sezioni Unite avalla la tesi secondo cui l'opzione politico-criminale sottesa alla norma è fortemente condizionata dalla potenziale efficacia della misura, della quale viene consolidata la preminenza rispetto alla disciplina del sequestro, tanto che presupposti e regolamentazione di questo viene attratta per osmosi nelle "maglie" della confisca.

2.3. *I presupposti di applicazione: a) la sentenza penale di condanna*

L'applicazione dell'istituto presuppone che il soggetto sia stato condannato con sentenza penale oppure che sia stato destinatario dell'applicazione della sentenza su richiesta della parti *ex* art. 444 c.p.p. per almeno uno della serie di delitti in parte già indicati nell'art. 12 *quinquies*, comma 2 (ovvero: delitti di associazione di tipo mafioso, estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione, usura – originariamente anche usura impropria, abolita dall'art. 1, comma 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108 –, ricettazione – esclusa la fattispecie di cui al comma 2 dell'648 *bis*, riciclaggio, trasferimento fraudolento di valori *ex* art. 12 *quinquies*, comma 1 d.l n. 306/92, ovvero per taluno dei delitti previsti dagli articoli 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope a approvato con D.P.R. n. 309/1990, ovvero – a seguito dell'entrata in

---

[200] Cass. Sez. V pen., 21 giugno 2001, Capomasi, in «Cass. pen.», 2002, p. 2374. La Cassazione ha escluso la possibilità di apprensione di somme che siano "confuse" nel patrimonio dei soggetti agenti: esse infatti, oltre a non essere facilmente individuabili, non riflettono il rapporto causale tra disponibilità della cosa e conseguenze (che potrebbero risultare protratte o aggravate) del reato: Cass. Sez. I pen., 19 dicembre 2000, D'Agostino, in «Dir. pen. proc.», 2002, p. 595 e ss.

vigore dell'art. 24, comma 1, lett. a), Legge n. 45/2001 che ha integrato il comma 1 dell'art. 12 *sexies* – per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo o di evasione dell'ordine costituzionale), nonché per alcuni delitti contro la p.a. e per quelli di induzione o mantenimento in schiavitù tratta di persone, acquisto e alienazione di schiavi.

Il riferimento alla sentenza di condanna, se consente di escludere le censure di illegittimità rimarcate per l'art. 12 *quinquies*, comma 2, che estendeva l'applicazione della norma al soggetto "nei cui confronti pende un procedimento penale", tuttavia stimola nuovi interrogativi.

Controversa la competenza esclusiva del giudice del merito a disporre il provvedimento[201].

Anche a voler intendere la condanna come "definitiva", la soluzione appare solo parzialmente rassicurante, atteso che la confisca è generalmente preceduta da un provvedimento di sequestro preventivo che di fatto consente l'anticipazione dell'applicazione dell'istituto, senza esigere il raggiungimento della prova piena né della commissione dei reati né dei requisiti di applicazione della confisca[202].

Per contro, l'espressa equiparazione della applicazione della pena su richiesta delle parti alla sentenza di condanna mette al riparo da soluzioni interpretative di tipo analogico tese a ricondurre l'ipotesi di confisca in esame alla disciplina generale prevista dall'art. 445 c.p.p. con riguardo alla confisca *ex* art. 240 c.p.[203]

Un ultimo aspetto della questione concerne il legame tra il soggetto sopra descritto e i beni confiscati, che può essere anche indiretto, essendo la disposizione applicabile a colui che di essi abbia a qualsiasi titolo la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica[204].

---

[201] Per una rassegna dei principali orientamenti sul punto cfr. E.R. Belfiore, *Criminalità organizzata* (sub *Commento alla Legge n. 356/1992*), in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., 538 (II ed. in corso di pubblicazione), par. V.

[202] Cfr. cap. V.

[203] Cfr. cap. IV, par. 2.

[204] Cfr. *supra* parr. 1.1 e ss.

2.4. *(segue) b) Il denaro, i beni e le altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e che risultano "in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica"*

La confisca *ex* art. 12 *sexies* ha per oggetto "denaro, beni, o altre utilità", ovvero qualunque elemento costitutivo del patrimonio, ogni entità suscettibile di valutazione economica, compresi, ad esempio, diritti reali su cosa altrui, diritti di garanzia, quote di società, partecipazioni azionarie[205].

Si osserva[206] che la disposizione si basa su due elementi privi di tassatività: essa, per un verso, intende colpire ogni bene "riconducibile" al soggetto (così si spiega il riferimento ai concetti di "titolarità", ovvero di "disponibilità a qualsiasi titolo", "anche per interposta persona fisica o giuridica" (ovvero: anche attraverso il ricorso ad un prestanome); per l'altro, introduce una ennesima figura imperniata sul controverso concetto di "provenienza" (del denaro ecc.), senza peraltro entrare nel merito – come al contrario prevedeva l'art. 12 *quinquies*, comma 2 – della sua origine.

In dottrina si era ipotizzato, prima dell'intervento della sentenza delle Sezioni Unite del 2004, che il soggetto potesse evitare la confisca in tutti i casi in cui fosse in grado di dimostrare la provenienza – per quanto illecita – del denaro, dei beni e delle altre utilità "sproporzionate"[207]. In effetti, il tenore letterale della norma sembra confermare tale interpretazione. La Cassazione, tuttavia, afferma che il soggetto, a fronte di una presunzione *iuris tantum*, debba fornire una "giustificazione credibile" attinente alla "positiva liceità della provenienza" dei beni, e chiarisce che "per gli acquisti che hanno un titolo negoziale occorre un'esauriente spiegazione in termini economici (e non semplicemente giuridico-formali) di una derivazione del bene da attività consentite dall'ordinamento, che sarà valutata secondo il principio del li-

---

[205] Per tutti cfr. A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 322 e s.

[206] E.R. Belfiore, *Criminalità organizzata*, cit., p. 537, n. 11 (par. V).

[207] G. Fornasari, *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12 sexies della legge n. 356 del 1992*, in «Crit. dir.», 1994, p. 17 e ss.).

bero convincimento"[208]. Sicché sembra doversi ritenere che, ad avviso della Suprema Corte, la confisca possa essere evitata dal condannato fornendo "un'esauriente spiegazione" non solo della provenienza dei beni, ma anche della loro provenienza da "*attività consentite dall'ordinamento*": *a contrario*, secondo l'opinione propugnata dalla Corte, la prova di una derivazione "illecita", benché non necessariamente "delittuosa" o "contravvenzionale" (ad esempio, attività di prostituzione; violazione di disposizioni tributarie o finanziarie di tipo amministrativo; violazioni contrattuali; ecc.), non consente di superare la presunzione, determinando l'applicazione della confisca.

La soluzione proposta esclude la preminenza della "confessione" del soggetto, che porti "allo scoperto" l'origine illecita dell'arricchimento: questi infatti avrà interesse ad impegnarsi per dimostrare la derivazione dei beni solo se assolutamente certo della loro conformità all'ordinamento; diversamente correrebbe il rischio di rivelare attività illecite (da cui potrebbero derivare per lo stesso ulteriori conseguenze pregiudizievoli) senza poter peraltro beneficiare del vantaggio di sottrarsi al provvedimento di confisca.

Ancora. Il tema della "provenienza delittuosa" evoca la *vexata quaestio* della tassabilità dei proventi da reato. All'argomento si è già fatto cenno[209]. È tuttavia opportuno in questa sede richiamare la sentenza della Cassazione Sezioni Unite penali del 12 novembre 1993[210], nella parte in cui esclude dall'area del "reddito" rilevante i proventi da attività "ontologicamente illecite" (con conseguente inapplicabilità in tal caso della normativa disciplinante il prelievo fiscale), ma non quelli derivanti da attività consentite dall'ordinamento, pur se condizionatamente alla concessione, ad esempio, di autorizzazione[211].

---

[208] Cass. Sez. Un. pen., 19 gennaio 2004, n. 920, Montella, in «Cass. pen.», 2004, p. 1187. In proposito, a titolo esemplificativo cfr. Cass. Sez. II pen., 6 marzo 2003, n. 10575, Scuto, CED 224857.

[209] Cfr. cap. I, par. 6.

[210] Cfr. in «Cass. pen.», 1994, p. 1805 e ss.

[211] Sul punto cfr. Cass. sez. trib. 23 febbraio 2000, «Il Mondo Giud.», 2000, 316, che ha ribadito l'irrilevanza dei "fatti genetici del reddito", subordinando la tassazione dei proventi da reato alla sussumibilità di essi in una delle categorie di reddito indicate dall'art. 6 t.u. imp. red. e al non assoggettamento dei medesimi a sequestro o confisca penale; tale assoggettamento, infatti, esclude il requisito del "possesso del reddito", che è indispensabile per l'esigibilità dell'imposta.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 18/1996, ha ritenuto "non irragionevole" la presunzione di esistenza di una interrelazione tra alcune categorie di reati (per cui si è subita la condanna) e i beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza, asserendo la "non imprescindibilità" di una derivazione causale dei beni suscettibili di confisca dal reato per cui è pronunciata la sentenza di condanna.

Nell'ipotesi dell'art. 12 *sexies*, come anticipato, non si esige la verifica del nesso di pertinenzialità tra commissione del reato e produzione della "ricchezza", essendo sufficiente che "il denaro, i beni e le altre utilità" appaiano "sproporzionate" rispetto al reddito o all'attività economica del soggetto: è l'intero patrimonio del soggetto, come si diceva, a venire "in sospetto"[212].

L'istituto si articola sull'inversione dell'onere della prova – *rectius*: di una *probatio* in molti casi *diabolica*[213] – circa la provenienza di detti beni "sproporzionati" rispetto al reddito o all'attività economica del soggetto; anzi, per meglio dire, prevede "una presunzione relativa di illecita accumulazione"[214], e presta il fianco alle medesime riserve di legittimità costituzionale in tema di diritto di difesa *ex* art. 24 Cost., già evidenziate nei confronti del comma 2 dell'art. 12 *quinquies*, comma 2. Si ripropone, in particolare, l'antitesi tra obbligo di giustificazione e diritto al silenzio (sulla falsariga di una sorta di "coazione alla prova"), che rappresenta la prima espressione del diritto di difesa[215].

Si è altresì evidenziato che la disciplina contrasta con il principio della presunzione di innocenza, garantito dal comma 2 dell'art. 27 Cost. e dalla normativa sovranazionale (art. 6.2: Convenzione

---

[212] A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 863.

[213] Cfr. L. Stortoni, *Criminalità organizzata e emergenza: il problema delle garanzie*, cit., p. 172 e ss.

[214] Cass. Sez. IV pen., 14 ottobre 2004, n. 47077, Donadio, in «Guida al Diritto», 2005, 2, p. 93; Id., Sez. I pen., 8 luglio 2004, n. 31663, Pettograsso, in CED Rv. 229300, e in «Arch. Nuova Proc. Pen.», 2005, p. 612.

[215] M. Zanotti, *Le disposizioni di cui all'art. 12 quinquies del D.l. n. 306 del 1992, convertito nella Legge n. 356/1992 in materia di trasferimento fraudolento e possesso ingiustificato di valori*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* (diretta da F. Bricola) – *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di P. Corso, G. Insolera, L. Stortoni, II, 1995, pp. 893 e ss.

Europea dei Diritti dell'Uomo; art. 14, n. 3: Patto internazionale sui diritti civili e politici)[216]. La validità dell'assunto è affermata dalla giurisprudenza con riguardo a beni, che si assumono di provenienza illecita, facenti capo a terzi: in tal caso incombe sull'accusa l'onere di dimostrare, ai fini dell'estensione dell'operatività del sequestro e della successiva confisca nei confronti del terzo, la discrasia tra intestazione formale e disponibilità effettiva del bene, accertando che il terzo intestatario si è prestato a rivendicare la titolarità apparente al solo fine di favorire la permanenza dell'acquisizione del bene in capo al condannato e di salvaguardarlo dal pericolo della confisca[217].

Si aggiunge che la necessità di giustificazione dell'origine dei beni viola il principio di colpevolezza (art. 27 Cost.), almeno per quanto concerne i beni di origine *criminosa* (diverse considerazioni infatti possono valere in ordine ai beni di origine illecita *non* criminosa): non essendo previsto alcun vincolo di pertinenzialità tra il reato per cui è inflitta la condanna e i beni oggetto di confisca, l'origine criminosa dei medesimi potrebbe trovare fondamento anche in ulteriori illeciti penali posti in essere dal condannato. Se ne ricava una funzione sostanzialmente sanzionatoria della confisca[218], giustificata sulla base del principio dell'"*in re illecita versari*", per cui il soggetto condannato risponde di tutte le conseguenze negative collegate al suo comportamento.

Per contro – stabiliscono le Sezioni Unite della Cassazione[219] – la presunzione *iuris tantum* di cui all'art. 12 *sexies* riguarda non "la colpevolezza di un soggetto, ma la provenienza illecita di un patrimonio". Tuttavia viene da chiedersi se la presunzione dell'"illiceità" del patrimonio non sia considerata "marcatore" della "colpevolezza" del soggetto in questione, e se, di conseguenza, tale "colpevolezza" non venga ad essere (soltanto) presunta.

Quanto al superamento della presunzione, non appare dirimente la tipologia dei reati per i quali il soggetto è stato condannato (o

---

[216] A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni*, pp. 870 e ss.

[217] Cass. sez. I pen., 5 febbraio 2001, Di Bella e altro, in «Foro it.», 2002, II, p. 63 e ss., con nota di G. Di Chiara.

[218] Cfr. cap., I, par. 4.

[219] Cfr. in «Cass. pen.», 2004, 1188, par. 8.

per i quali ha subìto altro provvedimento ad esso equiparato)[220], trattandosi di reati eterogenei, non esaustivi né "specifici" delle forme di manifestazione di quella mafiosa cui è dedicata la rubrica del provvedimento nel quale è stato inserito l'art. 12 *sexies*: ad esempio, mentre i delitti di estorsione e di sequestro di persona a scopo di estorsione costituiscono patrimonio "condiviso" rispetto alla c.d. criminalità comune[221], i delitti di concussione e di corruzione, malversazione a danno dello Stato e frode in sovvenzioni pubbliche, pur appartenendo ai tradizionali "delitti scopo" delle associazioni *ex* art. 416 *bis* c.p.[222], possono tuttavia essere perpetrati anche da delinquenti "non organizzati".

La provenienza può essere dimostrata anche a prescindere dalla esistenza di documenti aventi valenza probatoria civilistica in tema di diritti reali, possessori e obbligazionari[223], poiché, in assenza di espresse previsioni di legge, prevale in materia il principio del libero convincimento del giudice[224].

Secondo la Cassazione, qualora tale presunzione risulti superata dall'allegazione della parte privata che fornisca dati in sé "incontroversi", il fondamento della presunzione legale viene meno e spetta, di conseguenza, alla parte pubblica controdedurre sul piano storico in merito alle allegazioni e ai dati offerti dalla parte privata[225].

---

[220] A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 866 e ss.

[221] Si veda G. Fornasari, *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto"*, cit., p. 19; la questione è stata posta anche con riguardo al dettato dell'art. 12 *quinquies*, comma 2: M. Zanotti, *Le disposizioni di cui all'art. 12 quinquies del D.l. n. 306 del 1992*, cit., p. 882 e ss.

[222] G. Fornasari, *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto"*, cit., p. 19.

[223] Cass. sez. VI pen., 15 aprile 1996, Berti, in «Cass. pen.», 1996, p. 3649 e ss.

[224] Cass. sez. V pen., 26 marzo 1998, Bosetti, in «Arch. Nuova Proc. Pen.» 1998, p. 601.

[225] In motivazione la Corte ha osservato che in tal caso la parte pubblica non può ulteriormente invocare la presunzione: in virtù del disposto di cui all'art. 665 cod. proc. pen. dovrebbe essere il giudice dell'esecuzione a chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno, poiché tale giudice, alla stregua di quanto si verifica con le previsioni di cui all'art. 507 e 603 cod. proc. pen., ha una mera facoltà discrezionale di procedere a tali acquisizioni, il cui esercizio è precluso ove si dimostri acquisito quanto necessario per la decisione: Cass. Sez. V, 17 marzo 2006, n. 9520, CED 233895.

L'istituto, prestandosi quindi ad applicazioni estranee alla "lotta alla mafia" che costituisce *ratio* e fondamento della disciplina generale in cui la confisca è inserita[226], traghetta il legislatore verso la trasformazione di un regime "eccezionale" (con i corollari che da esso derivano)[227] in regola comune: la condanna per uno qualunque dei delitti elencati nella norma (ivi compresi quelli a realizzazione non necessariamente associativa), infatti, consente l'estensione della operatività di quella che la stessa rubrica dell'art. 12 *sexies* denomina "ipotesi particolari di confisca".

Quanto al secondo requisito dell'ablazione, viene in causa, come detto, il canone della "sproporzione" della quantità di denaro, di beni e altre utilità rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica esercitata. Si tratta del medesimo parametro indicato nell'abrogato art. 12 *quinquies*, comma 2: sottotraccia, infatti, nonostante la diversa struttura delle due previsioni (confisca, la prima; reato, la seconda) oggetto dell'intervento "punitivo" continua ad essere il possesso di patrimonio "eccessivo".

Ad avviso della Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, la sproporzione consiste in un incongruo squilibrio tra guadagni e capitalizzazione, da valutarsi secondo le comuni regole di esperienza, e comunque con riferimento alla somma dei singoli beni da raffrontare rispetto al reddito e alle attività nei momenti dei singoli acquisti e con riguardo al valore dei beni volta a volta acquisiti. La Cassazione ritiene non sufficiente la prova "negativa" della "non provenienza dal reato", ma, all'insegna del principio del libero convincimento del giudice, esige esaurienti spiegazioni circa la derivazione dei beni in termini economici e non semplicemente giuridico-formali[228].

Ai fini della propria valutazione, il giudice può discrezionalmente fare riferimento al reddito dichiarato o all'attività economica, senza necessità di "controprova" sulla base dell'altro parametro. La casi-

---

[226] *Ratio* peraltro confermata dalla inclusione nella previsione legislativa di delitti come la tratta di persone, concernenti settori privilegiati dell'attività delle organizzazioni mafiose e simili.

[227] Cfr. cap. I.

[228] Cass. Sez. un. pen., 19 gennaio 2004, n. 920, Montella, in «Cass. pen.», 2004, 1187, par. 7

stica sul punto è varia: ad esempio, si ritiene di considerare il valore d'uso di detti beni, con i relativi costi[229]; parimenti rileva, in mancanza di elementi di segno contrario, che l'imputato abbia dichiarato (*ex* art. 66, comma 1 c.p.p., e 21 att. c.p.p.), di essere disoccupato[230].

2.5. *Natura giuridica della confisca* ex *art. 12* sexies

Controversa la natura giuridica della tipologia di confisca di in commento.

Dal presupposto della condanna riportata dal soggetto parte della dottrina inferisce che l'istituto previsto dall'art. 12 *sexies* è estraneo alla categoria delle "misure di prevenzione"[231], tanto più che l'ablazione non è accompagnata all'applicazione di alcuna misura di prevenzione personale, mentre il giudice non è tenuto ad accertare l'"inclinazione all'attività criminosa"[232].

In senso contrario si è segnalato in giurisprudenza che l'art. 12 *sexies* prevede una "misura di prevenzione patrimoniale", che si fonda sul giudizio di pericolosità del soggetto titolare dei beni, pericolosità presunta *iuris tantum* dalla legge per il solo fatto che l'interessato sia stato riconosciuto penalmente responsabile di uno dei gravi delitti previsti dalla stessa norma[233]. In effetti, a prescindere dal presupposto della sentenza di condanna per uno dei delitti espressamente previsti, che nell'economia dell'istituto è stata non a torto equiparato ad un elemento di "mera occasionalità", atteso l'elevato grado di scollamento tra accertamento processuale per la responsabilità dei reati in questione e ablazione di beni, è il pericolo di commissione di reati "ulteriori" rispetto a quelli coperti dalla previa condanna a caratterizzare la misura[234].

---

[229] Cass. sez. VI, 7 dicembre 1998, n. 3851, Sforza, in «Cass. pen.», 2000, p. 1352.

[230] G.i.p. Trib. Fermo 21 luglio 1999, in «Arch. Nuova Proc. Pen.», 1999, p. 545.

[231] L. Fornari, *La criminalità del profitto*, cit., p. 65 e ss.

[232] P. Bernasconi, *La "speciale" confisca introdotta dal d.-l. 20 giugno 1994, n. 339, conv. dalla l. 8 agosto 1994, n. 501*, in «Dir. pen. proc.», 1996, p. 1420.

[233] Trib. Lecce, 27 marzo 1997, in «Nuovo dir.», 1997, p. 997.

[234] A. Mangione, *La misura di prevenzione*, cit., p. 397 e ss.

Altre ipotesi ermeneutiche annoverano l'istituto tra le pene accessorie. Si osserva a riguardo che queste tradizionalmente intervengono per aggravare il trattamento sanzionatorio del soggetto ritenuto responsabile in relazione ad attività da esso poste in essere e delle quali la realizzazione del reato ha rivelato un "abuso"[235].

Anche l'orientamento che riconduce la confisca alle misure di sicurezza patrimoniali[236], che fondano la loro legittimazione sulla prognosi di pericolosità della cosa in ordine alla commissione di nuovi reati, non soddisfa appieno. Ai fini dell'applicazione dell'art. 12 *sexies*, infatti, il requisito della "pericolosità" è indirettamente ricavato dalla preesistenza di una sentenza di condanna (o altra equiparata) per reati "a sfondo mafioso": il collegamento tra fatto commesso e confisca appare così tenue da ridurre il fatto ad una sorta di "condizione obiettiva di punibilità"[237].

La Corte costituzionale, nell'ordinanza n. 18/1996, pur avendo sottolineato, come già ricordato, che la confisca *ex* art. 12 *sexies* è caratterizzata da struttura e presupposti diversi dall'istituto generale previsto dall'art. 240 c.p., si è astenuta dall'offrire determinanti contributi al dibattito.

Si è anche anticipato che, nella sentenza 19 gennaio 2004 (par. 6), le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno qualificato l'ipotesi in questione in termini di "misura di sicurezza atipica con funzione anche dissuasiva, parallela all'affine misura di prevenzione antimafia introdotta dalla Legge n. 575/1965"[238].

---

[235] E. Belfiore, *Criminalità organizzata*, cit., p. 534.

[236] Cass. sez. II pen., 29 maggio 2002, n. 33984, Del Mistro, in «Cass. pen.», 2003, 2314; Id. sez. VI pen., 21 marzo 2002, n. 28750, Chiascione, *ivi*, 2003, 2384; Id. sez. VI pen., 15 gennaio 2001, n. 155, Profeta, *ivi*, 2002, 2441; *contra*, tra gli altri, A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 861.

[237] G. Fornasari, *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto"*, cit., p. 17.

[238] Secondo Cass. sez. IV pen., 15 marzo 2000, n. 4214, De Santis, in «Cass. pen.», 2001, p. 1788, l'art. 12 *sexies* rileva quale disposizione speciale rispetto all'art. 240 c.p.; esplicitamente nel senso della "misura di sicurezza atipica" Cass. sez. V pen., 10 gennaio 2002, n. 6301, Amelio, in «Riv. pen.», 2002, p. 472, e, soprattutto, Cass. sez. Un., 31 maggio 2001, n. 29022, Derouach, in «Cass. pen.», 2001, p. 3385.

L'asserto non stupisce poiché registra quella distanza dalla "tipicità" della figura madre della misura di sicurezza che fa seriamente dubitare della matrice comune.

Il carattere dissuasivo, inoltre, espressamente attribuito alla confisca *ex* art. 12 *sexies*, ne accentua la valenza in chiave di duplicazione della sanzione già inflitta attraverso l'irrogazione della sentenza di condanna, che costituisce presupposto del procedimento ablativo.

Non meno controverso appare il parallelismo delineato dalla sentenza tra la figura in esame e l'"affine" misura di prevenzione di cui alla Legge n. 575/1965 che, per l'appunto, in quanto misura di prevenzione, è sganciata da qualunque accertamento di responsabilità penale (in quest'ultimo senso anche le indicazioni della Corte Europea)[239].

La funzione preventiva della confisca si rafforza laddove la scelta politico-criminale del legislatore viene spiegata in relazione alla individuazione di "delitti particolarmente allarmanti, idonei a creare una accumulazione economica, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti".

La confisca opererebbe, quindi, come baluardo nei confronti dell'"abuso" del diritto di proprietà, destinato a garantire quella funzione sociale nei cui limiti la Costituzione riconosce la proprietà privata[240]: una simile ipotesi ricostruttiva si prefigura, come vedremo, anche nel sistema tedesco[241].

Se, per un verso, considerando la stretta correlazione "sequestro-confisca" di cui si detto[242], si consolida l'idea che il provvedimento ablativo definitivo costituisca mera conversione di un provvedimento originariamente disposto con finalità meramente cautelari e provvisorie; per l'altro, esce rafforzata la "valenza repressiva"[243] di una misura di matrice preventiva che opera in chiave sanzionatoria attraverso la privazione del patrimonio che si trova nella disponibilità dell'autore di uno o più reati predeterminati[244].

---

239 Cfr. *supra* par. 1.6.

240 Cfr. cap. VII, par. 1.

241 Cfr. cap. VIII, par. 3.

242 Cfr. cap. V.

243 G. . Fornasari, *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto"*, cit., p. 19 e ss.

244 O. Mazza, *Commento agli artt. 1 e 2 D.l. 20 giugno 1994, n. 399, conv. con mod. dalla Legge 8 agosto 1994, n. 501*, in «Legisl. pen.», 1995, p. 32 e ss.

Tra i profili di maggior incidenza della corretta qualificazione della confisca in esame risalta quello concernente il regime di successione di leggi in senso diacronico.

Ascrivere l'istituto in esame alle "pene" (accessoria o principale), oppure alle "misure di sicurezza" incide anche sulla disciplina intertemporale in caso di successione di leggi: mentre l'art. 25, comma 2 Cost., nei noti termini, abbraccia le "pene", il contenuto del principio affermato dal comma 3 dell'art. 25 Cost. con riferimento alle misure di sicurezza è tutt'altro che pacifico[245].

Infine. Se, dal punto di vista sistematico la figura in esame stenta a trovare una qualche precisa collocazione, gli studi comparatistici in materia hanno evidenziato che l'istituto presenta qualche affinità con la "pena patrimoniale" di cui al § 43a StGB, dichiarata dal BVerfG "incompatibile e nulla" rispetto alla Legge Fondamentale per difetto di determinatezza[246].

La *Vermögensstrafe* consisteva in una sanzione sostanzialmente penale, di tipo meramente ablativo, introdotta dalla "*Legge tedesca sulla criminalità organizzata*" (OrgKG) del 17 luglio 1992, la cui *ratio* condivide la "matrice storica" della norma in commento: il meccanismo, attraverso l'imposizione del pagamento di una somma di danaro (nel massimo corrispondente al valore dell'intero patrimonio del soggetto), prevedeva l'apprensione, da parte dello Stato, di risorse finanziarie – di presunta origine illecita – appartenenti a soggetti collegati ad organizzazioni criminali, le quali, da un lato, sarebbero state private di gettiti economici adeguati al loro mantenimento; dall'altro, avrebbero assistito alla elevata riduzione delle possibilità di *laudering* di beni e danaro di illecita provenienza.

I punti di frizione della disciplina con le garanzie costituzionali appaiono tali e tanti da rendere necessario un successivo approfondimento[247].

---

245 E.R. Belfiore, voce *Criminalità organizzata*, cit., p. 534 e ss. (par. III).

246 BVerfG 20 marzo 2002, in www.bundesverfassungsgericht.de.

247 Cfr. cap. VIII, par. 5.

Capitolo IV

LE IPOTESI SPECIALI DI CONFISCA: DA "DEROGA" A "REGOLA"

1. *Le ipotesi speciali di confisca: "deroghe" e "regole". La funzione ulteriormente sanzionatoria della confisca: a) il principio di "obbligatorietà"*

Alcuni caratteri costituiscono comune denominatore degli interventi legislativi recenti nei quali prolificano le figure di confisca, che si inseriscono talvolta nel generico contenitore delle strategie di contrasto alla c.d. criminalità del profitto[1] – spesso impropriamente non distinto da quello della criminalità organizzata[2], *rectius:* dei tipici delitti-scopo delle associazioni criminose e di tipo mafioso (e quindi reati di usura, prostituzione e pornografia minorile); talaltra nel contesto dei reati economici *lato sensu* (comprensivi dei delitti di corruzione, dei reati societari, dei reati connessi alla manipolazione del mercato finanziario e degli illeciti ascrivibili alle persone giuridiche); infine, nell'ambito dei "reati transnazionali"[3].

Il modello delle ipotesi speciali di confisca corrisponde ormai a canoni rituali, che non sembrano trovare fondamento soltanto nel grado di allarme sociale peculiare dei reati presupposti: come nel caso delle misure di ablazione patrimoniale nate, ad esempio, in Ger-

---

[1] L. Fornari, *La criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Cedam, Padova, 1997, p. 247 e ss.

[2] A. Alessandri, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2005, p. 547.

[3] *Amplius* in relazione alla confisca applicabile al "reato transnazionale" cfr. cap. II, par. 11.

mania, per contrastare la criminalità organizzata, oggi trasformate in istituti di carattere generale[4].

Dai delitti di corruzione ai reati societari, a quelli relativi al mercato finanziario e alla responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche, si va ritagliando una cornice nella quale le diverse figure di confisca trovano spazio come espressione non di una mera deroga alla disciplina comune, ma come "regola" che ha ad oggetto ipotesi *sui generis* di ablazione del patrimonio: una appropriazione da parte dello Stato alla quale mal si attaglia lo stesso concetto illuministico di "sanzione penale", stante lo scollamento tra fatto di reato e bene oggetto di confisca, ma che opera evidentemente in chiave "punitiva".

Si delineano quindi i contorni di una misura afflittiva, certamente punitiva, obbligatoria – come si vedrà tra breve – talvolta principale, più spesso accessoria, tuttavia non assistita dalle garanzie costituzionali peculiari della sanzione penale.

Il solco che separa il regime delle ipotesi speciali di confisca – di fatto, ormai divenuto "comune" – dall'istituto "classico" dell'art. 240 c.p. si apprezza nello spostamento del fuoco dell'attenzione dal "profitto" ottenuto dal singolo reato alla produzione di ricchezza come origine o destinazione di attività criminose[5].

Va in premessa evidenziato che non è (ancora) contemplata dall'ordinamento una figura "di genere"[6] che riassuma le caratteristiche delle ipotesi speciali di confisca; il principio di legalità esclude che tali peculiarità possano trovare applicazione al di fuori dei casi esplicitamente previsti, sicché decisivo, ai fini della ablazione patrimoniale, diventa il titolo di reato ascritto al soggetto[7].

---

[4] A. Alessandri, *Attività d'impresa*, cit., p. 536; sul punto si veda cap. VIII.

[5] Si veda già L. Fornari, *La criminalità del profitto*, cit., p. 207.

[6] Il tentativo di introduzione di una ipotesi generale di confisca destinata ad affiancare a quella classica di cui all'art. 240 c.p., come detto, non ha ottenuto alcun risultato positivo: cfr. cap. II, par. 11.

[7] Rileva Filippo Sgubbi che, ad esempio, nel caso dei reati societari, l'intervento della procedura concorsuale, determinando la configurazione di una diversa e nuova fattispecie ai sensi dell'art. 223, comma 2 Legge fall. (c.d. bancarotta impropria), esclude l'applicabilità della confisca di cui all'art. 2641 c.c., non estesa ai reati connessi al fallimento né dallo stesso art. 2641 c.c. né dalla legge fallimentare:

L'"autonomia" dei caratteri comuni delle "nuove confische" appare comunque fuori discussione, e per averne contezza è sufficiente ricapitolare le principali caratteristiche di esse.

Si pensi *in primis* alla previsione della *obbligatorietà* della confisca del prodotto o (soprattutto) del profitto del reato, che risolve *in nuce* la questione dell'accertamento della pericolosità reale connesso all'inquadramento della confisca tra le misure di sicurezza, attribuendo alla ablazione una funzione deterrente che la rende assimilabile (quanto meno) alla pena accessoria[8]. La frequenza[9] di un siffatto regime nell'ambito della recente legislazione – dall'art. 116, comma 1, Legge 25 settembre 1940, n. 1424, in parte trasfuso nell'art. 301 del t.u. dog. (D.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43), riformulato dall'art. 11, Legge 30 dicembre 1991, n. 413; agli artt. 31, comma 2, Legge 13 settembre 1982, n. 646 (in caso di omessa variazione di comunicazioni), e 416 *bis*, comma 7 c.p., all'art. 644 u.c. c.p.; dall'art. 322 *ter* c.p., esteso anche ai reati previsti dall'art. 640 *quater* se commessi con abuso delle qualità di operatore del sistema, all'art. 600 *septies* c.p.; dall'art. 270 *bis* u.c. c.p., all'art. 2641 c.c.; dall'art. 171 *sexies*, comma 2 Legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di diritto d'autore sino ai neo-introdotti art. 178, comma 4 del D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 in tema di tutela dei beni artistici, e art. 187 D.lgs. n. 58/1998, modificato dalla Legge n. 62/2005 relativa alla

---

F. Sgubbi, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in «Giur. comm.», 2005, p. 360 e ss. Analogamente, nei casi delle c.d. frodi carosello, va segnalato che l'ascrizione del fatto ai reati tributari (per i quali non prevista la confisca per equivalente), ovvero al delitto di truffa aggravata *ex* art. 640, comma 2, n. 1 c.p. (richiamato dall'art. 640 *quater* c.p. in materia di confisca: cfr. *infra* par. 4), condiziona l'assoggettabilità ad ablazione di valore dei beni non direttamente derivanti dal reato: Cass. sez. III pen., 15 marzo 2006, n. 13244, in «Il fisco», 2006, p. 5827 e ss.

[8] L'estensione della confisca obbligatoria in chiave general-preventiva a cose che non sono di per sé pericolose o oggettivamente pericolose è stata segnalata già con riferimento all'ipotesi di confisca contemplata dall'art. 416 *bis* c.p. in materia di associazione di tipo mafioso: cfr. G. Fiandaca, *Commento all'art. 1 della l. 1/9/198, n. 646. Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alle leggi 27/12/1956 n. 1423, 10/2/1962 n. 57 e 31/5/1965 n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia*, in «Legisl. pen.», 1983, p. 267. Sulla funzione della confisca cfr. *amplius* cap. I.

[9] La peculiarità viene segnalata già da A. Alessandri, voce *Confisca nel diritto penale*, in «Dig. disc. pen.», III, 1989, p. 49 e ss.

tutela del mercato[10] – sottolinea che i beni costituenti (prodotto o) profitto di detti reati vengono "contaminati" dalla presunzione di pericolosità *in re ipsa* che la parte generale del codice penale (art. 240) continua a riservare al prezzo del reato e alle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione costituisce reato[11].

È una lunga storia. L'impianto del codice comincia a vacillare già in relazione a talune ipotesi di reato ritenute particolarmente gravi: si pensi, ad esempio, all'art. 335 *bis* c.p. (inserito dall'art. 6, Legge 27 marzo 2001, n. 97, contenente "*norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*"), che per tutti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione rende obbligatoria la confisca prevista, in caso di condanna, dall'art. 240, comma 1 c.p. (e fatta salva l'applicabilità dell'art. 322 *ter* c.p.)[12].

La confisca obbligatoria è talvolta estesa agli strumenti utilizzati per commettere il reato – è il caso, ad esempio, dell'art. 187 D.lgs. n. 58/1998 in relazione ai delitti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato – ovvero agli strumenti e materiali serviti o destinati a commettere il reato – come nell'ipotesi prevista dall'art. 171 *sexies*, comma 2 Legge n. 633/1941 in materia di diritto d'autore[13].

A ciò si aggiunga la controversa interpretazione del concetto stesso di "obbligatorietà". Già in relazione alla definizione contenuta nell'art. 240 c.p., infatti, se la tesi dominante non dubita della applicazione obbligatoria della confisca in relazione ai soli casi di condanna[14],

---

[10] Qualche considerazione specifica merita la confisca prevista dagli artt. 11 e 12 della Legge n. 14/2006 in materia di crimine organizzato transnazionale, sulla quale cfr. cap. II, par. 11.

[11] Già A. Alessandri (voce *Confisca*, cit., p. 46) segnalava il movimento di deriva della confisca sospinto verso "strutturazioni fondate su modelli di pericolo presunto".

[12] In ordine alla disciplina di cui all'art. 322 *ter* c.p. si rinvia ai sintetici riferimenti richiamati *infra sub* par. 4.

[13] Per la lettura delle locuzioni in esame si rinvia al cap. I, par. 6.

[14] Si veda per tutti A. Alessandri, *Confisca*, cit., p. 45 e 47; L. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 734 e ss., par. 4; G. Grasso, *Art. 240*, in M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Giuffrè, Milano, 1994, p. 532, n. 38. Si osserva a riguardo che soltanto in relazione alle cose ritenute "oggettivamente criminose" si stabilisce l'applicazione della confisca "anche se non è

si osserva peraltro che la confisca del prezzo resterebbe preclusa nei confronti di soggetti prosciolti perché non imputabili o comunque non punibili[15]. Rinviando per ulteriori considerazioni al successivo paragrafo, va sin da ora segnalato che nella sentenza n. 48/1994 la Corte costituzionale ha desunto dal carattere obbligatorio della confisca che il sequestro preventivo a questa "prodromico" può prescindere da qualsiasi profilo di verifica in merito alla fondatezza dell'accusa[16].

In materia di contrabbando la giurisprudenza specifica che le cose che servirono per la commissione del reato o che ne costituiscono l'oggetto, il profitto o il prodotto sono soggette a confisca anche nel caso che il reato venga dichiarato estinto per prescrizione, derogando la disciplina fissata dall'art. 301 comma 1 D.p.r. 23 gennaio 1973 n. 43 a quella generale contenuta nell'art. 240 c.p.[17].

Alla luce di tali premesse sintomatica appare la previsione dell'ultimo comma dell'art. 6 D.lgs. n. 231/2001 (in tema di responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche) che impone la confisca del prodotto che l'ente ha tratto dal reato (estensibile alla forma per equivalente)[18] commesso dal soggetto in posizione apicale anche allorché all'ente non si possa attribuire alcuna responsabilità alla stregua della disciplina prevista dallo stesso art. 6[19].

---

stata pronunciata condanna" (art. 240, comma 2, n. 2 c.p.); si tratta infatti di cose che, a motivo della loro intrinseca pericolosità, vanno "tolte di mezzo" (V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Utet, Torino, 1981, 5ª ed., p. 392; S. Fùrfaro, voce *Confisca*, in «Dig. disc. pen.», Agg. ***, I, 2005, p. 204 e ss. Con riferimento alla ipotesi speciale di confisca prevista dall'art. 322 *ter* c.p., ad esempio, l'esclusione dell'applicazione della misura in caso di sentenza di proscioglimento è sostenuta da M. Pelissero *Commento alla Legge 29 settembre 2000, n. 300*, in «Legisl. pen.», 2001, p. 1024.

[15] A. Alessandri, *Confisca*, cit., p. 45: l'avverbio "sempre" esclude, da parte del giudice, unicamente la valutazione circa l'opportunità della misura; diverso il caso dell'art. 240, comma 2, n. 2 c.p.

[16] Si veda in particolare il par. 6 della sentenza, per alcune considerazioni sulla quale si rinvia a cap. V, par. 2.

[17] Cass. sez. III pen., 26 novembre 2001, n. 4739, Vanni, in «Cass. pen.», 2003, 2409; la confisca deve essere disposta anche quando l'imputato venga assolto o dichiarato non punibile o non penalmente perseguibile per cause che non interrompano il rapporto delle cose con l'introduzione illegittima nel territorio dello Stato: Cass. sez. III pen., 29 ottobre 1997, n. 3549, Ratti, in «Riv. pen.», 1998, p. 39.

[18] Cfr. *infra* par. 3

[19] Si veda *amplius* cap. VI, par. 3.

L'ablazione del bene, nelle ipotesi in esame, viene così considerata come intrinsecamente (o meglio: di per sé) idonea e necessaria, secondo il modello della presunzione (di pericolosità) *iuris et de iure*[20].

Il canone della obbligatorietà, escludendo ogni possibilità di declinazione del giudizio di pericolosità, contribuisce ad allontanare la "confisca speciale" dalla figura originaria contenuta nel codice, confermandone la riconducibilità all'alveo di sanzioni comunque "accessorie"[21]. Ma esso incide anche sul fondamento della misura. L'art. 240 c.p. riserva la obbligatorietà della confisca (oltre che alle cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato)[22] al prezzo del reato, poiché questo costituisce un fattore che incide sulla motivazione al reato[23], e quindi appare particolarmente rilevante in relazione alla funzione della misura di sicurezza, che presuppone un giudizio di pericolosità sociale; per contro, l'estensione della obbligatorietà della confisca al profitto del reato, cioè al risultato dello stesso, così come stabilisce il canone ricorrente delle nuove ipotesi di ablazione, evidenzia il profilo oggettivo del reato, esaltando il principio secondo cui comunque – e a prescindere da qualunque altra valutazione – il fatto di non deve pagare: anche a costo di non irrilevanti rinunce sul piano delle garanzie.

Per converso, il carattere obbligatorio determina "per attrazione" l'applicazione delle norme che, espressamente o in via interpretativa, richiamano l'art. 240, comma 2 c.p.: così, ad esempio, in materia di competenza del giudice dell'esecuzione, in ordine alle quali

---

[20] Ad esempio, il comma 4 dell'art. 270 *bis* c.p. (articolo sostituito dall'art. 1, n. 1, D.l. 18 ottobre 2001, n. 374, conv. con mod. nella Legge 15 dicembre 2001, n. 438), dilata l'oggetto della confisca obbligatoria alla generalità dei "proventi" da reato, essendo aggredibili non solo le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato nonché il prezzo dello stesso, ma anche quelle che ne sono il prodotto e il profitto o che ne costituiscono l'impiego; negli stessi termini già il comma 7 dell'art. 416 *bis*.

[21] Cfr cap. I.

[22] In tale ipotesi la confisca è obbligatoria, anche se non è stata pronunciata condanna; l'ablazione è tuttavia facoltativa se le cose *de quibus* appartengono a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione di esse possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa (art. 240, u.c. c.p.).

[23] A. Alessandri, *Confisca*, cit., p. 52.

si ritiene che solo la confisca obbligatoria possa essere applicata *in executivis*[24].

Tra gli ulteriori tratti comuni delle ipotesi speciali di confisca richiedono specifico approfondimento i temi dell'equiparazione della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti alla sentenza di condanna[25], della confisca per equivalente[26] e della c.d. tutela dei terzi estranei[27], sui quali si tornerà nelle successive pagine.

Insomma, il "volto attuale" delle misure ablative del patrimonio del reo (o del presunto reo) – parafrasando il titolo di un noto studio di Massimo Donini[28] – rivela la cristallizzazione di discipline che, in origine connotate dal segno della eccezionalità per la peculiarità dei contesti di riferimento (si pensi alle esigenze di individuazione di strumenti cautelari processuali significativi in ordine a reati offesivi dell'ordine pubblico; alle necessità di impedimento di ingresso di proventi illeciti in flussi economici leciti; e così via) si sono trasformate in "regola" comune. Con la conseguenza non solo di stabilire un nuovo "statuto" della confisca (che il legislatore richiama quasi automaticamente ogni volta che dispone sul punto), ma anche e soprattutto di creare un binario parallelo a quello della confisca codicistica, la quale continua a trovare applicazione laddove non sussistano tutti i presupposti richiesti dalle singole ipotesi "speciali" di confisca. Quando queste ultime sono inoperanti, infatti, il giudice potrà sempre ricordare che la confisca facoltativa gli consente l'apprensione ai sensi dell'art. 240, comma 1 c.p.; se il caso *sub iudice* non è riconducibile alla disposizione speciale richiamante l'art. 240 c.p., la nuova formulazione dell'art. 445 c.p. (che estende la misura anche alla confisca facoltativa) consentirà, nei limiti fissati, l'assoggettamento a confisca anche in sede di patteggiamento.

---

[24] A. Caselli Lapeschi, *Art. 676*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Cedam, Padova, 2005, p. 2310, V; Cass. sez. Un. pen., 30 maggio 2001, Derouach, in «Cass. pen.», 2001, p. 3385 e ss.

[25] Cfr. *infra*, par. 2.

[26] Cfr. *infra*, par. 3.

[27] Cfr. cap. VII.

[28] M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004.

Non a caso, per contrastare tentativi di applicazione analogica delle ipotesi speciali di confisca, si è ipotizzata una figura generale di confisca parallela a quella di cui all'art. 240 c.p., idonea ad accorpare le caratteristiche peculiari cui si accennerà in questo capitolo. La norma, inserita nel d.d.l. S. 2351 della XIV Legislatura, relativo al recepimento delle Risoluzioni Onu in materia di contrasto alla criminalità organizzata transnazionale, non è stata trasfusa nel testo definitivo confluito nella Legge n. 146/2006[29], ma è sintomatica di un orientamento ormai consolidato favorevole all'introduzione di una nuova figura generale di confisca.

2. *b) Il regime di applicazione con particolare riferimento al c.d. patteggiamento*

La funzione afflittiva della confisca si conferma anche in relazione alla "messa in opera" dell'istituto, specificamente con riguardo al "rito speciale" consistente nel c.d. patteggiamento.

La disciplina originaria prevista dal codice di procedura penale ammetteva la sola confisca obbligatoria di cui al comma 2 dell'art. 240 c.p., avente ad oggetto le cose che costituiscono il prezzo del reato, ovvero quelle la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione costituisce reato (art. 445, comma 1 c.p.p.). Secondo l'interpretazione prevalente sino all'entrata in vigore della riforma del 2003, il riferimento contenuto nella primigenia versione dell'art. 445 c.p.p. riguardava la previsione di cui al comma 2 dell'art. 240 c.p. (anche laddove richiamata dalla normativa complementare), ma non poteva essere considerato come rinvio generale efficace per tutte le ipotesi di confisca obbligatoria contemplate dalla legislazione *extra codicem*[30]: la disposizione della confisca anche al di fuori dall'ipotesi derogatoria pre-

---

[29] Cfr. cap. II, par. 11.

[30] Si veda Cass. Sez. Un. pen., 15 dicembre 1992, n. 1811 (in «Il fisco», 1993, 3137, con nota di G. Izzo), secondo cui la confisca obbligatoria prevista dall'art. 301, D.P.R. n. 43/1973 (in materia di contrabbando) trova applicazione anche in caso di patteggiamento soltanto a seguito della riforma di cui all'art. 19 Legge n. 413/1991 che ha espressamente introdotto tale previsione nel corpo dell'art. 301 t.u.dog., ampliando la portata dell'art. 445 c.p.p.

vista dall'art. 445 c.p.p.[31] avrebbe determinato una palese violazione del regime di ampio favore connesso all'adesione ai riti alternativi e, soprattutto, del divieto di analogia *in malam partem*. Così, ad esempio, la confisca obbligatoria del denaro esposto nel giuoco e degli arnesi ad esso destinati (imposta in relazione alle contravvenzioni concernenti il gioco d'azzardo dall'art. 722 c.p.) è ritenuta figura autonoma rispetto all'inquadramento nelle classi del "prodotto", del "profitto" e del "prezzo", né contiene alcun rinvio all'art. 240, comma 2 c.p., con conseguente inoperatività dell'art. 445 c.p.p. (versione originaria)[32].

Peraltro, in relazione alle fattispecie c.d. di sospetto di cui agli artt. 707 e 708 c.p., si è affermato che alla stregua dell'art. 240, comma 2 c.p. (e non quindi tutti i casi di confisca obbligatoria), la misura di sicurezza patrimoniale risulta adottabile a causa non tanto della intrinseca natura della cosa, quanto piuttosto delle condizioni personali del detentore (che interagiscono con la materialità della condotta)[33]; ovvero in conseguenza della "relazione" fra la cosa e l'agente, per cui anche quando questa, come nel caso del danaro, non possa definirsi intrinsecamente criminosa, la confisca deve comunque essere applicata ogniqualvolta la detenzione, da parte dell'agente al quale dovrebbe essere restituita, costituisca reato[34].

Nella normativa complementare, tuttavia, a partire dall'inizio degli anni Novanta, sono state via via introdotte ipotesi speciali di confisca con ambiti di applicabilità più estesi di quelli contemplati dall'ipotesi codicistica. E ciò presumibilmente al fine di fugare qua-

---

[31] Cass. Sez. III, 26 maggio 1992, De Goey, in «Cass. pen.», 1993, 2059.

[32] Cass. Sez. Un. Pen., 15 dicembre 1992, Bissoli, in «Cass. pen.», 1993, p. 1389.

[33] Cfr. Cass. sez. V pen., 25 marzo 1993, Daddiego, in «Cass. pen.», 1995, p. 130, in ordine alla applicazione dell'art. 707 c.p.

[34] Si veda Cass. Sez. un. Pen., 13 gennaio 1995, Filidei, in «Cass. pen.», 1995, 1813, in relazione all'art. 708 c.p.; nell'ordinanza del 15 giugno 1995, n. 282, la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione, correttamente evidenziando che l'estensione della confisca delle somme di danaro e degli oggetti di cui alla contravvenzione in esame (costituenti "profitto" del reato) integrerebbe intervento additivo (*sub specie* adozione di una misura di sicurezza patrimoniale oltre i limiti segnati dall'art. 445, comma 1 c.p.p.) che solo il legislatore, nella sfera della sua discrezionalità, può imporre attraverso la deroga alla disciplina comune stabilita in tema di patteggiamento. La questione risulta superata dalla declaratoria di illegittimità dell'art. 708 c.p. ad opera della sentenza n. 370 del 1996.

lunque dubbio sulla operatività della misura in caso di c.d. patteggiamento anche al di fuori dei casi di confisca obbligatoria di cui all'art. 240, comma 2 c.p.

A) In via esemplificativa, e al solo fine di consentire di saggiare la portata del fenomeno, si pensi, ad esempio, ad alcune figure quali, l'art. 301 del t.u. dog. (D.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43), riformulato dall'art. 11, Legge 30 dicembre 1991, n. 413 (in tema di contrabbando doganale). La norma, significativamente contrassegnata dalla rubrica "delle misure di sicurezza patrimoniali", ha offerto molteplici spunti di discussione in relazione ai seguenti profili: da un lato, la previsione – censurata in sede di controllo di legittimità – relativa alla estensione della confisca anche alle "cose" (costituenti oggetto, prodotto e profitto del reato)[35] appartenenti a terzi estranei al reato stesso[36]; dall'altro, l'applicabilità della confisca in sede di patteggiamento (comma 5)[37]. Proprio quest'ultimo disposto, intervenendo ad un così breve lasso di tempo rispetto alla entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, aveva costituito argomento a favore della tesi secondo la quale l'originaria previsione dell'art. 445 c.p.p. (vigente sino alla riforma del 2003) imponeva la confisca, in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti, nei soli casi di espresso rinvio all'ipotesi descritta

---

[35] Sono in ogni caso soggetti a confisca anche i mezzi di trasporto a chiunque appartenenti che risultino adatti allo stivaggio fraudolento di merci ovvero contengano strumenti idonei a maggiorarne la capacità di carico o l'autonomia in difformità delle caratteristiche costruttive omologate o che siano impiegati in violazione alle norme concernenti la circolazione o la navigazione e la sicurezza in mare (comma 2).

[36] Si veda *amplius* cap. VII, par. 2 e s.

[37] In tema di reati di contrabbando, nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti va sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto, e ciò ai sensi dell'art. 301 D.p.r. 23 gennaio 1973 n. 43 (come sostituito dall'art. 11, comma 19, Legge 30 dicembre 1991 n. 413), e non del comma 2 dell'art. 240 c.p.: Cass. sez. III pen., 17 gennaio 2001, n. 10229, Fassi e altro, CED 218750. Nei medesimi casi non è ritenuta consentita la confisca dei mezzi adoperati per trasportare i beni di contrabbando qualora tali mezzi (nella specie: autocarri appartenenti a persone estranee ai fatti) non rientrino nella previsione di cui al comma 2 dell'art. 240 c.p., ma siano stati reputati strumentali rispetto alla consumazione del reato: Cass. sez. III pen., 30 marzo 2000, n. 1398, Spinosa, in «Impresa», 2000, p. 1556.

dall'art. 240, comma 2 c.p., ma non valeva, in senso analogico, per tutte le previsioni che, senza richiamare detta norma, rendessero obbligatoria la confisca[38].

B) L'ultimo comma dell'art. 5, D.l. *26 aprile 1993, n. 122*, conv. con mod. dalla Legge 25 giugno 1993, n. 205, contenente "*misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*", stabilisce che con la sentenza di condanna o con quella di cui all'art. 444 c.p.p. il giudice, nei casi di particolare gravità, dispone la confisca dell'immobile (rispetto al quale sussistono concreti elementi che consentono di ritenere che l'autore che se ne sia avvalso come luogo di riunione, di deposito o di rifugio o per altre attività comunque connesse al reato di discriminazione: art. 5, comma 1), quando in esso siano rinvenuti armi, munizioni, esplosivi o ordigni esplosivi o incendiari, ovvero taluno degli oggetti indicati nell'art. 4 Legge 18 aprile 1975, n. 110 (art. 5, comma 2). È fatta salva l'ipotesi in cui l'immobile appartenga a persona estranea al reato.

È altresì obbligatoria la confisca degli oggetti e degli altri materiali rinvenuti nell'immobile, ovvero, oltre che delle suddette armi, munizioni, ecc., anche di emblemi, simboli o materiali di propaganda propri o usuali di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi finalizzate a commettere delitti di genocidio di cui alla Legge n. 962/1967 e di discriminazione razziale *ex* Legge n. 654/1975.

C) Alla riforma della disciplina dell'*usura*, introdotta dall'art. 1, comma 1 Legge 7 marzo 1996, n. 108, si deve la previsione secondo la quale per il caso di condanna e di applicazione dell'art. 444 c.p.p. è obbligatoria la confisca dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato ovvero delle somme di denaro, beni e utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni (art. 644, ult. co. c.p.).

D) Anche il c.d. "decreto Ronchi" (D.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22) faceva conseguire alla decisione emessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p. in

---

[38] Si veda la già citata sentenza Cass. Sez. Un. Pen., 15 dicembre 1992, n. 1811, in «Il Fisco», 1993, p. 3137.

ordine all'attività di gestione di rifiuti non autorizzata l'obbligatorietà della confisca dell'area sulla quale fosse realizzata la discarica abusiva se di proprietà dell'autore o del compartecipe del reato, fatti salvi gli obblighi di bonifica o di ripristino dello stato dei luoghi (art. 51, comma 3). I successivi interventi di modifica hanno esteso l'obbligatorietà della confisca del mezzo di trasporto (art. 53, comma 2) in caso di applicazione della pena a richiesta delle parti per i reati di traffico illecito di rifiuti (art. 53, comma 1), di gestione non autorizzata e di trasporto illecito dei medesimi (artt. 51 e 52). Il D.lgs. n. 22/1997 è stato abrogato dall'art. 264 D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, contenente "*norme in materia ambientale*", i cui artt. 256, comma 3, ultima parte, e 259 ripropongono le prescrizioni della previgente disciplina.

E) Si pensi, ancora, alla applicazione della confisca in conseguenza di una sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex* art. 444 c.p.p. per i delitti di peculato, corruzione, concussione, malversazione a danno dello Stato, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato) commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio (o da altro soggetto indicato dall'art. 322 *bis*, comma 1 c.p.)[39] ai sensi degli artt. da 314 a 320 c.p. Devono essere appresi i beni che costituirono il profitto o il prezzo del reato (art. 322 *ter*, comma 1 c.p.), salvo che appartengano a persona ad esso estranea; quando ciò non è possibile, si deve ordinare la confisca dei beni di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo. La medesima disposizione vale nei confronti di colui che abbia dato o promesso ai suddetti soggetti denaro o altra utilità alla stregua della prescrizione di cui all'art. 321 c.p.: in tal caso, tuttavia, la confisca avrà ad oggetto il (solo) profitto o altro valore a questo corrispondente, di peso comunque non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse ai

---

[39] Ovvero: membri degli organi comunitari (Commissione delle Comunità europee, Parlamento europeo, Corte di Giustizia, Corte dei conti delle Comunità stesse), funzionari e agenti assunti per contratto a norma dello statuto dei funzionari comunitari, persone comandate dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o privato presso le Comunità europee che svolgano funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari, membri e addetti ad enti costituiti sulla base dei Trattati che istituiscono le comunità europee, coloro che nell'ambito degli altri Stati membri svolgono attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati dei pubblici servizi.

suddetti soggetti (art. 322 *ter*, comma 2 c.p.). Alla individuazione di tali beni provvede il giudice nella sentenza di condanna (art. 322 *ter*, comma 3 c.p.).

F) L'art. 322 *ter* c.p. trova applicazione (in raccordo con l'art. 640 *quater* c.p.) anche in relazione ai delitti di truffa ai danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare (art. 640, comma 1, n. 1 c.p.), truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 *bis* c.p.) e frode informatica aggravata (art. 640 *ter*, comma 2 c.p.), con l'esclusione dell'ipotesi in cui il fatto sia stato commesso con abuso della qualità di operatore del sistema[40].

G) Allo stesso modo l'equiparazione, a fini di confisca, tra sentenza di condanna e sentenza di patteggiamento è stabilita dal neo-introdotto art. 171 *sexies* Legge n. 633/1941 in materia di diritto d'autore, integrata dalla Legge 18 agosto 2000, n. 248.

H) Anche in materia penale societaria l'art. 2641 c.p. precisa che in caso di condanna e di applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei reati previsti dal riformulato Titolo XI del Libro V del codice civile è obbligatoria la confisca del prodotto o del profitto del reato nonché dei beni utilizzati per commetterlo.

Sin qui l'esemplificazione delle ipotesi eccezionali di operatività della confisca obbligatoria in caso di patteggiamento.

L'*iter* di assimilazione della sentenza *ex* art. 444 c.p.p. alla sentenza di condanna, con riguardo alla confisca, si completa con la riforma del comma 1 dell'art. 445 c.p.p. (ad opera dell'art. 2, comma 1 lett. a) e b) Legge 13 giugno 2003, n. 134), che consente la disposizione della misura in tutti i casi previsti dall'art. 240 c.p., non più solo in ordine a quelli elencati nel comma 2 della disposizione.

---

[40] Sull'applicazione della confisca di valore in relazione alla norma in commento cfr. *infra* par. 4.

[41] Di essa rileva in particolare l'introduzione del c.d. patteggiamento "allargato" nell'ambito della disciplina prevista dall'art. 444 c.p.p., ritenuto dalla Corte costituzionale scelta rientrante nella sfera di discrezionalità del legislatore, "non […] esercitata in maniera manifestamente irragionevole" (Corte cost. 9 luglio 2004, n. 219): per un bilancio complessivo della riforma cfr. S. Lorusso, *Arriva dalla Corte costituzionale il* placet *alla giurisdizione penale "acognitiva"*, in «Dir. pen. proc.», 2005, p. 627 e ss.

Nel contesto della riforma[41] la norma che qui interessa occupa uno spazio limitato, ma non secondario. Essa si inserisce in chiave derogatoria rispetto ad un nucleo di benefici riconosciuti in prospettiva premiale al soggetto che chieda di accedere al patteggiamento "ordinario" (pena irrogata non superiore ai due anni di pena detentiva), e non a quello c.d. allargato (pena detentiva non superiore a cinque anni) introdotto dalla stessa Legge n. 134/2003: infatti l'art. 445 c.p.p. circoscrive alla prima ipotesi l'esclusione (del pagamento delle spese processuali e) dell'applicazione di pene accessorie e di misure di sicurezza, con l'eccezione della confisca "nei casi previsti dall'art. 240 c.p."[42]. Nell'ambito quindi di una sorta di "doppio regime" della disciplina del patteggiamento l'inasprimento della regolamentazione della confisca, funge da flebile tentativo di compensazione dello stravolgimento della stessa natura del rito speciale operata dall'allargamento della base applicativa del procedimento[43]. In tale cornice la misura rivendica una funzione afflittiva, che vela la logica "privativa" (profitto e prodotto) emergente dal suo oggetto, e che appare eterogenea rispetto alla prospettiva premiale del rito in esame[44].

Della obbligatorietà della confisca del prodotto e del profitto del reato, nonché degli strumenti che sono serviti o erano destinati a commetterlo – ovvero nei casi in cui l'imposizione di questa sia rimessa alla discrezionalità del giudice *ex* art. 240, comma 1 c.p. – l'imputato che chiede di essere ammesso al rito deve tenere necessariamente conto.

Per la verità ad analoghe conclusioni si doveva già pervenire alla luce (oltre che delle espresse previsioni in apertura ricordate) dell'art. 12 *sexies* D.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con mod. dalla Legge 7 agosto 1992, n. 356, sebbene limitatamente alle fattispecie

---

[42] E. Marzaduri, *Artt. 1-3 Legge 12.6.2003, n. 134. Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti*, in «Legisl. pen.», 2004, p. 254 e ss.; L. Risicato, *I riflessi sostanziali del c.d. patteggia mento"allargato": negoziale, funzioni della pena e tutela della vittima*, in «Legisl. pen.», 2004, p. 876; E. Zappalà, *I procedimenti speciali*, in D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2006, II, p. 260.

[43] Per alcune considerazioni critiche sulla portata della riforma si veda E. Marzaduri, *Artt. 1-3 L. 12.6.2003, n. 134. Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti*, in «Legisl. pen.», 2004, p. 247.

[44] A. Alessandri, *La confisca*, cit., p. 108.

di reato in esso richiamate (tra le quali associazione di tipo mafioso, usura, ricettazione, riciclaggio, delitti in materia di sostanze stupefacenti): ma è solo con la riforma del 2003 che si suggella la portata generale del principio.

In giurisprudenza si è preso atto della novella, precisando che a seguito di essa non è più vietato sottoporre a confisca la cosa servita o destinata alla commissione del reato[45]. Il giudice è comunque tenuto a motivare l'esercizio del suo potere discrezionale, evidenziando i presupposti alla luce dei quali dispone la confisca di quei beni[46].

La riforma dell'art. 445 c.p. opera in ordine a tutte le leggi complementari che espressamente o implicitamente richiamano la regolamentazione della confisca comune, trattandosi di disciplina che, a seguito della modifica della disposizione, costituisce norma generale.

Problematica resta l'assimilazione di tutte le ipotesi speciali di confisca a quella "comune" di cui all'art. 240[47]: recuperando la tesi alla stregua della quale la deroga espressa al previgente art. 445 c.p.p. valeva non per ogni ipotesi di confisca obbligatoria, ma solo per quella contemplata dall'art. 240, (allora soltanto) comma 2 c.p. (o comunque per le disposizioni richiamanti tale norma), con altrettanto rigore si deve ritenere che la nuova disciplina in tema di patteggiamento valga solo per la confisca *ex* art. 240 c.p. (e per le disposizioni rinvianti a tale disposizione), mentre in relazione agli altri casi la disciplina opera esclusivamente in presenza di una espressa previsione della rispettiva norma. E in effetti, il vigente art. 600 *sep-*

---

[45] Cass. Sez. V pen., 1° dicembre 2004, n. 8434, in CED 230810.

[46] Cass. Sez. IV pen., 19 ottobre 2004, n. 48172, CED 2004 e 2005, Rv 230767.

[47] Si pensi, ad esempio, alla Legge 27 dicembre 2002, n. 289, secondo la quale è "sempre" disposta la confisca degli apparecchi e congegni automatici e elettronici per il gioco d'azzardo nei luoghi pubblici (alla disposizione è stato attribuito valore di "interpretazione autentica della precedente normativa", prevista dall'art. 110, comma 9, R.D. 18 giugno 1931, n. 773: così Cass. Sez. III pen., 9 luglio 2004, n. 38635, in «Guida al Diritto», 2004, fasc. 43, p. 629); analogo riferimento alla obbligatorietà della confisca è presente nell'art. 4 dell'art. 178, D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 ("Codice dei beni culturali e del paesaggio"), relativamente agli esemplari contraffatti, alterati o riprodotti delle opere o degli oggetti indicati nel comma 1 del medesimo articolo.

ties c.p., riformulato dall'art. 15, comma 5, Legge 11 agosto 2003, n. 228 in materia di "tratta delle persone", di appena due mesi successiva alla Legge n. 134/2003, nel fissare i presupposti di operatività della confisca rispetto ai delitti contro la personalità individuale (contemplati dalla sezione I del capo III del Libro II del codice penale), contiene l'esplicito riferimento alla sentenza emessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p.

Vi è comunque da aspettarsi il consolidamento di un orientamento di segno contrario, stando almeno alle asserzioni delle Sezioni Unite della Corte di cassazione[48] che, premessa la "penetrante assimilazione della sentenza di patteggiamento alla sentenza di condanna" (par. 19), ha desunto dall'assoggettamento a revisione anche delle sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti (nuovo art. 629, comma 1 c.p.p) che il "regime di equiparazione […] non consente di rifuggire dall'applicazione di tutte le conseguenze penali della sentenza di condanna che non siano categoricamente escluse" (par. 20)[49].

Un ulteriore problema che resta aperto è quello della applicabilità della confisca di valore in caso di patteggiamento, quando l'ipotesi speciale non presupponga l'equiparazione di questo alla sentenza di condanna: tale tipologia di ablazione, infatti, non è prevista dall'art. 240 c.p., richiamato dalla nuova formulazione dell'art. 445 c.p.p. Si deve dunque ritenere che, al di fuori delle ipotesi speciali che prevedono espressamente la confisca per equivalente sia in caso di condanna sia in relazione alla applicazione della pena su richiesta delle parti (in questi termini, ad esempio, l'art. 2641 c.c. in ordine ai reati societari previsti dal Titolo XI del Libro V del codice civile), il

---

[48] Così Cass. sez. Un. pen., 29 novembre 2005, n. 17781, Diop Oumar, in «Cass. pen.», 2006, 2769, e in www.altalex.it, secondo cui la sentenza di patteggiamento, in ragione dell'equiparazione legislativa ad una sentenza di condanna in mancanza di un'espressa previsione di deroga, costituisce titolo idoneo per la revoca, a norma dell'art. 168 comma 1, n. 1 c.p., della sospensione condizionale della pena precedentemente concessa.

[49] Preoccupazioni in tal senso sono espresse da A. Rossetti, *Commento alla l. 16 marzo 2006, n. 146*, in Aa.Vv., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, II ed., Cedam, Padova, in corso di pubblicazione, *sub* art. 11, par. III.

mero rinvio dell'art. 445 c.p.p. ai casi contemplati dall'art. 240 c.p. non consente la disposizione della confisca di valore in caso di patteggiamento[50], poiché detto richiamo riguarda soltanto le figure previste dall'art. 240 c.p.

L'estensione dell'operatività della confisca si trasforma, da modello derogatorio eccezionale, in regola applicabile quanto meno in tutte le ipotesi in cui rileva l'art. 240 c.p.

Pur alla luce di tale precisazione la riforma conserva un innegabile valore sintomatico della primazia attribuita alla confisca persino nei casi in cui sussistano i presupposti di rinuncia alla applicazione della sanzione penale prevista dalla norma violata dalla commissione del reato, e anche quando la confisca riguardi il comma 1 dell'art. 240.

Insomma. Non è peregrino ritenere che la "confiscabilità" dei beni sopravviva nonostante la rinuncia dell'ordinamento all'applicazione della pena, comportando, da un lato, l'impoverimento dello scrigno di benefici connessi all'adesione al rito alternativo; dall'altro, espandendo l'alveo della ablazione, almeno con riferimento alla confisca-misura di sicurezza: questa, infatti, può essere disposta anche laddove venga emessa sentenza di proscioglimento (art. 205, comma 1 c.p., richiamato dall'art. 236, comma 2 c.p.)[51].

L'intervento legislativo del 2003, annullando la riserva in merito alla distinzione tra ipotesi di confisca obbligatoria e ipotesi di confisca facoltativa, ha sollevato anche l'interprete dall'affanno di

---

[50] Il dubbio interpretativo è espresso da R. Bricchetti, *La confisca nel procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 2, p. 9.

[51] Una espressa previsione in materia di applicazione delle misure di sicurezza è contenuta nell'art. 530, comma 4 c.p.p., con riferimento alla sentenza di assoluzione, e nell'art. 425 c.p.p. in ordine alla sentenza di non luogo a procedere emessa in sede di udienza preliminare; in particolare, dal comma 4 di quest'ultima disposizione, integrato dall'art. 2 *sexies* D.l. n. 82/2000, conv. dalla Legge n. 144/2000, si ricava *a contrario* la compatibilità della confisca-misura di sicurezza con la pronuncia della sentenza di proscioglimento. Nel paragrafo precedente si è riservata qualche considerazione alla compatibilità della confisca diversa da quella *ex* art. 240, comma 2, n. 2 c.p. con la sentenza di proscioglimento. Si è peraltro già evidenziato che le ipotesi speciali di confisca si allontanano a tal punto dallo schema tradizionale dell'art. 240 c.p., da approssimarsi addirittura a quello della pena (principale o accessoria): cfr. cap. I, par. 4.

procedere alla qualificazione delle "poste" che in relazione ai diversi reati vengono in questione: così, ad esempio, se sino alla modifica dell'art. 445 c.p.p. si è lungamente dibattuto sulla ascrizione della somma costituente provento della cessione di sostanza stupefacente alla categoria del "profitto" (confisca facoltativa) ovvero a quella del "prezzo" del reato (confisca obbligatoria), con evidenti ripercussioni in merito alla estensione del provvedimento in ipotesi patteggiamento[52], il nuovo tenore della disposizione conferma il *favor* del legislatore per le misure ablative, alleviando sul punto l'onere probatorio.

In effetti, la precedente formulazione normativa aveva sollecitato in più occasioni l'intervento interpretativo delle Sezione Unite, chiamate ad individuare la precisa portata interpretativa della clausola eccezionale contenuta nell'art. 445 c.p.p.

Come anticipato, in una sentenza dei primi anni Novanta[53] si è precisato che il riferimento all'art. 240, comma 2 c.p. deve essere inteso in senso letterale, senza attribuire allo stesso portata generale evocante qualunque ipotesi di confisca obbligatoria. Il rinvio contenuto nella disposizione processuale non è stato quindi ritenuto estensibile alla confisca obbligatoria del denaro esposto nel giuoco e degli arnesi o oggetti ad esso destinati di cui alla seconda parte dell'art. 722 c.p. (in materia di gioco d'azzardo), avente ad oggetto specifici beni, ma non riconducibili al concetto di "prezzo".

Nel 1995 le Sezioni Unite si pronunciano in due occasioni in ordine ai rapporti tra procedimento "speciale" e confisca. A proposito della qualificazione del corrispettivo della cessione di sostanza stupefacente, la Corte resta ancorata al parametro della riconducibilità di tale somma alla categoria del "profitto" (e non già a quello del "prezzo")[54]; invece in tema di possesso ingiustificato di valori, la Corte, anziché seguire il canone interpretativo del concetto di "prez-

---

[52] Una analitica descrizione delle principali posizioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto può leggersi in S. Erbani, *Art. 445*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di D. Carcano, S. Erbani, G. Leo e E. Perusia, VI, Giuffrè, Milano, 2003[9], p. 425 e ss.

[53] Cass. Sez. Un. Pen., 15 dicembre 1992, Bissoli, in «Cass. pen.», 1993, p. 1389.

zo", fonda la *ratio* della necessità della confisca dei beni nella pericolosità intrinseca della *res*[55].

Ancora. La riforma dell'art. 445 c.p.p., incidendo sul regime di applicazione della confisca prevista dall'art. 240 c.p., cioè di una misura di sicurezza patrimoniale, deve confrontarsi con la disciplina della successione di legge. Infatti, fatta salva l'operatività del principio di riserva di legge e di tassatività-determinatezza *ex* artt. 25, comma 3 Cost. e 199 c.p., l'art. 236, comma 2 c.p. stabilisce che alle misure di sicurezza patrimoniali sia applicabile il comma 1 dell'art. 200 c.p. (per il quale tali misure sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione), mentre alla (sola) confisca – stando al tenore letterale della disposizione e a differenza della disciplina prevista per le altre misure di sicurezza patrimoniali – *non* si estende la previsione di cui al capoverso 2 (e al capoverso 3) dell'art. 200 c.p. In particolare, il combinato disposto degli artt. 200 e 236 c.p. sembra stabilire che per la confisca vale il principio dell'applicazione della misura regolata dalla legge in vigore al tempo della

---

[54] È l'orientamento prevalente, come ricorda Cass. Sez. Un. Pen. 27 settembre 1995, Serafino, in «Foro it.», 1996, II, c. 283 e ss. (par. 4), che però sofferma l'attenzione sulla mancanza di titolo del ricorrente per pretendere la restituzione della somma confiscata come corrispettivo della cessione di sostanze stupefacenti. Nella successiva pronuncia *Chabni Samir* del 3 luglio 1996 (in «Foro it.», 1997, II, p. 404) le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno precisato che, "in tema di confisca, in sede di patteggiamento, della somma di denaro ricavata dalla cessione di stupefacenti – nell'ipotesi del 'fatto di lieve entità' –, possono verificarsi le seguenti ipotesi: a) quando il giudice di merito abbia accertato che il bene sequestrato costituisce 'prezzo' del reato, legittimamente ne è disposta la confisca; b) quando il giudice di merito abbia provveduto con la sentenza di patteggiamento alla confisca dello stesso bene, pur qualificato dopo l'accertamento di fatto 'profitto', l'eventuale ricorso per cassazione dell'imputato va dichiarato inammissibile per carenza di interesse ad impugnare, sempre che egli non contesti in radice il rapporto di connessione tra bene e reato; c) se il giudice di merito, senza espletare alcuna indagine in fatto sulla qualificazione del bene in considerazione della natura particolare del rito, abbia provveduto alla confisca, sussiste invece l'interesse all'impugnazione da parte dell'imputato, che abbia contestato nel giudizio di merito, ovvero anche solo con i motivi di ricorso, l'esistenza di qualsiasi nesso tra il reato e il denaro, e, una volta eliminata dal giudice di legittimità la statuizione sulla confisca, potrà far valere le sue ragioni alla restituzione delle cose sequestrate davanti al giudice dell'esecuzione".

[55] Si veda la citata sentenza Cass. Sez. Un. 13 gennaio 1995, Filidei, in «Cass. pen.», 1995, p. 1813.

applicazione, ma non quello secondo cui, in caso di diversità, opera la legge in vigore al tempo della esecuzione[56]. La nuova disciplina in tema di patteggiamento, che sul punto appare peggiorativa per l'imputato che accede al procedimento speciale, imponendo la confisca facoltativa *ex* art. 240 c.p. anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti, risulta estesa anche ai procedimenti per fatti commessi prima dell'entrata in vigore della novella.

Ma, nonostante i singoli profili, l'espansione dell'ambito di operatività della confisca non contrasta con il regime generale costruito per essa nell'impianto codicistico del 1930 e rafforzato dagli interventi legislativi recenti. Già l'art. 236 c.p. infatti esclude che in caso di estinzione del reato (art. 210 c.p.) la misura (secondo parte della dottrina: salvo il caso della confisca facoltativa)[57] venga disapplicata o ne cessi l'esecuzione. Poiché la pretesa *ratio* della disciplina è la necessità di arginare la pericolosità intrinseca delle cose ovvero l'attinenza di queste al reato, l'applicazione obbligatoria della confisca non osta alla concessione della riabilitazione: art. 179, u.c., n. 1 c.p. e neppure a quella della sospensione condizionale ai sensi dell'art. 164, comma 2 c.p.; né, per contro, la sospensione rende inapplicabile la confisca (art. 164, comma 3 c.p.)[58]. Coerentemente e per la medesima ragione non è estesa alla misura *de qua* – né alle altre di natura patrimoniale – il regime di revocabilità di cui all'art. 207 c.p. Contro la sentenza di condanna o di proscioglimento è data impugnazione anche solo per la parte che concerne le misure di sicurezza, se l'impugnazione è proposta per un altro capo della sentenza che non riguardi esclusivamente gli interessi civili (art. 579, comma 1 c.p.p.). Tuttavia, a riprova della connotazione oggettiva della mi-

---

[56] La dottrina più risalente spiega tale divario sulla base della pretesa immediata applicazione della confisca (V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, III, cit., p. 396), che escluderebbe la possibilità di una distanza temporale tra *tempus* dell'applicazione e *tempus* dell'esecuzione.

[57] L. Fornari, *Art. 240*, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 2003[4], p. 730; sul punto cfr. *infra* nel testo.

[58] Su entrambi i punti si consenta di rinviare a D. Fondaroli, *Art. 164*, in *Codice penale ipertestuale*, a cura di S. Ardizzone e M. Ronco, Utet, Torino, agg. 2006.

sura ablativa, si stabilisce che l'impugnazione contro la disposizione che riguarda *la sola confisca* può essere proposta con gli stessi mezzi previsti per i capi penali (art. 579, u.c. c.p.p.)[59].

E ancora. Vero è che nella pronuncia emessa a seguito del c.d. patteggiamento si assiste ad una "contaminazione normativa" tra sentenza di proscioglimento e sentenza di condanna, finalizzata alla incentivazione del ricorso al rito[60]; ma è altrettanto indiscutibile che tale struttura subisce la crescente erosione dei c.d. fini di giustizia che hanno suggerito la riformulazione dell'art. 445 c.p.p. in termini tali da confermare che, salvo specifici effetti "premiali" o comunque effetti *in bonam partem* previsti *expressis verbis* da specifiche norme, in generale la sentenza *ex* art. 444 c.p.p. è da ritenersi equipollente a quella di condanna[61] (sintomatica l'equiparazione della sentenza di patteggiamento a quella di condanna rispetto al procedimento disciplinare: si veda il combinato disposto degli art. 445, comma 1 *bis* e 653 c.p.p.)[62].

Quanto a quel particolare "effetto" della pronuncia che è l'applicabilità della confisca anche in ipotesi di patteggiamento, la riforma qui citata appare argomento non conferente quanto alla identificazione della "natura" della sentenza stessa, atteso che, come anticipato, nemmeno il proscioglimento, secondo un certo orientamento, esclude l'applicazione della confisca: è tuttavia innegabile che l'attuale disciplina riduce l'appettibilità del rito alternativo, sfrondando l'onere della prova dall'esigenza di qualificazione del bene ai sensi della diversa disciplina della confisca obbligatoria e facoltativa.

Da un lato, infatti, la confisca opera in termini molto rigorosi e, per così dire, ineluttabili; dall'altro, la mitezza delle pene previste per alcune fattispecie di reato e, ad esempio, i ridotti termini di pre-

---

[59] F. Caprioli, *Art. 579*, in Aa.Vv. *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 1995, par. III.

[60] *Amplius* e di recente S. Marcolini, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 206 e ss.

[61] S. Marcolini, *Il patteggiamento*, cit., p. 208 e ss.

[62] A titolo esemplificativo cfr. A. Scella, *Art. 653*, in *Commentario breve del codice di procedura penale*, cit., p. 2213, III, n. 6; A. Sanna, *Art. 445*, *ivi*, 1609, con ampi riferimenti bibliografici.

scrizione possono indurre ad una disaffezione per l'applicazione della pena su richiesta delle parti[63]. Va ricordato che, ai sensi dell'art. 240, comma 1 c.p., in caso di confisca facoltativa (nella quale ricade quella avente ad oggetto il profitto del reato, salva la regolamentazione delle ipotesi "speciali") è necessaria una sentenza di condanna (art. 240, comma 1 c.p.), non essendo sufficiente una sentenza di proscioglimento per mancanza di imputabilità o di punibilità[64] né rilevando l'estinzione del reato[65]. Quanto alla confisca obbligatoria, con la sola eccezione della previsione dell'art. 240, comma 2, n. 2 c.p. relativa alle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione di per sé costituisce reato (e sulla quale si tornerà nel successivo Capitolo)[66], essa, alla stregua di un diffuso orientamento, deve essere disposta soltanto in caso di condanna, venendo preclusa sia in ipotesi di sentenza di proscioglimento[67], sia in caso di estinzione del reato[68].

Ci si chiede quale sia la sorte delle ipotesi "speciali" di confisca.

In relazione alla previsione dell'art. 2641 c.c. si è affermato che essa presuppone la pronuncia di una sentenza di condanna (o di patteggiamento: come di consueto, laddove l'equiparazione è espressamente prevista)[69], con la conseguenza che la declaratoria di estinzione impedisce l'adozione del provvedimento di ablazione[70].

---

[63] A. Alessandri, *La confisca*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Ipsoa, Milano, 2002, p. 108.

[64] L. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 729 e ss., n. 3 e ss.

[65] L'art. 236 c.p. esclude che per la confisca valga l'art. 210 c.p. (relativo alla inapplicabilità delle misure di sicurezza in ipotesi di estinzione del reato e della pena), ma il comma 1 dell'art. 240 c.p. presuppone chiaramente l'emissione di un provvedimento di condanna: L. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 730.

[66] Analogamente, per questa stessa ipotesi, la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile la confisca in caso di archiviazione (Cass. Sez. IV pen., 23 aprile 1991, Lucco Castello, in «Giur. it.», 1992, II, p. 123) e di oblazione (GIP P. Cremona, 19 dicembre 1992, in «Riv. pen.», 1993, p. 468).

[67] L. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 734 e ss., n. 4.

[68] *Ibidem*, p. 736 e ss., nn. 2 ss.; per una rassegna delle diverse posizioni dottrinali cfr. anche A. Callaioli, *Art. 240*, in Aa.Vv., *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Giuffrè, Milano, 2005[5], p. 1097.

[69] A. Callaioli, *Art. 240*, cit., p. 1098, n. 6; A. Alessandri, *La confisca*, cit., p. 110; A. Barazzetta, *La confisca nei reati societari (art. 2641)*, cit., p. 197.

[70] Si veda V. Napoleoni, *Art. 2641*, cit., p. 1887.

3. *c) La confisca per equivalente: funzione sanzionatoria e indeterminatezza del* secundum comparationis. *Sequestro preventivo e lesione della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c.*

Anche le previsioni "speciali" relative alla possibilità di estendere la confisca a "beni di valore corrispondente" a quelli che, secondo la disposizione normativa, costituiscono oggetto della confisca, rende palese la funzione sanzionatoria assunta dall'istituto, che costituisce "una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti"[71]: una funzione sanzionatoria che, come si noterà tra breve, sebbene non qualificata *espressis verbis* come "penale" in senso stretto, di certo appare sostanzialmente afflittiva.

Ma andiamo con ordine.

La gran parte delle nuove figure di "confisca" possono essere estese al "valore corrispondente" dei beni assoggettabili a provvedimento ablativo. Come appare ovvio, la questione è affatto diversa dal circoscritto problema della confisca di denaro, ovvero della legittimità della acquisizione di "specie monetarie" diverse da quelle "illegalmente percepite": a riguardo la fungibilità del bene *de quo* e la sua funzione di mezzo di pagamento consentono la apprensione di somme corrispondenti al valore nominale[72].

Le norme in materia di confisca di valori esigono che vengano considerate non solo somme di danaro, potendo invece rilevare qualunque bene o utilità, purché di valore equivalente a quello del o dei beni aggredibili. La disciplina, nella prospettiva del rafforzamento dell'istituto in commento, comporta, per un verso, la espansione dell'ambito dei beni suscettibili di apprensione; dall'altro, l'irrilevanza del nesso eziologico, condivisa dalla giurisprudenza della Suprema Corte[73], tra oggetto della apprensione e reato, essendo suf-

---

[71] Così espressamente Cass. sez. V pen., 16 gennaio 2004, Napolitano, in «Foro it.», 2004, II, p. 690.

[72] Consolidato la giurisprudenza in tal senso: da ultimo cfr. Cass. Sez. Un. pen., 9 luglio 2004, n. 29951, C. fall. in proc. F., in «Fall.», 2005, p. 1272, che richiama pronunce precedenti del medesimo segno.

[73] Cass. sez. VI pen., 19 gennaio 2005, Nocco, CED 231604; Cass. sez. VI pen. 27 gennaio 2005, Baldas, CED 231234 (nel caso di specie: sequestro preventivo, funzionale alla confisca *ex* art. 322 *ter* c.p.).

ficiente la perpetrazione di quest'ultimo[74]: un profilo ormai costante delle ipotesi nuove di confisca[75]. E, per così dire, *dolosamente* costante in relazione a tali figure. Lo si comprende bene ricordando la *Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi da reato* dell'8 novembre 1990, che non solo definisce la confisca come "sanzione o misura, ordinata da un'autorità giudiziaria a seguito di una procedura per uno o più reati, che consiste nel privare definitivamente di un valore patrimoniale" (art. 1, lett. d)), senza precisare che debba trattarsi di "valore patrimoniale" di origine "illecita" o, meglio "criminosa"; ma addirittura impone a ciascuna Parte contraente di adottare, all'interno del proprio ordinamento, "le misure legislative o di altra natura eventualmente necessarie per consentirle di procedere alla confisca di strumenti e di proventi, o di valori patrimoniali il cui valore corrisponde a tali proventi" (art. 2, comma 1). All'uopo lo Stato nazionale potrà adottare tutte le misure ("legislative o di altra natura") necessarie per "identificare e rintracciare valori patrimoniali che possano formare oggetto di confisca a norma dell'articolo 2 paragrafo 1, nonché di prevenire qualsiasi commercio, trasferimento o alienazione di tali beni" (comma 3).

La nuova figura, sintomatica di un *trend* largamente diffuso a seguito della adozione del modello nei molti (citati) provvedimenti dell'Unione Europea, cela un equivoco di fondo.

La premessa è la precisa individuazione dei beni che corrispondono alla voce (profitto, prodotto o prezzo) rilevante a norma della disciplina richiamata: l'alternativa della confiscabilità di valore equivalente non deve costituire un *escamotage* per superare l'onere della prova, consentendo di ricorrere sbrigativamente all'"equivalente" nella incapacità o impossibilità di circoscrivere esattamente tipologia e quantità del bene da aggredire. In altri termini, il fondamento della misura sta non nella impossibilità di stabilire se e che cosa costituisca rispettivamente prodotto, profitto, prezzo del reato, – per

---

[74] G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2005², p. 833; M. Pelissero, *Commento alla Legge 29 settembre 2000, n. 300*, cit., p. 1026.

[75] F. Sgubbi, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in «Giur. comm.», 2005, p. 359.

così dire, del *secundum comparationis*, che sempre deve essere oggetto di commisurazione, anche quando consiste in voci di vantaggio non espressi a cifra numerica[76]; ma, semmai, nell'inafferrabilità e irrintracciabilità del bene precisamente individuato.

La plurima valenza che sconta l'istituto si misura considerando la questione della determinazione del "valore" corrispondente: se – come nel nostro sistema accade assai raramente (così, ad esempio, nel caso dell'usura previsto dall'art. 644, u. c. e in quello del reato "transnazionale" di cui all'art. 12, seconda parte Legge n. 146/2006) – la confisca per equivalente si traduce nell'apprensione di una somma determinata, in funzione del valore dei beni assoggettabili a confisca, essa presenta analogie con la pena pecuniaria[77]. E di quest'ultima è destinata a condividere il destino in sede di esecuzione[78]. Ma laddove – come più frequentemente accade nel nostro sistema – l'esecuzione della pena pecuniaria risulti difficoltosa, si comprende come venga considerato più agevole sostituire il *quantum* in denaro con altri valori, del tutto indeterminati e indeterminabili, e forieri di molteplici difficoltà in relazione alla tutela dei terzi.

Insomma. La confisca di valore determina una dilatazione esponenziale dell'area dei beni potenzialmente aggredibili secondo una *escalation* del grado di "riduzione della specificità" dell'"equipollenza": se il vigente ultimo comma dell'art. 644 c.p. (in tema di usura), riformulato dall'art. 1 Legge n. 108/1996, precisa che l'estensione riguarda "somme di danaro, beni e utilità di importo pa-

---

[76] *Contra* si è affermato, con riferimento alla confisca per equivalente prevista in materia di responsabilità degli enti dall'art. 19, comma 2 D.lgs. n. 231/2001, che il ricorso alla medesima è possibile (anche) quando non sia possibile l'apprensione del prezzo o del profitto di reato perché la natura del vantaggio acquisito è tale da non riflettersi visibilmente sulla situazione patrimoniale del bene (risparmi di spese o meri vantaggi d'uso): R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 170. Sulla necessità della quantificazione del profitto cfr. anche cap. I, par. 6 e cap. VIII.

[77] Sul punto cfr. anche L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., p. 107 e ss., il quale insiste sulla esigenza che "anche nella forma 'per equivalente' la confisca mantenga una funzione di riequilibrio patrimoniale".

[78] G. Grasso, *Art. 240*, in M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Giuffrè, Milano, 1994, p. 522, par. 3.

ri al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari", le norme introdotte negli altri settori in epoca successiva si limitano a stabilire la necessità di una "corrispondenza"[79] o "equivalenza di valore"[80] tra il bene confiscabile (costituente, a seconda dei casi, prodotto, profitto o prezzo del reato, e persino dei beni utilizzati per commetterlo, come nel caso dell'art. 2641 c.c.) e quello o quelli che possono diventare oggetto di apprensione. Diversa la situazione in altri ordinamenti: nel sistema tedesco, ad esempio, è espressamente previsto che il giudice si avvalga di esperti per effettuare una "stima" dell'entità e del valore del profitto conseguito nonché dell'entità delle richieste, la cui soddisfazione ridurrebbe il profitto[81].

Qualche riflessione dovrebbe spendersi in ordine al criterio di "riconducibilità" al condannato dei beni costituenti "valore equivalente": se infatti gli artt. 322 *ter*, 644 u.c. e 600 *sexies* c.p. richiamano il concetto della "disponibilità del bene"[82], in altre ipotesi "speciali" di confisca il riferimento scompare: sul punto si tornerà affrontando il tema della c.d. tutela dei terzi.

Dalle premesse poste discende una vocazione punitiva, e non più di misura di sicurezza, della confisca, che assume a misura un'entità

---

[79] Così l'art. 322 *ter* u.c. c.p. (inserito nel tessuto codicistico dalla Legge n. 300/2000) rispetto al profitto o al prezzo dei reati previsti nel comma 1 della disposizione.

[80] Si pensi agli artt. 6 e 19 D.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità "amministrativa" degli enti (sul punto cfr. anche cap. VI, parr. 2 e 3; all'art. 2641, comma 2 c.c. in ordine alla confisca del prodotto o del profitto di uno dei reati societari previsto dal Titolo XI del Libro V del codice civile, sostituito ad opera del D.lgs. n. 61/2002, ovvero dei beni utilizzati per commetterlo; all'art. 187, comma 2 Legge n. 62/2005 (Legge comunitaria 2004) in ordine ai reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazioni del mercato (la medesima disciplina è prevista dall'art. 187 *sexies* rispetto agli illeciti amministrativi contemplati dalla medesima legge).

[81] Così il § 73b StGB (L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., p. 103 e ss.), al quale si guarda con interesse nel tentativo di individuare utili criteri di delimitazione del potere discrezionale del giudice.

[82] L'art. 644 u.c. c.p. (usura) addirittura precisa che la disponibilità è efficace anche se realizzata per interposta persona, ciò che, estendendo l'ambito dei beni apprensibili (M. Pelissero, *Commento alla Legge 29 settembre 2000, n. 300*, cit., p. 1028), aggrava i problemi interpretativi in tema di tutela dei terzi "coinvolti" dai provvedimenti ablatori: sul punto *amplius* cap. VII.

oggettiva sganciata tanto dalla colpevolezza quanto dalla pericolosità (sia soggettiva che oggettiva)[83].

Si è osservato[84] che indicazioni di carattere generale nel senso del consolidamento degli istituti fondati sulla apprensione di beni da ritenersi utili a fini di repressione e prevenzione di determinate tipologie criminose, soprattutto di quelle collegate alla c.d. criminalità organizzata – lo si è visto – provengono dalla normativa sovranazionale.

Non a caso la prima norma in argomento a fare ingresso nell'ordinamento italiano, dopo l'inserimento dell'art. 416 *bis*, comma 7 c.p., che estende la confisca alle cose che costituiscono l'"impiego" delle voci classiche, si deve al recepimento della Convenzione n. 141 del Consiglio di Europa (relativa al riciclaggio, al rintracciamento, al sequestro o alla confisca dei proventi di reato, aperta alla firma a Strasburgo l'8 novembre 1990) ad opera della Legge di ratifica del 9 agosto 1993, n. 328, che ha introdotto l'art. 735 *bis* nel nostro codice di procedura penale, in corrispondenza della disciplina dell'esecuzione di sentenze penali straniere. In particolare, la norma estende l'applicabilità delle disposizioni sull'esecuzione delle pene pecuniarie all'ipotesi dell'esecuzione di un provvedimento straniero di confisca consistente nell'imposizione del *pagamento di una somma di denaro corrispondente al valore del prezzo, del prodotto o del profitto di un reato*.

Sintomatica la Convenzione Ocse del 1997 sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (dalla quale è scaturita, nell'ambito della riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, l'introduzione del citato art. 322 *ter* c.p.)[85], il cui art. 3, comma 3 impone agli Stati firmatari di "prendere le misure necessarie per assicurare che lo strumento e i prodotti della corruzione di un pubblico agente straniero o beni di *valore equivalente* a quello di tali prodotti possano essere ogget-

---

[83] Così A. Alessandri, *La confisca*, cit., p. 107, in materia di confisca societaria (art. 2641 c.c.).

[84] Cfr. cap. III e cap. V.

[85] La medesima disciplina e, del pari, l'estensione della confisca al caso di sentenza di patteggiamento, non è contemplata dall'ipotesi residuale di confisca prevista, per tutti i reati contro la pubblica amministrazione, dall'art. 335 *bis* c.p.

to di sequestro o di confisca" (il corsivo è nostro). Il riferimento, già esistente nella Convenzione di Strasburgo del 1990 in materia di riciclaggio (art. 2), sembra suggerire un meccanismo "alternativo" rispetto alla confisca tradizionale[86].

L'istituzione dell'Unione europea e la relativa normativa in tema di cooperazione giudiziaria e di riconoscimento dei provvedimenti di "blocco e sequestro" dei beni (decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003)[87] e di "confisca" (decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005)[88] accentuano il ruolo della confisca per equivalente. Sennonché, in relazione al primo provvedimento, va ricordato, in chiave critica, il ventaglio smisurato e variegato di tipologie, per meglio dire, di *famiglie di reati*, che dal provvedimento di blocco e successiva confisca di beni di valore equivalente (art. 2, lett. d)) possono essere interessati (art. 3)[89].

Per contro, la disciplina della confisca contenuta nella decisione quadro del 2005, oltre a presupporre l'inflizione di una condanna per un reato connesso alla criminalità organizzata, riconducendo le ragioni della disciplina derogatoria – almeno sulla carta – ad esigenze di prevenzione generale e speciale avverso tipologie delittuose fonti di particolare pericolo per la collettività (appunto, la criminalità organizzata), ammette la privazione definitiva dei beni che siano "strumento" o "provento" (ossia "ogni vantaggio economico derivato da reati": art. 1) di reati (punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno), ovvero dei beni il cui valore "corrisponda" a tali proventi.

Vero è che la decisione accorpa in una unica categoria ("provento") il prodotto, profitto o prezzo del reato, optando così per una generica definizione accolta anche in sede di controllo di no-

---

[86] P. Bernasconi, *Il nuovo diritto europeo sul sequestro e il depistaggio di valori patrimoniali provento di reato transanazionale*, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 1992, p. 22.

[87] Cfr. cap. II, par. 3.

[88] Cfr. cap. II, par. 8.

[89] Analoghe considerazioni critiche sono formulate in merito alla decisione quadro in materia di mandato di arresto europeo: cfr. cap. II, par. 2.

mofilachia[90], ma va altresì rimarcato che l'alleggerimento dell'onere probatorio sotto il profilo della qualificazione giuridica del bene non si estende sino al superamento della permanente necessità di prova circa il rapporto di derivazione causale del bene dal reato: solo l'esito positivo di tale verifica dovrebbe consentire, in caso di impossibilità della apprensione del provento, di ricorrere alla confisca di valore.

I singoli ordinamenti statali, nell'aderire alle normative pattizie transnazionali, manifestano un *humus* comune[91].

Non è obiettivo di questa indagine procedere ad una rassegna delle legislazioni dei diversi Paesi; si prenderà in considerazione soltanto, e a mero titolo esemplificativo, il "caso" della Repubblica Federale di Germania, che, oltre a presentare notevoli aspetti di affinità – anche sotto il profilo dogmatico – con il sistema italiano, ha dato luogo ad interessanti pronunce della Corte costituzionale (*Bundesverfassungsgericht*) in materia di ablazione. Va qui ricordato, rinviando a più approfondite riflessioni[92], che in quel sistema l'estensione dell'ambito dell'"apprensibilità" di beni di valore equivalente è ancorata a requisiti specifici. L'acquisizione pubblica di una somma di danaro corrispondente al valore (§ 73a StGB) può trovare applicazione soltanto quando l'ablazione di un determinato "bene" (che integri profitto del reato, ovvero che a causa di questo sia conseguito, ovvero che rappresenti comunque un utile) non sia possibile per la natura dello stesso o per altro motivo, e comunque sempre che non si siano appresi beni ottenuti con l'alienazione di un oggetto conseguito (dal reato) o come compenso per la sua distruzione, dan-

---

[90] Così gia le Sezioni Unite nella sentenza 28 aprile 1999, n. 9, Bacherotti (in «Foro it.», 1999, II, c. 571 e ss.), secondo cui "la locuzione 'provento' del reato ha carattere onnicomprensivo e quindi, nella sua latitudine semantica, comprende tutto ciò che deriva dalla commissione del reato, ossia include le nozioni indicate nell'art. 240, 1° e 2° comma, c.p. ('prezzo', 'prodotto' e 'profitto') e nell'art. 644, ultimo comma, c.p. ('prezzo o prodotto')" (par. 5).

[91] Appare particolarmente proficua l'analisi degli strumenti adottati non solo nei principali Paesi europei, ma anche nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America: sui singoli punti L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., p. 106 e ss.; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 76 e ss.

[92] Cfr. cap. VIII.

neggiamento o sottrazione, ovvero a causa di un diritto conseguito (§ 73, comma 2, secondo periodo StGB). Il giudice può disporre l'acquisizione di una somma di danaro corrispondente al valore conseguito, o alla differenza di valore tra il bene che è stato possibile apprendere e quello che è stato conseguito dal reato.

Analogamente la confisca (*Einziehung*) può essere estesa al "valore corrispondente", consistente anche in tale caso in una *somma di danaro* (§74c StGB): essa infatti viene disposta dal giudice quando l'autore o il partecipe, prima della decisione sulla confisca, abbia sfruttato l'oggetto che gli apparteneva o gli spettava e alla cui confisca avrebbe potuto essere condannato alienandolo o consumandolo o in altro modo eludendo la confisca stessa. Il medesimo provvedimento può essere assunto, quando l'autore o il partecipe, sempre prima della decisione sulla confisca, abbia gravato il bene del diritto del terzo, la cui estinzione non può essere disposta senza indennizzo o non potrebbe essere disposta in caso di confisca *ex* § 74e, comma 2 e § 74f StGB; se il provvedimento si aggiunge alla confisca, l'entità del corrispettivo di questo si commisura secondo il valore del diritto che grava sull'oggetto.

Il tenore letterale delle richiamate disposizioni tradisce una significativa diversità tra l'istituto d'oltralpe e le ipotesi contemplate nell'ordinamento italiano.

Mentre la maggior parte queste ultime stabiliscono l'equivalenza del bene rispetto a qualunque entità appartenente al patrimonio del condannato (danaro, ma non solo), il § 73a ed il § 74c StGB fa riferimento soltanto ad una somma di danaro corrispondente al valore conseguito, e non direttamente acquisibile a causa della natura di quest'ultimo ovvero per altro motivo (ad esempio, consumo, occultamento, cessione a terzi verso i quali la confisca non può operare). Il principio riflette la natura fungibile del denaro e la sua vocazione a costituire "unità di misura" per eccellenza, e tiene conto del fatto che lo stesso giudizio di equivalenza non può che fondarsi sulla monetizzazione del "bene" da apprendere e sulla individuazione del suo valore "corrispondente", con le già evidenziate conseguenze in sede di esecuzione[93]. Non a caso il primo riferimento alla confisca

---

[93] L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., p. 105.

per equivalente recepito dal nostro ordinamento, costretto a confrontarsi con la cooperazione in materia giudiziaria, è contenuto in quel già citato art. 735 *bis* c.p.p. che regola l'esecuzione di provvedimenti stranieri di confisca consistenti nella "imposizione di pagamento di una *somma di danaro corrispondente al valore* del prezzo, del prodotto o del profitto di un reato".

Di consueto invece nel sistema italiano diventa necessaria una sorta di "triangolazione" per il valore del bene da confiscare: questo deve essere sempre soppesato ed espresso più o meno implicitamente in termini pecuniari; indi occorre ricercare, all'interno del patrimonio del soggetto, uno o più beni (diversi dal denaro) del medesimo "valore".

Col limitare ad una somma di danaro il "bene" idoneo alla sostituzione, il legislatore tedesco, da un lato, circoscrive i margini di discrezionalità, eliminando parte della valutazione di "equivalenza" (l'equazione risulta semplificata proprio in considerazione della monetizzazione di una delle variabili); dall'altro, esplicita la *ratio* dell'istituto, che è quella di privare il soggetto del provento illecito o del mezzo utilizzato per la commissione del reato (ovvero a ciò destinato), salvo il caso eccezionale della sua sostituzione (per sopravvenuta impossibilità) con danaro.

La disciplina della confisca di valore viene quindi scandita secondo il seguente processo: individuazione del bene assoggettabile ad ablazione (e quindi la sua qualificazione in termini di prodotto, profitto, prezzo – talvolta "provento" – o bene "strumentale" alla commissione del reato); sua "ponderazione"; individuazione di altri beni di valore "equivalente"; incameramento di questi ultimi. Sennonché la *ratio* della estensione in questione, rapportata alla difficoltà di materiale individuazione dei beni confiscabili oltre che alla (im)possibilità di aggredire beni disponibili sul territorio nazionale (aggirando le questioni connesse alla esecuzione di misure ablative in uno Stato estero)[94], induce ad una crasi dei suddetti passaggi, ricorrendo alla scorciatoia del "superamento" del livello dell'accertamento della pertinenzialità del bene rispetto al reato, e pervenendo direttamente alla fase della ponderazione forfettaria

[94] Cfr. cap. II.

del valore "equivalente" rispetto a beni, la cui relazione con il reato resta indimostrata.

La sostituibilità dell'oggetto della confisca ad opera di un bene di origine diversa, pur riconducibile al patrimonio del soggetto, destituisce del proprio fondamento la previsione, ed espunge le ipotesi "speciali" di confisca dal novero delle misure di sicurezza. In tale contesto, infatti, si registra un affievolimento, per non dire addirittura una "soluzione", del rapporto di pertinenzialità tra reato e bene. Poiché il bene "espropriato" ha in comune con il reato commesso soltanto il fatto di appartenere all'autore dello stesso[95], è quindi ancora una volta la mera connessione soggettiva – dal punto di vista sostanziale, non troppo diversamente dal caso della Legge n. 575/1965 e della Legge n. 356/1992[96] – a rilevare e a giustificare l'apprensione di un bene (che *rebus sic stantibus* è) assolutamente sganciato dal reato.

Delle due l'una: o il soggetto è considerato, in tutte le ipotesi in cui è ammessa la confisca per equivalente, un "delinquente per condotta di vita", per cui dalla tipologia di reato commesso si inferisce che egli sia "dedito" ad attività criminose, con la conseguenza che la confusione del prodotto o profitto o prezzo del reato nel suo patrimonio disponibile rappresenta comunque apprensione di un "in sé" pericoloso in quanto genericamente provento di attività criminosa; oppure le esigenze di alleggerimento dell'onere probatorio sono ritenute prevalenti sulle garanzie penalistiche anche in relazione a delitti non (necessariamente) connessi alla criminalità organizzata.

Un tale meccanismo conferma il carattere *sanzionatorio* della confisca, che viene a costituire "una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti"[97], la cui *ratio* "è privare il reo di un qualunque beneficio sul versante economico nella convinzione della capacità dissuasiva e disincentivante di tale tipologia di risposte sanzionatorie"[98].

---

[95] Sul concetto di "appartenenza" cfr. cap. VII, par. 2.

[96] Cfr. cap. III.

[97] Cass. sez. V pen., 16 gennaio 2004, n. 15445, Napolitano, «Foro it.», 2004, II, c. 685 e ss. (par. 5).

[98] Cass. sez. VI pen., 29 marzo 2006, n. 24633, in «Guida al Diritto», 2006, 32, p. 90 e ss., 92 (par. 1).

Ma una siffatta sanzione, di natura *sostanzialmente* penale, si rivela poco sensibile al primato del principio di personalità della responsabilità.

Presupposta la funzione afflittiva della confisca (soprattutto, ma non solo, nella versione "per equivalente"), la giurisprudenza si deve confrontare con una serie di questioni. Intanto, la stessa operatività della "pena" della confisca risulta condizionata dal divieto di retroattività in materia penale, sicché appare costituzionalmente illegittima la disposizione della confisca per fatti commessi prima dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 231/2001[99].

In secondo luogo, la qualificazione della confisca in termini di pena determina l'applicazione del principio del trattamento sanzionatorio unitario dei correi. Sennonché, a "contatto" con la confisca, dalla adesione alla teoria c.d. monistica si è curiosamente desunto che "questo principio solidaristico, che implica l'imputazione dell'intera azione delittuosa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente, quale che sia l'entità del contributo prestato, comporta anche solidarietà nella pena a norma dell'art. 110 c.p.", per cui "ciascuno risponde della pena stabilita per il reato, salve le disposizioni di legge volte a graduare la sanzione penale a seconda della valenza che ciascuna partecipazione assume nel contesto generale del concorso"[100]. Ma la sentenza sembra confondere i piani di lettura, qualificando come "solidaristico" un criterio di applicazione della pena che, al contrario, risponde ad una tipizzazione unitaria della responsabilità: per contro, nella prospettiva della decisione il modello unitario di tipizzazione del fatto diventa espressione del principio solidaristico, che implica tutt'altre conseguenze.

In realtà, mentre l'art. 110 c.p. impone che a ciascun correo sia applicata una sanzione, al di fuori di qualunque ipotesi di solidarietà (tanto che non è consentito ad uno di essi di farsi carico della esecuzione della pena inflitta all'altro), con riferimento alla confisca l'attribuzione a tutti i compartecipi dell'evento delittuoso

---

[99] Cass. sez. II pen., 10 gennaio 2007, n. 316, G.s.r.l., in www.reatosocietari.it.

[100] Cass. sez. V pen., 16 gennaio 2004, n. 15445, Napolitano, «Foro it.», 2004, II, c. 685 e ss.

nella sua globalità, che viene considerato come l'effetto dell'azione combinata di tutti, comporta che tale "sanzione" possa interessare "ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del prezzo o profitto accertato, salvo ovviamente l'eventuale riparto del relativo onere nei rapporti interni tra i vari concorrenti, che, però, in quanto fatto interno tra concorrenti, non può ovviamente interessare l'ottica penale"[101].

Il principio della solidarietà, per contro, ben si attaglia alla valenza risarcitoria-compensatoria della confisca, ma appare del tutto estraneo a quella sanziontoria-punitiva (salvo accogliere la tesi della riparazione-risarcimento quale terzo binario del sistema sanzionatorio penale). Che il profilo della solidarietà, per così dire, dell'obbligazione, sia determinante nella costruzione della pronuncia si evince anche da un successivo passaggio della sentenza Napolitano, secondo la quale "sarebbe sufficiente parcellizzare tra i vari concorrenti il prezzo o profitto del reato per impedire o neutralizzare qualsivoglia misura cautelare volta ad assicurare all'autorità lo stesso provento delittuoso. Ma questa prospettiva, giuridicamente erronea, finirebbe con il frustrare le ragioni che hanno portato all'introduzione della stessa confisca per equivalente".

L'argomentazione, riferita in generale alla confisca, è in realtà "pensata" con riguardo alla confisca per equivalente: questa, infatti, mette i "patrimoni" di tutti i concorrenti a disposizione dell'Autorità, che ad essi può attingere fino alla concorrenza del valore da sottoporre a provvedimento ablativo. Così, in ordine all'applicazione dell'art. 322 *ter* c.p., si è affermato che un correo può essere onerato della confisca, anche se l'intero importo del ritenuto prezzo o profitto dello stesso reato sorgente non sia affatto transitato, o sia transitato in minima parte nel suo patrimonio[102], con la conseguenza che il bene, la cui confisca "non è possibile", continua ad essere fonte di "profitto" (potenzialmente anche nella direzione del reimpiego

---

[101] La tesi è accolta anche da Cass. sez. II pen., 27 settembre 2006, n. 31989, in www.reatisocietari.it.

[102] In questi termini Cass. sez. V pen., 16 gennaio 2004, n. 15445, Napolitano, «Foro it.», 2004, II, c. 685 e ss.; la decisione è richiamata anche da Cass. sez. II pen., 27 settembre 2006, n. 31989, in www.reatisocietari.it.

a fini criminosi) per il concorrente che lo detiene[103]. Alla stregua di tale interpretazione, la "solidarietà passiva" che avvince la confisca sembrerebbe riflettere il trattamento riservato all'obbligazione al risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale che riguarda i "condannati per uno stesso reato" (art. 187, comma 2 c.p.), da un lato, evocando una parallelismo tra confisca per equivalente, e risarcimento e/o riparazione; dall'altro, rendendo la prima simile ad uno strumento compensatorio diretto, appunto, a riequilibrare il "danno" subito dallo Stato. Proprio alla motivazione della pronuncia in esame si deve la formula secondo cui la confisca per equivalente costituisce una "forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti".

Sennonché l'impiego del termine "compensazione" anziché "risarcimento" pare escludere che l'intervento riguardi il danno civilmente risarcibile, cagionato dal reato (per il quale, del resto, risultano applicabili altri istituti). Si può allora ipotizzare che la locuzione alluda ad una sorta di "riparazione dell'offesa" (intesa come "danno criminale" e/o "danno sociale") arrecata attraverso la commissione del reato cui la misura accede, al punto che il prelievo pubblico di beni comunque entrati nella disponibilità del soggetto costituisce una sorta di ristoro alla collettività per il "danno" cagionato attraverso la commissione del reato[104].

La lettura della norma in questione nel senso descritto può trovare fondamento alla luce di due riflessioni. Per un verso, va ricordato che in effetti i delitti (previsti dagli artt. da 314 a 320 c.p., esclusa l'istigazione alla corruzione *ex* art. 322 c.p.) richiamati dall'art. 322 *ter* c.p. (oggetto della sentenza) sono reati contro la pubblica amministrazione, delitti che quindi riguardano la lesione di un bene o interesse giuridico superindividuale. Per l'altro, va anche tenuto a mente che, secondo una certa prospettiva, tutti i reati hanno

---

[103] Condivide il principio solidaristico, non senza qualche contraddizione con riferimento alla confisca stabilita dall'art. 19 D.lgs. n. 231/2001, Cass. sez. II pen., 27 settembre 2006, n. 31989, in www.reatisocietari.it.: sul punto cfr. anche cap. VI, par. 2.

[104] A quest'ultimo tema è dedicato il nostro *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano, 1999.

un "oggetto", per dirla con Arturo Rocco[105], "generico", consistente nell'"interesse" dello Stato alla propria esistenza e conservazione, ovvero alla manutenzione delle proprie condizioni vitali; e che comunque, anche aderendo ad altra tesi, detto interesse costituisce, se non uno degli "oggetti" del reato, per lo meno la "ragione della protezione giuridica"[106] violata dalla commissione del fatto e quindi bisognosa di "compensazione".

Qualunque sia la prospettiva accolta, si conferma la funzione afflittiva ascritta alla confisca per equivalente[107], peraltro sostenuta dalla citata giurisprudenza, allorché afferma che il "principio solidaristico" che informa il concorso di persone "implica l'imputazione dell'intera azione delittuosa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente e comporta solidarietà nella pena"[108].

In particolare, anche la confisca di valore, come la confisca dei proventi di sospetta provenienza illecita, da un lato, si inserisce nel solco del rinnovato interesse per la "confisca generale" (seppure, per così dire, a base eventualmente solo parziale) dei beni del reo (o del presunto reo), sganciati dalla commissione del reato[109]; dall'altro, esprime una certa equipollenza della stessa rispetto alla sanzione "patrimoniale", oltre che a quella pecuniaria[110].

Si tratta di accertare se possa ritenersi tuttora conforme ai precetti costituzionali un tale intervento punitivo fondato sui parametri individuati dalla parte della dottrina che ne ha promosso la necessità anche sul piano della disciplina comune[111]: se, insomma, si deb-

---

[105] Art. A. Rocco, *Opere giuridiche*, I, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Roma, 1932, p. 227 ss., n. 62 e ss., in particolare 553 e ss., n. 176 e ss.

[106] F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1930, p. 52.

[107] La natura punitiva della confisca per equivalente è evidenziata da A. Alessandri, *Attività d'impresa*, cit., p. 543.

[108] Cass. sez. II pen., 27 settembre 2006, n. 31989, in www.reatisocietari.it.

[109] Segnala l'affermarsi di una "restaurazione" dell'antico regime della "confisca dei beni" I. Caraccioli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2005², p. 835 e ss.

[110] Il rischio di una commistione tra i diversi ruoli della confisca e della pena pecuniaria è segnalato già da L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., p. 110 e ss.

[111] Per tutti cfr. l'approfondito studio di L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., p. 113 e ss.; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 145 e ss.

ba privilegiare l'esigenza di rendere oggetto di ablazione qualunque bene, a prescindere dalla liceità della sua acquisizione; se, infine, sia ancora condivisa l'"irriducibilità" di qualunque "vantaggio" al concetto di profitto, prodotto o prezzo (in ultima analisi, a quello di "provento") del reato, ovvero se, per converso, il problema sia stato "risolto" attraverso l'introduzione della confisca per equivalente di bene o utilità.

Permane sullo sfondo la preoccupazione che la sostituibilità del bene concretamente aggredibile costituisca lo schermo che consente di eludere la questione della necessità, tuttora imposta normativamente (salvo casi specifici in materia di prevenzione), dell'accertamento del rapporto di derivazione tra il provento (prodotto, profitto o prezzo indicato in prima istanza come oggetto di ablazione) e il reato.

Infine. L'efficacia dirompente dell'istituto si registra in considerazione della stretta connessione tra *confisca e sequestro preventivo*[112]. Ci si interroga infatti sulla ammissibilità del sequestro rispetto a beni di valore equivalente a quelli che possono costituire oggetto di confisca. L'indirizzo adesivo di cui si dirà trasferisce sul giudice la valutazione prognostica circa non solo l'individuazione del prodotto, del prezzo o del profitto del reato, ma anche di eventuali altri beni (per l'appunto, di valore equivalente) appartenenti o nella disponibilità del soggetto. Il legislatore non fornisce alcun utile spunto ermeneutico (art. 321, comma 2 c.p.p.); l'art. 53 D.lgs. n. 231/2001, in tema di misure cautelari patrimoniali applicabili in caso di responsabilità "da reato" dell'ente, si limita a richiamare la disposizione relativa alla sanzione della confisca (art. 19), senza pretermettere il comma 2 che estende la misura ai beni di valore equivalente.

Nel silenzio della legge non vi è ragione per escludere il "sequestro preventivo per equivalente", a prescindere dalla provenienza dei beni[113]. Tale ablazione, ritenuta indispensabile perché la confisca

---

[112] Con riferimento alle questioni aperte in tema di sequestro a fini di confisca cfr. *amplius* cap. V, parr. 1 e ss.

[113] F. Sgubbi, *Il risparmio*, cit., p. 359 e ss.; qualche Autore manifesta perplessità sulla *concreta* possibilità di disporre provvedimento di sequestro di beni di valore equivalente: F. Lattanzi, *Sequestri*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 530.

del profitto o del prezzo possa in concreto essere effettuata, implica la individuazione dell'oggetto della apprensione e la quantificazione ipotetica del relativo valore. Più in dettaglio, secondo una recente pronuncia della Cassazione, "si deve rilevare che la possibilità o meno di confiscare direttamente il prezzo o il profitto di reato presuppone in concreto che gli stessi siano stati prima sequestrati. Solo all'esito del sequestro preventivo del prezzo o del profitto del reato potrebbe essere richiesta la restituzione dei beni, sequestrati in vista della confisca per equivalente, a quel punto inapplicabile, essendo già stato appreso, con la misura cautelare eseguita, quanto è suscettibile di diretta confisca"[114].

Insomma, sembrerebbe quasi che il sequestro in funzione di confisca di valore si trasformi nel presupposto imprescindibile della successiva ablazione definitiva per equivalente. Attraverso una tale argomentazione viene meno anche il velo dei fatiscenti requisiti richiesti per la confisca di valore, a vantaggio del prevalente sequestro cautelare, pressoché privo di qualunque radicamento nel terreno della derivazione dei beni dal reato.

Si è infatti evidenziato che, in ordine al "sequestro preventivo dei beni di cui è obbligatoria la confisca, eventualmente anche per equivalente, e quindi, secondo il disposto dall'art. 19 D.lgs. n. 231 del 2001, dei beni che costituiscono prezzo e profitto del reato, non occorre la prova della sussistenza degli indizi di colpevolezza, né la loro gravità, né il *periculum* richiesto per il sequestro preventivo di cui all'art. 321 comma 1 c.p.p., essendo sufficiente accertarne la confiscabilità una volta che sia astrattamente possibile sussumere il fatto in una determinata ipotesi di reato"[115].

Peraltro, la stessa pronuncia delle sezioni Unite del 2005 sopra citata riguarda una ipotesi di ricorso avverso decreto di sequestro preventivo, ritenuto dai giudici pienamente legittimo in quanto "prodromico e funzionale alla (obbligatoria) confisca per equivalente"[116].

---

[114] Cass. sez. II pen., 10 gennaio 2007, n. 316, G.s.r.l., in www.reatosocietari.it.

[115] Cass. sez. II pen., 16 febbraio 2006, n. 9829, CED 233373, e in www.reatisocietari.it; per ulteriori riferimenti in materia di confisca degli enti cfr. cap. VI, par. 6.

[116] Cass. . Sez. Un. Pen., 22 novembre 2005, n. 41936, Muci, in «Riv. pen.», 2006, p. 42.

Le perplessità si confermano in relazione ad interventi normativi ancora più recenti: la Legge comunitaria 2004, contenente la nuova regolamentazione dei c.d. abusi di mercato (D.lgs. n. 62/2005) che ha innovato il D.lgs. n. 58/1998, consente la confisca, anche per equivalente, dei beni che costituiscono prodotto o profitto conseguiti dal reato (o beni comunque utilizzati per commetterlo) sia in caso di condanna (art. 187) per i reati di abuso di informazioni privilegiate (art. 184) e di manipolazione del mercato (art. 185), sia nelle ipotesi di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie (art. 187 *sexies*) previste (in via sussidiaria rispetto alle fattispecie criminose) per gli illeciti introdotti dalla medesima normativa (artt. 187 *bis* e 187 *ter*)[117].

Uno degli effetti più evidenti della incidenza dei provvedimenti di sequestro "per equivalente" si registra considerando che l'ablazione viene ad interessare beni non (necessariamente) definibili come proventi da reato, destinati a costituire la garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. È in questo contesto che si consuma un ulteriore profilo della lesione dei diritti dei "terzi", che vedono venire meno proprio quel bacino destinato *ab origine* alla soddisfazione dei crediti: sul punto sarà necessario operare alcuni distinguo[118].

4. *(segue) Estensione della confisca per equivalente e principio di interpretazione conforme al diritto comunitario: prevedibili aree di frizione tra diritto sovranazionale e categorie penalistiche (sostanziali e processuali) nazionali*

Il consolidamento dell'istituto della confisca per equivalente, se, da un lato, riflette il *trend* sovranazionale, dall'altro rinfocola la diatriba ermeneutica avente ad oggetto l'estensione della confisca di valore corrispondente al profitto prevista dal comma 2 dell'art. 322 *ter* c.p. ai delitti indicati nell'art. 640 *quater* c.p., che richiama, in

---

[117] Nel senso della ammissibilità del sequestro di beni per equivalente anche nelle ipotesi di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie cfr. R. Rordorf, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in «Le società», 2005, 7, p. 819.

[118] Cfr. cap. VIII .

quanto compatibile, la disciplina della prima disposizione. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nella decisione richiamata nasconde qualcosa di più di un semplice problema di coordinamento; in effetti, alcuni passaggi della motivazione dirottano l'attenzione sulla necessità di prendere a parametro di riferimento la normativa sovranazionale. Il dibattito si trasferisce così sulla rilevanza del principio di interpretazione conforme al diritto comunitario.

Ma andiamo con ordine.

Il nodo giuridico da risolvere è il rinvio dell'art. 640 *quater* c.p. all'art. 322 *ter* c.p.[119], che, in punto di confisca di valore, prevede limiti e distinzioni corrispondenti a necessarie cautele legislative nei confronti di un ipotesi speciale di confisca, ancora non adeguatamente disciplinato dal legislatore e connotata da una "connaturata approssimatività"[120].

La tesi prevalente, alla luce all'inciso "in quanto applicabili" contenuto nell'art. 640 *quater* c.p., ritiene estensibile ai reati indicati in tale norma il solo comma 1 dell'art. 322 *ter* c.p., che contiene una disposizione di carattere generale[121]; secondo un diverso indirizzo della Corte di cassazione, il richiamo vale invece per l'intera disposizione, con conseguente ammissibilità della confisca per equivalente tanto del prezzo (comma 1) quanto del

---

[119] Si segnala la rilevanza della norma, ad esempio, in ordine al caso del c.d. carosello i.v.a., per il quale si ipotizza il concorso formale tra reato tributario (D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74) e truffa aggravata ai danni dell'amministrazione finanziaria *ex* art. 640, comma 2, n. 1 c.p.: cfr. R. Magni, D. Sopranzetti, *Carosello Iva e sequestro preventivo. Truffa o frode fiscale?*, in «Il fisco», 2006, p. 5099 e ss.; cfr. Cass. sez. III pen., 15 marzo 2006, n. 13244, in «Il fisco», 2006, p. 5827 e ss. sulla rilevanza del titolo di reato ascritto ai fini della delimitazione dell'area di incidenza delle ipotesi speciali di confisca cfr. *supra* par. 1.

[120] M. Romano, *Art. 322 ter*, in *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, Giuffrè, Milano, 2006², p. 253 e ss.

[121] Si veda Cass. sez. I pen., 28 maggio 2003, n. 26046, Silletti, CED 226137, e altra decisione citata nella motivazione della sentenza in commento.

[122] Il rinvio all'intero art. 322 *ter* c.p. dovrebbe riguardare anche il comma 3, che impone, con la sentenza di condanna, la determinazione delle somme di denaro e dei beni assoggettati a confisca in quanto costituenti il profitto o il prezzo del reato ovvero in quanto di valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato.

profitto (comma 2)[122] – e con la sola esclusione del criterio rappresentato dall'entità del danaro o delle altre utilità date o promesse: questo, infatti, rileverebbe soltanto in relazione ai delitti indicati dall'art. 321 c.p., senza incidere sul regime di applicazione del comma 2 dell'art. 322 *ter* c.p. alle ipotesi di cui all'art. 640 *quater* c.p.[123].

Le Sezioni Unite della Cassazione[124] hanno risolto il contrasto a favore della seconda interpretazione, pur riconoscendo che l'orientamento non accolto appare come "maggioritario, e più restrittivo".

Al fine di superare le obiezioni avanzate dalla tesi prevalente, la sentenza ricostruisce meticolosamente sia gli indirizzi seguiti dalla giurisprudenza, sia il complesso *iter* legislativo che ha portato all'introduzione dell'art. 322 *ter* c.p. ad opera della Legge n. 300/2000, cui si deve la ratifica di diverse Convenzioni internazionali in materia di strumenti di contrasto alla corruzione (Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee del 26 luglio 1995; Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità Europee o degli stati membri dell'UE del 26 maggio 1997; Convenzione Ocse sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 17 dicembre 1997).

Nella motivazione si legge che l'inserimento dell'art. 640 *quater* c.p., relativo alle ipotesi di "truffa" a danno dello Stato e per il conseguimento di erogazioni pubbliche nonché di frode informatica, allontanandosi dalla *ratio* della ratifica degli atti internazionali, sottolinea l'affinità della previsione alla confisca del profitto del reato. Inoltre, l'ampliamento del novero delle fattispecie elencate nel comma 1 dell'art. 322 *ter* c.p., intervenuto nel corso dei lavori parlamentari, se ha in parte affievolito la linea di confine tra situazione del "corrotto" e quella del "corruttore" – distinzione che sta alla ba-

---

[123] Cass. sez. I pen., 12 gennaio 2005, n. 9395, Cacciavillani, in «Impresa», 2005, p. 1558.

[124] Cass. Sez. Un. Pen., 22 novembre 2005, n. 41936, Muci, in «Riv. pen.», 2006, p. 37 ss.

se della pur mantenuta bipartizione della norma nei due commi sopra richiamati – tuttavia non ha travolto il collegamento tra art. 640 *quater* c.p. e comma 2 dell'art. 322 *ter* c.p.

L'argomentazione della Corte finisce per avallare due indicazioni già emerse nel corso del nostro studio: *in primis*, e al di là degli aspetti più specifici, il ruolo della confisca per equivalente quale strumento generale di "apprensione" dei c.d. proventi da reato viene confermato alla luce della decisione quadro del Consiglio UE del 24 febbraio 2005 (2005/212/GAI), che consente l'alleggerimento dell'onere probatorio in ordine al rapporto di pertinenzialità dei beni[125]; in secondo luogo, si consolida lo svilimento delle peculiarità delle singole categorie di beni oggetto di apprensione ("prodotto", "profitto", "prezzo") a favore della omnicomprensiva e generica nozione di "provento da reato", proposta costantemente in sede sovranazionale (e necessitata dalla finalità di ricondurre ad unità le specificità dei singoli ordinamenti nazionali, agevolando l'armonizzazione dei sistemi normativi) [126].

Il primo ordine di considerazioni consente qualche riflessione che si raccorda alla incidenza del diritto sovranazionale sul diritto interno, al di là dello specifico settore approfondito in questa sede.

Nel fare eco alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la sentenza delle Sezioni Unite accoglie il principio dell'interpretazione conforme del diritto nazionale a quello comunitario[127], senza dilungarsi sulle conseguenze delle premesse poste.

---

[125] Le Sezioni Unite "liquidano" il profilo della mancata prova dell'irrintracciabilità del profitto evidenziando il rilievo, contenuto nell'ordinanza impugnata, secondo cui "del denaro costituente il profitto del reato non c'è più traccia": Cass. Sez. Un. Pen., 22 novembre 2005, n. 41936, Muci, in «Riv. pen.», 2006, p. 42.

[126] V. cap. II

[127] A. Bernardi, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in Aa.Vv., *Il diritto penale nella prospettiva europea*, a cura di S. Canestrari e L. Foffani, Giuffrè, Milano, 2005, p. 407, con ulteriori rinvii a Id., *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto agroalimentare*, p. 94 ss; Id., *Codificazione penale e diritto comunitario*. I: *La modificazione del diritto penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996, e. provv. 97 e ss.; cfr. altresì Id., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004.

Innanzi tutto occorre interrogarsi sui margini di accoglibilità del principio dell'interpretazione conforme.

Con la sentenza *Pupino*[128] la Corte di giustizia ha evidenziato, assieme ad altri profili significativi, che il giudice è tenuto ad orientare la propria attività esegetica alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro, la quale peraltro deve essere compatibile con i principî fondamentali dell'ordinamento dello stato membro (par. 57) ed è vincolata alla osservanza dei diritti fondamentali (par. 59). Le chiavi di lettura di una simile prospettiva sono molteplici.

La prima e più immediata risiede sicuramente nel fatto che la sentenza risponde alla esigenza di contribuire "a livello ermeneutico"[129] alla armonizzazione penale e alla costruzione di uno spazio giudiziario europeo.

Ma, in una diversa ottica, essa di fatto consolida lo scardinamento del sistema delle fonti del diritto, innanzi tutto, per il fatto di attribuire efficacia diretta alle decisioni quadro, sulla falsariga della giurisprudenza formatasi in ordine alle direttive comunitarie non attuate. Per la verità, la Corte di Giustizia afferma che le decisioni quadro "'sono vincolanti' per gli Stati membri 'quanto al risultato da raggiungere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi'" (par. 33), ciò che "comporta, in capo alle autorità nazionali, e in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale" (par. 34). Ne deriva che, sebbene solo in via indiretta, l'"efficacia cogente" delle decisioni quadro sia assimilabile a quella delle direttive: sull'enunciato la dottrina non ha mancato manifestare qualche rilievo critico[130].

---

[128] Causa C-105/03, nel sito curia.eu.int; F. Viganò, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in «Dir. pen. proc.», 2005, p. 1433 e ss.; A. Fabricatore, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in «Dir. pen. proc.», 2006, p. 640 e ss.

[129] Nel senso che la prima forma di armonizzazione si attua a livello ermeneutico cfr. A. Bernardi, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, cit., p. 407.

[130] Perplessità si nutrono, infatti, sotto il profilo dell'efficacia, in ordine alla equiparazione delle decisioni quadro alle direttive: F. Viganò, *Recenti sviluppi*, cit., p. 1438.

La Corte di Giustizia, adita dalla Commissione delle Comunità europee da un ricorso di annullamento contro il Consiglio dell'Unione, ha rimarcato la distinzione di competenze tra Comunità e Consiglio, implicitamente tracciando anche il discrimine tra direttiva (attribuita alla competenza della Comunità) e decisione quadro (riconducibile alla potestà del Consiglio), giungendo ad annullare la decisione quadro 2003/80/GAI 27 gennaio 2003, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, la quale, "sconfinando nelle competenze che l'art. 175 CE attribuisce alla Comunità, viola nel suo insieme, data la sua indivisibilità, l'art. 47 UE" (par. 53)[131].

La sentenza (parr. 47 s.) ribadisce che "in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità"; ciò non impedisce al legislatore comunitario, "allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente".

Infine. Si aggiunga che l'interpretazione in senso conforme al diritto del Terzi Pilastro dell'Unione europea viene ad assurgere a fonte del diritto, e per di più, fonte sovraordinata al diritto positivo interno[132].

---

[131] Corte di giustizia (Grande Sezione), 13 settembre 2005, C-176/03, in curia.eu.int. L'art. 47 UE stabilisce che, fatte salve le modifiche apportate dal provvedimento stesso, nessuna disposizione del Trattato UE può pregiudicare i trattati istitutivi delle Comunità né gli atti successivi che li abbiano modificati. Premesso che la politica comunitaria in materia ambientale deve essere regolata dagli artt. 174 CE-176 CE, e che, in particolare, l'art. 175 CE definisce le procedure da seguire al fine di raggiungere tali obiettivi, la Corte precisa che "la competenza della Comunità è, in generale, esercitata secondo la procedura prevista dall'art. 251 CE, previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni", mentre, "per quanto riguarda taluni settori di cui all'art. 175, n. 2, CE, il Consiglio delibera da solo, statuendo all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento nonché dei due organi menzionati" (par. 43).

[132] Per alcune considerazioni critiche, del tutto condivisibili, in ordine alla "'osmosi' di principi fra diversi pilastri", e soprattutto, alla estensione di taluni di essi al c.d. terzo pilastro (al quale afferiscono le decisioni quadro), cfr. S. Allegrezza, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in *Atti del Convegno "L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale"* (Bologna, 31 marzo 2006), in corso di pubblicazione, par. 5.

A differenza della prospettiva dell'*interpretazione costituzionalmente orientata*, la cui efficacia suggestiva viene certamente evocata dal principio dell'"interpretazione comunitariamente conforme", quest'ultima presuppone non (necessariamente) una "Carta dei diritti e delle libertà" del significato e del valore della Costituzione, ma genericamente "atti" di fonte comunitaria, che regolano in modo anche dettagliato discipline specifiche e settori distinti e che, come nel caso della sentenza delle Sezioni Unite del 2005[133], vengono richiamati nel loro complesso come significative del "*trend* internazionale"[134].

Vero è che art. 10 cost. impone all'ordinamento italiano di "conformarsi alle norme del diritto internazionale" e che il nuovo art. 117, comma 1 Cost. stabilisce che "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto […] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". Occorre però interrogarsi sulla portata di tali "lacci e lacciuoli": e in particolare, è necessario verificare se la norma comportamentale, ossia l'interpretazione, possa essere annoverata tra tali "norme" (art. 10 Cost.) e tali "vincoli" (art. 117 Cost.).

Bisogna infatti considerare che l'elaborazione delle categorie penalistiche effettuata in sede sovranazionale, anche in ragione dell'impegno nel senso dell'armonizzazione[135], al di là della proclamazione di certi diritti, in concreto si traduce in una riduzione del grado di intensità delle garanzie assicurate alle categorie, per così dire, di elaborazione e tradizione nazionale.

Accade così che nell'applicazione dell'art. 322 *ter* c.p. il principio dell'interpretazione conforme diventi il vaso di Pandora per trarsi d'impaccio.

Non pare condivisibile la tesi, recepita invece nella motivazione della sentenza delle Sezioni Unite, secondo cui esso costituisce cri-

---

[133] Cfr. Cass. Sez. Un. pen., 22 novembre 2005, n. 41936, in «Riv. pen.», 2006, p. 37 e ss.; per una successiva applicazione del principio cfr. T. Bari, sez. riesame, 27 novembre 2006, in www.iuritalia.it.

[134] Cass. Sez. Un. pen., 22 novembre 2005, n. 41936 (cit.), in «Riv. pen.», 2006, p. 40.

[135] Per una sintesi delle problematiche connesse alla c.d. armonizzazione penale cfr. A. Bernardi, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, cit., p. 380 e ss.

terio che consente l'applicazione retroattiva dei principî della decisione quadro a fatti posti in essere precedentemente alla sua emanazione (e ciò a prescindere dalla questione della efficacia *self executing* della decisione stessa). Né il principio qui in discussione può trovare accoglimento quando si traduca in una interpretazione *contra legem*, secondo un assioma affermato a chiare lettere dalla stessa sentenza Pupino.

Nei confronti della adesione acritica alla "interpretazione comunitariamente orientata" si possono avanzare perplessità, non solo e non tanto rispetto al criterio pragmatico per il rischio che essa possa sortire effetti *in malam partem*[136], quanto soprattutto per il ruolo che l'interpretazione in sé (*in bonam* o *in malam partem* che sia) possa esercitare quale fonte del diritto[137]. Più che in termini di accoglibilità della "interpretazione additiva", e quindi di adesione ad un non meglio precisato criterio pragmatico e "orientato alle conseguenze", la questione presuppone una rigorosa analisi della incidenza della normativa sovranazionale e dell'interpretazione di essa fornita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle categorie penalistiche e sugli istituti giuridici "nazionali". E ciò non sulla scorta di un malinteso condizionamento di tipo conservatore, bensì per il fatto che le categorie e gli istituti penalistici nazionali sorreggono l'impianto dell'intero ordinamento giuridico. Il punto è non solo verificare i margini di evoluzione di un "diritto penale comune", ma soprattutto accertare se quest'ultimo possa e debba spazzare via il tessuto positivo nazionale, sostituendo ad esso in tutto o in parte categorie e istituti

---

[136] È il profilo su cui insiste V. Manes, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in «Cass. pen.», 2006, p. 1150 e ss., parr. 2 e ss.).

[137] Si è osservato che la Corte di Giustizia, al di là delle astratte affermazioni di principio, ha di fatto imposto l'interpretazione conforme anche in casi in cui questa non era praticabile, dilatandone i margini di applicazione attraverso un orientamento estensivo atto a privare di contenuto il limite del divieto di interpretazione *contra legem*: M. Ruvolo, *Il giudice nazionale a confronto con la nozione di interpretazione conforme e con la sua "particolare" applicazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Atti del Convegno "Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti e il ruolo del giudice"* (Enna, 21-22 ottobre 2005), in «Nuove Autonomie», 2006, fasc. 1, p. 253 e ss.

interpretati in senso "europeo" e prodotto di *creazione giurisprudenziale.* In attesa di dare una soluzione al problema occorre rispondere al preliminare quesito circa la rilevanza del principio di interpretazione (degli "atti" sovranazionali) nella gerarchia delle fonti; e, congiuntamente, individuare nel contesto quali atti di matrice europea (presupposta l'articolazione variegata delle fonti dell'Unione) siano sussumibili a parametri di riferimento della interpretazione comunitariamente orientata. Insomma, a monte del dibattito sui limiti di applicazione del principio in esame sta il tema della compatibilità della stessa con l'architettura del "sistema" penale interno.

Ciò soprattutto a voler tenere conto dell'attività "integratrice", se non addirittura "creativa", posta in essere dalla Corte di Giustizia: quest'ultima, nell'interpretazione del Trattato e degli atti delle istituzioni, e al fine di conseguire lo sviluppo progressivo dell'integrazione comunitaria, si avvale delle metodologie e dei criteri ermeneutici per giungere a "letture" (magari) distanti da quella letterale, ma ritenute idonee a consentire il raggiungimento degli scopi del Trattato stesso[138].

La necessità di una analisi approfondita pare non procrastinabile sia in relazione alla complessità delle teorie e dei criteri dell'interpretazione, sia in ordine ai limiti della funzione normativa attribuita al giudice del caso di merito.

Accogliendo la tesi dell'interpretazione comunitariamente orientata si investe il giudice della potestà normativa *sub specie* di creazione di una nuova "regola" che nasce dalla fusione tra norma di diritto positivo interno e interpretazione stessa della norma sovranazionale[139]: con conseguenze dirompenti, solo a voler

---

[138] R. Mastroianni, *Art. 220 TCE*, in Aa.Vv., *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, a cura di A. Tizzano, Giuffrè, Milano, 2005, p. 1018 e ss.

[139] A ulteriore esemplificazione del fenomeno in esame si pensi alla sentenza della Corte di Cassazione sez. I pen., 22 settembre-3 ottobre 2005, n. 35616, in «Guida al Diritto», 2005, n. 43, p. 84 e ss.: in essa, quasi "in applicazione" di una decisione espressa dalla Corte europea in ordine ad un diverso caso, viene annullata l'ordinanza impugnata, e, pur in assenza di una norma *ad hoc*, si impone al giudice del rinvio di verificare se, ai sensi dell'art. 5 Conv., possa considerarsi preclusa l'esecuzione nel sistema italiano di una sentenza di condanna emessa a conclusione di un procedimento giudicato non equo dalla Corte europea, ma sulla quale si è già formato il giudicato.

considerare la pletora di atti dell'Unione europea in materia di sequestro e confisca di beni[140]. Invocando il principio della disapplicazione, infatti, non solo non si esclude che il giudice nazionale possa o debba disapplicare la norma interna "insanabilmente" confliggente con principî o regole di fonte comunitaria, ma si ipotizza anche l'inapplicabilità della norma penale (interna) "esclusivamente in relazione ad una parte dei comportanti astrattamente vietati", realizzando una sorta di "ravvicinamento penale 'in negativo'"[141].

Così, come nel caso del combinato disposto degli artt. 322 *bis* e 640 *quater* c.p., il principio in esame può avallare operazioni di ortopedia legislativa mirate a ripianare quella che le sezioni Unite definiscono una "indubbia stonatura" costituita dalla limitazione della confisca per equivalente alla al solo prezzo del reato[142].

Vi è poi da chiedersi se l'adesione al principio dell'interpretazione comunitariamente orientata sia prodromica alla elaborazione di un principio dell'interpretazione "internazionalmente conforme" che possa superare i confini europei per abbracciare l'intero sistema pattizio internazionale.

Si pensi, in tal senso, all'effetto deflagrante che una tale tesi produrrebbe, per esempio, con riferimento alla Convenzione Onu in materia di contrasto al crimine transnazionale, della quale si è detto[143]: l'ingresso "a gamba tesa" della Convenzione nel sistema italiano costringe l'interprete a misurarsi con questioni interpretative non di secondo piano – lo osserva la più attenta dottrina[144] – introducendo una nozione di "gruppo criminale organizzato" e di "gruppo strutturato" (art. 2, lett. (a) e, rispettivamente, lett. (c) della Convenzione), che deve confrontarsi con una disciplina nazionale che distingue la regolamentazione del concorso di persone nel reato da

---

140 Si veda cap. II.

141 A. Bernardi, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, cit., p. 410 e ss.

142 Cfr. Cass. Sez. Un.pen., 22 novembre 2005, n. 41936 (cit.), in «Riv. pen.», 2006, p. 42.

143 Cfr. cap. II, par. 11.

144 V. Militello, *Partecipazione all'organizzazione crminale e standards internazionali d'incriminazione*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2003, p. 184 e ss.

quella dei reati associativi e delle organizzazioni criminali. Analogamente, la fissazione della soglia di gravità del reato nella misura di quattro anni di detenzione (art. 2, lett. b) della Convenzione) non tiene conto della peculiarità delle "scale" sanzionatorie dei singoli Paesi e degli istituti ad esse connessi[145].

Non solo. Si pensi agli effetti della ratifica della Convenzione che impone l'incriminazione di determinati difatti di riciclaggio e di corruzione (artt. 6 ss.), solo in parte sovrapponibili a quelle già sanzionate nel sistema italiano: l'applicazione del principio in commento costringerebbe il giudice ad una opera di alta sartoria passibile delle censure di rilievo costituzionali cui si è accennato[146].

È indubitabile che in ogni applicazione della legge da parte del giudice vi sia un *quid* di "creatività", ma questa, nella fisiologia dell'attività giurisdizionale, viene ad essere limitata alla creazione della "norma del caso concreto". Il tema che qui ci occupa invece concerne una potestà creativa di più ampie dimensioni, che riguarda la costruzione di una nuova norma scaturente dalla fusione di due o più disposizioni autonome e contestualmente vigenti, con l'interpretazione giurisprudenziale di (almeno) una di esse.

Un potere "normativo" di tale estensione appare evidentemente inaccettabile e incompatibile non solo con i principî costituzionali di legalità ma anche con il fondamento dello stato di diritto. Vero è che anche la Consulta, attraverso la prassi delle sentenze manipolative, ha costretto l'interprete a porsi seri interrogativi in tema di giurisprudenza creativa, tanto che da più parti viene ri-

---

[145] Si consideri, ad esempio, che nel nostro sistema è ammesso il c.d. patteggiamento anche in ipotesi di pena contenuta, considerate le circostanze attenuanti e la riduzione per il rito, nonché (fatte salve le eccezioni di cui all'art. 444, comma 1.*bis* c.p.p.) nel limite di cinque anni di detenzione (c.d. patteggiamento "allargato"): A. Sanna, *Art. 444*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 1598 e ss., n. 1.

[146] Vi è anche da ricordare che, nel caso di specie, il legislatore italiano ha addirittura predisposto una sorta di duplicazione nel diritto statale di alcune disposizioni della Convenzione, ma, come anticipato, non senza generare ulteriori questioni interpretative: cfr. cap. II, par. 11.

conosciuto il ruolo di co-legislatore della Corte costituzionale[147]. Sennonché si tratta di vedere se una siffatta funzione "normativa", tollerata, se non addirittura accettata, nel sistema nazionale in relazione al controllo di legittimità esercitato dalla Consulta rispetto alla Costituzione, possa essere attribuita anche ad ogni giudice con riguardo ad una molteplicità indifferenziata di atti comunitari (e persino internazionali).

A ciò, come si diceva, si aggiungono le difficoltà di lettura della "norma comportamentale". Basti pensare alla complessità stessa del giudizio ermeneutico, rimarcata dagli studi specifici in materia: ma anche al quadro variegato dei "soggetti dell'attività interpretativa", ovvero non solo il "giurista teorico"[148], bensì soprattutto il destinatario della norma e il suo "consulente", e in generale le "parti" del processo ("accusatore", "difensore", "giudice")[149]. In tale contesto è ben noto come gli esiti del percorso dialettico prescelto dalle diverse "argomentazioni strategiche" incidano sull'esito della vicenda processuale, per cui il profilo costituzionale e quello teorico dei problemi di interpretazione finiscono per annodarsi nella figura del giudice[150].

Un tentativo di circoscrivere lo scarto tra disposizione di legge e applicazione giudiziaria, "riducendo il 'margine di manovra' del giudice nella sua attività ermeneutica"[151], si intravede nella legge di delegazione 25 luglio 2005, n. 150, contenente le direttive per la emanazione di una nuova disciplina dell'ordinamento giudiziario. Tra gli illeciti disciplinari dei magistrati nell'esercizio delle funzioni è contemplata una specifica previsione (art. 2, com-

---

[147] Per una recente indagine a riguardo si rinvia a E.R. Belfiore, *Giudice delle leggi e diritto penale*, cit. *passim*, in particolare p. 344 e ss.

[148] Una ricostruzione di taglio teorico della "parabola tracciata dalle diverse posizioni" (p. 5) sul tema dell'interpretazione nel diritto penale si deve a O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006.

[149] D. Pulitanò, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Giuffrè, Milano, 2006, I, p. 661 e ss.

[150] D. Pulitanò, *Sull'interpretazione*, cit., p. 663.

[151] F. Dal Canto, *La responsabilità disciplinare: aspetti sostanziali*, in «Foro it.», 2006, V, p. 45.

ma 6, lett. c), n. 11), secondo la quale "non può dar luogo a responsabilità disciplinare l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale"; l'*incipit* della disposizione ("fermo quanto previsto dai numeri 3), 7) e 9)"), tuttavia, sembra escludere dalla "franchigia" i casi in cui si registri (tra le diverse eventualità elencate) "grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile" (n. 3), "l'adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una precostituita e inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico o argomentativo" (n. 7); infine, "l'adozione di provvedimenti abnormi ovvero di atti e provvedimenti che costituiscano esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi ovvero ad altri organi costituzionali" (n. 9).

Va incidentalmente rimarcato che la norma non richiama l'art. 14 delle preleggi, che espressamente vieta l'analogia in materia penale, con la conseguenza che l'applicazione di quest'ultima sembra non dare luogo a responsabilità disciplinare nemmeno se *in malam partem*[152].

Le previsioni sono state sostanzialmente trasfuse nell'art. 2, commi 1, lett. ff), e 2, D.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109[153], in relazione al cui Schema approvato dal consiglio dei ministri il Consiglio superiore della magistratura aveva evidenziato la mancanza di una "ulteriore precisazione definitoria, per la fissazione di chiari limiti concettuali", la quale stabilisca, ad esempio, "che non sussiste illecito ove il preteso sconfinamento di potere sia conseguenza o di una coerente opera-

---

[152] L'omissione del legislatore non può essere compensata dal contenuto del citato n. 9 (così F. Sgubbi, *Alcuni riflessi della riforma sulla pratica penale*, in «Foro it.», 2006, V, c. 11), che rinvia genericamente alla osservanza del riparto delle competenze.

[153] Nei termini previsti, alla legge ha fatto seguito l'emanazione del D.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, relativo alla "*Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150*".

zione interpretativa della norma di legge, o di una carente formulazione di quest'ultima": comunque – si affretta a sottolineare il parere – "l'usurpazione del potere legislativo non è ipotizzabile allorché il giudice decida un caso singolo e concreto con effetti limitati alle parti del processo, posto che la caratteristica della legge è quella di regolare categorie generali e astratte di casi con efficacia *erga omnes*"[154]. Inoltre, la rilevanza disciplinare della violazione di legge si riduce "all'area di ciò che è fuori dall'interpretazione", come conferma l'impiego dell'aggettivo "grave", che allude al carattere macroscopico dell'errore attribuito per ignoranza o negligenza inescusabile[155].

Non solo. Riprendendo il caso concreto della sentenza delle Sezione Unite in materia di art. 322 *ter* e art. 640 *quater* c.p., va altresì osservato che la decisione, richiamando quale fonte ermeneutica la decisione quadro 2005/212/GAI, estende il principio dell'interpretazione conforme a provvedimenti nazionali (e a fatti) preesistenti alla decisione quadro, quasi sottolineando l'efficacia retroattiva della decisione quadro[156], o quanto meno delle linee guida della stessa, rispetto al complesso dell'ordinamento interno, anche previgente. L'ulteriore tassello aggiunto dalla pronuncia introduce, sia pure surrettiziamente, il profilo della retroattività dell'efficacia dell'atto comunitario – della cui portata *self executing*, come ricordato, si dubita sotto molteplici profili.

Era prevedibile – e la profezia si è puntualmente avverata – che la posizione assunta dalle Sezioni Unite avrebbe trovato eco nelle pronunce successive, attraverso interventi di tipo non solo adesivo, ma anche (ulteriormente) "estensivo".

---

[154] Parere del C.S.M. 18 gennaio 2006, riguardante la "*disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati*", in «Foro it.», 2006, III, c. 88 e ss., in particolare 92 e ss.

[155] Parere del C.S.M. 18 gennaio 2006, cit. (si veda nota precedente), c. 91.

[156] Il riferimento, per la verità, si legge faticosamente nelle pieghe della decisione, mentre veniva sostenuto con maggior vigore nel provvedimento della Sezione Seconda di rimessione del ricorso alle Sezioni Unite e nelle note illustrative presentate sul punto dalla difesa (si veda la parte narrativa della pronuncia che precede la motivazione della sentenza).

Con decisione del 10 gennaio 2007, n. 316[157], la Seconda sezione penale della Corte ha precisato che il principio espresso dalle Sezioni Unite penali del 25 ottobre 2005 "si applica anche al sequestro preventivo di cui all'art. 53 D.Lgs. 231/2001 essendo in tale disposizione operato lo stesso richiamo normativo".

La norma disciplina il regime delle misure cautelari reali applicabili alla persona giuridica: come meglio si vedrà approfondendo il punto[158], la sentenza *de qua*, nella cornice di una poco commendevole sovrapposizione di piani, intreccia la coppia concettuale sequestro-confisca relativa alla responsabilità penale individuale con il binomio sequestro-confisca previsto nell'ambito della autonoma responsabilità "da reato" degli enti.

Ancora. Il carattere vincolante della decisione quadro 2005/212/GAI "per i giudici degli stati-membri, tenuti ad applicare il diritto nazionale in modo ad essa conforme, al fine di raggiungere il risultato prefigurato", è ribadito in una successiva sentenza[159], che, da un lato, ammette la maggiore efficacia degli strumenti cautelari reali rispetto alla stessa sanzione penale; dall'altro, ribadisce che il sequestro per equivalente può essere disposto "indifferentemente nei confronti di uno o più degli autori della condotta criminosa, non essendo ricollegato, neppure nel *quantum* (oltretutto non accertabile in sede cautelare), all'arricchimento personale conseguitone, bensì alla corresponsabilità nella commissione della truffa": tanto più che il soggetto passivo indicato dalla norma (art. 322 *ter* c.p.) "è l'autore del reato – o gli autori del reato – senz'ulteriori riferimenti selettivi dipendenti dall'effettiva locupletazione derivatane".

Quest'ultimo principio trova accoglimento anche in una diversa pronuncia[160], nella quale la Suprema Corte torna sulla questione del sequestro preventivo funzionale alla confisca di beni apparte-

---

[157] Cfr. Cass. sez. II pen., 21 dicembre 2006-10 gennaio 2007, n. 316, G.s.r.l., in www.reatisocietari.it.

[158] Sulla effettiva rilevanza dell'enunciato cfr. cap. VI, par. 6.

[159] Cass. sez. II pen., 20 dicembre 2006, Napolitano e altro, in «Foro it.», 2007, II, c. 265 e ss., in particolare 268 ss.

[160] Cass. sez. II pen., 14 giugno 2006, Grassi, in «Foro it.», 2007, II, c. 265 e ss., in particolare 271 s.

nenti ad un'impresa dichiarata fallita, completando il ragionamento proposto dalle Sezioni Unite del 2004[161]."Con riguardo al profitto 'diretto' del reato" – si argomenta – va affermata "una automatica 'insensibilità' alla procedura fallimentare, non in forza della obbligatorietà della confisca, bensì in ragione della circostanza che si tratta di beni intrinsecamente ed oggettivamente pericolosi data la loro pertinenza al reato, così come il prezzo del reato di cui all'art. 240 c.p., comma 2, n. 1"; invece, con riferimento ai beni di valore equivalente, rimane ferma la necessità dell'accertamento "caso per caso" da parte dell'autorità giudiziaria, poiché l'ablazione assume in tale ipotesi i connotati di "un prelievo pubblico a compensazione di un prelievo illecito, così che, una volta esclusa l'eventualità che l'autore del reato rimanga in possesso di beni di valore equivalente al profitto, la pretesa dello Stato di effettuare il predetto prelievo deve trovare tutela nell'ambito della procedura fallimentare, in applicazione della normativa di settore (art. 2752 c.c.), soprattutto tenendo presente il rilievo pubblicistico degli interessi perseguiti dalla procedura fallimentare, che sovrastano quelli dei singoli creditori".

[161] Cfr. cap. IV, par. 5.

Capitolo V

L'AFFIEVOLIMENTO DEL NESSO DI DERIVAZIONE TRA FATTI ILLECITI E BENI SOTTOPOSTI A SEQUESTRO PREVENTIVO E CONFISCA

1. *Sequestro preventivo e confisca: l'*iter *di ablazione dei beni (anche) non provenienti da reato (artt. 321 c.p.p. e 53 D.lgs. n. 231/2001). Cenni al sequestro per equivalente (rinvio) e al sequestro d'urgenza*

Si è accennato al telaio sul quale si dipana la trama della disciplina della ablazione dei beni, fondamentalmente incentrata sulla "staffetta" tra misure cautelari e provvedimenti definitivi: al tema sono dedicate le considerazioni che seguono.

In materia la normativa italiana (ma – come si vedrà, non solo questa) è orientata nel senso di consentire l'aggressione di beni di sospetta provenienza illecita a fini essenzialmente preventivi o cautelari già nella fase delle indagini preliminari (sequestro preventivo), per poi giungere alla ablazione definitiva in sede di sentenza di condanna e di patteggiamento (confisca). Lo si è visto in relazione alle misure di prevenzione patrimoniali, nel cui ambito la finalità di non dispersione dei beni, in vista del provvedimento definitivo, riveste un ruolo centrale[1]. Ma parzialmente analoghe coordinate trovano applicazione in ordine alla disciplina cautelare "comune"[2] e, come si vedrà, anche in relazione alle ipotesi di responsabilità degli enti *ex* D.lgs. n. 231/2001[3].

---

[1] Cfr. cap. III, par. 1 e par. 2.

[2] S. Fùrfaro, *Misure di prevenzione patrimoniali e congelamento di beni per reati di terrorismo: problemi sostanziali e processuali*, in «Dir. pen. proc.», 2007, cit., p. 884; con riferimento al processo di osmosi dei principî regolatori delle misure reali dal processo penale a quello di prevenzione cfr. A. Gialanella, *Patrimoni di mafia. La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Esi, Napoli, 1998, p. 195.

[3] Cfr. cap. IV, parr. 1 e 6.

L'art. 321 c.p.p., infatti, oltre a stabilire i requisiti di legittimità del sequestro preventivo (*periculum in mora* e aggravamento o protrazione delle conseguenze del reato: comma 1)[4], riconosce "altresì" al giudice la facoltà di disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca (comma 2), e gliene impone l'obbligo allorché il procedimento in corso riguardi qualcuno dei delitti previsti dal Capo I del Titolo II del Libro II, ovvero quelli dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (comma 2 *bis*)[5].

Un *tertium genus* di sequestro (accanto a quello probatorio e a quello conservativo) non era previsto nel codice abrogato: tra "prassi devianti" e "prassi promozionali"[6] una "giurisprudenza creativa", mediante l'interpretazione analogica dell'art. 337 c.p.p. relativo al sequestro delle cose pertinenti al reato, aveva surrettiziamente ritagliato nuova ipotesi di misura cautelare patrimoniale con funzione preventiva entro la cornice del sequestro penale in funzione probatoria[7].

L'introduzione nel codice di procedura penale del 1988 dell'istituto *ex* art. 321, in cui rifluisce tale orientamento, testimonia dell'intendimento del legislatore di prevedere una misura di coercizione reale, applicabile in ogni fase e grado del procedimento, anche dopo

---

[4] A tale ipotesi è assimilata quella relativa ai beni appartenenti alla persona sequestrata (nonché al coniuge, ai parenti e affini conviventi) prevista in materia di sequestro a scopo di estorsione dagli artt. 1 e 7 D.l. 15 gennaio 1991, n. 8: F. Lattanzi, *Art. 321*, in Aa.Vv., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi e E. Lupo, IV, t. II, Giuffrè, Milano, 2003[9], p. 1591, n. 2.

[5] La disposizione è complementare all'art. 335 *bis* c.p., che stabilisce l'obbligatorietà della confisca anche nei casi in cui l'art. 240 c.p. la prevede come facoltativa: entrambi i disposti sono stati introdotti dalla Legge 27 marzo 2001, n. 97, contenente norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche. Sul punto cfr. G.G. De Gregorio, *Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare e effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*, in «Legisl. pen.», 2002, p. 613 e ss.

[6] E. Amodio, *Dal sequestro in funzione probatoria al sequestro preventivo: nuove dimensioni della "coercizione reale" nella prassi e nella giurisprudenza*, in «Cass. pen.», 1982, p. 1072 e ss, 1073; A. Bevere, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, Giuffrè, Milano 1999.

[7] M. Garavelli, *Art. 321*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Cedam, Padova, 2005, 1093, n. 1; M. Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Cedam, Padova, 2005, p. 6 e ss.

la sentenza di primo grado[8], destinata a comprimere taluni diritti di libertà dei cittadini (considerati *uti singoli* oppure *uti universi*) nell'interesse superiore comune alla prevenzione generale[9]. Sennonché la questione sta proprio in ciò; ovvero nella determinazione dei criteri che devono presiedere al "contemperamento" degli interessi in gioco: sul punto si tornerà diffusamente[10].

Il titolo legittimante il sequestro è la disponibilità del bene[11], sia esso bene mobile o immobile, somma di danaro, quota (intesa come diritto ad una percentuale degli utili di ogni esercizio e l'eventuale eccedenza attiva in caso di liquidazione)[12] e/o azione sociale[13], azienda[14] o parte di azienda[15], opera edilizia abusiva[16], conto corren-

---

[8] M. Montagna, voce *Sequestri*, in «Dig. disc. pen.», Agg. ***, 2, 2005, 1549.

[9] Per una analisi della funzione del sequestro preventivo cfr. M. Garavelli, *Art. 321*, cit., p. 1095, par. V.

[10] Cfr. cap. VIII; qualche anticipazione è contenuta anche nel cap. I.

[11] L. Carli, *Le indagini processuali nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, II ed. integr. rifatta e agg., 2005, 357, n. 170; per una analisi critica della giurisprudenza ancora M. Garavelli, *Art. 321*, cit., *passim.*

[12] Si veda, ad esempio, Cass. sez. II pen., 27 settembre 2006, n. 31989, in www.reatisocietari.it: così la giurisprudenza costante; cfr. altresì Cass. sez. VI pen., 21 febbraio 1994, Gentilini, in «Giur. it.», 1995, II, p. 576.

[13] Cass. sez. V pen., 11 novembre 1997, Paolillo, CED 209562.

[14] Consolidato l'orientamento della giurisprudenza sul punto: cfr. Cass. sez. III pen., 12 novembre 2003, Rosafio, CED 226896; Cass. sez. VI pen., 18 giugno 2003, n. 36773, Pepe, in «Giust. pen.», 2005, III, p. 18.

[15] In questo caso, limitatamente al caso in cui qualche bene aziendale sia utilizzato per la consumazione del reato, a prescindere dalla considerazione che l'azienda svolga anche comuni attività imprenditoriali: Cass. sez. VI pen., 20 giugno 2001, Paterna, in «Cass. pen.», 2002, 3174; Id., sez. V pen., p. 4 giugno 2002, Garbo, CED 222065; *contra* esclude il sequestro di tali beni Cass. sez. VI pen., 12 dicembre 1997, Greco, CED 210065, ammettendolo solo in relazione alle quote sociali.

[16] Le Sezioni Unite hanno affermato l'ammissibilità del sequestro preventivo dell'immobile abusivo ultimato, precisando che in tema di reati edilizi o urbanistici il giudice deve accertare il pericolo che la libera disponibilità della cosa (da parte dell'indagato o di terzi) possa agevolare o protrarre le conseguenze di esso, ovvero agevolare la commissione di altri reati, verificando in concreto se le conseguenze ulteriori rispetto alla consumazione del reato determinino un reale pregiudizio degli interessi attinenti al territorio o una lesione del bene giuridico protetto (ad esempio, sotto il profilo dell'aggravamento del c.d. carico urbanistico o per la mancanza della prescritta autorizzazione sanitaria *ex* art. 221 t.u.l.s.), ovvero se la persistenza della disponibilità del manufatto costituisca "un elemento neutro sotto il profilo dell'offensività" (Cass. sez. Un. Pen., 29 gennaio 2003, n. 12878, Innocenti, in «Cass. pen.», 2003, p. 1829 e ss.: sul punto si veda T. Dell'Anna, *Applicabilità e limiti*

te[17] e deposito di titoli[18]; si esclude che il provvedimento possa essere esteso ad una attività (in sé considerata), mentre (soltanto) il risultato di questa è suscettibile di assoggettamento a misura cautelare patrimoniale[19].

Quanto poi all'ipotesi di sequestro preventivo "a fini di confisca", questa è ritenuta autonoma rispetto a quella "generale" contemplata dal comma 1 e in quanto tale, svincolata anche da quei sia pure indeterminati presupposti richiesti dal codice: il carattere preventivo della figura in esame è infatti piegato allo specifico fine di rendere efficace l'eventuale futura apprensione definitiva dei beni[20]. L'orientamento

---

del sequestro preventivo di un immobile abusivo ultimato, *ivi*, 2004, p. 1332 e ss.; P. Tanda, *Ancora sull'ammissibilità del sequestro preventivo di immobile abusivo ultimato*, *ivi*, *p. 4*38 e ss.). Diverso il caso in cui debba essere disposta la confisca amministrativa (ai sensi dell'art. 19, Legge 28 febbraio 1985, n. 47): in tale ipotesi non può applicarsi la tutela anticipatoria garantita dal sequestro preventivo (per il quale invero l'art. 321 c.p.p. non distingue tra confisca penale e confisca amministrativa) poiché la confisca amministrativa è "direttamente riconducibile all'esercizio dei poteri demandati in via generale alla pubblica amministrazione, va realizzata con criteri di discrezionalità una volta realizzate le condizioni per operare, e prescinde quindi totalmente da ogni collegamento con le vicende processuali" (Cass. sez. VI pen., 6 febbraio 2003, Di Ferdinando, in «Cass. pen.», 2004, p. 436 e ss.).

[17] Cfr. Cass. sez. III pen., 7 dicembre 2006, n. 4400, in www.iuritalia.it.

[18] Per tutte Cass. sez. V pen., 24 gennaio 2005, n. 8468, L. e altro, CED 231176.

[19] Con riferimento al sequestro preventivo di un fascicolo processuale relativo a una esecuzione immobiliare in corso, una interessante pronuncia della Corte di cassazione (sez. II pen. 9 marzo 2006, n. 10437, in «Foro it.», 2006, II, p. 425), riprendendo una precedente decisione (Cass. sez. VI, 14 dicembre 1998, Bottani, in «Cass. pen.», 2000, p. 457), ha di recente cercato di contribuire ad arginare gli effetti paralizzanti del sequestro, precisando che il sequestro preventivo può avere ad oggetto solo il risultato di un'attività e non l'attività in sé, perché ad esso è estranea la funzione di inibizione di comportamenti, rilevanti sul piano penale. In particolare, la sentenza ha sottolineato che l'inibizione dell'attività giurisdizionale (civile o amministrativa) non può essere giustificata dalle ragioni della coercizione reale a fine preventivo: è la stessa funzione assegnata dall'ordinamento giuridico al sequestro preventivo a risultare incompatibile con l'acquisizione dei documenti di un procedimento amministrativo o di un fascicolo processuale civile. Ragionamento diverso vale per il sequestro a fini probatori di un fascicolo processuale civile, diretto ad accertare, attraverso l'esame dei documenti in esso contenuti, i fatti oggetto dell'indagine e volto quindi a garantire la genuinità e l'efficacia della prova (nel caso di specie il Gip aveva disposto il sequestro preventivo del fascicolo processuale relativo ad una esecuzione immobiliare in corso, ritenendo che esso fosse cosa pertinente al reato di estorsione per il quale stava svolgendo le indagini).

[20] M. Garavelli, *Art. 321*, cit., p. 1097, n. 1.

prevalente ritiene che quell'"altresì" di cui al secondo comma libera il giudice dall'obbligo di accertamento del *periculum in mora* e dalla verifica dell'aggravamento o protrazione delle conseguenze del reato, imponendo il solo limite della assoggettabilità a confisca delle "cose"[21], cioè "la condizione che si tratti di cose di cui è consentita la confisca a tenore del codice penale o delle leggi speciali"[22].

È la disciplina della proteiforme confisca, anzi, *delle confische*, alla cui garanzia il provvedimento è finalizzato, a fissare anche in fase cautelare i limiti di apprensione. Si dovrà, allora, verificare quali siano le "cose" suscettibili di confisca[23]; a quali categorie siano riconducibili (prodotto, profitto prezzo, strumenti destinati o utilizzati per commettere il reato, provento); quale sia, in rapporto ad esse, l'estensione della confisca di valore, nucleo fondamentale della normativa recente; quali beni debbano essere esclusi in ragione della appartenenza a "persona estranea" o a "terzi"[24].

Insomma, a seconda della figura di ablazione in rilievo, il giudice (e, prima di lui, il p.m.) dovrà accertare i previsti requisiti di confiscabilità (obbligatoria o facoltativa), e decidere della necessità del sequestro[25] (salvo il caso di sequestro preventivo a fine di

---

[21] Concorde sul punto la tesi assolutamente dominante in dottrina (si veda F. Lattanzi, *Art. 321*, cit., p. 1619; M. Garavelli, *Art. 321*, cit., p. 1097 e ss.; L. Carli, *Le indagini processuali nel sistema processuale penale*, cit., p. 358, n. 170) con le più significative pronunce giurisprudenziali (cfr. Cass. sez. III pen., 26 novembre 2004, Passatutto, in «Arch. Nuova Proc. Pen.», 2005, p. 188, che conferma l'orientamento ormai consolidato sul punto): si veda la ricostruzione dello stato dell'arte proposta da M. Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, cit., p. 119. La pericolosità delle cose sottoposte a sequestro è, per così dire, "presunta per legge": L. Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, cit., p. 361. Qualche dissonanza si osserva in A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2007[10], p. 837 e s.

[22] Cass. sez. III pen., 13 ottobre 2004, n. 45797, P., in «Arch. nuova proc. pen.», 2005, p. 188.

[23] Cfr. cap. I.

[24] Cfr. cap. VII.

[25] A riguardo l'onere di motivazione – insuperabile ai fini dell'esercizio del potere discrezionale (Cass. sez. VI pen., 19 gennaio 1994, Pompei, in «Cass. pen.», 1995, p. 3459) – potrà essere assolto anche attraverso il mero rinvio alla confiscabilità del bene, a prescindere dal riferimento alla necessità di impedire il protrarsi degli effetti negativi del reato, e il conseguente pericolo di dispersione, deterioramento o alienazione dei beni.

confisca obbligatorio *ex* art. 321, comma 2 *bis* c.p.p.). Così, ad esempio, se in ordine alla confisca *ex* art. 240 c.p. il giudice è tenuto a verificare il tipo di relazione tra cosa e reato, rispetto al provvedimento provvisorio finalizzato alla confisca *ex* art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992, i "seri indizi che legittimano la confisca" vanno valutati "sia per ciò che riguarda la sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito o alle attività economiche del soggetto, sia per ciò che attiene alla mancata giustificazione della lecita provenienza dei beni stessi"[26].

Il grado di anticipazione della ablazione si può misurare considerando due profili: *in primis* l'applicazione delle misure cautelari patrimoniali non è subordinata alla sussistenza dei "gravi indizi di colpevolezza" imposti dall'art. 273 c.p.p. in ordine alle misure cautelari personali[27]; inoltre, il sequestro preventivo a fini di confisca costituisce ipotesi autonoma non solo rispetto al sequestro probatorio e a quello conservativo, ma addirittura a quello preventivo *ex* art. 321, comma 1 c.p.p., con la già ricordata conseguenza della inoperatività dei (pur generici) limiti stabiliti per quest'ultimo.

In altri termini, la "cosa" costituente (a seconda dei casi) prodotto, profitto, prezzo del reato o strumento utilizzato o destinato a commetterlo, nonché qualunque altra "cosa" di valore a questi equivalente, può essere sottratta al soggetto, a giudizio discrezionale del giudice, sulla base del solo requisito della sua confiscabilità in caso di condanna o sentenza equiparata, e a prescindere da qualunque rapporto di pertinenzialità rispetto al reato[28]. Soprattutto

---

[26] Cfr., ad esempio, Cass. sez. Un. Pen., 17 dicembre 2003, Montella, in «Cass. pen.», 2004, p. 1182 e ss.; per ulteriori considerazioni in ordine al sequestro finalizzato alla confisca *ex* art. 12 *sexies* cfr. cap. III, parr. 2.1.

[27] Cass. sez. Un. Pen. 25 marzo 1993, Gifuni, in «Cass. pen.», 1993, p. 1969 e ss., p. 1974.

[28] Cass. sez. VI pen., 27 gennaio 2005, n. 11902, CED 231234; in senso contrario solo qualche rara pronuncia, nella quale si rimarca la necessità di accertare l'esistenza di uno specifico, non occasionale e strutturale nesso strumentale tra *res* e reato: nel perseguimento dei fini di difesa sociale, i diritti patrimoniali dei singoli non possono essere sacrificati in modo indiscriminato attraverso la sottrazione di cose la cui disponibilità è di per sé lecita, a meno che non siano oggettivamente e specificamente predisposte, anche attraverso modificazioni, per l'attività criminosa: Cass. sez. IV pen. 30 gennaio 2004, n. 13298, Pani, in «Cass. pen.», 2005, 2324.

con riferimento alla *confisca obbligatoria*, il rapporto di pertinenzialità tra *res* e reato, essendo "interamente assorbito nella verifica della 'confiscabilità'" del primo, esclude qualunque valutazione discrezionale del giudice della cautela circa la pericolosità della cosa, intendendo vietare la legge, con presunzione assoluta, la circolazione del bene[29].

Due sono i confini tracciati: da un lato, l'appartenenza del bene a "persona estranea"; dall'altro, il potere di impugnazione.

In relazione al primo, dal contenuto degli artt. 322 e 322 *bis* c.p.p. si evince che il sequestro preventivo può avere ad oggetto anche beni che siano nella disponibilità di terzi non indagati: in tal caso è necessario dimostrare, in termini di qualificata probabilità, che l'intestatazione dei beni sia fittizia e che la proprietà effettiva degli stessi sia riconducibile all'indagato, il quale deve averne la sostanziale disponibilità[30].

Tuttavia, come anticipato, in ordine al sequestro a fini di confisca di cui al comma 2 dell'art. 321 c.p.p., i presupposti di applicabilità del provvedimento vanno ricavati dalla specifica figura di confisca cui il sequestro è "prodromico".

Così, mentre per i beni oggetto della cautela patrimoniale, che devono essere gli stessi potenzialmente aggredibili dal provvedimento di confisca (con le difficoltà di cui si è detto a proposito della apprensione di alcuni beni come le azioni societarie)[31], il grado di tutela dei diritti dei terzi è costruito in termini differenti in relazione alle diverse ipotesi di confisca rilevanti nel caso concreto, per cui si deve registrare una differente disciplina dei limiti di apprensione definitiva dei beni, con consequenziale differenziato regime di sequestrabilità degli stessi. Ad esempio, anticipando qualche considerazione di seguito sviluppate sul tema[32], alcune ipotesi di confisca non escludono la confiscabilità dei beni appartenenti a terzi, ma si limitano a "fare salvi" di diritti di questi.

---

[29] Cass. Sez. Un. Pen., 9 luglio 2004, n. 29951, in «Fall.», 2005, 1269, par. 4.2.a.

[30] Cass. sez. V pen., 20 dicembre 2000, n. 6365, Butti, CED 219062.

[31] Cfr. cap. I.

[32] Cfr. cap. VII, par. 2 e s.

E ancora. In relazione ad altre ipotesi, per le quali non si ammette la confisca di beni appartenenti a "persona estranea al reato" (art. 240, comma 3 c.p.; art. 322 *ter*, comma 2 c.p.; art. 640 *quater*, laddove rinvia all'art. 322 *ter* c.p.)[33], per un verso, non vi è certezza sul concetto di "persona estranea al reato", complice sia la scarsa diligenza del legislatore, soprattutto quando "replica" norme già censurate sotto il profilo della determinatezza-tassatività, sia la lettura estensiva-analogica suggerita dalla prassi applicativa; per l'altro, il riferimento alla asettica espressione "persona estranea" o "terzo estraneo", presente in altre disposizioni, è stato considerato sintomatico della volontà di escludere dalla clausola di salvaguardia (non solo reo e correo, ma anche) qualunque soggetto che abbia tratto qualche vantaggio utilità dal reato, anche inconsapevole della commissione dello stesso[34].

Sennonché, mentre rispetto alla confisca si prevede qualche – sia pure ampiamente insufficiente – meccanismo di garanzia, in sede di applicazione delle misure cautelari le vie di tutela appaiono risibili.

Confrontandosi con un intreccio così complesso di problematiche la giurisprudenza fatica a tenere conto dei diritti dei terzi in fase di sequestro, celando le esigenze di apprensione di "qualsiasi bene a chiunque appartenente e, quindi, anche a persona estranea al reato" dietro al paravento del pericolo insito nella disponibilità della cosa, idonea a "costituire pericolo di aggravamento o di protrazione delle conseguenze del reato ovvero di agevolazione della commissione di ulteriori fatti penalmente rilevanti": a riguardo il rinvio congiunto al primo ed al comma 2 dell'art. 321 c.p.p. contenuto in molti provvedimenti di ablazione consente di richiamare i presupposti di entrambe le figure, permettendo di aggirare il divieto di confiscabilità di cose appartenenti a persona estranea al reato (art. 321, comma 2 c.p.p., in relazione all'art. 240, comma

---

[33] In tal caso il sequestro non può essere disposto e, se erroneamente disposto, deve essere revocato: cfr. Cass. sez. IV pen., 14 gennaio 1999, n. 80, Kulla, in «Cass. pen.» 2000, p. 1028.

[34] Cfr. cap. VII, parr. 2 e 3.

3 c.p.) mediante il ricorso al requisito del *periculum* (preteso dall'art. 321, comma 1 c.p.p.)[35].

Ai "terzi" tuttavia è necessario prestare attenzione anche sotto il profilo della valutazione della legittimazione alla presentazione dei gravami previsti in relazione alle misure cautelari reali – di cui al successivo paragrafo: tale facoltà, infatti, in via eccezionale rispetto alla disciplina delle impugnazioni[36], è riconosciuta alla persona "alla quale le cose sono state sequestrate" ovvero "che avrebbe diritto alla loro restituzione" (così gli artt. 322, 322 *bis* e 325 c.p.p., in relazione rispettivamente al riesame, all'appello e al ricorso per cassazione)[37]. Il gravame proposto dal terzo è orientato unicamente alla salvaguardia della pretesa privatistica[38]: ad esempio, in ordine al sequestro finalizzato alla confisca *ex* art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992,

---

[35] Così, ad esempio, nel caso esaminato da Cass. sez. III pen., 26 novembre 2004, Passatutto, in «Arch. Nuova Proc. Pen.», 2005, p. 188 e ss., e da Cass. sez. III pen., 6 aprile 2005, n. 17439, CED 231516. In senso contrario si è rilevato che i due commi dell'art. 321 c.p.p. contraddistinguono due distinte forme di coercizione reale, rispetto alle quali "non è possibile che il giudice del riesame – senza che si sia instaurato tra le parti un regolare contraddittorio – giustifichi il sequestro preventivo così detto impeditivo di un bene affermando che ricorrevano gli estremi per l'emissione di un provvedimento volto alla confisca del bene stesso, o viceversa": Cass. sez. II pen., 9 febbraio 2006, n. 6727, CED 233520.

[36] F. Lattanzi, *Art. 322 bis*, in Aa.Vv., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., p. 1643.

[37] Per una breve rassegna della casistica giurisprudenziale in materia cfr. M. Garavelli, *Art. 322*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 1102; Id., *Art. 322 bis*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 1104; Id., *Art. 325*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 1111, ove si precisa che la legittimazione è ammessa soltanto in relazione ad una posizione giuridica tutelabile sia come diritto soggettivo sia come rapporto di fatto, ad esempio, *sub specie* di possesso (così anche L. Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, cit., p. 746). Si deve inoltre escludere che possa proporre ricorso per cassazione la persona offesa in quanto tale, ovvero a prescindere dalla qualità di soggetto che avrebbe diritto alla restituzione di cose sequestrate: Cass. sez. VI pen., 2 luglio 2003, Arras, CED 226293.

[38] Significativa una pronuncia del Tribunale di Milano (11 febbraio 2003, in «Gur. mer.», 2004, p. 356), secondo la quale, in relazione all'ipotesi dell'indebita compressione del diritto di proprietà derivante da un sequestro potenzialmente illegittimo, a differenza del caso della compressione dello "*status libertatis*", una volta che il provvedimento impugnato risulti svuotato di ogni efficacia perché revocato, non residua alcun profilo, di rito o di merito, sul quale il tribunale per il riesame debba pronunciarsi.

i soggetti estranei al procedimento possono proporre riesame o appello limitatamente alla presunzione di interposizione di persona in base alla quale la misura cautelare è stata disposta, onde far valere la propria effettiva titolarità o disponibilità del bene e l'inesistenza di relazioni di "collegamento" con l'imputato[39].

E ancora, in ordine agli strumenti di controllo in sede di impugnazione, va osservato sin da ora che la giurisprudenza consolidatasi in ordine al contenuto del controllo del giudice del riesame e di quello di Cassazione esclude in modo categorico che il giudizio possa vertere sul merito della vicenda, ma ammette soltanto l'accertamento della astratta compatibilità tra la fattispecie concreta e quella tipica: "diversamente, si finirebbe con lo utilizzare surrettiziamente la procedura incidentale di riesame per una preventiva verifica del fondamento dell'accusa, con evidente usurpazione di poteri che sono per legge riservati al, giudice del procedimento principale"[40].

Come dire che la valutazione dei fatti resta cristallizzata allo stadio raggiunto dalle indagini al momento della adozione del provvedimento cautelare-ablatorio, senza possibilità di rivisitazione.

In un simile contesto non pare del tutto infondata quella soluzione ermeneutica in virtù della quale le maglie larghe delle ipotesi speciali di confisca, per un verso, e l'inconsistenza dei confini del sequestro preventivo a fini di confisca, per l'altro, rendono indistinguibile il combinato disposto delle figure in esame dal "sistema" delle *misure di prevenzione.* "Misure di prevenzione" che non trovano aggancio, come quelle storiche o pseudostoriche, nella connessione soggettiva[41] cui si è accennato in ordine alla disciplina in materia di criminalità mafiosa *et similia*, ma che si imperniano sulla sospetta (le indagini sono ancora in corso) realizzazione di un fatto di reato.

La figura che più appare deficitaria sotto il profilo della certezza delle garanzie è quella del sequestro a fini di confisca rispetto ad ipotesi per le quali è ammessa la confisca per equivalente che, come

---

[39] Cass. sez. I pen., 6 febbraio 2002, n. 14215, Zagara, in «Cass. pen.» 2003, 2758.

[40] Cass. Sez. Un. pen., 23 febbraio 2000, n. 7, Mariano, in «Arch. Nuova Proc. Pen.», 2000, p. 255.

[41] Cfr. cap. III.

rilevato[42], costituisce previsione costante delle nuove ipotesi di confisca. L'applicazione del sequestro preventivo *ex* art. 321, comma 2 c.p.p. a tale figura consente una espansione in definitiva incondizionata della apprensione del bene, con conseguente riduzione dei margini di tutela dell'interessato e dei terzi[43]. La sostanziale impalpabilità dei limiti del valore assoggettabile a provvedimento ablatorio aggiunge indeterminatezza ai parametri già non imbrigliabili in regole certe che presiedono l'applicazione del sequestro, rendendo di fatto operante la privazione dei beni nei confronti di soggetti sui quali si stanno svolgendo indagini. Accade così che il sequestro preventivo strumentale alla confisca per equivalente sia ritenuto legittimo quando: la persona raggiunta dalla misura cautelare reale sia indagata per uno dei reati per i quali è ammessa la confisca per equivalente (nel caso di specie: art. 322 *ter* c.p.); nella relativa sfera patrimoniale non sia stato rinvenuto il prezzo o il profitto del reato, di cui sia però certa l'esistenza; i beni da sequestrare non appartengano a persona estranea al reato[44]. Le norme penali in materia di sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, infatti, in forza della *ratio* di evitare che, "nelle more dell'adozione definitiva del provvedimento di confisca, i beni in ogni caso nella disponibilità dell'indagato possano essere definitivamente dispersi", travolgono presunzioni e vincoli che in materia contrattualistica sono volti a regolare i rapporti "interni" tra creditori e debitori solidali (art. 1298, comma 2 c.c.), ovvero i rapporti tra banca e depositante (art. 1834 c.c.)[45].

Non a caso è proprio questo il settore più tormentato anche in ordinamenti diversi dal nostro, ma costretti a confrontarsi con difficoltà e regole analoghe: si pensi alla temperie giurisprudenziale che investe l'istituto tedesco del *dinglicher Arrest*, e che ha indotto il le-

---

[42] Cfr. cap. IV, par. 3.

[43] Infatti, ai fini del sequestro preventivo, funzionale alla confisca di cui all'art. 322 *ter* c.p., non occorre provare il nesso di pertinenzialità della "res" rispetto al reato, essendo assoggettabili a confisca beni nella disponibilità dell'imputato per un valore corrispondente a quello relativo al profitto o al prezzo del reato (Cass. sez. VI pen., 27 gennaio 2005, n. 11902, B., CED 2005, rv. 231234).

[44] Cass. sez. V pen., 16 gennaio 2004, Napolitano, in «Foro it.», 2004, II, p. 685 e ss.

[45] Cass. sez. VI pen., 29 marzo 2006, n. 24633, in «Guida al Diritto», 2006, 32, p. 90 e ss., 92 (par. 2).

gislatore ad aggiungere qualche cautela, quanto meno nella prospettiva della tutela dei terzi[46].

Se si considera che il sequestro è provvedimento provvisorio, ma non necessariamente temporaneo, si può comprendere agevolmente come l'apprensione dei beni da parte dello Stato si profila come anticipazione di pena "generale", o come misura di prevenzione "comune". A differenza della temporaneità, che presuppone una durata limitata nel tempo ma impermeabile al sopravvenire di ulteriori accadimenti, la provvisorietà contraddistingue un fenomeno la cui efficacia si esplica sino al verificarsi di un fatto successivo, in vista e in attesa del quale la misura cautelare è stata adottata e, appunto, viene provvisoriamente mantenuta[47]. In tal senso va evidenziato che, se è pur vero che il sequestro *in sé* non ha natura "indefinita", l'apprensione del bene – iniziata con il sequestro – *può* protrarsi per un lungo periodo sino alla acquisizione del carattere della definitività: il bene sequestrato infatti è suscettibile di utilizzazione a fini di prova in sede di dibattimento (art. 431 c.p.p.); il sequestro preventivo può convertirsi in sequestro conservativo; infine, in caso di condanna e di c.d. patteggiamento, può essere sostituito dal provvedimento di confisca[48].

Si aggiunga che la revoca del sequestro preventivo *ex* art. 321, comma 3 c.p.p.[49] è ritenuta compatibile con il mantenimento del diverso sequestro disposto ai sensi dell'art. 2 *ter* Legge n. 575/1965 nei confronti dei soggetti cui tale ultima disposizione è applicabile[50].

Di fatto, gli effetti del sequestro rappresentano una anticipazione di quelli della sentenza definitiva, della quale mancano naturalmente i presupposti di accertamento del fatto e della responsabilità del soggetto.

Diversi gli spunti di riflessione.

---

[46] Cfr. cap. VIII, par. 8.

[47] Così già P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (1936), in Id., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Morano, Napoli, IX, 1983, p. 168.

[48] L. Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, cit., p. 749 e ss.

[49] Per alcune considerazioni in materia di revoca si rinvia al successivo paragrafo.

[50] M. Garavelli, *Art. 321*, cit., p. 1100, n. 6.

Da un lato, si assiste alla applicazione generalizzata di strumenti di intervento introdotti in via eccezionale per rispondere ad esigenze di difesa sociale della collettività a fronte di soggetti a forte connotazione di pericolosità sociale, in assenza tuttavia della predisposizione di una simmetrica rete di meccanismi sul modello di quelli previsti dalla Legge n. 575/1965 e successive modifiche, che, ad esempio, stabilisce una articolata disciplina delle attività di custodia, conservazione e amministrazione dei beni sequestrati.

Dall'altro, l'apprensione del bene secondo i citati presupposti viene cristallizzata in un provvedimento pressoché intangibile.

Lo si nota, come detto, soprattutto in relazione al sequestro preventivo a fini di confisca per valore equivalente, ove il perimetro della discrezionalità del giudice diviene inafferrabile. Lo conferma l'ammissibilità del c.d. sequestro d'urgenza (art. 321, comma 3 *bis* c.p.p.), che consente al p.m. (e alla polizia giudiziaria, se necessario, prima dell'intervento del pubblico ministero), nel corso delle indagini preliminari, di disporre il sequestro "quando non è possibile, per la situazione d'urgenza, attendere il provvedimento del giudice". L'obbligatorietà del procedimento di convalida[51] può non incidere di fatto sulla

---

[51] Il meccanismo introdotto dall'art. 15 D.l. n. 12/1991 è stato definito come una sorta di "fermo reale" per le analogie con il procedimento di convalida della misura precautelare del fermo di indiziato di delitto: *Relazione ministeriale al d.lg. n. 12 del 1991*, in «Doc. giust.», 1991, n. 2, 283. Secondo le Sezioni Unite (sent. 31 maggio 2005, n. 21334, Napolitano, in «Cass. pen.», 2005, 2537), chiamate a risolvere il conflitto interpretativo, l'ordinanza di convalida del decreto di sequestro preventivo emesso in via d'urgenza dal p.m. ai sensi dell'art. 321, coma 3 *bis* c.p.p. non è suscettibile di autonoma impugnazione: per alcune osservazioni critiche sul punto cfr. E. Aprile, *Le Sezioni Unite definiscono i contorni del regime di impugnabilità oggettiva dei provvedimenti in materia di sequestro preventivo*, in «Cass. pen.», 2006, p. 172 e ss. Nella ordinanza di rimessione la Sezione II penale (ord. 15 febbraio-4 marzo 2005, in «Diritto e Giustizia», 1° giugno 2005), sostenendo la tesi poi accolta dalle Sezioni Unite, aveva argomentato che, "ove si volesse condividere l'orientamento giurisprudenziale che invece qui si avversa, si perverrebbe alla conclusione, davvero eccentrica sul piano sistematico, che mentre per la convalida del fermo o dell'arresto è previsto come unico rimedio il ricorso per cassazione (con tutti i limiti di devoluzione che ciò comporta), avverso la convalida del decreto dì sequestro preventivo, adottato in via d'urgenza dal Pm o dalla polizia giudiziaria, sarebbe invece consentito un gravame di merito e poi l'eventuale ricorso, al di fuori, a tacer d'altro, di qualsiasi logica di bilanciamento tra i diversi valori coinvolti (libertà personale, da un lato, e libera disponibilità delle cose, dall'altro)".

sorte dei beni appresi, poiché il giudizio di convalida e quello di sequestro restano distinti: atteso infatti che, nella accezione della giurisprudenza[52] – non condivisa dalla dottrina[53] – il primo concerne unicamente la valutazione del presupposto dell'urgenza, e non l'esistenza dei requisiti sostanziali della misura, la mancata convalida del provvedimento non impedisce che il giudice con proprio decreto vincoli *ex novo* le cose già apprese dal p.m. o dalla polizia giudiziaria[54].

La diffidenza con cui è riguardata l'"intangibilità" di provvedimenti così incisivi nella vita delle persone fisiche e delle imprese è il portato della considerazione che l'accertamento prodromico alla adozione delle misure cautelari è per sua stessa natura provvisorio, incompleto e non approfondito, mentre le questioni di qualificazione giuridica dei fatti da affrontare sono complesse e articolate: si pensi alle indagini relative ai reati economici e finanziari ed ai profili di accertamento della responsabilità degli enti[55].

2. *(segue) Revoca del sequestro, riesame, appello, ricorso per cassazione: ovvero "della definitività dei provvedimenti provvisori"*

Si perviene alle medesime conclusioni circa l'"intangibilità" dei provvedimenti ablatori adottati anche in via provvisoria in una di-

---

[52] Da ultimo si veda ancora Cass. Sez. Un. pen., 31 maggio 2005, n. 21334, Napoletano, in «Cass. pen.» 2005, p. 2537.

[53] P. Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 185; A.M. De Santis, voce *Sequestro preventivo*, in «Dig. Disc. pen.», XIII, Torino, 1997, p. 268; M. D'Onofrio, *Il sequestro preventivo*, Cedam, Padova, 1998, p. 115; nel senso dell'autonomia dei presupposti dei due provvedimenti cfr. M. Garavelli, *Art. 321*, cit., p. 1096, n. 3.

[54] M. Garavelli, *Art. 321*, cit., p. 1096, con ampi riferimenti giurisprudenziali. L'autonomia del provvedimento non è inficiata dalla circostanza che la disposizione possa essere contenuta in un unico atto, di natura complessa, come accade nel caso in cui in esso confluiscano l'ordinanza relativa alla richiesta di convalida e il decreto di sequestro: su quest'ultimo profilo E. Aprile, *Le Sezioni Unite definiscono i contorni del regime di impugnabilità oggettiva dei provvedimenti in materia di sequestro preventivo*, cit., p. 169 e ss.

[55] Con specifico riferimento alla questione della responsabilità delle società appartenenti al gruppo cfr. F. Sgubbi, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D.lgs. 231/2001*, in «La responsabilità amministrativa delle società e degli enti», 2006, 1, p. 7 e ss., p. 10.

versa prospettiva, che tenga conto del fatto che gli strumenti di "rivisitazione" del provvedimento ablatorio rendono inefficace una reale verifica della rigorosa applicazione di presupposti, peraltro già di per sé scarsamente indicativi.

Solo apparentemente le garanzie sono sufficienti ad assicurare rimedi efficaci. Nei confronti del sequestro preventivo è infatti ammissibile sia il riesame – rispetto al decreto di sequestro (art. 322 c.p.p.) – sia l'appello – esperibile fuori dai casi di cui all'art. 322 c.p.p. nei confronti dell'ordinanza in materia di sequestro preventivo e contro il decreto di revoca emesso dal p.m. (art. 322 *bis* c.p.p.)[56].

Il riesame può essere proposto al tribunale del capoluogo di provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento, oltre che dall'imputato e dal suo difensore, anche dalla persona alla quale le cose sono state sequestrate e da quella che avrebbe diritto alla restituzione. Con la decisione può essere disposta la revoca anche parziale del sequestro, esclusi i casi di confisca *ex* art. 240, comma 2 c.p. (così l'art. 324, comma 7 c.p.p., che rinvia all'art. 309, commi 9 e 10 c.p.p.)[57].

Con il riferimento alla persona che avrebbe diritto alla restituzione la norma apre uno spazio significativo non solo al profilo generale alla tutela dei terzi, ma anche, tenendo conto delle peculiarità del sequestro preventivo a fini di confisca, alla differente tutela che le nuove figure di confisca prevedono.

Sennonché, anche laddove ammesso, il procedimento del riesame, almeno stando all'orientamento prevalente in giurisprudenza, non consente una valutazione del merito, ma impone soltanto la verifica della astratta possibilità di assumere il fatto attribuito ad un soggetto in una determinata ipotesi di reato[58]. La tesi è avvalora-

---

[56] L'ordinanza con la quale il giudice, a norma dell'art. 321, comma 3 c.p.p. convalida il sequestro preventivo disposto in via d'urgenza dal Pm è inoppugnabile: Cass. sez. Un. pen., 31 maggio 2005, Napoletano, in «Cass. pen.», 2005, p. 2537.

[57] M. Garavelli, *Il sequestro nel procedimento penale*, Utet, Torino, 2002, p. 150.

[58] Cass. sez. Un. Pen. 25 marzo 1993, Gifuni, in «Cass. pen.», 1993, p. 1969 ss., 1974; da ultimo cfr. Cass. sez. VI pen., 11 dicembre 2006, n. 739, in www.iuritalia.it. Addirittura è considerato censurabile il giudizio del tribunale del riesame il quale, "anziché limitarsi alla verifica della sussistenza del *fumus commissi delicti* sotto il profilo della congruità degli elementi rappresentati a configurare l'astratta

ta dalla Corte costituzionale la quale, nella sentenza con cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 *quinquies* Legge n. 306/1992, precisa che l'oggetto del riesame contro le misure cautelari patrimoniali è diverso da quello del riesame contro le misure cautelari personali: il legislatore infatti può – come ha fatto – scegliere di graduare la tipologia del controllo in sede di gravame, in relazione alla diversità degli istituti processuali[59]. La misura cautelare patrimoniale, "pur raccordandosi ontologicamente ad un reato, può prescindere totalmente da qualsiasi profilo di 'colpevolezza', proprio perché la funzione preventiva non si proietta necessariamente sull'autore del fatto criminoso, ma su cose che, postulando un vincolo di pertinenzialità col reato, vengono riguardate dall'ordinamento come strumenti la cui libera disponibilità può costituire situazione di pericolo", tanto è vero cha anche il terzo estraneo al fatto di reato è legittimato a proporre riesame. L'art. 24 Cost. – continua la Consulta – non può ritenersi violato poiché "la difesa può volgersi a contestare l'esistenza della fattispecie dedotta proprio perchè questa funge da necessario referente che individua il nesso di pertinenzialità di cui si è innanzi fatto cenno".

Insomma, in tale prospettiva il riesame sarebbe teso ad accertare, attraverso il confronto tra fattispecie astratta (legale) e fattispecie concreta (reale), la riconducibilità del singolo fatto alla fattispecie

---

possibilità di sussumere il fatto attribuito ai prevenuti nell'ipotesi di reato contestata (in linea con la giurisprudenza di cui alle sentenze Su 25 marzo 1993, Gifuni, rv 193117; 20 novembre 1996, Bassi, rv 206657; e più di recente Cassazione, Sezione terza, 23214/04, Persico e altri; Sezione sesta, 12118/04, Piscopo)", abbia "proceduto alla verifica in concreto degli indizi di colpevolezza, spingendosi fino ad un'anticipata decisione della questione di merito concernente la responsabilità degli indagati in ordine al reato oggetto d'indagine, dando, peraltro, una lettura parziale dei dati desumibili dagli atti e in particolare trascurando che, proprio gli elementi dell'attualità della condotta che il Tribunale si preoccupava di verificare, risultavano dalla nota dei Cc di Torre Annunziata del 9 febbraio 2005, nei termini riportati nell'odierno ricorso del Pm" (Cass. sez. II pen., 13 ottobre 2005, n. 44329, Annunziata, in «Dir. Giust.», 6 dicembre 2005). *Contra* nel senso della necessità che il giudice eserciti un controllo non puramente "formale e apparente della legalità della misura cautelare adottata, ma penetrante e preciso" cfr. Cass. sez. III pen., 1° luglio 1996, Chiatellino, in «Arch. nuova proc. pen.», 1996, p. 735.

[59] Corte cost. n. 48/1994, par. 6.

indicata[60], valutando l'esistenza del *fumus* del reato prospettato dall'accusa[61], ovvero l'"antigiuridicità penale del fatto"[62]. In ogni caso non è ritenuto ammissibile alcun apprezzamento in ordine alla "fondatezza dell'accusa"[63] e alla "fondatezza e gravità degli indizi"[64].

Non che il giudice debba limitarsi a "prendere atto" della tesi accusatoria: ma il controllo di legalità deve essere espletato nell'ambito delle indicazioni di fatto offerte dal pubblico ministero, valutando (soltanto) il profilo delle congruità degli elementi rappresentati per

---

[60] Nell'ambito di un orientamento monocorde cfr. Cass. sez. Un. Pen., 23 febbraio 2000, Mariano, in «Cass. pen.», 2000, 2230. Nelle pronunce più risalenti si trova eco della preoccupazione che la valutazione si riduca alla riproposizione di formule di stile: il controllo del giudice – si raccomanda – deve essere esercitato in modo penetrante e preciso, affinché nell'ordinanza siano indicati, in modo puntuale e coerente, gli elementi di base ai quali il tribunale ritenga esistente in concreto il reato configurato e la conseguente possibilità di sussumere la fattispecie concreta in quella astratta (Cass. sez. III pen., 1° luglio 1996, Chiatellino, in «Arch.nuova proc. pen.», 1996, p. 735; orientamento consolidato: cfr. Cass. sez. II, 23 novembre 2006, n. 40228, in www.iuritalia.it). Non è nemmeno escluso che il giudice possa dare al materiale investigativo raccolto dal Pm una valutazione in fatto e in diritto diversa di quella del primo giudice, giungendo a formulare ipotesi di reato differenti da quelle assunte a base del provvedimento cautelare: Cass. sez. III pen., 16 novembre 1993, Bonelli, in *Mass. cass. pen.*, 1994, 6, p. 74.

[61] Cass. sez. I pen., 1° dicembre 2006, n. 100, in www.iuritalia.it.

[62] Cass. sez. Un. Pen., 7 novembre 1992, n. 6, in «Arch. Nuova Proc. Pen.», 1993, p. 165; Cass. sez. III pen., 26 novembre 2004, Passatutto, in «Arch. Nuova Proc. Pen.», 2005, p. 188; analogamente, con riferimento ad una ipotesi di sequestro probatorio, Cass. sez. III pen., 10 febbraio 2004, Persico, in «Cass. pen.», 2005, n. 1345.

[63] Cass. sez. VI pen., 18 ottobre 2006, n. 40168, in www.iuritalia.it. Ad esempio, in relazione al sequestro anticipatorio della confisca di cui all'art. 416 *bis* comma 7 c.p., si è affermato che esso "può essere fondato su di un supporto probatorio limitato alla plausibilità obiettiva dell'ipotesi necessaria ai fini della cautela reale, non richiedendosi una compiuta e analitica ricostruzione (necessaria, piuttosto, per la confisca) dei singoli momenti in cui si articola il complesso *iter* argomentativo basato sull'esistenza dell'associazione, sulla verosimiglianza del *quantum* di accumulazione patrimoniale necessaria ad operare gli investimenti, sulla individuazione dei reali soggetti investitori e sulla individuazione specifica dei beni, delle modalità di acquisto e del ruolo svolto dagli intestatari fittizi": C. Ass. S. Maria Capua V., 9 dicembre 2004, in «Giur. mer.», 2005, p. 2211.

[64] Cass. sez. VI pen., 14 maggio 1997, Mezzaroma, CED 208639. Diversamente – si precisava – si finirebbe con l'utilizzare surrettiziamente la procedura incidentale di riesame per una preventiva verifica del fondamento dell'accusa, con evidente usurpazione di poteri che sono per legge riservati al giudice del procedimento principale: Cass. sez. Un. pen. 23 febbraio 2000, Mariano, in «Cass. pen.» 2000, p. 2225.

verificare se essi consentano di sussumere l'ipotesi formulata in quella tipica[65]. Poche le aperture al riconoscimento della autonomia della valutazione del giudice del riesame in relazione agli elementi diversi da quelli presi in esame dal giudice che ha emesso il provvedimento[66].

Alla revoca del provvedimento si può pervenire sulla base di diversi presupposti[67].

Essa infatti, ai sensi dell'art. 321, comma 3 c.p.p., è consentita anche per sanare un provvedimento iniquo già *ex ante*, ma ritenuto suscettibile di riforma a seguito di un diverso giudizio sull'esistente[68]. Il provvedimento, originariamente attribuito alla competenza del solo giudice, poi esteso al pubblico ministero in fase di indagini preliminari [69], va tenuto distinto da quello conseguente a riesame[70]. Esso non costituisce mezzo di impugnazione e può intervenire in qualunque fase e momento del procedimento[71]: infatti può essere adottato dallo stesso organo che ha emesso la prima pronuncia (nell'esercizio di una sorta di "autocontrollo"), mentre per il riesame (e l'appello) è prevista la competenza di un diverso organo, che in via incidentale verifica la legittimità della misura adottata[72].

Si discute della ammissibilità di una revoca parziale ai sensi dell'art. 321, comma 3 c.p.p., espressamente prevista invece nel caso in

---

[65] Cass. sez. un. Pen., 20 novembre 1996, Bassi, CED 206657.

[66] Cass. sez. IV 13 luglio 1993, Tiramani, in «Mass. Cass. pen.», 1994, 3, p. 105; cfr. anche Cass. sez. III pen., 8 novembre 2002, n. 27, Bosch, in «Cass. pen.», 2004, p. 202. Nella maggior parte delle decisioni, invece, si legge un invito al giudice del riesame a "tenere conto, in modo puntuale e coerente, delle concrete risultanze processuali e della effettiva situazione emergente dagli elementi forniti dalle parti" (Cass. sez. V pen., 3 febbraio 2005, n. 3761, in www.studioluponio.it).

[67] Quanto alla revoca applicabile alla misura di prevenzione patrimoniale della confisca cfr. cap. III, par. 1.7.

[68] M. Montagna, *I sequestri*, cit., p. 147, con ampi riferimenti giurisprudenziali. Meno problematico invece appare il caso in cui il provvedimento diventi "iniquo" *ex post*.

[69] La riforma che ha introdotto il potere aggiuntivo di revoca del Pm è oggetto di notevoli perplessità: M. Garavelli, *Art. 321*, cit., p. 1099, n. 6.

[70] Cass. sez. Un. 24 maggio 2004, n. 29952, in «Cass. pen.», 2005, 3933, par. 5.1.

[71] Cass. sez. un. Pen., 24 maggio 2004, n. 29952, in «Cass. pen.», 2005, 3933, par. 5.

[72] M. Montagna, *I sequestri*, cit., p. 151 e ss.

cui essa sia disposta a seguito di riesame (e, quindi, in applicazione dell'art. 324, comma 7 c.p.p.): l'attenuazione delle esigenze di prevenzione potrebbe giustificare una riduzione dell'ambito del provvedimento[73].

In una recente ipotesi applicativa il p.m., dopo aver autorizzato a vendere, liberi dal sequestro, titoli azionari e aver disposto che la misura cautelare in essere si converta sull'intero corrispettivo della vendita, ha revocato (*ex* art. 321, comma 2 e 3 c.p.p.) il sequestro sul corrispettivo della vendita, limitatamente alla parte eccedente il profitto, disponendo altresì la restituzione di tali somme agli eventi diritto.

In tale ipotesi la revoca parziale della misura disposta ai sensi del comma 3 dell'art. 321 c.p.p. ha consentito una anticipazione della tutela per la parte di patrimonio illegittimamente sottratta al proprietario ed eccedente l'entità del profitto.

Si discute altresì della ammissibilità della prestazione di una fideiussione destinata a sostituire il sequestro dei beni confiscabili. Essa, da un lato, riflette i caratteri della misura di sicurezza della cauzione di buona condotta, che tuttavia ha uno spettro di operatività piuttosto circoscritto[74]; dall'altro, richiama l'istituto previsto in materia di sequestro conservativo, dove il bene assoggettato ad apprensione può essere sostituito da altro strumento idoneo alla garanzia patrimoniale[75]. Una simile prospettiva riporta il sequestro preventivo ad una delle sue radici[76], accentuando le contaminazioni tra istituti autonomi e, soprattutto, riproducendo l'*humus* dal quale il sequestro preventivo si è emancipato. Sarebbe infatti ancora la giurisprudenza, come accaduto per la genesi di quest'ultimo, a "creare" una nuova disciplina, applicando in via analogica le norme vigenti, in particolare quelle relative alla sostituzione della apprensione del bene con altra garanzia. In un settore afflitto da tanti elementi di in-

---

[73] N. Galantini, *Art. 321*, cit., p. 284; Cass. sez. VI pen., 19 settembre 2003, n. 38951, Marengo, in «Cass. pen.», 2005, p. 2327.

[74] G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, p. 832.

[75] Ai sensi dell'art. 684 c.p.c. (*Revoca del sequestro*), "il debitore può ottenere dal giudice istruttore, con ordinanza non impugnabile del sequestro conservativo, prestando idonea cauzione per l'ammontare del credito che ha dato causa al sequestro e per le spese, in ragione del valore delle cose sequestrate".

[76] Si veda il paragrafo precedente.

determinatezza l'aggiunta di un ulteriore fattore rimesso all'arbitrio – più che alla discrezionalità – del giudice finisce, sin dalla fase delle indagini preliminari, per privare l'ablazione di qualunque coordinata di riferimento.

Quanto all'*appello*. Questo, riguardo al sequestro preventivo, costituisce uno strumento residuale – come precisato dall'inciso che apre l'art. 322 *bis* c.p.p. – introdotto nel codice di procedura penale successivamente alla sua entrata in vigore (D.lgs. n. 12/1991) e orientato a consentire un nuovo giudizio sulle ordinanze del giudice di segno negativo, ovvero quelle che non dispongono il provvedimento, lo revocano, ovvero ne dispongano o rifiutino la revoca[77]. Si tratta di un istituto discusso e in più occasioni rivisitato, che presenta qualche analogia con la revoca ma si discosta dalla disciplina generale in materia di impugnazione, che di regola prevede la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato (art. 588 c.p.p.). In effetti la *ratio* della disposizione viene ricondotta al potere di revoca concesso al p.m. a seguito della riforma del comma 3 dell'art. 321 c.p.p.[78].

In sede di appello possono essere dedotte solo questioni diverse da quelle relative alle legittimità del vincolo e attinenti alla persistenza delle ragioni giustificatrici della misura[79].

Non si esclude il ricorso per cassazione, che comunque non sospende il provvedimento coercitivo (art. 325, comma 4, c.p.p.), sia contro le ordinanze emesse a norma degli artt. 322 *bis* e 324 c.p.p. sia nei confronti del decreto di sequestro emesso dal giudice, in alternativa al riesame. Rinviando agli approfondimenti sulle questioni specificamente processuali[80], preme qui soprattutto sottolineare i limiti entro i quali il ricorso possa attenere al merito del sequestro. La verifica della legittimità della misura cautelare da parte della Corte di cassazione – come pure in sede di riesame – non può tradursi in

---

[77] M. Garavelli, *Il sequestro*, cit., p. 176; Id., *Art. 322 bis*, in *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 1104; L. Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, cit., p. 362.

[78] M. Garavelli, *Art. 322 bis*, cit., p. 1103.

[79] Cass. sez. III pen., 11 giugno 2003, Carella, CED 226353.

[80] Cfr. M. Garavelli, *Il sequestro*, cit., p. 180 e s.

una anticipata decisione della questione di merito[81], dovendosi limitare alla verifica della compatibilità tra la fattispecie concreta e quella legale ipotizzata mediante una valutazione prioritaria dell'antigiuridicità penale del fatto[82].

Molteplici le questioni sul punto, anche in relazione alle eventuali interferenze tra strumenti di impugnazione e revoca[83].

In questa sede è possibile soltanto richiamare alcuni spunti di riflessione.

La sentenza di condanna infatti comporta il permanere degli effetti del sequestro (art. 323, comma 3 c.p.p.), cioè gli effetti conseguenti alla adozione di un provvedimento provvisorio disposto sulla base dei presupposti richiesti per il provvedimento definitivo. In tal senso la sostanziale intangibilità della primitiva valutazione "a base parziale" della responsabilità del soggetto si manifesta in tutta la sua gravità.

3. *Il sequestro-confisca nel contesto sovranazionale: l'"anomalia italiana" e la nuova frontiera della cooperazione giudiziaria (rinvio)*

A partire dall'esigenza di contrastare il traffico di sostanze stupefacenti e, di conseguenza, il riciclaggio di capitali provenienti da questo (prima che da altre attività illecite), anche il legislatore europeo ha dovuto misurarsi con interventi idonei a privilegiare obiettivi di efficacia perseguibili attraverso meccanismi "preventivi" rispetto al rigore dell'accertamento probatorio della responsabilità penale. Dalle Convenzioni internazionali in materia di stupefacenti del 1961 e del 1971 a quella delle Nazioni Unite del 1988 (art. 5, n. 7); dalle Raccomandazioni del Gafi del 1996 al Secondo Protocollo di attuazione (art. 5) della Convenzione contro le frodi delle sovvenzioni co-

---

[81] La valutazione del giudice non può spingersi "fino ad un'anticipata decisione della questione di merito concernente la responsabilità degli indagati in ordine al reato oggetto d'indagine, dando, peraltro, una lettura parziale dei dati desumibili dagli atti" (Cass. sez. II pen., 13 ottobre 2005, n. 44329, in «Dir. & Giust.», 6 dicembre 2005).

[82] Cass. sez. III pen., 26 novembre 2004, Passatutto, in «Arch. nuova proc. pen.», 2005, p. 188.

[83] M. Montagna, *I sequestri*, cit., p. 148 e ss.

munitarie del 1997; dalla Convenzione sulla protezione penale dell'ambiente del 1998 alla decisione quadro sul c.d. congelamento dei beni del 22 luglio 2003 (n. 2003/577/GAI)[84], al mandato di arresto europeo[85], alla decisione quadro relativa al reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca[86]; dalla creazione di "uno spazio giudiziario europeo" al *Corpus juris* licenziato dalla Commissione: si è assistito ad una progressiva dilatazione dei beni aggredibili da interventi preventivi e ad una simmetrica attenuazione del rigore dell'accertamento probatorio in ordine alla connessione tra beni oggetto di apprensione e reato per cui è processo. Sul punto ci si è già soffermati[87], ma è opportuno ricordare qui che molti documenti invitano gli Stati nazionali ad introdurre meccanismi atti a "mitigare" l'onere della prova concernente l'origine di beni in possesso del soggetto che abbia subito condanna per un reato grave: si pensi alla "Strategia dell'Unione Europea per l'inizio del nuovo millennio" adottata dal Consiglio in relazione alla "prevenzione e controllo della criminalità organizzata"[88]; o alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale approvata a Palermo il 16 dicembre 2000, il cui art. 12 (tra l'altro) prevede, da parte degli Stati aderenti, l'adozione di misure necessarie a consentire la confisca dei "proventi" derivanti dai reati previsti dalla Convenzione o del valore a questi equivalente. Se si considera che, alla stregua dell'art. 2, si intende per "provento" "qualunque bene derivato o ottenuto, direttamente o indirettamente, attraverso la commissione del reato", e che agli ordinamenti nazionali è consentito prendere in considerazione l'ipotesi di richiedere che il reo dimostri l'origine lecita dei presunti proventi (art. 12, n. 7), ben si comprende come l'orientamento generale dei legislatori interni e sovranazionali, a fonte della minaccia della criminalità organizzata, sia propenso ad avallare deroghe anche significative alle garanzie penali dello stato di diritto.

---

[84] Per una analisi dei singoli provvedimenti sovranazionali cfr. A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 63 e ss.; in merito alla decisione quadro n. 2003/577/GAI sul sequestro e confisca dei beni cfr. cap. II, par. 3.

[85] Cap. II, par. 1.

[86] Cfr. cap. II, par. 9.

[87] Cfr. cap. II, *passim*.

[88] Cfr. in *GUCE* 3 maggio 2000.

La questione si impone quindi in termini di "limiti" alle deroghe: in effetti in questo senso l'"anomalia italiana", per dirla con le parole di Leonardo Filippi[89], rivela sbavature significative. Tanto che, almeno secondo l'esperienza sinora maturata, quando l'Italia richiede la collaborazione giudiziaria di altri Paesi per l'esecuzione delle misure di sequestro e confisca previste dalla Legge n. 575/1965 o dall'art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992 in ordine a beni "situati" all'estero, le possibilità che il procedimento arrivi "a buon fine" si sono rivelate sinora piuttosto scarse.

E non potrebbe essere diversamente.

Ad esempio, l'art. 1 della Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi da reato dell'8 novembre 1990, recepita nel nostro ordinamento dalla Legge n. 328/1993, subordina l'applicazione della disciplina alla emissione di (1) un provvedimento dell'Autorità giudiziaria a seguito di un *procedimento per fatti costituenti reato* che (2) abbia ad oggetto *proventi o strumenti di reato*, ovvero *somme di danaro* pari al valore di proventi. La previsione trova fondamento evidentemente nella esigenza di assicurare che gli interventi ablativi in questione siano adottati nell'osservanza delle garanzie del contraddittorio, del diritto di difesa e degli altri principî processuali consolidati.

Né (il sequestro e) la confisca ordinata nel procedimento di prevenzione né la confisca *ex* art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992 (e il sequestro che di norma la precede) lo si è anticipato[90] – soddisfano detti requisiti, come si approfondirà in seguito.

In particolare, il procedimento di cui alla Legge n. 575/1965 non è finalizzato all'accertamento della responsabilità penale del soggetto per la commissione di un reato, ma è diretto alla applicazione di misure *praeter* o *ante delictum*; inoltre, i beni oggetto della misura non sono derivati dalla commissione di un reato, né sono strumenti per la realizzazione di esso (si tratta infatti di beni che, "sulla base di sufficienti indizi, come la notevole sperequazione tra il tenore di vita e l'entità dei redditi, apparenti o reali, si ha motivo

---

[89] Cfr. L. Filippi, *La confisca di prevenzione: un'anomalia tutta italiana*, in «Dir. pen. proc.», 2005, p. 269.

[90] Cfr. cap. III, rispettivamente parr. 1.1 e ss., e par. 2.1 e ss.

di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego": art. 2 *ter*, comma 2).

Ugualmente problematica, sebbene per motivi diversi, appare l'ipotesi prevista dalla Legge n. 356/1992, che prevede l'emissione del provvedimento mediante sentenza di condanna o ordinanza adottata all'esito del procedimento di esecuzione, ma riguarda beni privi di vincolo pertinenziale rispetto al reato per il quale è stata pronunciata la sentenza.

Sul punto nemmeno la Decisione quadro 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari provvisori di congelamento o blocco dei beni, con finalità di confisca o di sequestro probatorio[91], pare aver risolto la questione, riproducendo una nozione di "bene" acquisibile di ampio spettro.

Sintomatica la soluzione adottata dalla *Chambre Criminelle* della *Cour de Cassation*, che ha rigettato il ricorso proposto avverso la decisione della Corte d'appello di Aix en Provence: questa aveva autorizzato l'esecuzione sul territorio francese del decreto del Tribunale di Milano del 17 dicembre 1999, con cui, nell'ambito di un procedimento di prevenzione, era stata disposta la confisca di un immobile sito ad Antibes.

La sentenza del 13 novembre 2003[92] si basa sul presupposto che il prevenuto era stato condannato, a seguito di procedimento penale, per associazione a delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti.

La motivazione si articola sulle seguenti considerazioni: a) il provvedimento di confisca è definitivo ed esecutivo a seguito della conferma della Corte di cassazione italiana, la quale (con decisione del 19 marzo 2001) ha ritenuto sufficienti gli indizi che permettono di stabilire che l'immobile in questione è il prodotto del riciclaggio di capitali provenienti dal traffico di stupefacenti; b) il bene sarebbe stato suscettibile di confisca anche secondo la legge penale francese (artt. 131-21 e 324-7); c) l'esecuzione della decisione non arreca

---

[91] Cfr. cap. II, par. 3.

[92] Cour de Cassation, *Chambre criminelle*, 13 novembre 2003, proc. n. 03-80371, in http://lexinter.net.

pregiudizio all'ordine pubblico, atteso che essa tende alla confisca di un immobile ottenuto dal riciclaggio di denaro proveniente da una organizzazione criminale.

L'applicazione della Convenzione di Strasburgo del 1990 da parte della Corte transalpina viene filtrata attraverso una interpretazione estensiva o forse addirittura analogica della normativa pattizia: il requisito della esistenza di un procedimento per l'accertamento della responsabilità penale è considerato soddisfatto dalla presenza di un procedimento penale (conclusosi con la condanna del proposto) *parallelo* – ma diverso e distinto – da quello di prevenzione a seguito del quale è stato emesso il provvedimento di confisca; il requisito della provenienza da reato del bene da sottoporre ad ablazione viene desunto dalla decisione italiana che, in presenza di una sentenza penale di condanna per associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, ritiene sufficienti gli indizi che fondano la riconducibilità della disponibilità del bene da confiscare ai proventi da detta attività criminosa[93].

Si tratta evidentemente di una lettura che non mancherà di suscitare perplessità: la *ratio* dei presupposti stabiliti dalla Convenzione risulta tradita, poiché viene disconosciuta l'esigenza del rapporto *diretto* tra bene e reato giudizialmente accertato (rapporto *di derivazione*), da un lato, e del criterio di *unità di tempo e di luogo* che collega il provvedimento di confisca al procedimento volto all'accertamento della responsabilità penale del titolare del bene, dall'altro[94].

Come si diceva, le questioni sopra prospettate illustrano la situazione preesistente alla decisione quadro 2006/783/GAI in materia di riconoscimento delle decisioni di confisca[95]: bisognerà atten-

---

[93] In senso adesivo alla sentenza della Corte di Cassazione francese A. Balsamo, G. De Amicis, *L'art. 12 quinquies della Legge n. 356/1992 e la tutela del sistema economico contro le nuove strategie delle organizzazioni criminali: repressione penale "anticipata" e prospettive di collaborazione internazionale*, in «Cass. pen.» 2005, 6, p. 2075.

[94] Cfr. G. Melillo, *L'esecuzione all'estero delle misure di prevenzione patrimoniali (Una interessante pronuncia della Corte di cassazione francese)*, in «Quest. giust.», 2004, n. 4, p. 777 e ss.

[95] Cfr. cap. II, par. 9.

dere l'evoluzione della giurisprudenza successiva al recepimento del provvedimento per comprenderne l'effettività.

4. *I proventi illeciti rilevanti: la polverizzazione del rigore probatorio*

La verifica del legame tra reato e beni da sottoporre a provvedimento restrittivo è diventata progressivamente meno rigorosa via via che si sono accresciute le difficoltà connesse al soddisfacimento dell'onere della prova.

La complessità della individuazione ed apprensione dei proventi illeciti è speculare, da un lato, alla confusione dei patrimoni (rispettivamente di origine lecita e illecita), agevolata da marcati fenomeni di interposizione fittizia nella titolarità dei beni; dall'altro, alla indeterminatezza del concetto non solo di beni di "provenienza illecita", ma anche di beni "rilevanti".

In ordine al primo profilo, l'intreccio tra attività lecita e illecita appare particolarmente evidente in relazione alla attività delle organizzazioni che perseguono fini criminosi attraverso la realizzazione di attività lecite (solo talvolta poste in essere mediante modalità illecite): e tra i modi di acquisto della proprietà, la "*confusione*" ricopre un ruolo non secondario.

Quanto alla delimitazione dell'area dei beni "aggredibili", si tratta, per un verso, di circoscrivere i canoni interpretativi fondamentali del rapporto di "provenienza"; per l'altro, di comprendere l'ambito di rilevanza dei beni.

In questo secondo senso, si è osservato in dottrina[96] che deve essere preso in considerazione sia l'accrescimento del patrimonio del soggetto, sia il mancato depauperamento del patrimonio del soggetto stesso, ad esempio, a causa dell'inosservanza degli obblighi di contribuzione fiscale e tributaria, per mancata adozione degli strumenti di tutela ambientale o antinfortunistica in materia di lavoro.

Parallelamente, si perdono i contorni delle singole figure di apprensione dei beni e sottrazione degli stessi al soggetto, per cui con-

---

[96] A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 145.

fisca e sequestro non appartengono più alle misure di prevenzione o a quelle di sicurezza o alla pena, ma costituiscono una autonoma (e unitaria) categoria di strumenti di intervento di tipo patrimoniale[97].

Infatti, pur nella consapevolezza della diversità della finalità e natura di tali strumenti, pare opportuno innanzi tutto sottolineare i profili di identità di problematiche che essi presentano soprattutto sotto il profilo del rapporto con la provenienza illecita: per le significative distinzioni e per i profili di analogia si rinvia agli studi, in massima parte citati, che hanno analiticamente affrontato le molteplici questioni lasciate aperte.

Va sin da ora rimarcato che gli effetti "ablativi" della confisca si manifestano con immutata incisività sin dalla adozione del provvedimento cautelare.

Da un lato, la fungibilità tra i concetti di sequestro e confisca trova fondamento storico già nel testo unico di pubblica sicurezza di cui alla legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato B, successivamente modificato dalla legge 6 luglio 1871, n. 294, che contiene la prima regolamentazione organica e non temporanea delle misure preventivo-amministrative per combattere la camorra e la mafia[98]. In corrispondenza dell'art. 109 si disciplinava il "sequestro" di "denaro e oggetti non confacenti allo stato e condizione" di coloro che ad opera dell'autorità di pubblica sicurezza subivano perquisizioni domiciliari *ex* art. 108[99], e dei quali questi non giustificassero la provenienza.

Oltre alla sconcertante attualità della disposizione, si evidenzia la natura definitiva (e non transitoria) dell'apprensione di detti beni, riconducibile all'essenza della "confisca"[100]. Va sottolineato che nel coevo diritto amministrativo – è a questo infatti che occorre fare riferimento, atteso che la misura in esame, nonostante la

---

[97] Sul punto cfr. cap. I.

[98] Le misure dirette ad arginare il fenomeno mafioso hanno in realtà origini più remote: per alcune considerazioni storiche sulla legislazione del XIX secolo cfr. G. Tessitore, *Emergenza e garantismo nella legislazione antimafia. Profili storici: dall'unità al fascismo*, in «Nuovi quaderni del meridione», 1985, p. 399 e ss.

[99] L'autorità di pubblica sicurezza era autorizzata a provvedere, in caso di "grave sospetto", ad effettuare perquisizioni presso i domicili delle persone indicate dall'art. 105, ovvero sospetti ladri, grassatori, mafiosi ecc.

[100] G. Tessitore, *Emergenza e garantismo nella legislazione antimafia*, cit., p. 421.

natura "sanzionatoria", era annoverata tra gli interventi appunto di tipo amministrativo – il termine "sequestro" veniva spesso utilizzato per identificare anche provvedimenti ablativi di tipo definitivo[101]: la vigente regolamentazione del sequestro-confisca contenuta nella legislazione c.d. antimafia (art. 2 *ter*, commi 2 e 3 Legge n. 575/1965; art. 12 *sexies*, commi 1 e 4 D.l. n. 306/1992)[102], fatti salvi alcuni distinguo, non si discosta dalla propria genesi, rendendo di fatto irrilevante la veste formale dell'istituto a fronte degli effetti afflittivi dello stesso.

Dall'altro, la contiguità tra i due istituti[103] affiora anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale: proprio con riferimento all'art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992 si è affermato che i requisiti di sequestrabilità devono essere "calibrati sulla falsariga di quelli previsti per l'adozione del provvedimento ablatorio definitivo, con ovvie conseguenze, quindi, sulla qualificazione stessa del vincolo pertinenziale che di regola deve sussistere tra reato e cose oggetto della misura cautelare reale"[104]: ciò che peraltro è legittimato dall'art. 321, comma 2 c.p.p.

Si diceva dell'affievolimento della rilevanza del rapporto tra bene e fatto illecito.

Prendendo in considerazione, a mero titolo esemplificativo, e senza pretesa di esaustività rispetto a temi già ampiamente affrontati dalla dottrina, non solo il sequestro e la confisca di cui alla Legge n. 575/1965[105], l'art. 12 *sexies*[106], l'art. 31, comma 2 Legge n. 646/1982[107], ma anche le ipotesi di confisca per equivalente[108], si può osservare che nel corso di qualche lustro la rilevanza dei beni oggetto di ablazione è venuta ad imporsi più con riguardo al rispettivo titolo di disponibilità da parte di soggetti caratterizzati

---

[101] C.M. Iaccarino, *La confisca in diritto amministrativo*, Bari, 1935, p. 73.

[102] Cfr. cap. III, parr. 1.1. e ss. e parr. 2.1. e ss.

[103] Il sequestro è presupposto necessario del provvedimento definitivo di confisca: Cass. Sez. Un. 7 febbraio 2001, Madonna, in «Cass. pen.», 2001, p. 2047.

[104] Corte cost., ord. n. 18/1996, in www.cortecostituzionale.it.

[105] Cfr. cap. III, parr. 1.1. e ss.

[106] Cfr. cap. III, parr. 2.1 e ss.

[107] Cfr. cap. I, par. 4; cap. III, par. 1; cap. IV, par. 1; cap. VIII, par. 2.

[108] Cfr. cap. IV, par. 3.

da determinate peculiarità, che per il loro collegamento con i reati presupposti.

Vero che procedimento di prevenzione, processo penale e procedimento per l'applicazione di misure di sicurezza "sono dotati di proprie peculiarità, sia sul terreno processuale che nei presupposti sostanziali"[109], ma si va delineando una tendenza comune che sposta l'accento sulla relazione tra bene e soggetto "sospetto" (anziché su quella tra bene e reato).

L'ipervalutazione della connessione soggettiva determina, in una cornice di allentamento del rapporto di derivazione materiale-oggettiva della cosa rispetto alla fonte della sua illiceità – ovvero il fatto di reato – la perdita di identità del sequestro e della confisca.

Emblematica, ancora una volta, la figura della c.d. *confisca per equivalente*. Non sono infatti soltanto i beni che, secondo la normativa vigente, possono essere oggetto di confisca, a venire aggrediti; bensì anche il loro valore "equivalente" in termini economici.

Ciò non può non comportare almeno due conseguenze: 1) i beni "connessi" al reato non sono reperibili, quindi la loro pericolosità, ovvero la loro immobilizzazione a fini preventivi non può avvenire. Tuttavia, mentre tali "beni", connotati nel senso della "pericolosità", continuano a rimanere nella disponibilità del soggetto, 2) le istanze di ablazione vengono soddisfatte dalla "apprensione", da parte dello Stato, di cose o beni equipollenti. Il meccanismo, se conserva qualche ragionevolezza in relazione a beni fungibili come il denaro, meno giustificato appare in ordine a "cose" o "utilità" diverse: salvo ammettere – e qui si chiude il cerchio – che l'acquisizione di essi sia strumento sanzionatorio "a pieno titolo", ovvero strumento di applicazione di una pena di evidente natura patrimoniale.

Breve. Da un lato, la *probatio* (talora) diabolica della provenienza dal reato è superata dal ricorso a parametri presuntivi soggettivi; dall'altro, la necessità della precisa individuazione dei beni collegati al reato viene relegata ad un ruolo secondario.

---

[109] Corte cost. n. 321/2004, par. 3.

Capitolo VI

ABLAZIONE DI BENI E INTERDIZIONE "DI FATTO" DALL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ D'IMPRESA

1. *La confisca applicabile ai reati societari previsti dal codice civile (art. 2641 c.c.). Il caso dei "gruppi d'impresa" (rinvio)*

Anche in materia penale societaria si è introdotta una ipotesi "speciale"[1] di confisca, *rectius*: una ipotesi di confisca che rimane distante dal modello descritto dall'art. 240 c.p., nonostante il (tradizionale) riferimento sia al prodotto o al profitto del reato nonché ai beni utilizzati per commetterlo (comma 1), sia alla applicazione residuale della disciplina di cui all'art. 240, cui rinvia il comma 3 della disposizione[2].

Il tentativo di ricondurre la figura in esame alla disciplina contemplata nella parte generale del codice penale deve arrendersi di fronte alla preminenza dei "moderni" caratteri che la confisca ha assunto nella legislazione recente[3]. La clausola di sussidiarietà di cui all'ultimo comma dell'art. 2641 c.c., che richiama, "per quanto non stabilito", le disposizioni dell'art. 240 c.p., se consente di colmare la lacuna relativa alla confisca del "prezzo" del reato (cioè il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare altri a commettere reato, incidente sulla motivazione alla realizzazione di questo), non menzio-

---

[1] E. Musco, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2007[3], p. 21 e ss.; A.L. Maccari, *Art. 2641*, in *I nuovi illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di F. Giunta, Giappichelli, Torino, 2002, 229.

[2] L. Foffani, *Art. 2641*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, Cedam, Padova, 2003, 1924 (II ed. in corso di pubblicazione).

[3] V. cap. IV.

nato nella disposizione (ma, appunto in forza del rinvio, riconducibile alla disciplina dell'art. 240, comma 2, n. 1 c.p.)[4], non trae in inganno circa l'effettiva allocazione della misura. La "vocazione" afflittiva[5] della previsione emerge, ad esempio, in relazione alla operatività della ablazione in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti.

Se per i concetti di "prodotto" e "profitto" occorre richiamare l'elaborazione tradizionale in materia (ovvero, per quanto concerne il "prodotto", il risultato materiale, empirico della condotta criminosa; relativamente al "profitto", il "risultato economico vantaggioso derivante dal crimine" – entrambi da porsi in rapporto di stretta derivazione causale dalla condotta criminosa)[6], l'espressione "beni utilizzati" per commettere il reato va considerata sostanzialmente analoga a quella di "cose che servirono" a commetterlo *ex* art. 240, comma 1 c.p.. Si deve altresì segnalare che il mancato riferimento alle "cose o ai beni che furono destinati a commettere il reato" comporta la necessità, ai fini della ablazione, dell'effettiva utilizzazione degli stessi. Il riferimento può essere esteso ai "mezzi finanziari", e in tal senso la minaccia della perdita dello "strumento", a prescindere dal mancato guadagno al termine dell'operazione, può operare in chiave deterrente[7].

Il comma 2 dell'art. 2641 c.c. ripropone il meccanismo ablativo fondato sulla confisca "di valore": l'impossibilità di "individuazione o apprensione" dei beni indicati al comma 1 rende possibile la confisca di "una somma di denaro o beni di valore equivalente"[8].

---

[4] Con riguardo al prezzo, infatti, si ritiene applicabile la confisca obbligatoria *ex* art. 240, comma 2, n. 1 c.p., senza che possa trovare applicazione la forma "per equivalente": A. Barazzetta, *La confisca nei reati societari (art. 2641)*, in Aa.Vv., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Cedam, Padova, 2002, p. 190; conforme l'orientamento dominante: cfr. V. Napoleoni, *Art. 2641*, in Aa.Vv., *Codice commentato delle nuove società*, a cura di G. Bonfante, D. Corapi, G. Marziale, R. Rordorf e V. Salafia, Ipsoa, Milano, 2004, p. 1886, par. 6; A. Rossi, *Reati ed illeciti amministrativi e societari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, cit., p. 65.

[5] In questo senso la dottrina dominante: così, ad esempio, V. Napoleoni, *Art. 2641*, cit., p. 1884, par. 1; L. Cataliotti, *Art. 2641*, cit., p. 328.

[6] Sul punto si veda A. Alessandri, *La confisca*, cit., p. 106 e ss.; sul punto *amplius* cap. I, par. 6.

[7] Così *ibidem*, p. 106 e ss.; si veda altresì V. Napoleoni, *Art. 2641*, cit., p. 1885, par. 4.

[8] Sul punto cfr. cap. IV.

L'operatività concreta dell'istituto, con l'eccezione del caso della confisca di cose in sé pericolose di cui all'art. 240, comma 2, n. 2 c.p. – disposizione evocata dal generico rinvio all'art. 240 c.p. – è subordinata alla pronuncia della sentenza di condanna o di patteggiamento: in tutte le altre ipotesi (si pensi all'intervento di cause estinzione del reato) si ritiene che l'art. 2641 non trovi cittadinanza[9].

Anche nell'ipotesi in questione, in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per i reati previsti dal titolo XI del Libro V del codice civile[10], non si esige che denaro e beni oggetto di apprensione da parte dello Stato presentino alcun collegamento eziologico con il reato, mentre una *liaison* esiste rispetto all'autore del fatto, i cui beni vengono ineluttabilmente aggrediti in conseguenza della sentenza. È la qualifica di "soggetto condannato" (sia pure a seguito di c.d. patteggiamento), infatti, a fungere da criterio di collegamento tra la confisca e il denaro o i beni oggetto di essa. Anche in questo caso l'ablazione del patrimonio non risponde alle esigenze di tutela connesse alla pericolosità sociale della cosa, ma esprime un intervento diretto a punire il soggetto. La confisca realizza così una sanzione patrimoniale indeterminata, commisurata sulla base della entità dei beni che hanno costituito il prodotto o il profitto del reato, ovvero che sono stati utilizzati per commetterlo, e inflitta anche per valore equivalente.

Le principali questioni prospettate con riguardo alla confisca societaria ed evidenziate dalla dottrina più attenta[11] si imperniano sulla "distrazione" del profitto a favore della società "per conto" della quale l'autore agisce (questione cui il D.lgs. n. 231/2001 ha cercato di dare una risposta)[12] e sulla apprensione di denaro o beni in molti

---

[9] A. Barazzetta, *La confisca*, cit., p. 197 e ss. e 207.

[10] La riforma operata dal D.lgs. n. 61/2002 è stata in parte ritoccata dalla Legge 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio (in proposito si vedano le osservazioni di S. Seminara, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in «Dir. pen. proc.», 2006, p. 549 e ss.). La Legge n. 262/2005, abrogando l'art. 2623 c.c. concernente il "falso in prospetto", ha ricondotto la fattispecie all'alveo del t.u. intermed. fin. (art. 173 *bis*, D.lgs. n. 58/1998), al quale l'art. 2641 c.c. non è applicabile.

[11] A. Alessandri, *La confisca*, cit., p. 105.

[12] Cfr. *infra* par. 2.

casi appartenenti a terzi[13]. A riguardo va anticipato – salvo ritornare in seguito sul tema – che il rinvio alla disciplina comune stabilita dall'art. 240 c.p. esclude dall'oggetto della confisca la cosa "appartenente" a "persona estranea al reato". La previsione è irrilevante per i soggetti che, pur "estranei" al reato, non vantano titoli di appartenenza sui beni societari: tra essi, ad esempio, i risparmiatori, che vedono sfumare le rispettive pretese risarcitorie a fronte dell'applicazione della misura statale[14]. L'art. 2641 c.c. infatti non contiene la clausola di salvaguardia (contemplata invece dall'art. 19 D.lgs. n. 231/2001) relativa alla esclusione (dall'oggetto della ablazione) della "parte che può essere restituita al danneggiato".

Problematica la rilevanza della disciplina in ordine ai c.d. "gruppi societari" (evocati espressamente dall'art. 2634 c.c.), sui quali si tornerà in tema di tutela dei diritti dei "terzi"[15].

Alcune premesse.

Secondo un diffuso (e non condivisibile) orientamento, di cui si darà conto[16], il concetto di "persone offesa" si estende fino a comprendere i percettori di vantaggi più o meno direttamente collegati al reato. Si tratta di un parametro legato a doppio filo alla tipologia dell'illecito penale da cui dipende la configurabilità dell'art. 2641 c.c.

Alla luce dell'introduzione della confisca (anche per equivalente) *ex* art. 19 D.lgs. n. 231/2001 si discute se l'art. 2641 c.c. possa applicarsi anche nei confronti delle società nel cui interesse (o a vantaggio delle quali) il reato è stato commesso, qualificando queste ultime come persone *non* estranee al reato[17], ovvero se nei confron-

---

[13] Cfr. *infra* Cap VII.

[14] F. Sgubbi, *Il risparmio*, cit., p. 361.

[15] Cap.VII, par. 9.

[16] Cap. VII, par. 2.

[17] In senso favorevole C.E. Paliero, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, «Guida al Diritto», 2002, 16, 44; L. Cataliotti, *Art. 2641*, cit., p. 330 e s.; *contra* L. Foffani, *Art. 2641*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, Cedam, Padova, 2003, p. 1925 (II ed. in corso di pubblicazione); non si esclude nemmeno un concorso dei due istituti, "orientato a prosciugare i profitti derivanti dagli illeciti perpetrati secondo il diverso regime di operatività per ciascuno di essi": A. Barazzetta, *La confisca nei reati societari (art. 2641)*, cit., p. 221.

ti di esse possa operare soltanto l'art. 19, nei limiti previsti dalla disposizione[18]. Con specifico riferimento a quest'ultimo problema, la dottrina e la giurisprudenza si interrogano sulla possibile coincidenza tra "interesse" *ex* art. 5 D.lgs. n. 231/2001 e "interesse di gruppo", cioè di quell'interesse che si caratterizza per essere non proprio di una singola società, bensì "comune" alle singole imprese facenti parti del gruppo[19].

2. *La confisca prevista in materia di responsabilità degli enti: la pena principale di cui agli artt. 9 e 19 D.l. n. 231/2001 e le altre previsioni normative*

L'ente (fornito di personalità giuridica) e le società e associazioni anche prive di personalità giuridica (di seguito denominate semplicemente "enti")[20] vengono ad essere il fulcro di una pluralità di interventi ablatori previsti dal D.lgs. n. 231/2001, allorché i reati indicati nel decreto stesso – in progressivo arricchimento[21], nonostante il permanere della esclusione degli illeciti penali in materia di tutela dell'ambiente e di prevenzione degli infortuni sul lavoro[22] – vengano commessi da soggetti in posizione apicale (art. 6) ovvero sottoposti all'altrui direzione (art. 7), nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso (art. 5). Il provvedimento delinea uno specifico sistema di sanzioni che colpiscono direttamente l'ente per un tito-

---

[18] Si veda *infra* par. 2; in merito al rapporto tra art. 2641 c.c. ed art. 19 D.Lgs. n. 231/2001 cfr. *amplius* par. 5.

[19] Per una puntuale ricostruzione dei termini della questione cfr. T.E. Epidendio, *L'illecito dipendente da reato*, in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, a cura di A. Bassi, T.E. Epidendio, Giuffrè, Milano, 2006, p. 169 e ss.

[20] *Amplius* sul punto L. Stortoni, *Quali soggetti?*, in L. Stortoni, D. Tassinari, *La responsabilità degli enti: quale natura? quali soggetti?*, in «Ind. Pen.», 2006, p. 22 e ss.

[21] La deriva della dilatazione a dismisura dell'ambito di rilevanza del D.lgs. n. 231/2001 è rimarcata da G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2007[5], p. 164.

[22] In tal senso, invece, le lett. c) e d) dell'art. 11, Legge 29 settembre 2000, n. 300 (legge delega).

lo autonomo di responsabilità[23], regolato da differenziati criteri di imputazione, nell'ambito di quella che il legislatore (pavidamente o astutamente, a seconda dei punti di vista) definisce nella rubrica "responsabilità amministrativa", ma che, secondo una terminologia "dogmaticamente neutra", può essere stigmatizzata come "responsabilità da reato"[24].

La disciplina è al centro di un prolifico e vivace dibattito dottrinale, al quale si affianca una elaborazione giurisprudenziale che mette a nudo una sequela in espansione di rilevanti questioni applicative. L'inserimento dello "statuto" della responsabilità degli enti nel contesto del procedimento di cognizione per l'accertamento del reato presupposto e l'intreccio delle norme sostanziali e processuali specifiche con quelle stabilite per la responsabilità delle persone fisiche prospetta nodi interpretativi in gran parte ancora irrisolti.

Il tema della effettiva natura della responsabilità degli enti (oggetto di controversie non ancora sopite a causa della discrasia tra tenore letterale e contenuto sostanziale dell'ordito normativo) rappresenta ancora oggi un polo imprescindibile della riflessione penalistica a causa della sua biunivoca connessione con l'intera struttura e disciplina delle conseguenze sanzionatorie. Un approfondimento a riguardo appare eccentrico rispetto all'argomento che qui interessa, per cui ci si limiterà a richiamare i principali orientamenti prospettati, rinviando agli studi specifici sul punto, ai quali si deve anche una compiuta analisi del decreto legislativo n. 231/2001[25].

---

[23] Responsabilità dell'ente che si aggiunge (e non si sostituisce) a quella della persona fisica, tanto è vero che, ai sensi dell'art. 8, la prima sussiste anche quando l'autore del reato non è identificato o non è imputabile, e quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia: per una analisi delle diverse posizioni sul punto cfr. O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, Milano, 2005, p. 123 e ss.

[24] D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2002, p. 420; cfr. anche F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., p. 47.

[25] Si rinvia alla bibliografia citata in questo e nel successivo paragrafo. Per un quadro dei principali orientamenti cfr. O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 8 e ss.; G. Amarelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2006, p. 151 e ss. Per le ripercussioni della natura della responsabilità degli enti sul riconoscimento delle decisioni giudiziarie di confisca cfr. cap. II, par. 9.

Breve. Parte della dottrina accoglie la tesi della natura amministrativa della responsabilità degli enti; secondo altro orientamento, a quest'ultima va riconosciuta natura penale, come di recente avallato anche dalla Corte di Cassazione[26], mentre un ulteriore indirizzo ipotizza una sorta di "terza via", peculiare del settore di riferimento[27].

L'incidenza della soluzione ermeneutica adottata affiora in relazione all'apparato sanzionatorio, e soprattutto, per quanto ci riguarda, alla confisca, come si evince dal prosieguo della riflessione.

Nel D.l. n. 231/2001, infatti, alla "confisca" si fa riferimento in diverse disposizioni, che confermano l'interesse primario del legislatore (anche sovranazionale) per tale strumento[28]. Si tratta, del resto,

---

[26] Nell'occuparsi della applicabilità del D.lgs. n. 231/2001 alle imprese individuali la sez. VI penale della Corte di Cassazione (3 marzo-22 aprile 2004, n. 18941, in «Impresa», 2004, 9, p. 1429 e ss., e in «Dir. giust.», 2004, 30, p. 25 e ss.) ha precisato che "il divieto di analogia *in malam partem* impedisce una lettura della normativa in esame che […] ne estenda le previsioni anche alle 'ditte individuali': si tratterebbe, infatti, di una interpretazione evidentemente contraria all'art. 25, comma 2, della Costituzione" (par. 2.3). L'asserzione sottende l'adesione alla tesi della natura *penale* della responsabilità degli enti (da qui il richiamo al divieto di analogia *in malam partem* e all'art. 25, comma 2 Cost.), o quanto meno, l'accoglimento della concezione "*punitiva*" di essa (sulla estensione delle garanzie costituzionali alla c.d. materia penale si vedano gli orientamenti delle Corti superiori esaminati nello studio di E.R. Belfiore, *Giudice delle leggi e diritto Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 105 e ss.). Nella sentenza Cass. sez. II pen., 30 gennaio 2006, n. 3615 (in www.lexfor.it, e in «Dir. prat. soc.», 2006, 8, p. 60 e ss., con nota di A. Bernardo), per un verso, si considera la responsabilità "creata dalla norma come un *tertium genus* nascente dall'ibridazione della responsabilità amministrativa con principi e concetti propri della sfera penale", ma si evidenzia che essa postula il presupposto oggettivo della commissione del reato (nell'interesse dell'ente da persone che agiscono al suo interno) e quello soggettivo "in qualche modo assimilabile alla *culpa in vigilando*, consistente nella inesistenza di un modello di organizzazione, gestione o controllo idonei a prevenire i reati"; per l'altro, in un diverso passaggio della motivazione, si asserisce che "ad onta del '*nomen iuris*', la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale". In quest'ultimo senso anche M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, in *Il diritto penale del futuro*, a cura di A.R. Castaldo, Centro Stampa Fondazione Universitaria Unisa, Salerno, 2006, p. 42 e ss.

[27] La disciplina costituirebbe un "sottosistema autonomo", collocabile entro il complesso del sistema punitivo comprendente sia il diritto penale, sia il sistema dell'illecito "amministrativo": D. Pulitanò, *Diritto penale*, cit., p. 737.

[28] Si pensi alla Raccomandazione del Comitato del Consiglio dei Ministri n. R. (88) 18 del 20 ottobre 1988 (in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 1991, p. 653), in tema di responsabilità delle persone giuridiche, che prevede espressamente la "confisca

di uno strumento tradizionalmente ritenuto compatibile con la prospettiva della responsabilità degli enti, sebbene, in origine, nella versione classica della misura di sicurezza patrimoniale[29].

La *confisca* costituisce innanzi tutto una delle sanzioni[30] principali (sia pure *sui generis*)[31], definite "amministrative" e "dipendenti da reato" previste dall'art. 9 (in particolare, *sub* lett. c)[32].

L'art. 19 specifica il regime di applicazione della misura, che deve *sempre* essere disposta, con la sentenza di condanna, in relazione al prezzo o al profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato e fatti salvi i diritti dei terzi di buona fede. In caso di impossibilità di esecuzione della confisca del profitto o del prezzo del reato, questa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente. Quest'ultima previsione consente l'estensione della confisca di valore in relazione a tutti i reati richiamati dal D.lgs. n. 231/2001 (e quelli che ad esso rinviano), con conseguente

---

della proprietà di quanto è servito per commettere l'offesa o di ciò che rappresenta il guadagno derivante dall'attività illecita" (par. 7). Anche il *Corpus Juris* relativo allo spazio giudiziario europeo (versione del 2000, art. 14), include la confisca degli strumenti, del prodotto e del profitto.

[29] Si vedano i sempre attuali spunti argomentativi di F. Bricola, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1970, p. 1012 e ss., e in Id., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, II/2, Giuffrè, Milano, 1997, p. 2975 e ss.; per quanto riguarda la ricostruzione storica della confisca in funzione di misura di sicurezza applicabile agli enti cfr. G. Marinucci, *Relazione di sintesi*, in Aa.Vv., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi,* a cura di F. Palazzo, Cedam, Padova, 2003, cit., p. 309 e ss.

[30] In termini di "confisca-sanzione" si esprime T.E. Epidendio, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, in *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 309 e ss.

[31] L'osservazione è di D. Pulitanò, *Diritto penale*, cit., p. 745, che pone in relazione la qualificazione con il fatto che essa (essendo applicata al prezzo e al profitto) non va "commisurata secondo i criteri 'di proporzione' validi per le altre sanzioni", né "incontra limiti di valore". G. Flora (in *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in «Dir. pen. proc.», 2003, p. 1400) ritiene che la confisca confermi la funzione "surrogatoria" della prevenzione generale assunta dal difforme concetto di "efficacia-effettività". Evidenzia la natura di "sanzione principale" della confisca *ex* art. 19 anche Cass. sez. II pen., 27 settembre 2006, n. 31989, in www.reatisocietari.it.

[32] Per la verità l'art. 9 elenca le tipologie di "sanzioni amministrative" senza graduazione preliminare né suddistinzione in "principali" e "accessorie": G. De Vero, *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex* crimine *degli enti collettivi*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 2, p. 174.

ampliamento del novero delle fattispecie per cui tale forma ablazione è prevista nell'ambito della responsabilità delle persone fisiche.

Mentre, dal punto di vista dell'"oggetto" del provvedimento, va rimarcata la mancata indicazione dei c.d. beni strumentali nonché del "prodotto del reato", qualche osservazione specifica esige il riferimento al prezzo e al profitto. Quest'ultimo, in particolare, assume la connotazione del parametro di commisurazione della sanzione, costituita, appunto, dalla confisca. Se si considera che l'art. 19 descrive una figura autonoma di ablazione, per la quale si esclude ogni ipotesi di sussidiarietà rispetto alla confisca avente per destinatario la persona fisica autore del reato[33], e che la norma *de qua* si riferisce al "profitto *del* reato" (e non già a quello proveniente dall'illecito attribuito all'ente), si potrebbe ritenere che la locuzione alluda in realtà al "profitto che l'ente *ha tratto* dal reato", sul modello della previsione contenuta nell'art. 6, comma 5[34]. Al profitto *tratto* dal reato fanno riferimento anche gli artt. 13, lett. a) e 23, comma 3 in materia di sanzioni interdittive.

L'art. 19 fa riferimento all'applicazione obbligatoria della confisca (solo) in caso di condanna dell'ente[35], senza equiparare a questa la pena applicata su richiesta, come avviene in relazione ad altre ipotesi speciali, né rinviare all'art. 240 c.p.[36]. Va *incidenter tantum* ricordato che, da un lato, l'art. 63 stabilisce i limiti di operatività dell'art. 444 c.p.p., richiamando l'intera disciplina del c.d. patteggiamento "in quanto applicabili"[37]; dall'altro, la riforma dell'art. 445 c.p.p., intervenuta nel 2003, impone l'applicazione di tutte le ipotesi di confisca *ex* art. 240 c.p.

Atteso il disposto dell'art. 6, comma 5 (sul quale si tornerà nel prossimo paragrafo), rispetto ai fatti di reato attribuiti ai soggetti

---

[33] Esplicitamente in tal senso anche Cass. sez. II pen., 27 settembre 2006, n. 31989, in www.reatisocietari.it; un diverso orientamento sembra seguito da R. Bricchetti, *La confisca nel procedimento di accertamento*, cit., p. 9.

[34] In ordine alla nozione di "profitto", con particolare riguardo al "principio del netto" cfr. cap. I, par. 6. Si veda *amplius* il paragrafo successivo.

[35] D. Manzione, *I procedimenti speciali e il giudizio*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 588 ss.

[36] Cfr. cap. IV, par. 2.

[37] Tra le altre disposizioni, verrebbe richiamato anche l'art. 445 c.p.p.: R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 169; L.D. Cerqua, *Il trattamento sanzionatorio*, in Aa.Vv., *I modelli organizzativi ex D.lgs 231/2001*, a cura di C. Monesi, Giuffrè, Milano, 2005, p. 237.

apicali, costituirebbe un paradosso giuridico consentire la confisca nei casi di esclusione della responsabilità dell'ente, e negarla nell'ipotesi di applicazione della pena su richiesta delle parti: l'ente, infatti, avrebbe maggior interesse a patteggiare (evitando così l'ablazione) piuttosto che ad ottenere una pronuncia assolutoria[38].

Peraltro, il patteggiamento potrebbe rientrare autonomamente nella previsione *ex* art. 6, comma 5, secondo cui "è *comunque* disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente".

In quanto sanzione (principale), l'ipotesi di confisca in commento soggiace alla disciplina della *prescrizione* di cui all'art. 22; non prevista, invece, la prescrizione dell'illecito ascrivibile all'ente[39].

Essa risente altresì delle conseguenze del verificarsi di talune *cause estintive della punibilità*. Nella *Relazione* (par. 4) non si esclude che le valutazioni politiche sottese al provvedimento di *amnistia* siano estensibili all'ente: "in caso contrario, sarà onere del legislatore dell'amnistia escludere tali soggetti dall'area entro cui il provvedimento di clemenza può sortire effetti, anche mediati". L'art. 8, commi 2 esclude la procedibilità nei confronti dell'ente quando l'amnistia sia concessa per un reato in relazione al quale è prevista la sua responsabilità e l'imputato ha rinunciato alla sua operatività (salvo

---

[38] L.D. Cerqua, *Il trattamento sanzionatorio*, cit., p. 237.

[39] O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 131, afferma che "succube della qualificazione dell'illecito come amministrativo […] il legislatore della legge delega ha imposto per esso una prescrizione quinquennale, e di disciplinarne l'interruzione secondo le norme del codice civile (art. 11 comma 1, lett. r) Legge n. 300/2000)". In realtà, l'art. 11, comma 1, lett. r) della legge delega – come del resto lo stesso art. 22 D.lgs. n. 231/2001 – si esprime in termini di (prescrizione delle) *sanzioni amministrative* (tra le quali è esplicitamente richiamata la confisca: art. 11, lett. i) della legge delega ed art. 9 D.lgs. n. 231/2001), non di (prescrizione (dell')illecito. Il termine è di cinque anni dalla commissione del reato presupposto; si aggiunge che l'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del codice civile. Tali previsioni sono simmetriche a quelle di cui all'art. 28, Legge n. 689/1981, secondo cui "il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione. L'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del codice civile". Anche T.E. Epidendio, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, cit., p. 76, riferisce la prescrizione alla "sanzione", e non all'"illecito" amministrativo. L'art. 60 D.lgs. n. 231/2001 precisa che non può procedersi alla contestazione del reato *ex* art. 59 quando il reato da cui dipende l'illecito amministrativo è estinto per prescrizione.

che la legge disponga diversamente); il comma 3 estende all'ente la facoltà di rinuncia all'amnistia, salvaguardando il suo diritto all'accertamento processuale nel merito.

La disciplina non distingue tra amnistia propria e amnistia impropria; deve quindi intendersi che anche la seconda, estintiva della pena, sia applicabile nei confronti dell'ente[40].

Alla luce di tale premessa, non sembra vi siano ragioni per escludere a priori che anche in relazione all'*indulto* possa ragionarsi in termini analoghi, rimettendo tuttavia l'estensione del beneficio ai presupposti contenuti nel provvedimento clemenziale.

Nonostante l'espressa natura di sanzione principale, la confisca (insieme alla restituzione delle cose sequestrate), a norma dell'art. 74, comma 2, lett. d) D.lgs. n. 231/2001, può essere disposta dal giudice dell'esecuzione (indicato dall'art. 665 c.p.p.): si ritiene, infatti, che, avendo la confisca natura obbligatoria, questa, laddove non disposta nel giudizio di cognizione, debba essere applicata in sede di esecuzione[41].

Si tratta di una norma che suscita più di una riflessione poiché consente a quest'ultimo di modificare il giudicato *aggiungendo* (non una misura di sicurezza, bensì) una sanzione principale obbligatoria non irrogata dal giudice di cognizione: il quale può aver disapplicato gli artt. 9 e 19 per mero errore, ma, più probabilmente, può anche aver ritenuto insussistenti i presupposti di fatto e di diritto dell'istituto[42]. Il contraddittorio successivo al provvedimento emesso *de plano*, instaurabile ai sensi dell'art. 667, comma 4 c.p.p. (richiamato dall'art. 74, comma 3 D.l. n. 231/2001), apre un ulteriore fronte di discussione[43]. La disciplina subisce anche sotto questo aspetto riflessi significativi della incertezza che alligna in materia di confisca.

---

[40] Con riferimento all'amnistia propria cfr. O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 132.

[41] E. Gallucci, *L'esecuzione*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 645, nota 45. Il problema si è posto anche con riferimento alla confisca obbligatoria *ex* art. 240 c.p.: in senso favorevole G. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 739, n. 2.

[42] P. Canevelli, *L'esecuzione delle sanzioni*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 408 e ss.

[43] Per alcuni riferimenti alle problematiche relative a tale profilo cfr. A. Vassallo, *Art. 667*, in Aa.Vv., *Commentario al codice di procedura penale*, cit., p. 2286 e ss., par. IV.

La confisca del profitto opera come sanzione principale e obbligatoria anche in caso di inosservanza degli obblighi o dei divieti imposti da una sanzione o da una misura cautelare interdittiva *ex* art. 23, comma 2 D.lgs. n. 231/2001, che richiama espressamente l'art. 19.

Ancora in tema di *sanzioni interdittive*, applicabili – a differenza della sanzione pecuniaria – solo in relazione ai reati per i quali espressamente previste (art. 13)[44], si prevede l'esclusione della sanzione se l'ente pone in essere cumulativamente alcune condotte riparatorie delle conseguenze del reato, compreso l'avere "messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca" (art. 17).

Infine è contemplata (art. 15)[45] la confisca del "profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività" da parte del commissario che viene nominato dal giudice quando la sanzione interdittiva (non in via definitiva)[46] può determinare l'interruzione dell'attività di un ente che svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica utilità, interruzione suscettibile di provocare un grave pregiudizio alla collettività, ovvero, tenuto conto delle dimensioni dell'ente e delle condizioni economiche del territorio in cui questo è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione[47].

---

[44] E quindi, allo stato, inapplicabili agli enti, ad esempio, quando il reato presupposto rientri nel novero previsto dagli artt. 25 *ter* (reati societari) e 25 *sexies* (abusi di mercato).

[45] Per una applicazione dell'art. 15 si veda l'ordinanza del GIP del Tribunale di Milano del 20 settembre 2004, in «Guida al Diritto», 2004, n. 47, p. 69 e ss.

[46] Cfr. *infra* par. 6.

[47] Anche in tal caso, della confisca decide il giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 667, comma 4 c.p.p. (art. 79, comma 3 D.lgs. n. 231/2001): il disposto si spiega agevolmente poiché soltanto dopo l'inizio della fase esecutiva a seguito della nomina del commissario giudiziale può proseguire l'attività dell'ente che produce il profitto da confiscare: P. Canevelli, *L'esecuzione delle sanzioni*, cit., p. 409. Tuttavia la sostituzione può essere effettuata anche quando la misura interdittiva sia applicata in sede cautelare (così l'art. 45, comma 3, D.lgs. n. 231/2001): cfr. Gip Trib. Roma, 4 aprile 2003, in «Cass. pen.», 2004, p. 253, con nota di P. Di Geronimo, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi "post factum" e il commissarimaneto giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari* (pp. 254 ss.); Gip Trib. Salerno, 28 marzo 2003, *ivi*, 266, con nota di G. Fidelbo, *Misure cautelari nei confronti delle società: primi problemi applicativi in materia di tipologie delle "sanzioni" e limiti dell'operatività del commissario giudiziale* (pp. 276 e ss.).

Sul punto si deve ritenere che il "profitto" cui si riferisce il comma 4 non sia quello causalmente derivante dal reato, ma coincida con il profitto "lecito" (e "netto")[48] ricavato dall'ente, per così dire, "commissariato", nell'esercizio della sua attività: con una curiosa ambiguità – cagionata dall'ampio spettro di applicazione dell'art. 15[49] – che rafforza la tesi dell'innalzamento del livello di "allocazione del rischio penale" (e, a quanto pare, parapenale) in misura direttamente proporzionale al ruolo economico sociale dell'attività svolta[50].

E in effetti è la stessa *Relazione al D.lgs. n. 231/2001* (par. 6)[51] a precisare che la previsione "serve proprio ad enfatizzare" la natura comunque sanzionatoria del provvedimento del giudice, atteso che la prosecuzione dell'attività consente la sostituzione (motivata dall'esigenza di evitare gravi pregiudizi alla collettività) di una sanzione che avrebbe determinato l'interruzione di una attività: di conseguenza "l'ente non deve essere messo nelle condizioni di ricavare un profitto" dalla mancata applicazione della sanzione interdittiva[52].

---

[48] Ai sensi dell'art. 15 il "profitto", a differenza di quello di cui all'art. 19, coincide con l'"utile netto dell'attività compiuta", decurtati i costi di gestione e l'imposizione fiscale: cfr. T.E. Epidendio, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 314 e ss.; nel senso che sia con riferimento all'art. 19 che ai sensi dell'art. 15, comma 4 (nonché dell'art. 17, lett. c)) il profitto va inteso "in senso stretto", cioè come "immediata conseguenza economica dell'azione criminosa, che può corrispondere all'utile netto ricavato" cfr. Cass. sez. VI pen., 23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita Scarl, in «Guida al Diritto», 2006, 42, p. 61 e ss., 65. Sul punto cfr. altresì Cap. I, par. 6.

[49] Il tenore della disposizione, tuttavia, opera in termini restrittivi rispetto alla generica previsione della legge delega: G. De Vero, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 183 e ss.

[50] In generale, con riferimento ai "criteri di progressività" che informano il sistema penale rispetto al grado di centralità e di significato sociale dell'attività svolta, cfr. F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, p. 61 e ss.

[51] Cfr. oggi anche in *Appendice* a Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 510, e a A. Fiorella, G. Lancellotti, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2004, *p. 1*57; condivisa la scelta del legislatore da C. Piergallini, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in «Dir. pen. proc.», 2001, p. 1360; A. Rossi, *Responsabilità "penale-amministrativa" delle persone giuridiche (profili sostanziali)*, in *Reati societari,* a cura di A. Rossi, Utet, Torino, 2005, p. 569.

[52] Si esclude in tal caso, stante la lettera dell'art. 53, che sia possibile disporre il sequestro preventivo: R. Bricchetti, *La confisca nel procedimento di accertamento*, cit., p. 12.

Sulla rilevanza del profitto ci si soffermerà nel paragrafo successivo relativo all'ipotesi di cui all'art. 6, comma 5 D.lgs. n. 231/2001; è sufficiente qui sottolineare che esso costituisce il paradigma della commisurazione della pena in concreto, nonché il criterio alla stregua del quale aumentare la sanzione, secondo un certo coefficiente moltiplicante, nel caso di rilevante entità del profitto stesso o del prodotto.

Insomma, l'assetto normativo previsto dal D.lgs. n. 231/2001 ha come fulcro la necessità di evitare che l'ente possa godere illegittimamente dei proventi del reato (così il par. 7 della *Relazione*), sia che si tratti del profitto ("da intendersi come una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato"), sia che comunque vengano in causa altri vantaggi acquisiti, si potrebbe dire, quanto meno "immeritatamente" (si pensi alla ipotesi della prosecuzione dell'attività ai sensi del citato art. 15, comma 4).

Si aggiunga che l'art. 53 D.lgs. n. 231/2001 – pur in difetto di delega da parte della Legge n. 300/2001, ma alla luce del "generale rinvio alle regole processuali ordinariamente vigenti"[53] evidenziato anche dall'art. 34 – legittima il sequestro preventivo delle cose di cui è consentita la confisca secondo l'art. 19, sulla falsariga del comma 2 dell'art. 321 c.p.p.[54]: sul punto si spenderà qualche considerazione nell'ultimo paragrafo.

Va tuttavia sin da ora evidenziato che sussiste un elevato rischio di sovrapposizione del piano del sequestro-confisca che colpisce le persone fisiche con quello che opera nei confronti delle persone giuridiche.

Ad esempio, nella sentenza del 10 gennaio 2007, n. 316[55], la Seconda sezione penale della Corte di cassazione ha precisato che il

---

[53] Così la *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231*, par. 17, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 490.

[54] F. Peroni, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 265. Che il legislatore del 2001 abbia tentato di delineare una disciplina simmetrica a quella processuale del codice si evince anche dal rinvio espresso a norme in questo contenute ai sensi della seconda parte dello stesso art. 53: F. Lattanzi, *Sequestri*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 527.

[55] Cfr. Cass. sez. II pen., 21 dicembre 2006-10 gennaio 2007, n. 316, G.s.r.l., in www.reatisocietari.it.

principio espresso dalle Sezioni Unite penali del 25 ottobre 2005 in materia di estensione della confisca per equivalente *ex* artt. 322 *ter* e 640 *quater* c.p.[56] "si applica anche al sequestro preventivo di cui all'art. 53 D.Lgs. 231/2001 essendo in tale disposizione operato lo stesso richiamo normativo" .

In realtà l'art. 53 stabilisce che il giudice può disporre il sequestro delle *cose di cui è consentita la confisca a norma dell'art. 19*; quest'ultimo impone, nei confronti dell'ente, la confisca obbligatoria del prezzo o del profitto del reato (comma 1), e aggiunge che, quando non è possibile eseguirla, la confisca può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato (comma 2). Sicché pare evidente che, secondo il tenore letterale delle disposizioni richiamate, il sequestro preventivo (art. 53) finalizzato alla confisca di cui all'art. 19 è già *ex lege* preordinato alla apprensione sia del prezzo o del profitto, sia di somme di denaro, beni o altre utilità di valore a questi equivalenti.

3. *(segue) La specifica ipotesi ex art. 6, comma 5 D.lgs. n. 231/2001*

La disciplina in materia di responsabilità "amministrativa" degli enti conferma un dato banale ma significativo: ossia, che la nozione di confisca, come già osservato[57], si perde in un *mare magnum* di provvedimenti ablatori con fondamento e funzione diversificata.

Si è anticipato che l'art. 6, comma 5 D.lgs. n. 231/2001, impone la confisca del profitto (anche nella forma per equivalente) che l'ente *ha tratto* dal reato presupposto commesso dal soggetto apicale[58], benché sia stata dimostrata la sua mancanza di "colpa", *rectius*: "colpevolez-

---

[56] Sul punto cfr. cap. IV, par. 4.

[57] Cfr. cap. I, par. 3.

[58] Con esclusione quindi dell'ipotesi in cui il reato sia stato commesso dal "sottoposto", e non rilevi quindi l'art. 6, bensì l'art. 7 (R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 167 e ss.): in tale ipotesi la mancanza di prova della colpevolezza dell'ente esclude sia la responsabilità, sia la confisca: R. Bricchetti, *La confisca nel procedimento di accertamento*, cit., p. 10.

za": un provvedimento che colpisce il profitto ottenuto, da parte di un soggetto, dalla commissione del reato presupposto, e rispetto al quale non è stata accertata, appunto, la connessione tra (in)adeguatezza della struttura organizzativa e reato posto in essere dal soggetto apicale.

Si tratta di una disposizione, per certi versi, singolare, nonostante gli assunti di quell'orientamento dottrinale, secondo il quale la misura "vive in una dimensione squisitamente preventiva"[59]. Quello in esame costituirebbe, tuttavia, uno strumento di "prevenzione" – sul punto si tornerà tra breve – che appare decisamente *sui generis*, proprio perché operante nei confronti di un soggetto del quale l'ordinamento presume *iuris tantum* la responsabilità (art. 5), ma che ha superato tale presunzione, fornendo le prove (contrarie) dell'osservanza dei parametri indicati dall'art. 6: a differenza che nel caso dell'art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992, dove la sospetta (e non confutata) origine illecita di parte del patrimonio è invoca a ragione della disciplina[60], nel caso *de quo* il soggetto cui vengono appresi i beni ha dimostrato la "liceità" del proprio comportamento, e cioè ha fornito la prova positiva del fatto di avere posto in essere tutti gli accorgimenti richiesti dalla legge per prevenire e impedire la commissione del reato. In tale contesto, il ruolo di "garanzia" attribuito all'organismo collettivo[61] "resiste" nonostante la prova positiva imposta dall'inversione probatoria fissata dall'art. 6.

La confisca, nel caso di specie, viene quindi a riguardare beni appartenenti ad un soggetto, riconosciuto (ai sensi del D.l. n. 231/2001) esente da responsabilità, sul quale, in netta controtendenza con la disciplina "punitiva" generale, l'ordinamento si rivale aggredendo non solo il profitto, ma anche beni "neutrali" che diventano oggetto di apprensione in quanto ritenuti di valore (al profitto) equivalenti.

---

[59] O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 96; in merito ai termini entro i quali ipotesi di responsabilità oggettiva possono rafforzare la funzione general-preventiva della sanzione cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 317 e ss.

[60] Cfr. cap. III, parr. 2.1 e ss.

[61] G. De Francesco, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti di precetti normativi?*, in «Dir. pen. proc.», 2005, p. 754 e ss.: l'Autore suggerisce l'approfondimento di un nuovo modello di responsabilità dell'ente, che costituisce "osmosi" e "sintesi" di due profili: qualità di garante, da un lato; destinatario diretto di precetti e direttive, dall'altro (in particolare p. 755 e ss.).

In tale prospettiva, non condivisibile pare la tesi secondo cui la tipologia di confisca qui in commento "si lega al concetto di pericolosità *reale*, a sua volta desunta dalla provenienza criminale della cosa"[62], e che potrebbe in qualche modo essere ricondotta alla lettura della obbligatorietà della confisca come operante anche nei casi di assoluzione[63]. Infatti lo stesso comma 5 dell'art. 6 non estende la confisca al *profitto del reato* (presupposto): l'ablazione *de qua* concerne piuttosto il "profitto che l'ente *ha tratto* dal reato" (anche nella forma per equivalente). La variazione lessicale non pare priva di significato: la disposizione non si esprime infatti in termini "passivi" di "arricchimento proveniente dal reato", bensì richiama un concetto "attivo" basato sul fatto che l'ente possa aver "tratto" un profitto dalla commissione di un reato, rispetto al quale, tuttavia, per le ragioni sopra ricordate, non è riconosciuto responsabile ad alcun titolo. All'ente, insomma, si estende in via normativa l'operazione ermeneutica proposta dalla giurisprudenza nei confronti di colui che, senza alcuna responsabilità nel reato, avendo tuttavia "tratto" vantaggi o utilità (o comunque profitto) dal reato, viene considerato "persona *non* estranea al reato"[64].

L'art. 6, comma 5 richiama quindi all'attenzione dell'interprete su (almeno) due problemi ermeneutici, strettamente connessi l'uno all'altro: da un lato, la definizione del concetto di "profitto tratto dal reato", non pacificamente mutuabile dalla elaborazione tradizionale sulla nozione di "profitto del reato" (inteso come utilità patrimoniale collegata al reato in via immediata e diretta), ma ipoteticamente riconducibile ad un *post hoc* "indiretto" e "distante" dal fatto-origine[65]; dall'altro, l'individuazione della natura e della funzione da attribuire a tale tipologia di confisca.

---

[62] O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 96 e ss.

[63] Si ricorderà in tale senso la tesi proposta nell'ambito della lettura dell'art. 240, comma 2 c.p.: cfr. *amplius* cap. IV, par. 1

[64] Per alcuni riferimenti a tale indirizzo cfr. cap. VII, par. 2.

[65] Potrebbero corrispondere a tale accezione le c.d. risorse intangibili (avviamento, incremento della clientela, "immagine" dell'ente nel settore produttivo e/o commerciale, e così via): in tali termini anche V. Tutinelli, *Il ruolo del profitto nel sistema della responsabilità degli enti (prima parte)*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 4, p. 97 e ss.

Sennonché, in ordine alla prima questione, non vi è dubbio che un simile concetto di "profitto" si avvicina più all'idea di "vantaggio" – diffusa in più norme del D.l. n. 231/2001 – che a quella classica di "utile economico", altrettanto ricorrente nella normativa stessa[66]: in tale cornice risulta rafforzata la finalità della disposizione in commento, volta ad estirpare qualunque variazione economico-sociale che distingua la posizione dell'ente tra "prima" e "dopo" il reato.

Peraltro, quanto al secondo profilo, la funzione *lato sensu* sanzionatoria dell'istituto è difficilmente contestabile: si tratti, poi, di sanzione "punitiva" (in senso lato), "civile" (e, perciò, pur sempre punitiva), o addirittura "penale", con conseguente variazione del ventaglio delle garanzie, è altro discorso.

Di certo la disciplina dell'art. 6, comma 5 mal si concilia con il concetto di "pena" conforme all'art. 27, comma 1 Cost. (di per sé non incompatibile con la responsabilità degli enti collettivi)[67], stante il fatto che, rispetto al reato presupposto, l'ente non è autore né è comunque responsabile alla stregua dei parametri indicati dal D.lgs. n. 231/2001: in questa prospettiva non può richiamarsi nemmeno la categoria delle "misure di sicurezza" patrimoniali classiche. Per contro, la pericolosità del profitto "tratto dal reato"[68], presunta in modo assoluto dal legislatore pur in assenza di responsabilità da parte dell'ente, è tutta da dimostrare, a meno di affermare che qualunque profitto sia ontologicamente "pericoloso". Questione tutt'altro che pacifica, atteso che, ad esempio, la confisca di cui all'art. 240, comma 1 c.p. attribuisce alla discrezionalità del legislatore la verifica della pericolosità del profitto (confisca facoltativa).

Dovrebbe altresì escludersi anche la riconducibilità dell'istituto in commento alle "misure di prevenzione", salvo ipotizzare, come si diceva, la pericolosità "in sé" del profitto (*comunque* tratto dall'en-

---

[66] In merito a tale eterogeneità T.E. Epidendio, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 3, p. 84 e ss.; per alcune considerazioni relative al concetto di profitto cfr. cap. I, par. 6.

[67] Sulla esportabilità dell'"archetipo" sotteso all'art. 27 Cost. anche oltre i confini della responsabilità individuale cfr. G. De Francesco, *Introduzione*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva*, cit., p. 8 e ss.

[68] In ordine alla pericolosità presunta del profitto cfr. anche R. Bricchetti, *La confisca nel procedimento di accertamento*, cit., p. 10.

te) rispetto alla commissione di futuri reati, ovvero ritenere che la disciplina presupponga un pre-giudizio, insomma, una presunzione insuperabile di pericolosità sociale dell'ente, esente da responsabilità, ma i cui soggetti apicali hanno commesso il reato presupposto.

Il tema riporta la discussione all'effettivo significato della adozione, osservanza e vigilanza sulla realizzazione dei *compliance programs*: insomma, si direbbe che l'ultimo comma dell'art. 6 mini le fondamenta dell'intero impianto su cui si articolano i capisaldi della esenzione da responsabilità "da reato" dell'ente per l'illecito penale commesso dal soggetto apicale[69]. In altri termini – sembra ammonire il legislatore – è vero che gli oneri imposti dall'art. 6 sono stati assolti, ma *di fatto* il reato è stato posto in essere, e si tratta di reato *commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente* (così la premessa dell'accertamento di cui all'art. 5, comma 1, D.lgs. n. 231/2001, cui rinvia l'art. 6, all'interno del quale si colloca la disposizione in commento)[70]. In buona sostanza, nonostante il rispetto dei canoni formali imposti dalla legge, l'ente "non ha fatto abbastanza" per impedire il reato e siccome questo è stato commesso, se non (sempre) nell'interesse dell'ente, quanto meno (quasi sempre) "a sua vantaggio"[71], esso non può uscire indenne dalla vicenda criminosa, altri-

---

[69] La riflessione sul punto è ampia e articolata: oltre agli studi indicati nel paragrafo precedente e nelle note seguenti, si veda anche l'approfondimento di N. Selvaggi, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, Jovene, Napoli, 2006, p. 97 e ss.

[70] Sul concetto di "vantaggio" si veda la nota seguente. Parte della dottrina ipotizza l'obbligatorietà della acquisizione dei profitti ottenuti dall'ente in conseguenza di reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: questi ultimi ("interesse" o "vantaggio"), infatti, costituirebbero presupposti sufficienti ad escludere normativamente che l'ente possa beneficiare della qualifica di "persona estranea al reato", la quale circoscrive, almeno ai sensi dell'art. 240, comma 3 c.p. (e ai sensi delle altre disposizioni che tale locuzione richiamano), l'ambito di applicazione della confisca (T. Padovani, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche,* in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, cit., p. 19). La tesi presuppone l'adesione ad una nozione ampia del concetto di "persona estranea al reato", sulla quale si tornerà *infra* cap. VII, parr. 2 e 3.

[71] Il vantaggio, infatti, va inteso come conseguenza positiva per l'ente, rilevante anche nei casi in cui il reato non sia stato commesso *pro societate* ("nell'interesse"), ma si sia concretamente tradotto *ex post* in una situazione di favore per esso: così A. Astrologo, *"Interesse"e "vantaggio" quali criteri di attribuzione nella*

menti l'"incentivo alla moralizzazione spontanea dell'impresa"[72] che sta alla base dei modelli comportamentali imposti dalla legge potrebbe risultare privo di qualunque efficacia. Questi, infatti, costituirebbero un'arma spuntata, allorché l'ente potesse avvalersi, ad esempio, di uno *staff* di esperti in grado di predisporre e "far funzionare" modelli perfetti, mettendo al riparo l'ente da conseguenze negative. L'ente viene così considerato "il vero istigatore, esecutore o beneficiario della condotta criminosa materialmente commessa dalla persona fisica in esso inserita", salvo il caso in cui il fatto illecito sia stato posto in essere nell'interesse esclusivo delle persone indicate nell'art. 5, per un fine personalissimo o di terzi, "in sostanza, con condotte estranee alla politica di impresa"[73].

In tale contesto la confisca di cui all'art. 6, comma 5 si giustifica come sanzione diretta a colpire il profitto eventualmente conseguito dall'ente *a prescindere dalla responsabilità di quest'ultimo*[74], e ope-

---

responsabilità dell'ente nel D.Lgs. 231/2001, in «Ind. Pen.», 2003, p. 656; Id., *Brevi note sull'interesse e il vantaggio nel D.Lgs. 231/2001*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 1, p. 187 e ss.; O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 62 e ss. Anche la Corte di Cassazione (sez. II pen., 30 gennaio 2006, n. 3615, in www.lexfor.it, e in «Dir. prat. soc.», 2006, 8, p. 60 e ss., con nota di A. Bernardo) ha rilevato che è possibile "distinguere un interesse 'a monte' della società ad una locupletazione – prefigurata, pur se di fatto, eventualmente, non più realizzata – in conseguenza dell'illecito, rispetto ad un vantaggio obbiettivamente conseguito all'esito del reato, perfino se non espressamente divisato *ex ante* dall'agente". Nella decisione si attribuisce al legislatore l'intenzione di esigere un "concorso reale di presupposti", che "pone un delicato problema di coordinamento, laddove disposizioni particolari della legge non ripetano entrambi i requisiti, ma facciano riferimento al solo interesse (articolo 5, comma 2, in senso esimente per le azioni criminose commesse nell'interesse esclusivo del rappresentante o dipendente della società o di terzi; articolo 25 *ter*, inserito con il decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61, comma 1, per la responsabilità amministrativa da reati societari previsti dal codice civile, se commessi nell'interesse nella società)". Secondo Cass. sez. VI pen., 23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita Scarl, in «Guida al Diritto», 2006, 42, p. 61 ss., 68, il comma 2 dell'art. 5 D.lgs. 231/2001, riferendosi soltanto alla nozione di "interesse", esclude la responsabilità dell'ente in presenza di un "vantaggio 'fortuito', in quanto non attribuibile alla 'volontà' dell'ente".

[72] O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 93.

[73] Cass. sez. II pen., 30 gennaio 2006, n. 3615, in www.lexfor.it., e in «Dir. prat. soc.», 2006, 8, p. 60 e ss., con nota di A. Bernardo).

[74] A. Rossi, *Responsabilità "penale-amministrativa" delle persone giuridiche*, cit., p. 526.

ra come strumento di "punizione" fondato sulla "appartenenza" del reo all'ente e sul conseguimento (incolpevole), da parte di questo, di un profitto[75], per così dire, (soltanto) di indiretta origine illecita.

Molteplici i tentativi di giustificazione dell'esistenza della norma in commento.

Una sorta di "ragione dell'esistenza" della misura viene rinvenuta nel fatto che la confisca *de qua* può applicarsi in via sussidiaria "rispetto alla confisca-misura di sicurezza", nei casi, ad esempio, in cui l'autore del reato non sia stato identificato, ovvero quando la confisca connessa alla responsabilità della persona fisica non possa operare in forza della intervenuta estinzione (a causa di prescrizione, ad esempio, del reato presupposto)[76].

Se per "confisca-misura di sicurezza" si intende quella prevista dall'art. 240 c.p., va ricordato che il comma 3 di tale norma non trova applicazione nei confronti della cosa appartenente a persona estranea al reato[77], nel caso di specie, all'ente (estraneo rispetto al reato presupposto), il quale, avendo osservato i canoni di cui all'art. 6, per quanto concerne i profili qui in discussione, può ritenersi esente da responsabilità. Si può obiettare, per contro, che la "teoria del vantaggio" modifica i canoni tradizionali della nozione di persona offesa[78], ma, come si dirà, la tesi pare scarsamente condivisibile.

Piuttosto, la menzionata ipotesi ricostruttiva, a sostegno della quale non viene richiamata alcuna base normativa, sembra confermare quanto sopra si ipotizzava, ovvero che l'obiettivo sia quello di colpire *comunque* l'ente attraverso "lo strumento più incisivo"[79].

In una siffatta cornice un filone interpretativo attribuisce all'art. 6, comma 5 – secondo un modello largamente diffuso nella legislazione recente – funzione "a carattere esclusivamente ripristinatorio

---

[75] Sulla applicazione della confisca in conseguenza di una connessione meramente soggettiva veda *amplius* cap. III.

[76] O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 97.

[77] Così anche A. Alessandri, voce *Confisca*, cit., p. 55; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 155

[78] Cfr. cap. VII, par. 2.

[79] D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in «Cass. pen.», 2003, p. 27.

(o riparatorio)": la confisca, operando anche in caso di estinzione del reato come pure nelle ipotesi di assoluzione, risulterebbe così orientata, "a riequilibrare la situazione patrimoniale che aveva consentito all'ente un illecito arricchimento, seppure incolpevole"[80].

L'argomentazione riecheggia il principio per cui l'ente non può trovarsi in una posizione più vantaggiosa di quella in cui versava prima della commissione del reato[81]: il fatto che non sia ravvisabile alcuna responsabilità dell'ente "nulla toglie all'inopportunità che la persona giuridica si giovi dei profitti economici che abbia comunque tratto dall'operato del c.d. amministratore infedele"[82]. Trattandosi di uno "strumento di compensazione dell'equilibrio violato", e non di una misura di carattere punitivo, la confisca in parola – secondo tale chiave di lettura – può essere applicata indipendentemente dalla responsabilità dell'ente[83].

Il modello risarcitorio/riparatorio presuppone comunque un "fatto illecito", "proprio" o "altrui", ascrivibile ai casi previsti dalla legge. Si direbbe quindi che la confisca, nel caso di specie, sia chiamata a risolvere una ipotesi di *responsabilità oggettiva dell'ente per il fatto dell'"apicale"*, e che, quindi, nonostante tutti gli sforzi, riaffiori una sorta di *strict vicarious liability*[84]: prospettiva, questa, difficilmente conciliabile pure con la "dimensione squisitamente preventiva" in cui si collocherebbe l'istituto. Se, infatti, la funzionalità

---

[80] Così M. Leccese, *Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico (art. 25 quater d. lgs. n. 231 del 2001)*, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 2003, p. 1199; L.D. Cerqua, *Il trattamento sanzionatorio*, cit., p. 236. La tesi è condivisa da Cass. sez. II pen., 27 settembre 2006, n. 31989, in www.reatisocietari.it, secondo cui l'istituto è "privo di contrassegni punitivi e finalizzato esclusivamente al ristoro dell'equilibrio economico alterato"; la decisione si fonda, tra l'altro, sulla mancata estensione all'ipotesi in commento del sequestro *ex* art. 53. Nel senso che detta ablazione del profitto «assume i caratteri di una misura di tipo equitativo rispetto a forme di arricchimento indebito» cfr. M. Pelissero, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 875 e s., nonché p. 897.

[81] La medesima *ratio* è invocata in generale a fondamento della legittimità generale degli istituti di *Gewinnabschöpfung*: cfr. *infra* cap. VIII, parr. 3 ss.

[82] *Relazione al D.lgs. n. 231/2001*, par. 3.4, cit., p. 136.

[83] Cfr. R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 167 e ss., che richiama A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 156. Sulla dicotomia tra funzione compensatoria e funzione sanzionatoria della confisca cfr. cap. I.

[84] R. Bricchetti, *La confisca nel procedimento di accertamento*, cit., p. 10.

della colpevolezza rispetto alla prevenzione speciale rieducatrice, e soprattutto, a quella generale negativa appare assodata, salvo ipotesi derogatorie nelle quali il rischio di attribuzione di responsabilità per conseguenze incontrollabili del proprio comportamento potrebbe indurre a desistere dal porre in certe azioni ovvero ad elevare gli *standards* di diligenza, è necessario in detti casi eccezionali procedere ad un giudizio di bilanciamento tra le esigenze della tutela preventiva e la salvaguardia delle libertà fondamentali, connesse alla certezza della libertà di azione, che esclude la responsabilità al di fuori delle possibilità di controllo[85].

Si tratta di una soluzione che suscita anche ulteriori perplessità.

Parte della dottrina, infatti, preferisce seguire linee ermeneutiche compatibili con il dettato costituzionale. Si ritiene, ad esempio, che la fattispecie di esonero di cui all'art. 6 "colloca la questione dei modelli organizzativi *al di fuori dei presupposti positivi di attribuzione di responsabilità* per il reato di soggetti apicali": la "fattispecie […] 'di esonero' […] *incide sulla sanzione, non sulla responsabilità*" (quindi, non ha efficacia "scusante", come ritenuto da parte della dottrina)[86], e va ricondotta alla categoria della punibilità[87], tanto più che non ha base totale ma lascia sopravvivere una misura che il D.lgs. n. 231/2001 classifica come "sanzione", ovvero la confisca[88]. In altri termini, l'art. 6 disciplina "un'ipotesi di esclusione di sanzioni *diverse dalla* confisca, ideologicamente ritagliata secondo criteri (opinabili) di opportunità"[89] (il corsivo è nostro). L'esito interpretativo discende dal presupposto costituito dal criterio di imputazione del fatto all'ente: questo consiste nella commissione del reato *da*

---

[85] G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 317 e ss.

[86] Cfr. G. De Vero, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 14.

[87] D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2002, p. 430.

[88] Id., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, cit., p. 428: la lettura che disancora l'art. 6 dai presupposti della responsabilità-colpevolezza è l'unica che – a parere dell'Autore (p. 430) – consente di sostenere la non incompatibilità del decreto legislativo con la legge delega.

[89] D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, cit., p. 430.

parte di determinate categorie di soggetti (c.d. apicali e sottoposti) e *"a vantaggio"* o *"nell'interesse"* dell'ente stesso[90]. In particolare, nel caso in cui rilevi il reato commesso dal soggetto apicale, "l'elevato livello di poteri e di responsabilità" di tale soggetto consente di affermare la "colpevolezza dell'ente stesso, impersonato dal soggetto apicale che ha agito colpevolmente"[91]. Secondo questa ipotesi, si salvaguardano i presupposti della responsabilità-colpevolezza dell'ente, presumendo che il rimprovero in capo a questo derivi dalla colpevolezza del soggetto apicale (autore del reato) che costituisce personificazione dell'ente, e stabilendo altresì che la punibilità di questo possa essere esclusa parzialmente (salvo, cioè, per quanto concerne la confisca) in presenza dei requisiti che integrano la "fattispecie di esonero" (il cui effetto, in questo senso, "è incompleto").

Una siffatta dilatazione del concetto di "colpevolezza", che attinge al criterio dell'"immedesimazione organica", dischiude le porte a figure di responsabilità oggettiva[92]: se "i principî costituzionali *non si oppongono* affatto ad una responsabilità della persona giuridica"[93], occorre però verificare l'opportunità di regolare tale responsabilità secondo i parametri tradizionali della responsabilità penale, o che comunque presiedono l'applicazione di sanzioni punitive (sul punto si tornerà tra breve) [94]; ovvero, accertare se non sia necessario aderire *claris verbis* a modelli di intervento statale che non necessitino di forzature interpretative destinate a svilire le stesse garanzie penalistiche[95].

---

[90] *Ibidem,* p. 425.

[91] *Ibidem,* p. 429; per una diversa impostazione C.E. Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano*, in Aa.Vv., *Societas puniri potest*, cit., p. 29.

[92] L'esperienza francese dimostra che in concreto è difficile perseguire modelli diversi da quelli fondati sulla *strict liability*: C.E. Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, cit., p. 30.

[93] A. Alessandri, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 37.

[94] La definizione della responsabilità "da reato" degli enti come *tertium genus* è compatibile con la scelta del legislatore di "adottare un'ottica tipicamente penalistica, fra tutte la più garantista": ne conseguirebbe la mancanza di fondamento dell'accusa di "frode delle etichette", sostenibile solo laddove venissero eluse le garanzie "rese necessarie dalla natura 'punitiva' degli istituti" (cfr. D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, cit., p. 418 e ss.).

[95] A. Alessandri, *Riflessioni penalistiche*, cit., p. 50 e ss.

L'art. 6, comma 5 sembra infatti contraddire l'idea di "rimproverabilità" propugnata dalla *Relazione allo schema di decreto legislativo* in materia di disciplina della responsabilità delle persone giuridiche (par 1.1 e par. 3.3), ma che, proprio nel caso della disposizione in esame, viene riconosciuta inesistente: si legge, infatti, "senza colpa dell'ente"[96], ma più correttamente si sarebbe dovuto scrivere "senza colpevolezza"[97].

Non solo. La tesi della *identification* – per cui quando ad agire è un soggetto ai vertici dell'impresa, agisce *ipso facto* anche la persona giuridica – o della "immedesimazione organica", si colloca su un piano diverso da quello che ospita la ricostruzione dell'ente imprenditoriale come centro di soggettività autonoma[98]: ovvero come soggetto che non coincide con la relazione stabilita dal singolo né con la sommatoria delle relazioni dei partecipanti dell'impresa, ma che costituisce un sistema, il quale non si esaurisce nella manifestazione intenzionale del singolo manager o della somma delle volontà dei singoli *managers*[99]. E in effetti l'introduzione della responsabilità "da reato" degli enti sembra proprio muovere da questa premessa, che si sostanzia nella dicotomia tra ente e persona fisica autore del reato (anche quando in posizione apicale)[100], e nella necessità che la "politica d'impresa" agisca in via preventiva rispetto al rischio-

---

[96] *Relazione allo schema di decreto legislativo*, cit., ultima proposizione del par. 3.4.

[97] *Rectius*: senza una "colpevolezza di organizzazione" (per una indagine sulla "colpevolezza di organizzazione" quale fondamento della responsabilità dell'ente cfr. C.E. Paliero, C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 3, p. 181). Una puntuale e corretta impostazione della questione si deve a G. De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 109.

[98] Dai pericoli dei modelli "antropomorfici" mette in guardia G. De Francesco, *Gli enti collettivi*, cit., p. 754.

[99] F. Manzoni, *La responsabilità sociale dell'impresa: analisi del fondamento etico*, cit., p. 16 e ss.; cfr. altresì G.M. Golinelli, *L'approccio sistemico al governo dell'impresa*, Cedam, Padova, 2000.

[100] C.E. Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano*, cit., p. 30, dipinge tale situazione in termini di "dissociazione della personalità" dell'ente, scisso tra persona fisica e persona giuridica.

reato[101] (o, forse, addirittura impeditiva dello stesso)[102]. Il principio è ribadito anche nella legge finanziaria 30 dicembre 2004, n. 311, il cui art. 1, comma 82, stabilisce che, *a fini di contrasto e prevenzione del rischio* di utilizzazione illecita di finanziamenti pubblici, tutti gli enti e le società che fruiscono di finanziamenti a carico di bilanci pubblici o dell'Unione europea, anche sotto forma di esenzioni, incentivi, ecc., in una serie di materie (ad esempio, avviamento, aggiornamento e formazione professionale), devono dotarsi di "specifiche misure organizzative e di funzionamento idonee a prevenire il rischio del compimento di illeciti nel loro interesse o a loro vantaggio, nel rispetto dei principî previsti dal D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231", misure predisposte o verificate dall'Istituto per lo sviluppo della formazione professionale dei lavoratori (Isfol).

Conclusione provvisoria. Se si nega la natura penale della responsabilità in questione, ammettendo per contro l'introduzione – attraverso il D.lgs. n. 213/2001 – della c.d. "terza via"[103], una responsabilità residuale dell'ente per fatto altrui[104] non dovrebbe generare perplessità: a meno che l'adesione ad un modello "razionalistico-pragmatico"[105] sia solo apparente, e l'interprete – come il legislatore – anche in tema di responsabilità dell'ente non sia (per fortuna) in grado di affrancarsi dal primato dell'art. 27 Cost.

---

[101] G. De Francesco, *Disciplina penale societaria e responsabilità degli enti: le occasioni perdute dalla politica criminale*, in «Dir. pen. proc.», 2003, p. 930.

[102] Si vedano a riguardo A. Melchionda, *Brevi appunti sul fondamento "dogmatico" della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi* e A. Gargani, *Le conseguenze indirette della corresponsabilizzazione degli enti collettivi*, entrambi in Aa.Vv., *Societas puniri ipotest*, cit., rispettivamente 227 e ss., e 235 e ss.

[103] Per una attenta ricostruzione in chiave critica della elaborazione dottrinale sul punto cfr. G. De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti*, cit., p. 77 e ss.; Id., *La responsabilità da reato dell'impresa nel sistema italiano: alcune osservazioni rapsodiche e una preliminare divagazione comparatistica*, in Aa.Vv., *Societas puniri ipotest*, cit., p. 220 e ss.

[104] In effetti un tale rischio può essere scongiurato soltanto fondando la responsabilità dell'ente sulla costruzione di criteri in grado di selezionare i fatti realmente riconducibili alla c.d. politica d'impresa: si veda F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale,* Giappichelli, Torino, 2006², p. 47.

[105] Cfr. C.E. Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano*, cit., p. 22.

Atteso che il profilo dell'individuazione della natura della confisca, come nei casi visti nei capitoli precedenti, condiziona il regime di disciplina applicabile, viene da interrogarsi sui limiti di applicabilità degli artt. 25, comma 2 Cost. e 2 c.p. in materia di successione di legge[106]. Vero che gli artt. 2 e 3 del D.lgs. n. 231/2001 ripropongono per gli illeciti "amministrativi" da reato e per le relative sanzioni (pur con qualche riferimento specifico dovuto soprattutto alla interazione con il reato presupposto) i principî di legalità e di successione di legge di cui all'art. 1 c.p.; ma trattasi pur sempre si norme di legge ordinaria, non coperti direttamente dall'ombrello dell'art. 25 Cost., e quindi agevolmente superabili da una disposizione di legge derogatoria successivamente entrata in vigore.

Ad esiti interpretativi opposti si perviene, come naturale, accogliendo la tesi che privilegia la natura *sostanzialmente penale* delle sanzioni in esame[107].

Inoltre, riconducendo l'ablazione del profitto alla tipologia delle controcondotte reintegrative, riparatorie e risarcitorie, non comprese nel novero delle sanzioni di cui all'art. 9 D.lgs. n. 231/2001, viene esclusa l'applicabilità dell'art. 2 D.lgs. n. 231/2001.

L'art. 6, comma 5, a prescindere dalla questione della natura della responsabilità dell'ente, sembra piuttosto iscriversi nell'ormai consolidato alveo della *Gewinnabschöpfung*[108], nel quale si riconoscono molti degli istituti sinora considerati. Sennonché nel caso di specie viene meno il fondamento dell'argomentazione secondo cui le misure che presentano le caratteristiche in esame consentono di evitare, come già precisato, che, da un lato, il reo goda dei profitti del proprio crimine; dall'altro, che la valutazione in termini di costi-benefici con-

---

[106] Il tema del regime normativo applicabile in tema di successione di leggi rappresenta un profilo problematico, soprattutto in relazione alle misure di incerta collocazione sistematica: ad esempio, l'art. 15 della Legge 29 settembre 2000, n. 300, che ha introdotto l'art. 322 *ter* c.p., stabilisce l'irretroattività della disposizione – la quale, come anticipato nel paragrafo precedente, impone una ipotesi di confisca obbligatoria, anche nella forma per equivalente – per i fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della legge stessa.

[107] O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali*, cit., pp. 40 e 46; A. Rossi, *Responsabilità "penale-amministrativa" delle persone giuridiche*, cit., p. 522.

[108] V. cap. I, par. 1 e cap. VIII, parr. 3 e ss.

nessa alla realizzazione del reato risponda all'effetto intimidatorio perseguito dallo strumento ablativo[109]. Infatti la confisca qui in commento colpisce un soggetto (l'ente) distinto dal reo, al quale non è ascrivibile una responsabilità "da reato", mentre l'applicazione senza eccezioni della misura finisce per disincentivare controcondotte preventive o impeditive della commissione del reato presupposto[110].

Sorvolando sulla questione della reale natura della responsabilità dell'ente e della indagine sulla colpevolezza, si può forse immaginare un diverso fondamento dell'art. 6, comma 5, recuperando la *ratio* dell'art. 240, comma 2, n. 2 c.p. A riguardare l'elaborazione classica in materia di confisca, emerge che, sulla scorta dell'orientamento prevalente, soltanto i beni che sono "oggetto del reato", ovvero cose "in sé" pericolose, possono essere oggetto di provvedimenti ablativi "anche se non è stata pronunciata condanna", in quanto la loro fabbricazione, porto, detenzione o alienazione (di per sé) costituisce reato[111]. La disciplina prevista in materia di responsabilità degli enti sembra ispirarsi a tale modello, stabilendo che il profitto debba *comunque* essere appreso dallo Stato: se le ragioni di tale opzione vadano ricercate nella "intrinseca pericolosità" del profitto (sebbene incolpevolmente) tratto (dal reato), oppure nella illiceità della sua (anche indiretta) origine, è dilemma non affrontato.

Un orientamento dottrinale condiviso da prestigiosi Autori sintetizza il *Kern* di tale principio auspicando che, in caso di accerta-

---

[109] Sulla *ratio* della *Gewinnabschöpfung* già A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 46; sul punto *amplius* in cap. I, par. 1 e cap. VIII, parr. 3 e ss.

[110] J. Arlen, *The Potentially Perverse Effect of Corporate Criminal Liability*, in «The Journal of Legal Studies», 1994, p. 833 e ss.; J. Arlen, R. Kraakman, *Controlling Corporate Misconduct: Analisys of Corporate Liability Regimes*, in «New York Law Review», 72, 1997, p. 687 e ss., in particolare 707.

[111] A. Alessandri, *La confisca*, cit., p. 110 e ss.: l'Autore richiama l'ipotesi paradigmatica dell'art. 171 *sexies* Legge n. 633/1941, che impone la confisca delle videocassette e degli altri supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali abusivamente duplicati, riprodotti, ceduti, commerciati, detenuti, introdotti nel territorio azionale o sprovvisti del contrassegno Siae ovvero provvisti di contrassegno Siae contraffatto. Controversa invece la necessità della sentenza di condanna rispetto al "prezzo" del reato: cfr. M. Mantovani, *Le misure di sicurezza,* in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale,* diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, *Codice penale. Parte generale,* III, Utet, Torino, 1996², p. 657 e ss.

mento del reato, "*almeno* i profitti da illecito siano sempre e comunque sottratti all'autore e alla persona giuridica"[112], posto che la "controspinta" esercitata da una sanzione commisurata al profitto presenta una significativa efficacia dissuasiva[113]. La confisca – al pari delle sanzioni pecuniarie, delle misure interdittive e della pubblicazione della sentenza di condanna – incide negativamente sulla funzione-obiettivo tipica dell'impresa, ovvero il profitto: nel calcolo economico dell'ente i "comportamenti virtuosi" sono orientati a ridurre potenziali restrizioni del profitto[114], sempre che essi implichino "costi" inferiori a sanzioni *comunque* irrogate.

Breve. Se, come anticipato, la disciplina (per quanto qui interessa, soprattutto *sub specie* di apparato e regolamentazione sanzionatoria) contemplata dal D.lgs. n. 231/2001 costituisce un "sottosistema autonomo" di quello che dottrina ormai consolidata definisce "sistema punitivo" (comprendente sia il diritto penale sia il diritto amministrativo punitivo)[115], non meno rilevante è stabilire quali sia-

---

[112] A. Alessandri, *La confisca*, cit., p. 110; l'appello sembra essere stato raccolto dall'ultimo comma dell'art. 171 *sexies* Legge n. 633/1941 (in materia di diritto d'autore), il quale precisa che la normativa in questione si applica anche se i beni appartengono ad un soggetto giuridico diverso, nel cui interesse abbia agito uno dei partecipanti al reato. La questione incide anche sul concetto di persona estranea al reato, come si vedrà nel successivo capitolo.

[113] Così già F. Palazzo, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in «Ind. Pen.», 1992, p. 228, il quale osserva che la sanzione commisurata al profitto può attingere a livelli di severità sproporzionati (per eccesso) alla gravità oggettiva della violazione, mentre talvolta il profitto non è agevolmente quantificabile e rende necessaria la valutazione discrezionale del giudice. Il parametro del "vantaggio" (economico, ma non solo) quale termine di riferimento per la commisurazione della pena è adottato in materia di ammende comunitarie (cfr. Corte Giustizia 7 giugno 1983, Pioneer, in «Riv. dir. int.», 1983, II, p. 387 e ss., con nota di E. Moavero Milanesi). Esprime la stessa *ratio*, ad esempio, l'art. 25 *sexies* D.lgs. n. 231/2001, che consente un aumento della sanzione pecuniaria sino a dieci volte il prodotto o il profitto di "rilevante entità" conseguito dal reato. Analogamente, si veda gli art. 184, comma 3, e 185, comma 2, D.lgs. n. 58/1998, ove l'entità del prodotto o del profitto conseguito dall'autore costituisce uno dei canoni che legittimano l'aumento della multa ben oltre il limite edittale massimo e ne integra uno dei parametri alternativi di commisurazione.

[114] P. Bastia, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in Aa.Vv., *Societas puniri potest*, cit., p. 44. In merito al carattere dissuasivo della misura, diretta a fini generalpreventivi cfr. F. Sgubbi, voce *Diritto penale comunitario*, cit., p. 96 e s.

[115] D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, cit., p. 417.

no le conseguenze che da tale presupposto derivano, e cioè *in primis* quale sia il regime di *garanzie costituzionali* che al "sistema punitivo" (o a sezioni di esso) *siano* e *debbano* essere riconosciute[116].

4. *La confisca relativa ai c.d. abusi di mercato (Legge 18 aprile 2005, n. 62)*

Anche la legge 18 aprile 2005, n. 62, che (tra l'altro) ha inserito nel corpo del D.lgs. n. 58/1998 contenente il t.u. in materia di intermediazione finanziaria, un nuovo titolo (in parte erede della normativa previgente) in materia di c.d. abusi di mercato, attinge copiosamente alla panacea dei provvedimenti ablatori. E con efficacia diretta anche sui procedimenti in corso, atteso che l'art. 9, comma 6 Legge n. 62/2005 stabilisce che "le disposizioni previste dalla parte V, titolo I *bis*, del testo unico di cui al decreto legislativo 28 febbraio 1998, n. 58" – tra le quali vanno annoverate quelle di seguito commentate – "si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito. Per ogni altro effetto si applica l'articolo 2 del codice penale".

L'estensione retroattiva della disciplina anche ai procedimenti in corso merita qualche cenno: si direbbe trattarsi di un maldestro tentativo di risolvere il tema della successione e dell'*abrogatio legis* imponendo l'estensione delle nuove norme incriminatici a fatti commessi sotto la vigenza di norme abrogate dalla stessa Legge n. 62/2005, in deroga al principio di cui all'art. 2, comma 2 (che esclude la rilevanza della nuova fattispecie), ma anche a quello contenuto nel comma 3 (che, nel caso della successione di leggi, impone l'applicazione della disciplina più favorevole).

In punto di confisca, si prevedono infatti tre distinte figure di confisca: la confisca penale (art. 187) avente per destinatario la persona fisica autrice del reato di abuso di informazioni privilegiate e di ma-

---

[116] Una analisi di questo profilo, secondo le direttrici seguite dalla giurisprudenza degli organi costituzionali e sovranazionali, è presente nello studio di E.R. Belfiore, *Giudice delle leggi e diritto penale*, cit., *passim*.

nipolazione del mercato; la confisca amministrativa (art. 187 *sexies*) applicabile alla persona fisica che abbia commesso taluno degli illeciti amministrativi previsti dagli arrt. 187 *bis* e 187 *ter*, e in gran parte coincidenti con fatti puniti anche con sanzione penale; la confisca prevista come sanzione per gli enti ai quali si riconosca responsabilità "da reato" ai sensi del D.lgs. n. 231/2001 (art. 25 *sexies*, D.lgs. n. 231/2001, introdotto dall'art. 9, comma 3, Legge n. 62/2005).

Una quarta ipotesi potrebbe considerarsi delineata dal combinato disposto degli artt. 187 *quinquies* e 187 *sexies*: il primo stabilisce che l'ente nel cui interesse o vantaggio l'illecito amministrativo è stato commesso diventa responsabile del pagamento di una somma pari all'importo della sanzione amministrativa irrogata per gli illeciti contenuti nel Capo III (artt. 187 *bis* ss.); il secondo prevede una ipotesi di confisca obbligatoria in caso di "applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie" previste dal medesimo Capo. La questione è complessa poiché la nuova figura di responsabilità dell'ente *ex* art. 187 *quinquies* derivante dalla commissione di un illecito amministrativo non corrisponde alla struttura della responsabilità "da reato" del citato D.lgs. n. 231/2001; né è perfettamente sovrapponibile ad altre e già note ipotesi di responsabilità solidale e sussidiaria di soggettivi collettivi[117]. Essa tuttavia presenta analogie con le ipotesi di obbligazione civile per il pagamento della pena pecuniaria di cui agli artt. 196 e 197 c.p.[118], in quanto costruita in termini di "pagamento di una

---

[117] Si ricordino, ad esempio, gli artt. 195 e 196 D.lgs. n. 58/1998 in ordine alla responsabilità dell'ente in materia di intermediazione finanziaria e l'art. 6, Legge n. 689/1981, esteso a persone giuridiche, enti privi di personalità giuridica e imprenditori: sul punto cfr. F. Santi, *La responsabilità delle "persone giuridiche" per illeciti penali e per illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in «Banca e borsa», 2006, p. 101 e ss.

[118] F. Sgubbi, *Presentazione*, cit., p. XVIII, nota 14. Una formula analoga compare anche nell'art. 9 della Legge n. 4/1929, contenente le norme generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie. Nel senso che l'art. 187 *quinquies* descrive una autonoma responsabilità amministrativa dell'ente, che si affianca a quella "da reato", per gli illeciti previsti dagli artt. 187 *bis* e 187 *ter* cfr. L.D. Cerqua, *La responsabilità amministrativa degli enti collettivi: principi generali e prime applicazioni giurisprudenziali*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 2, p. 157; nel medesimo solco pare collocarsi A. Rossi, *"Market Abuse" e "insider trading": l'apparato sanzionatorio*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 1, p. 97. Uno stato confusionale permanente obnubila lo stesso legislatore: nella Relazione della II Commissione

somma pari all'importo della sanzione amministrativa irrogata per gli illeciti" di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazioni di mercato, sicché l'ente sembra essere un destinatario solo indiretto della sanzione (in realtà rivolta alla persona fisica). Per converso, l'art. 187 *sexies* grava della confisca "l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie" contemplate dal Capo in commento. L'operatività dello strumento ablativo nei confronti dell'ente, in conseguenza della sua responsabilità "da illecito amministrativo", è quindi condizionata dalla soluzione ad un quesito che sta a monte, ovvero l'identificazione di detto pagamento con quella "sanzione amministrativa pecuniaria" che è presupposta dalla norma. Ritenendo che detto pagamento costituisca *non* sanzione autonoma, ma *mera obbligazione*, dovrebbe escludersi l'applicabilità alla *persona giuridica* della confisca *ex* art. 187 *sexies*. La lettura della disposizione riverbera naturalmente i propri effetti anche sui confini della tutela accordabile ai terzi[119].

Comunque sia.

La confisca di cui all'art. 187, parzialmente costruita sulla falsariga di quella societaria, stabilisce una ipotesi di ablazione obbligatoria del prodotto e del profitto del reato, nonché dei beni utilizzati per commetterlo, in caso di condanna per i reati di abuso di informazioni privilegiate (art. 184) e di manipolazione del mercato (art. 185).

Il riferimento alla pena "patteggiata" non è compreso nel testo: stante il rinvio (comma 3) alla disciplina di cui all'art. 240 c.p. e alla luce della riforma dell'art. 445 c.p.p., deve ritenersi che nel caso di specie siano applicabili, fuoriuscendo dal "pacchetto premiale", tut-

---

Permanente del Senato (22 gennaio 2005) si è osservato che "la disposizione di carattere generale in materia è […] quella contenuta nell'art. 6 della legge n. 689 del 1981, che prevede esclusivamente un'obbligazione solidale dell'ente al pagamento della somma dovuta dall'autore della violazione con diritto di regresso nei confronti di quest'ultimo"; tuttavia, nel caso di specie, "si prevederebbe una responsabilità propria dell'ente – come si evince chiaramente dal rinvio all'art. 8 del D.lgs. n. 231 del 2001 – e tale previsione costituirebbe un'eccezione non solo rispetto ai principî generali in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, ma anche rispetto al regime previsto per le altre sanzioni amministrative pecuniarie di cui al titolo II della parte V del D.lgs. n. 58 del 1998". La natura ibrida e singolare dell'istituto è segnalata anche da E. Amati, *La disciplina degli abusi di mercato*, in Aa.Vv., *La legislazione penale compulsiva,* a cura di G. Insolera, Cedam, Padova, 2006, p. 227 e ss.

[119] Cfr. cap. VII.

te le ipotesi di confisca (facoltativa e obbligatoria) di cui alla norma generale disciplinante la confisca "comune"[120].

L'art. 187, comma 3 prevede altresì l'assoggettamento a confisca di una somma di danaro o beni di valore equivalente: anche in tal caso il riferimento alla disciplina "comune" di cui all'art. 240 c.p. "per quanto non espressamente stabilito" nei commi precedenti, sottende l'esclusione della confisca di beni *appartenenti a persona estranea al reato*.

Per ciò che concerne la complessità dell'individuazione dell'oggetto della confisca prevista dalla disposizione in commento si rinvia a quanto già evidenziato[121].

Una norma parzialmente analoga all'art. 187 è inserita nell'ambito della disciplina sanzionatoria amministrativa, affidata alla competenza della Consob (dotata anche di poteri di sequestro: art. 187 *octies*) in relazione ai fatti illeciti indicati non costituenti reato. In tali ipotesi, tuttavia, è esclusa la possibilità che la confisca possa colpire beni che non appartengano ad una delle persone cui è applicata la sanzione amministrativa (art. 187 *sexies*, co. 3)[122].

I riflessi del "doppio binario" sancito per gli abusi di mercato dalla legge comunitaria 2004, che *in primis* investe il rapporto di coesistenza o di alterità dei due tipi di illecito[123], si avvertono anche nel contesto della responsabilità "da reato" dell'ente:[124] la disciplina di cui

---

[120] Cfr. cap. IV, par. 2.

[121] Cfr. cap. I, parr. 6 e 7.

[122] Cfr. cap. VII, par. 2.

[123] L'interprete è alle prese con il *rebus* del rapporto intercorrente tra reati e illeciti amministrativi previsti dalla riforma del D.lgs. n. 58/1998, stante, da un lato, il principio di specialità stabilito dall'art. 9 Legge n. 689/1981, dall'altro, il criterio dell'autonomia dei giudizi di cui all'art. 187 *duodecies*: cfr. S. Bartolomucci, *Market abuse e "le" responsabilità amministrative degli emittenti*, in «Le società», 2005, 7, p. 922. Se il "tipo" del fatto penale e di quello amministrativo è sostanzialmente identico per quanto concerne l'abuso di informazioni privilegiate, una evidente difformità si registra in ordine alla manipolazione di mercato: C.E. Paliero, *"Market abuse" e legislazione penale: un connubio tormentato*, in «Corr. mer.», 2005, p. 810 e ss., che in quest'ultimo caso opta per la consunzione dell'illecito amministrativo in quello penale.

[124] Sul sistema del "doppio binario" previsto sia per le persone fisiche sia per gli enti, con particolare riferimento alla "manipolazione del mercato", si veda la ricostruzione di M. Vizzardi, *Manipolazione del mercato: un "doppio binario" da ripensare?*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2006, p. 704 e ss.

al D.lgs. n. 231/2001 (art. 25 *sexies*), come si è detto, è stata estesa anche ai delitti previsti dagli artt. 184 e 185 D.lgs. n. 58/1998[125].

L'inserimento dei reati di abuso di mercato nella "parte speciale" del D.lgs. n. 231/2001 rende particolarmente rilevante per l'ente lo studio delle pratiche di manipolazione di mercato al fine del rilevamento delle stesse e della prevenzione dell'eventuale commissione di reati in materia[126], con conseguente applicazione – tra l'altro – delle ipotesi di confisca previste in materia di responsabilità "da reato".

Anche in ordine ai c.d. abusi di mercato – come nel caso dei reati societari rimodellati dal D.lgs. n. 61/2002 – la confisca di cui agli artt. 6, comma e 19 D.lgs. n. 231/2001 è chiamata a svolgere una funzione compensatrice rispetto alla (relativa) esiguità dell'intervento sanzionatorio a carico dell'ente, limitato alla sanzione pecuniaria[127], con esclusione delle sanzioni interdittive.

Ma un rinvio parziale ad alcune disposizioni (artt. 6, 7, 8 e 12) contemplate dal D.lgs. n. 231/2001 è contenuto anche nell'art. 187 *quinquies*, comma 4 D.lgs. n. 58/1998, che, riproponendo in forma "contratta" alcuni dei canoni di imputazione soggettiva e oggettiva sanciti dal D.lgs. n. 231/2001, ritaglia i contorni della "responsabilità dell'ente" in relazione agli illeciti amministrativi di cui agli artt. 187 *bis* e 187 *ter*[128]. Proprio in ordine a tale disposizione si osservano significative anomalie, non essendo la previsione riconducibile

---

[125] Si ritiene che, a seguito della riforma del 2005 e della introduzione del delitto di manipolazione del mercato (art. 184 D.lgs. n. 58/1998), l'art. 25 *ter* trovi applicazione in relazione alle società di capitali di diritto comune per il delitto di aggiotaggio *ex* art. 2637 c.c., mentre per le società di capitali emittenti strumenti finanziari negoziati operi l'art. 25 *sexies*: S. Bartolomucci, *Market abuse e "le" responsabilità amministrative degli emittenti*, cit., p. 921.

[126] In merito alle linee guida rese note dal *Committee of European Securities Regulators* (Cesr) cfr. T.E. Romolotti, *Recepimento della direttiva "Market Abuse" e nuove linee guida del Cesr*, in «Le società», 2005, 10, p. 1309 e ss.

[127] Significativa tuttavia la previsione del comma 2 dell'art. 25 *sexies*, che stabilisce l'aumento della sanzione pecuniaria sino a dieci volte l'entità del prodotto o del profitto, quando questo sia di rilevante entità.

[128] In merito alla "responsabilità 'da illecito amministrativo'" cfr. C.E. Paliero, *"Market abuse"*, cit., p. 811; cfr. altresì F. Annunziata, *Il recepimento della "market abuse directive"*, in «Corr. giur.», 2005, 6, p. 747. Sul combinato disposto degli artt. 187 *quinquies* e 187 *sexies* si veda *supra* nel testo.

né ai parametri di cui all'art. 6, comma 2 Legge n. 689/1981, né alla responsabilità civile *ex* art. 197 c.p.[129].

Per quanto concerne la duplicazione (oltre che delle tipologie di illecito – penale e amministrativo) del regime di responsabilità dell'ente, va evidenziato che tra le norme del D.lgs. n. 231/2001 richiamate è compreso anche l'art. 6, il cui comma 5 prevede una ipotesi di confisca particolare, della quale si è detto nel precedente paragrafo.

In conclusione. La proliferazione dei centri di imputazione della responsabilità individuali e dell'ente rafforza il livello di confusione insito nella irriducibilità *ad unum* della confisca.

5. *La questione del concorso di norme in tema di confisca e i limiti alle strategie di contrasto alla c.d. criminalità del profitto. La direttiva ex art. 40, lett. e) Legge 28 dicembre 2005, n. 262 contenente "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari"*

Il "triplo binario"[130] sul quale scorre la responsabilità in materia punitiva-economica registra uno dei nodi più intricati proprio in ordine alla confisca.

Per la maggior parte dei reati societari contemplati dalla nuova disciplina del codice civile, infatti, si prevede l'estensione della responsabilità agli enti nel cui interesse i rispettivi soggetti attivi hanno commesso i fatti di reato: l'art. 25 *ter* D.lgs. n. 231/2001 si innesta nel tessuto del decreto legislativo, soggiacendo solo parzialmente alla "parte generale" della normativa[131].

Tra le sanzioni applicabili agli enti primeggia, come rilevato, la confisca di cui all'art. 19 D.lgs. n. 231/2001, mentre lo stesso decre-

---

[129] S. Bartolomucci, *Market abuse e "le" responsabilità amministrative degli emittenti*, cit., p. 923 e ss.

[130] A. Giarda, *Un sistema ormai a triplo binario: la giurisdizione penale si amplia*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 194.

[131] Cfr. P. Sfameni, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Ipsoa, Milano, 2002, p. 68 e ss.; G. De Vero, *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex "crimine" degli enti collettivi*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2003, p. 720 e ss.

to prevede la possibilità di applicare la confisca *ex* art. 6, comma 5 anche in caso di esclusione della responsabilità dell'ente (in entrambe le ipotesi è consentita l'apprensione "per equivalente")[132]: anzi, proprio lo schema descritto dall'art. 6, nonostante la generica previsione dell'art. 25 *ter*, rappresenta la cornice nella quale è destinata a iscriversi la materia dei reati societari[133].

Quando il reato presupposto coincida con una delle fattispecie introdotte o modificate dal D.lgs. n. 62/2001, può accadere che sussistano i presupposti di applicazione sia dell'art. 2641 c.c. sia dell'art. 19 (in combinato disposto con l'art. 25 *ter*) del D.lgs. n. 231/2001.

Alla luce di un primo orientamento non dovrebbero esistere dubbi sulla possibilità di concorso delle misure operanti nei confronti dell'ente e di quelle applicabili al reo, atteso che in quest'ultima ipotesi è il prodotto, il profitto o il prezzo delle reato conseguito dall'autore del fatto a venire in considerazione, mentre gli artt. 6, comma 5, e 19 D.lgs. n. 231/2001 si riferiscono ai beni dell'ente, destinatario dell'intervento ablativo[134].

Una analisi più approfondita tuttavia non può prescindere dal fatto che l'apprensione dei beni *ex* art. 2641 c.c. (alla luce di quanto previsto dal comma 3) è regolata, per quanto non stabilito nei primi due commi della disposizione, dall'art. 240 c.p., il quale esclude l'applicazione della confisca quando la cosa appartenga a persona estranea al reato.

Quid iuris nel caso in cui i beni che dovrebbero essere colpiti appartengano alla società, "a favore" della quale il reo abbia agito?

Il quesito presuppone il superamento della questione del concetto di "persona estranea al reato", su cui ci si soffermerà nel successivo capitolo.

In questa sede, e salve ulteriori considerazioni sul punto, si può affermare che nei casi in cui l'ente *non* rientri in tale categoria, e quindi non possa essere ritenuto "estraneo al reato", si può configurare il concorso delle misure, con conseguente cumulo degli effetti

---

[132] Sul punto si vedano *supra* i parr. 2 e 3.

[133] L. Foffani, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in Aa.Vv., *Societas puniri potest*, cit., p. 251.

[134] Per alcuni cenni alla questione cfr. anche *supra* par. 1.

ablatori[135]: la questione rileva in particolare con riferimento al "profitto" tratto dal reato, sulla apprensione del quale ciascuna delle due discipline opera entro i rispettivi limiti di applicazione[136]. La tesi si colloca sulla falsariga dell'orientamento, cui si è accennato nel paragrafo precedente, che mira alla attribuzione allo Stato di *tutti i profitti* cagionati dall'illecito penale.

Nelle altre ipotesi, atteso che le due tipologie di intervento sono regolate in modo diverso (ad esempio, l'art. 19 non riguarda i beni strumentali né il prodotto del reato né i beni suscettibili di restituzione al danneggiato), nulla esclude che uno strumento operi, ad esempio, in relazione al prodotto (art. 2641 c.c.) e l'altro (art. 19), al prezzo[137].

Meno percorribile la via che distingue lo specifico ambito di operatività delle norme a seconda della natura giuridica della misura: se, infatti, il riconoscimento della natura penale ovvero amministrativa della confisca *ex* art. 19 D.lgs. n. 231/2001 sul punto non appare dirimente, controversa appare la riconducibilità della confisca *ex* art. 2641 c.c. alle misure di sicurezza: anzi, la tesi (allo stato, dominante) che opta per la preminenza della natura "speciale" della stessa crea un insuperabile ostacolo alla subordinazione della soluzione dell'(eventuale) concorso di norme alla qualificazione della misura stessa[138].

Una questione analoga a quella sopra ricordata, semmai ancora più complessa, può riguardare la nuova disciplina in materia di abusi di mercato, nella quale la confisca può essere di tipo "penale", in ordine all'ipotesi di cui all'art. 187, ed "amministrativa", ai sensi dell'art. 187 *sexies*[139].

Anche in tale contesto il nucleo della questione si presenta sempre nei medesimi termini: ovvero *an* e *quantum* entro i quali l'inter-

---

[135] L. Cataliotti, *Art. 2641*, cit., p. 330 e s.; V. Napoleoni, *Art. 2641*, cit., p. 1889, n. 17.

[136] A. Barazzetta, *La confisca*, cit., p. 221.

[137] C.E. Paliero, *Nasce il sistema*, cit., p. 44; L. Cataliotti, *Art. 2641*, cit., p. 217; G. Giordanengo, *La confisca*, in Aa.Vv., *Reati societari,* a cura di A. Rossi, Utet, Torino, 2005, p. 509 e ss.

[138] C.E. Paliero, *Nasce il sistema*, cit., p. 44; A. Barazzetta, *La confisca*, cit., p. 221; *contra* A.L. Maccari, *Art. 2640*, cit., p. 233, propone di risolvere il concorso di norme a favore di quella da ritenersi "prevalente", ad esempio, sotto il profilo della priorità cronologica dei provvedimenti irrogati.

[139] Cfr. *supra* par. 4.

vento statale deve rimanere perché sia conservata la legittimità delle strategie di contrasto.

Se, infatti, bisogna riconoscere la necessità di garantire tutela a determinati interessi attraverso l'introduzione o il rafforzamento di meccanismi repressivi dissuasivi sotto il profilo general- e special preventivo, va altresì evidenziato che la c.d. criminalità del profitto non può essere incapsulata nel sistema alla stregua di una ennesima "emergenza" alla quale fare fronte con mezzi e strumenti straordinari che minacciano le garanzie di sopravvivenza di una società dinamica. L'attività economica, che spesso costituisce veicolo di consolidamento finanziario anche di associazioni criminose, non può essere sottoposta ad un'opera di "moralizzazione" a base totale condotta dall'intervento penale o parapenale, la cui funzione "propulsiva" è contestata da più parti. In proposito i margini di intervento di scelte di politica criminale devono collocarsi nel solco della "sussidiarietà" del diritto penale rispetto ad altri e diversi strumenti.

In tale cornice non è sufficiente qualificare come "amministrativa" l'imposizione di codici di comportamento di matrice "privatistica". Se le "vere" (nel senso di maggiormente afflittive) sanzioni introdotte dal D.lgs. n. 231/2001 sono quella interdittiva, laddove prevista (*id non est*, ad esempio, in ordine ai reati societari – art. *25 ter* – e agli abusi di mercato – art. 25 *sexies*), e la confisca, può risultare privo di efficacia dissuasiva il tentativo di stimolare l'ente alla adozione di detti modelli di organizzazione e vigilanza allorché *comunque* il profitto tratto dal reato, anche nella forma per equivalente, sia destinato a divenire oggetto di confisca (art. 6, comma 5): soprattutto in considerazione della stretta correlazione tra confisca e misure cautelari patrimoniali.

Inoltre. La prospettiva della moltiplicazione e il rischio di *bis in idem* dei provvedimenti ablativi appare tutt'altro che irrealistica.

L'art. 40, rubricato "sanzioni accessorie" della Legge 28 dicembre 2005, n. 262, contenente "*Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*", conferisce la delega al Governo ad adottare, su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, "*uno o più decreti legislativi per l'introduzione di sanzioni accessorie alle sanzioni penali e amministrative*" applicate ai sensi del titolo XI del libro V del codice

civile (ovvero i reati societari di cui agli artt. 2621 ss. c.c.), del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni (leggi in materia bancaria e creditizia), del testo unico di cui al D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni (disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), della Legge 12 agosto 1982, n. 576 (riforma della vigilanza sulle assicurazioni), e del D.lgs. 21 aprile 1993, n. 124 (contenente la "disciplina delle forme pensionistiche complementari, a norma dell'articolo 3, comma 1, lettera v), della legge 23 ottobre 1992, n. 421").

La norma, preceduta dall'art. 39, che dispone il (differenziato) incremento delle sanzioni penali[140] e amministrative previste per le violazioni della disciplina societaria, bancaria, finanziaria, assicurativa e della previdenza complementare, si inserisce nel titolo V della legge: "le disposizioni proposte contemplano, per un verso, un generale aggravamento della disciplina sanzionatoria, da ottenersi con l'elevazione della misura delle pene e delle sanzioni amministrative attualmente previste; per altro verso, l'integrazione del sistema sanzionatorio esistente mediante l'introduzione di fattispecie ulteriori – in parte connesse con le disposizioni introdotte nelle sezioni precedenti – e la previsione di sanzioni accessorie di carattere preventivo, interdittivo e reputazionale, che si ritengono particolarmente efficaci nell'ambito finanziario e societario"[141].

Tra i principî e i criteri direttivi elencati nell'art. 40, con riferimento alle normative sopra ricordate, va segnalata la "previsione della sanzione accessoria della confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, ovvero di beni di valore equivalente" (lett. e)), e l'"attribuzione della competenza ad irrogare le sanzioni accessorie alla medesima autorità competente ad irrogare la sanzione principale" (lett. f)).

L'indicazione legislativa si articola in diverse direzioni: a) qualificazione della confisca in senso di "sanzione accessoria"; b) confisca

---

[140] Un dato costante della recente produzione legislativa: F. Sgubbi, *Presentazione*, cit., XVII.

[141] *Relazione delle Commissioni permanenti della Camera VI (finanze) e X (attività produttive, commercio e turismo)* ai Progetti di legge n. 2436-4543-4551-4586-4622-4639-4705-4746-4747-4785-4971-5179*ter*-5294-A, presentata alla Presidenza il 18 febbraio 2005: cfr. in www.parlamento.it.

obbligatoria del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo; c) confisca di valore equivalente a dette "voci"; d) attribuzione della competenza ad irrogare le sanzioni accessorie alla medesima autorità competente ad irrogare la sanzione principale.

A riguardo solo qualche appunto.

La confisca è qualificata come "sanzione" (e non "pena") accessoria, ciò che comporta l'attribuzione della competenza alla autorità competente ad irrogare la sanzione principale, sia questa amministrativa o penale.

Il legislatore sembra ignorare che gran parte della disciplina relativa alle sanzioni penali e amministrative richiamate dalla disposizione *de qua* già contiene le norme in materia di confisca di cui alle citate lett. e) e f) dell'art. 40[142]. Ad esempio, in materia di reati societari, l'art. 2641 c.c., come anticipato, riflette perfettamente il contenuto della nuova previsione[143].

Segnatamente. Le disposizioni contenute nei capi I, II e V del titolo XI del libro V del codice civile, e quindi anche l'art. 2641 c.c. in materia di confisca, si applicano, ai sensi dell'art. 135 D.l. n. 385/1993, a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche, anche se non costituite in forma societaria.

Ancora. L'art. 18 *bis* del D.lgs. n. 124/1993, rispetto al delitto di esercizio dell'attività di cui all'art. 4 (costituzione dei fondi pensione e autorizzazione all'esercizio) senza autorizzazione del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, prevede la confisca obbligatoria delle cose che sono servite o sono state destinate a commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto, salvo che appartengano a persona estranea al reato.

Anche nel testo unico di cui al D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni – lo si è detto[144] – si registra una maglia intrecciata di ipotesi di confisca (si vedano in particolare gli artt. 187 e 187 *sexies*).

---

[142] Il comma 3 dell'art. 6 della Legge n. 576/1982 stabilisce che l'inosservanza degli obblighi stabiliti dai commi precedenti è punita con la sanzione prevista dall'art. 2626 c.c.

[143] Cfr. *supra* par. 1.

[144] Cfr. *supra* par. 4.

Sarebbe stato necessario far precedere l'emanazione della direttiva dalla ricognizione della disciplina vigente, onde evitare duplicazioni di istituti aventi funzioni analoghe e struttura similare, e circoscrivere l'indicazione al Governo per i casi ancora non coperti, o solo parzialmente assistiti dalla confisca. La direttrice seguita dal legislatore appare, ancora una volta, di tutta evidenza; come nel contesto sovranazionale, tuttavia, anche la normativa interna sta divenendo pletorica, prefigurando situazioni di *concorso di norme*: dovrà comprendere l'interprete, se apparente o reale, e soprattutto, in applicazione di quali principî risolvibile.

A riprova della difficoltà di attuazione della delega va segnalato che il termine di cui all'art. 40, comma 1, originariamente fissato al 12 luglio 2006 (coincidente con il decorso del sesto mese dalla data di entrata in vigore della legge) è stato prorogato, non ancora scaduto, di sei mesi, al 12 gennaio 2007, dall'art. 1, comma 4, della Legge 12 luglio 2006, n. 228, di conversione del D.l. 12 maggio 2006, n. 173.

Ma nemmeno la dilazione sembra aver sortito qualche risultato positivo.

6. *Attività d'impresa, sequestro preventivo e confisca dei beni: l'interdizione "di fatto" dall'esercizio dell'attività d'impresa*

Si è accennato ad alcuni profili particolarmente problematici che la disciplina delle ipotesi speciali di confisca pone in ambito penale-societario: questioni che, come più volte sottolineato, si configurano quando la sentenza di condanna (o, se dal caso, quella emessa su richiesta delle parti *ex* artt. 444 c.p.p.) diviene definitiva.

Ma in realtà l'effetto deflagrante della normativa esplode quando, sin dallo svolgimento delle indagini preliminari, nel corso delle quali può legittimarsi l'applicazione di misure cautelari[145], si delinea

---

[145] Sulla evidente maggiore incisività delle misure cautelari rispetto alle sanzioni definitive (nel caso di specie vengono prese in considerazione dall'Autore le sanzioni interdittive) si veda A. Fiorella, *Le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni interdittive*, in A. Fiorella, G. Lancellotti, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 45.

la necessità della apprensione immediata dei beni "confiscabili". È già in questo momento che, per restare al settore dell'attività d'impresa, possono essere sottratti al soggetto indagato denaro, beni, strumenti finanziari e quant'altro a tali categorie è ricondotto dalla dottrina e dalla giurisprudenza[146].

Si è infatti già ricordato il meccanismo della applicazione del sequestro preventivo a fini di confisca seguito dal provvedimento di ablazione definitiva[147].

Si è altresì rimarcato l'orientamento tendente, anche in ordine alla responsabilità degli enti, alla estensione del sequestro preventivo a fini di confisca alla ablazione di beni di valore equivalente[148].

Il banco di prova del nuovo sistema incentrato sul binomio sequestro preventivo-confisca è costituito ancora una volta dai reati "a sfondo" societario. E non solo per la configurazione della responsabilità "da reato" degli enti, ma anche e soprattutto per il fatto che l'anticipazione della apprensione del bene nelle condizioni sopra richiamate è in grado di paralizzare l'attività di impresa.

Non si tratta, infatti, soltanto di provvedere alla sottrazione del bene prima della emissione della sentenza di condanna in ragione di esigenze di pericolo di aggravamento delle conseguenze del reato o della commissione di nuovi reati.

Il grado di anticipazione dell'intervento ablativo, nel silenzio della legge-delega, va commisurato alla stregua della previsione residuale – in realtà primaria – del rinvio alle norme del codice di procedura penale, applicabili in quanto compatibili, ai sensi dell'art. 34 D.lgs. n. 231/2001. Nella disciplina degli strumenti reali, avara di disposizioni specifiche, l'art. 53 D.lgs. n. 231/2001 prevede che il giudice possa disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca a norma dell'art. 19. Il meccanismo appare analogo a quello regolato dall'art. 321, comma 2 c.p.p. È quest'ultimo, infatti, a divenire il "pozzo senza fondo" cui attingere per l'applicazione della norma. Anche la seconda parte dell'art. 53, richiamando alcune norme processuali ordinarie (in tema di revoca, di sequestro d'urgenza, di

---

146 Cfr. cap. I, par. 7.
147 Cfr. cap. V.
148 Cfr. cap. IV, parr. 3 e ss.

riesame ecc.), conferma l'intento del legislatore di assimilare il procedimento cautelare a carico degli enti a quello costruito attorno alla figura della responsabilità del singolo. *Incidente, tantum* si nota che la norma non richiama il comma 1 dell'art. 321 c.p.p.[149].

Insomma, sebbene formalmente soltanto le misure cautelari interdittive siano finalizzate a limitare l'attività dell'ente, e quelle reali siano soprattutto orientate ad evitare la dispersione del patrimonio, in concreto anche queste ultime conducono alla (quanto meno parziale) paralisi dell'attività dell'ente[150].

È indubbio che una simile tecnica non solo denuncia un ennesimo esempio di eccesso di delega, dalla quale deriva una alluvionale casistica risolta in parte attraverso l'applicazione analogica degli strumenti costruiti per un procedimento diverso come quello previsto dal codice del 1988, ma denota altresì una evidente superficialità nell'approccio alla complessa tematica della responsabilità di soggetti non individuali che operano nel mercato economico e finanziario.

Se si considera che il concetto di "cosa" confiscabile abbraccia non solo i tradizionali beni mobili, ma anche le aziende, i crediti, le azioni, e quasi tutto ciò che è riconducibile al "patrimonio" *lato sensu*, ben si comprende come il sequestro preventivo a fini di confisca possa tradursi in una misura *di fatto* interdittiva dell'attività – nel caso esemplificativo da cui abbiamo preso le mosse – dell'impresa, o, in generale, dell'ente. Ciò mentre il procedimento ha appena raggiunto la fase delle indagini preliminari e non è stato nemmeno necessario dimostrare la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza.

In altri termini: *di fatto* anche il sequestro dei "proventi" non solo produce effetti non difformi da quelli conseguenti alle misure interdittive cautelari (*id est* svolgendo una funzione "*inibitoria* del-

---

[149] L'esclusione sarebbe motivata dalla necessità di evitare che il sequestro preventivo, potendo avere ad oggetto anche l'azienda (cfr. *retro* cap. V), si possa sovrapporre alla sanzione interdittiva più grave, ovvero quella avente ad oggetto l'esercizio dell'attività (art. 14, comma 4, D.lgs. n. 231/2001): T.E. Epidendio, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, p. 93.

[150] T.E. Epidendio, *Le misure cautelari e i gruppi di impresa: teoria e prassi applicativa dai casi concreti*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 2, p. 123. In merito all'ambito di applicazione delle misure interdittive in via cautelare, da ritenersi circoscritto alle ipotesi in cui esse possono essere irrogate all'esito del giudizio di merito, si veda Cass. sez. II pen., 26 febbraio 2007, n. 10500, in www.cortedicassazione.it.

l'attività dell'ente, che giunge a determinare la provvisoria paralisi" dello stesso attraverso la sospensione di atti autorizzatori o il divieto di contrattare con la p.a., ovvero l'esclusione da agevolazioni finanziarie)[151], ma, come si vedrà, opera a prescindere dai presupposti e, quindi, dalle garanzie assicurate dagli artt. 45[152].

Attraverso il binomio "sequestro preventivo-confisca" (anzi: sequestro preventivo-ipotesi speciali di confisca) si configura un meccanismo di portata generale – e quindi, di natura *ordinaria*, seppure distinto e parallelo a quello classico – analogo a quello rilevante in materia di "misure di prevenzione", sganciato persino dal quel rilievo di "connessione soggettiva"[153] cui si è accennato relativamente alla disciplina in materia di criminalità mafiosa e assimilata, e imperniato soltanto sulla *sospetta* (le indagini sono ancora in corso) realizzazione di una attività criminosa. A fini cautelari, l'attività (di impresa), di per sé caratterizzata da un (presunto) indice di "rischiosità"[154], può venire di fatto impedita: come e più che nel caso in cui siano inflitte sanzioni formalmente denominate interdittive.

Poiché il sequestro preventivo può riguardare le "cose di cui è consentita la confisca" tanto in relazione ai reati commessi dalla persona fisica (art. 321, comma 2 c.p.p.) – anche diversamente allocate

---

[151] G. Fidelbo, *Le misure cautelari*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 458.

[152] Misure – sia detto per inciso – fortemente indiziate di determinare, in relazione a specifiche ipotesi, una sovrapposizione alle sanzioni definitive: ad esempio, la revoca di una concessione o l'esclusione da un finanziamento produce effetti definitivi, inconciliabili con il carattere interinale della misura cautelare (così M. Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 42 e s.; G. Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 459. Del resto, come nota Francesco Peroni (in *Il sistema delle cautele*, cit., p. 244 e ss.), il fatto che il legislatore non abbia ancora "assimilato" l'emancipazione del sistema cautelare da quello sanzionatorio definitivo – intrapresa nell'ambito del sistema penale e processuale penale avente fulcro nella responsabilità dell'individuo – emerge dalla stessa rubrica dell'art. 16 D.lgs. n. 231/2001, intitolata "sanzioni interdittive applicate in via definitiva". Sui "guasti" connessi all'abuso dello strumento della legge di delegazione cfr. E. Musco, *Verso un nuovo codice penale?*, in «Dir. pen. proc.», 1999, p. 1497 e ss.

[153] Cfr. cap. III.

[154] Alla prevenzione del rischio penale d'impresa sembra mirata la disciplina relativa alla responsabilità "da reato" degli enti: cfr. E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in «Cass. pen.», 2005, p. 321 e ss.

– quanto ai sensi dell'art. 19 D.lgs. n. 231/2001 (così l'art. 53 del D.lgs. n. 231/2001)[155], è evidente che l'applicazione congiunta delle due tipologie di provvedimenti in relazione a fatti che costituiscono reato e che danno luogo (o anche non: art. 6, comma 5 D.lgs. n. 231/2001) anche alla responsabilità dell'ente può in concreto rendere del tutto indisponibile il patrimonio dell'impresa.

Non solo. Un siffatto sistema non è alternativo, ma si affianca alla possibilità di applicazione in via cautelare anche delle singole sanzioni interdittive (artt. 45 ss. D.lgs. n. 231/2001): con la conseguenza che tanto il patrimonio sociale, quanto significative tipologie di attività d'impresa possono essere oggetto di semplici provvedimenti inibitori sin dalla fase delle indagini preliminari (attraverso, ad esempio, la sospensione di autorizzazioni, licenze o concessioni ritenute funzionali alla commissione dell'illecito; il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere la prestazione di un pubblico servizio; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzare beni o servizi)[156]. Sennonché, come si è osservato, è ancora una volta il "patrimonio" dell'impresa ad essere assoggettato al maggior onere, atteso che per il sequestro preventivo non si richiede l'osservanza dei requisiti "di garanzia" previsti in sede di sanzioni interdittive[157].

Insomma, gli effetti della "morte civile" dell'impresa possono determinarsi prima ancora che il giudice pervenga ad un compiuto accertamento della responsabilità dell'autore del reato presupposto e di quella dell'ente.

Attraverso una sorte di "gioco delle tre carte", la "carta che perde" (rispetto alle esigenze cautelari del sequestro preventivo e a quelle sanzionatorie della confisca) è sempre quella del soggetto (individuale o collettivo) assoggettato a procedimento. E soprattutto,

---

[155] Cfr. *supra* par. 2.

[156] Il legislatore delegante e il legislatore delegato registrano che l'interdizione può essere applicata a duplice titolo, ovvero sia come sanzione sia come misura cautelare, ma non scongiurano il rischio che lo stesso istituto operi prima in via cautelare, poi in qualità di sanzione, determinando una sostanziale duplice punizione: cfr. T.E. Epidendio, *Le misure cautelari*, cit., p. 132 e ss.

[157] F. Peroni, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 266 e ss.

quella dell'"indotto", cui l'attività d'impresa è legata a doppio filo: non solo gli azionisti, per i quali viene in discussione la crescita di valore, ma anche i soggetti che contribuiscono all'attività d'impresa al di fuori della proprietà e del controllo – fornitori, clienti, comunità finanziaria, rappresentanze sindacali[158]; i creditori in generale e, con riguardo al mercato dell'investimento finanziario, i risparmiatori: un capitolo in costante evoluzione, del quale si tenterà di tracciare qualche coordinata[159].

Alla asimmetria consistente nella esclusione, per il sequestro preventivo (e per quello conservativo *ex* art. 54 D.lgs. n. 231/2001), della disciplina "generale" stabilita per l'applicazione in via cautelare delle misure interdittive (art. 45 D.lgs. n. 231/2001)[160], si potrebbe obiettare che anche nell'ambito della responsabilità della persona fisica, per le misure cautelari patrimoniali, non valgono i parametri stabiliti in tema di misure cautelari personali. Tuttavia, a differenza di quest'ultimo caso, per le cautele applicabili in relazione alla presunta responsabilità di enti, pare irragionevole tracciare una linea di demarcazione fondata soltanto sull'"oggetto" della misura ("ente", per le misure interdittive; patrimonio, per quelle reali): va da sé, infatti, che entrambe le tipologie di intervento producono un analogo effetto di neutralizzazione incidente sull'attività economica dell'impresa, non sempre distinguibile nemmeno sotto il profilo della diversa intensità[161].

In assenza di qualunque riferimento ai presupposti del sequestro preventivo "ordinario" (manca infatti sia una qualunque clausola di rinvio all'art. 321, comma 1 c.p.p., sia alcuna precisa statuizione di analogo contenuto)[162], deve ritenersi esclusa ogni valutazione articolata sulla gravità degli indizi e sul *periculum in mora*.

---

[158] C. de Maglie, *L'etica e il mercato*, cit., p. 2 e ss.; P. Bastia, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in Aa.Vv., *Societas puniri potest*, cit., p. 38 e ss.

[159] Cfr. cap. VII.

[160] F. Lattanzi, *Sequestri*, cit., p. 527; nel senso che comunque l'applicazione in sede cautelare anticipata richiede la sussistenza di gravi indizi di responsabilità dell'ente, nonostante il silenzio del legislatore, cfr. R. Bricchetti, *La confisca nel procedimento di accertamento*, cit., p. 11.

[161] F. Peroni, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 266 e ss.

Ma la figura assunta a modello, ovvero il sequestro a fini di confisca *ex* art. 321, comma 2 c.p.p., come si è visto, riserva alcune sorprese, soprattutto sul piano della implicita commistione di requisiti applicativi.

Il fatto è che, rispetto alle misure cautelari reali applicabili all'ente, le lacune della disciplina costringono l'interprete ad oscillare tra due fronti opposti: da un lato, i principî espressi in materia cautelare per le misure interdittive (artt. 45 ss.); dall'altro, i presupposti generali stabiliti in relazione al sequestro applicabile nell'ambito della responsabilità delle persone fisiche.

Se l'accertamento del *periculum in mora* (ovvero il pericolo di pregiudizio per il futuro provvedimento definitivo), sulla falsariga dell'art. 321, comma 2 c.p.p.[163], è ritenuto *in re ipsa*, e assorbito dalla presunzione effettuata dal legislatore attraverso l'ancoraggio alla confisca obbligatoria di cui all'art. 19 (ferma restando la discrezionalità del giudice nel disporre il sequestro)[164], controversa è la necessità di verifica del *fumus boni iuris*.

Si discute, infatti, se presupposto dell'applicazione dell'art. 53 sia la mera "astratta configurabilità" dell'illecito, non venendo richiesta la sussistenza dei "gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato" cui, invece, fa riferimento l'art. 45 in tema di misure cautelari interdittive[165]; ovvero se il giudice sia tenuto ad effettuare un

---

[162] T.E. Epidendio, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 432 e ss.

[163] Il sequestro strumentale alla confisca è addirittura considerato figura autonoma rispetto alla previsione del comma 1: per una rassegna giurisprudenziale in materia si veda anche A. Barazzetta, *La confisca*, cit., p. 191 e ss.

[164] F. Lattanzi, *Sequestri*, cit., p. 528; F. Peroni, *Il sistema delle cautele*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 266 e ss.: l'Autore precisa altresì che la mancanza del requisito del *periculum in mora* si giustifica sulla base della correlazione con l'art. 19, che dispone la confisca *obbligatoria*.

[165] R. Bricchetti, *Le misure cautelari*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 292 e ss.; Id., *Anticipo sulla "pena" con il sequestro preventivo*, in «Guida al Diritto», 2001, n. 26, p. 91; C. Santoriello, *Le garanzie processuali dell'accertamento e le misure cautelari*, in Aa.Vv., *I modelli organizzativi ex D.lgs. 231/2001*, a cura di C. Monesi, Milano, 2005, p. 185; in questo senso si è espresso anche l'orientamento prevalente in giurisprudenza a proposito del sequestro preventivo finalizzato alla confisca, come si è anticipato: cfr. cap. V, par. 2.

giudizio prognostico sulla sentenza di condanna e sul fatto che il bene costituisca prezzo o profitto del reato[166].

Del tutto evidente che i due diversi orientamenti riflettono quelli delineatisi in ordine all'interpretazione della normativa stabilita dal codice di procedura penale in materia di sequestro preventivo a fini di confisca (dell'art. 321, commi 2 e 2 *bis* c.p.p.)[167].

In particolare, la prima ipotesi, contrastata da parte della dottrina dominante[168], affonda le radici nella pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione[169] che ha ritenuto condizione necessaria e sufficiente per disporre il sequestro (sia pure conservativo) di beni assoggettabili a confisca *ex* 12 *sexies* Legge n. 356/1992, quanto al *fumus commissi delicti*, l'"astratta configurabilità, nel fatto attribuito all'indagato e in relazione alle concrete circostanze indicate dal p.m., di una delle ipotesi criminose" previste dalla normativa stessa. Si tratta di una affermazione che trasforma il requisito del *fumus* in una petizione di principio, rispetto al quale la mera configurabilità in astratto della fattispecie diventa *di per sé* sufficiente a legittimare il sequestro[170]. E se l'art. 12 *sexies* rappresenta una norma *sui generis*, che trova giustificazione, secondo un diffuso orientamento, nelle esigenze di contrasto alla criminalità organizzata[171], si deve valutare se le ragioni su cui si fonda siano valide in relazione a qualunque altra ipotesi.

La seconda tesi si allinea all'interpretazione consolidata dei requisiti del sequestro preventivo a fini di confisca, la quale si fonda sul giudizio positivo di *probabilità* della adozione del provvedimento finale e sulla sussistenza dei parametri di confiscabilità del bene: in tale contesto il sequestro è finalizzato ad evitare che eventi pregiudizievoli minaccino la "realizzabilità" del provvedimento finale[172].

---

166 F. Lattanzi, *Sequestri*, cit., p. 529.

167 Cfr. cap. V, par. 2.

168 F. Lattanzi, *Sequestri*, cit., p. 529.

169 Cass. Sez. Un. pen. 17 dicembre 2003, Montella, in «Cass. pen.», 2004, p. 1182.

170 F. Lattanzi, *Sequestri*, cit., p. 530.

171 Sulle ragioni di politica criminale che hanno indotto alla adozione del D.l. n. 307/1992 si veda anche Corte cost. n. 48/1994, par. 4. Per alcune considerazioni critiche sul punto cfr. cap. III, parr. 2.1 e ss.

172 F. Lattanzi, *Sequestri*, cit., p. 529.

Anche con riferimento alla responsabilità degli enti, a fronte della sostanziale identità del testo normativo, le obiezioni all'indirizzo in esame permangono insuperate: il giudizio prognostico circa l'emanazione della sentenza di condanna con conseguente applicazione della confisca non può che fondarsi sulla esistenza di gravi indizi[173]. Inoltre, la "probabilità circa il verificarsi della situazione che si vuole cautelare", nel caso di specie, presuppose altresì un giudizio favorevole in merito alla precisa identificazione del bene oggetto di sequestro con il prezzo o il profitto del reato.

La Corte di Cassazione sembra propensa ad aderire all'orientamento fondato sulla riconducibilità in astratto del fatto alla fattispecie legale, e ciò sia in relazione alla applicazione delle misure cautelari di tipo interdittivo[174], sia in relazione a quelle di natura reale[175]. A quest'ultimo proposito, in particolare, si è rilevato che l'obbligatorietà della confisca (non solo del prezzo ma anche) del profitto del reato e il mancato rinvio ai requisiti dell'art. 45 rende operante il sequestro preventivo a fini di confisca *ex* art. 53 a prescindere dalla sussistenza degli indizi di colpevolezza e dalla loro gravità, sulla falsariga della giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 321, comma 2 c.p.p.; analogamente, la pericolosità della *res* – anziché di quella dell'agente – sottesa alla "confiscabilità" del bene (confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 19) esaurisce l'accertamento in tema di *periculum.* La decisione, oltre a collocarsi

---

[173] Cfr. F. Peroni, *Il sistema delle cautele*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 266 e ss., a parere del quale il requisito *de quo* è da intendere come esteso all'ipotesi in esame in ragione di una imprescindibile razionalità e coerenza interna della materia cautelare.

[174] Tanto che, rispetto ad una presunta ipotesi di truffa ai danni dello Stato per percezione indebita di finanziamenti e contributi la cui erogazione sia rateizzata periodicamente nel tempo (art. 640 *bis* c.p.), proprio ai fini della legittimazione della misura cautelare interdittiva si è ritenuto sussistente il "vantaggio" sulla base della considerazione per cui "se il contributo pubblico sia entrato materialmente nel patrimonio sociale, confondendosi con le altre risorse pecuniarie, si è verificato il vantaggio oggettivo della società, che storicamente ha visto, per un lasso più o meno lungo di tempo, incrementata la sua ricchezza": Cass. sez. II pen, 30 gennaio 2006, n. 3615, in www.lexfor.it.

[175] Cass. sez. II pen., 22 marzo 2006, n. 9829, CED 233373, e in www.reatisocietari.it.: sul punto cfr. altresì cap. IV, par. 3.

nel solco (ormai profondo) tracciato dalla giurisprudenza circa la necessità della mera sussumibilità del fatto attribuito al soggetto in una determinata ipotesi di reato, esige la verifica dei "seri indizi di esistenza delle medesime condizioni che legittimano la confisca"[176].

L'art. 53, inoltre, non esclude l'estensione del provvedimento cautelare alla previsione di cui al comma 2 dell'art. 19, che concerne la confisca per equivalente. Se, quindi, deve ritenersi configurabile il sequestro preventivo per equivalente, è evidente che il giudice delle indagini preliminari si troverà a dover effettuare una valutazione (non solo dell'esistenza del reato presupposto e dell'attribuzione della responsabilità per illecito amministrativo all'ente, ma anche) dei beni di valore equivalente all'ammontare del prezzo o del profitto assoggettabile a confisca a seguito di condanna[177].

Il rinvio espresso all'art. 19 – e non genericamente alla "confisca" – sembra escludere l'applicazione del sequestro all'ipotesi di confisca del profitto (anche per equivalente) prevista dall'art. 6, comma 5, che – si è detto nei precedenti paragrafi – deve sempre essere disposta[178].

Tra le disposizioni richiamate dall'art. 53, significativo il riferimento all'art. 321, comma 3 *bis* c.p.p., che consente al p.m. e alla polizia giudiziaria di disporre il sequestro (nei limiti stabiliti dalla legge) se, per la situazione di urgenza, non è possibile attendere il provvedimento del giudice (il quale deve comunque procedere alla convalida affinché il sequestro non perda efficacia)[179].

Anche sotto il profilo dell'impugnazione, si ripropongono in parte le perplessità affrontate in relazione all'art. 321, comma 2 (e 2 *bis*) c.p.p.

---

[176] Anche tale sentenza, come quella precedentemente citata in materia di misure cautelari interdittive (Cass. sez. II pen., 30 gennaio 2006, n. 3615), presenta profili di particolare interesse riguardo alla verifica del nesso di pertinenzialità tra bene confiscabile *sub specie* di profitto e reato: cfr. cap. I.

[177] F. Lattanzi, *Sequestri*, cit., p. 530.

[178] In senso contrario R. Bricchetti, *La confisca nel procedimento di accertamento*, cit., p. 12.

[179] Cfr. cap. V, par. 2.

Il richiamo all'art. 322 c.p.p. rende estensibile al sequestro l'esperibilità del mezzo di impugnazione del riesame[180], mentre non vi è alcun riferimento al ricorso in cassazione di cui all'art. 325 c.p.p., sicché esso non sarebbe ammissibile né *per saltum* né avverso la decisione del tribunale del riesame.

Peraltro, argomentando dal tenore dell'art. 324 c.p.p. (in particolare, dal comma 6) in ordine al procedimento del riesame, si potrebbe giungere alla conclusione, in via interpretativa, che questo, dovendosi svolgere "in camera di consiglio nelle forme previste dall'art. 127" (del codice di procedura penale), legittimi il ricorso per cassazione ai sensi del comma 7 dello stesso art. 127[181].

Vero è che l'art. 324 c.p.p. non viene espressamente richiamato dall'art. 53 D.lgs. n. 231/2001; ma altrettanto incontestabile è che non ammettendo tale implicito rinvio, mancherebbe qualunque disposizione regolatrice dello svolgimento dello stesso procedimento di riesame.

A sostegno della operatività dell'art. 325 c.p.p. si evoca altresì l'art. 52 D.lgs. n. 231/2001, che consente al p.m. e all'ente, attraverso il proprio difensore, di proporre ricorso per cassazione per violazione di legge contro il provvedimento emesso in sede di appello (comma 2) avverso "tutti i provvedimenti in materia di misure cautelari" (comma 1). Resta il fatto che, contro il sequestro preventivo, risulta ammesso il riesame, ma non l'appello, che sembra riservato alla applicazione in via cautelare delle sanzioni interdittive[182].

---

[180] Per l'applicazione in via cautelare delle misure interdittive si prevede l'appello, giustificato, a parere di parte della dottrina, dal fatto che esse vengono disposte in udienza a seguito di contraddittorio formatosi sulla richiesta e sul fondamento delle stesse (laddove le cautele reali vengono adottate *inaudita altera parte*): F. Lattanzi, *Sequestri*, cit., p. 532.

[181] *Ibidem*, p. 532.

[182] *Ibidem*, p. 531 e ss.; *contra* F. Peroni, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 267: la contrapposizione tra i due orientamenti trae origine dalla controversa estensione dell'applicabilità della normativa dettata dagli artt. da 45 a 52 alle cautele reali. In senso negativo si può addurre l'autonoma struttura dell'art. 53 (e dell'art. 54), che rinvia (soltanto) ad alcune disposizioni del codice di procedura penale, nonché il fatto che l'art. 45 fa espresso riferimento alle (sole) sanzioni interdittive.

Si è già osservato[183], tuttavia, che nemmeno il ricorso per cassazione offre garanzie circa la valutazione degli elementi "di fatto" che è essenziale per valutare la legittimità del sequestro preventivo a fini di confisca.

[183] Cfr. cap. V, par. 2.

Capitolo VII

LA TUTELA DELLA PERSONA ESTRANEA AL REATO E DEI TERZI A FRONTE DEI PROVVEDIMENTI ABLATIVI

1. *Tutela dei diritti della persona estranea al reato e dei "terzi"* versus *funzione sanzionatoria della confisca*

A fronte della diversificazione e dilatazione dell'"oggetto" della confisca si profilano pericoli di compressione dei diritti della persona estranea al reato, e in generale dei c.d. terzi[1], che subiscono gli effetti negativi della apprensione dei beni: effetti negativi che possono consistere, da un lato, nella perdita di beni propri a causa della avocazione degli stessi da parte dello Stato; dall'altro, nella privazione di beni destinati al soddisfacimento di propri diritti. Accade infatti che, per un verso, il prodotto o profitto o prezzo del reato nelle more del procedimento sia stato alienato a terzi (se realmente o solo apparentemente, è oggetto di verifica) e non sia più rinvenibile nella "disponibilità" del reo; per l'altro, e frequentemente, che sul bene (costituente prodotto, profitto, prezzo del reato o strumento utilizzato per commetterlo) o (nella maggior parte dei casi) sul suo valore "equivalente", concorrano le pretese sanzionatorie dello Stato e quelle dei terzi, di norma regolate dalle ordinarie vicende del traffico giuridico.

Entrambi i profili sono apparsi ben chiari al legislatore (anche comunitario) sin dai primi interventi in materia, attraverso i quali, sia pure in forma embrionale, il tema della tutela dei diritti dei "terzi" ha cominciato a profilarsi a fronte della crescente incisività dei provvedimenti ablatori. In particolare, a prescindere da quanto pre-

---

[1] Sui concetti di "persona estranea" e di "terzo" cfr. *infra* par. 2 e 3.

visto dai commi 3 e 4 dell'art. 240 c.p. in ordine alla persona estranea, già la *Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi da reato* dell'8 novembre 1990[2] – da cui ha preso le mosse la normativa successiva[3] e che continua a rappresentare l'insuperato "zoccolo duro" della disciplina – nel promuovere la cooperazione internazionale in ordine ai provvedimenti di sequestro e confisca dei "proventi" da reati di riciclaggio (definiti dall'art. 6), impone alle Parti contraenti, "in caso di notificazione di documenti giudiziari a persone all'estero, interessate da misure provvisorie o da ordini di confisca decisi nella Parte d'origine" del provvedimento ablativo, di "indicare i rimedi giuridici di cui, secondo la propria legge", queste possono avvalersi (art. 21, comma 3). E, ancora, si consente alla Parte di rifiutare il riconoscimento delle sentenze straniere allorché i terzi non abbiano avuto sufficiente possibilità di fare valere i propri diritti (art. 22, comma 2, lett. a))[4]. Ai fini della esecuzione di un provvedimento di confisca nello Stato diverso, infatti, occorre che la possibilità dei terzi di rivendicare i propri diritti sia comprovata da (idonea) documentazione (art. 27, comma 3, lett. c).

Sintomatico il riferimento ai diritti dei terzi contenuto nel solo Capitolo Terzo, relativo alla "cooperazione internazionale", e non nel Secondo, riservato all'obbligo di adozione di "misure in ambito nazionale". Segno che la Convenzione dà per scontata la preesistenza, nei singoli ordinamenti, di previsioni a garanzia della tutela dei terzi: ma il rinvio alla disciplina interna, sotto il profilo delle "garanzie", si è rivelato piuttosto deludente, come si vedrà tra breve.

Nella decisione quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005[5], che ha consacrato il ruolo della confisca come efficace strumento

---

[2] Preceduta dalla generale previsione della "tutela dei terzi in buona fede" contenuta nell'art. 5, comma 8 della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope (Vienna, 1988).

[3] Si veda cap. II, par. 2 e cap. IV.

[4] Peraltro, alla stregua del comma 1 del medesimo art. 22, si stabilisce che "nell'esaminare le richieste di cooperazione ai sensi delle sezioni 3 e 4" (relative alla adozione di misure provvisorie e all'obbligo di confisca) "la Parte richiesta riconosce qualsiasi decisione giudiziaria presa nella Parte richiedente per quanto riguarda i diritti rivendicati dai terzi".

[5] Cfr., oltre che nel sito www.europa.eu.int, anche in «Guida al Diritto. Comunitario e Internazionale», 2005, n. 3, p. 32 e ss.

di prevenzione e contrasto alla criminalità organizzata (la cui motivazione fondamentale è il profitto economico: così il n. 1 dei *Consideranda*), e che persegue l'obiettivo primario di "assicurare che tutti gli Stati membri dispongano di norme efficaci che disciplinino la confisca dei proventi da reato, anche per quanto riguarda l'onere della prova relativamente all'origine dei beni" (n. 10 dei *Consideranda*), una specifica previsione (art. 4) è dedicata alla necessità che ciascuno Stato membro garantisca "effettivi mezzi giuridici a tutela dei propri diritti" alle persone che *detengono* beni in tutto o in parte assoggettati a confisca ai sensi degli artt. 2 e 3 della decisione quadro stessa[6]. Si tratta di una disposizione di particolare significato, atteso che la stessa decisione quadro riconosce agli Stati la facoltà estendere il provvedimento di confisca (totale o parziale) ai "beni acquisiti da persone con le quali la persona condannata ha le relazioni più strette" e ai "beni trasferiti a una persona giuridica su cui la persona in questione […] esercita un controllo" (art. 3, comma 3).

Con riguardo al tema qui in esame, il disegno di legge S 1448 (XV Legislatura) contenente la "*Legge comunitaria 2007*", sviluppa i principî delle decisioni quadro 2003/577/GAI e 2005/212/GAI in molteplici direzioni.

Quanto al primo profilo, interessa soprattutto l'art. 20, lett. t), il quale stabilisce l'esperibilità dei rimedi di impugnazione ordinari previsti dal codice di procedura penale, *anche a tutela dei terzi di buona fede,* avverso i provvedimenti dell'autorità giudiziaria italiana relativi al riconoscimento e all'esecuzione di misure di blocco e di sequestro.

In ordine al secondo atto normativo europeo, il disegno di legge distingue la confisca dello "strumento di reato", per cui si prevede la possibilità di disporre l'ablazione di cose "appartenenti a persona diversa dall'autore" soltanto nei casi di agevolazione colposa (art. 21, lett. a), n. 2), dalla confisca del "provento" di reato, a proposito della quale, cristallizzata la sussidiarietà dell'apprensione rispetto alle pretese del "danneggiato", si indica la necessità di "disciplinare i limiti della confisca nei confronti della persona estranea al reato, che ne abbia beneficiato, o che abbia ricevuto i beni per diritto suc-

---

[6] Sulla incidenza della decisione quadro nel quadro normativo sovranazionale cfr. capitolo sulla cooperazione giudiziaria.

cessorio" (art. 21, lett. c)). L'articolato si chiude con una clausola di salvaguardia, secondo cui "in ogni caso" la confisca non deve pregiudicare "i diritti di terzi in buona fede sulle cose che ne sono oggetto" (art. 21, lett. g): dal novero sono comunque escluse le persone fisiche o giuridiche la cui titolarità risulti fittizia (art. 21, lett. e)).

Tali tratti appaiono comuni allo *Schema di disegno di legge* recante il c.d. Progetto Pisapia (di cui si è detto al cap. I, par. 2), che distingue tra confisca dello "strumento" (art. 56, comma 1) e (confisca) del "prodotto, prezzo, profitto" di reato (art. 56, comma 2). Per le "cose intrinsecamente illecite" si aggiunge una previsione analoga a quella di cui al vigente ultimo comma dell'art. 240 c.p. (art. 56, comma 3, lett. b)). Infine, si conferma la summenzionata clausola "generale" rispetto ai "diritti di terzi in buona fede" (art. 56, comma 7), precisando altresì che la disciplina del codice penale, salvo diversa disposizione di legge, opera anche nei casi di "confisca penale disciplinati da norme particolari", riguardo ai quali si devono applicare "in ogni caso le disposizioni poste a garanzia dei terzi estranei al reato" (art. 56, comma 8). Una espressione, quest'ultima, di evidente significato simbolico, ma, considerato il contenuto dei commi precedenti, chiaramente ridotta a mero involucro privo di effettiva rilevanza, soprattutto avuto riguardo al regime di applicazione dei provvedimenti ablativi in sede cautelare.

Infatti, come emerge dalla stessa normativa sovranazionale sul punto[7], si definisce per i terzi un'area di "rischio" di perdita di diritti non solo in ordine alla confisca, ma sin dal momento in cui diventano ammissibili "misure provvisorie" (con finalità preventive) – come previsto dall'art. 11 della Convenzione di Strasburgo del 1990 in materia di riciclaggio – o provvedimenti di sequestro o "blocco" dei beni – contemplate già dalla Convenzione di Vienna delle Nazioni Unite del 1988 in tema di strumenti di contrasto al traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope (art. 5, comma 2). Il potenziale ambito di lesione della sfera giuridica dei terzi spazia quindi dai provvedimenti provvisori a quelli definitivi senza soluzione di continuità.

---

[7] Puntualmente richiamata anche nei *consideranda* della decisione quadro 2005/212/GAI: si veda *amplius* cap. II, par. 8.

Il conflitto che si apre tra tali soggetti e lo Stato, evidenziato sin dagli albori della riflessione sulla necessità di introduzione di forme di responsabilità dell'impresa per reati economici[8], si acuisce quando, a prescindere dalle "cose" tradizionali (beni mobili e immobili), diventano oggetto di apprensione – già in sede di misure cautelari patrimoniali – i crediti, le azioni, le partecipazioni di società (sia di persone, sia di capitali), i diritti reali, le universalità di beni e le aziende[9]. L'*imput* promana ancora una volta dalla evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in materia di misure di prevenzione antimafia, in ordine alla quale il concetto di "beni" (art. 2 *ter* Legge n. 575/1965) viene inteso nella prospettiva dell'accumulo di ricchezza, anche finalizzato al reimpiego e all'inserimento dei proventi da reato nel flusso economico delle organizzazioni criminali. In tale contesto le esigenze di superamento dello schermo della intestazione fittizia sono all'origine della distinzione tra "disponibilità effettiva" – da ritenersi assimilabile al possesso civilistico – e "appartenenza formale" (dei beni)[10].

Laddove i "beni" *et similia* suscettivi di confisca "appartengano" o siano nella "disponibilità" di terzi si tratta di verificare due profili: *in primis* se tale situazione apparente corrisponda alla realtà effettiva; in secondo luogo, se tali terzi siano da considerarsi "estranei" [11].

Senza soffermarsi sulla articolata ricostruzione di tutte le ipotesi prospettabili in relazione alle diverse figure di confisca, per l'analisi

---

[8] Anche F. Bricola, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in «Riv. dir. proc. pen.», 1970, p. 951 e ss., e in Id., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Giuffrè, Milano, 1997, II, p. 2975 e ss., 3057, richiamando la misura della *Gewinnabschöpfung* di matrice tedesca, attribuiva alla individuazione di adeguati strumenti processuali la soluzione del conflitto fra la pretesa dello Stato all'acquisizione del vantaggio e la pretesa privatistica del danneggiato; in quest'ultimo senso si muove il sistema tedesco: cfr. sul punto *amplius* cap. VIII, parr. 7 e ss.

[9] Sul punto cfr. *amplius* cap. I e cap. III, par. 1.5.

[10] F. Cassano, *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, in «Cass. pen.», 2005, p. 2154 e ss. Per alcune considerazioni sulla interposizione fittizia in relazione alla normativa "antimafia" cfr. cap. III, par. 1.5.

[11] Con alcune rilevanti eccezioni: nel caso della disciplina del diritto d'autore, l'art. 171 *sexies*, comma 3, introdotto dalla Legge n. 248/2000, stabilisce che la confisca si applica anche se i beni appartengano ad un soggetto giuridico diverso, nel cui interesse abbia agito uno dei partecipanti al reato cfr. *infra* nota (60).

delle quali si rinvia agli studi specifici[12], vanno evidenziati in questa sede alcuni profili paradigmatici del sistema ablativo (sequestro preventivo e confisca) che, fondandosi su meccanismi "sostanzialmente sanzionatori", viene a colpire in modo automatico anche soggetti terzi (persone fisiche e persone giuridiche) incolpevoli[13].

Le previsioni disposte a tutela dei terzi seguono due direttrici fondamentali.

Per un verso, vengono in questione i limiti di apprensione dei beni appartenenti alla "persona estranea al reato": così, ad esempio, la confisca facoltativa *ex* art. 240 comma 1 c.p. e quella obbligatoria del prezzo (art. 240, comma 2, n. 1 c.p.) è esclusa quando la cosa appartiene a "persona estranea al reato" (art. 240, comma 3 c.p.)[14]; analoga esclusione è prevista in entrambi i commi dell'art. 322 *ter* c.p.[15].

Per l'altro, alcune disposizioni fanno salvi i diritti alla restituzione e al risarcimento dei danni (si pensi all'art. 644, ult. co. c.p. in tema di usura), consentendo il soddisfacimento delle pretese risarcitorie della "persona offesa dal reato"[16]. Ma anche in ipotesi come quelle contemplate da questa disposizione, che non prendono in

---

[12] In particolare si vedano i citati studi di A. Alessandri (in particolare, la voce *Confisca*), L. Fornari, A. Mangione e A.M. Maugeri.

[13] Le perplessità espresse da Franco Bricola (*Premessa ai commenti alla Legge 13/9/1982, n. 646. Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale e integrazioni alle leggi 27/12/1956 n. 1423, 10/2/1962 n. 57 e 31/5/1965 n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia*, in «Legisl. pen.», 1983, p. 244 e ss. – oggi anche in Id., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Giuffrè, Milano, 1997, II, 1, p. 2721 e ss.) a proposito delle misure di prevenzione patrimoniali possono essere estese anche alle (altre) ipotesi speciali di confisca in ragione delle assonanze tra la struttura delle prime (capofila, come anticipato, delle nuove tipologie di confisca) e le seconde.

[14] Per le cose appartenenti a persona estranea, la fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione delle quali costituisce reato, la confisca è altresì esclusa se dette attività possono essere consentite mediante autorizzazione amministrativa (art. 240, comma 4 c.p.): in tal caso sarebbe sufficiente l'autorizzabilità in astratto, a prescindere dall'accertamento in concreto della esistenza della stessa (G. Grasso, *Art. 240*, cit., p. 534, n. 46).

[15] Con particolare riferimento all'art. 640 *quater* c.p., che rinvia all'art. 322 *ter* c.p. cfr. cap. IV, par. 4.

[16] Dal tenore letterale della disposizione sembra evincersi che la deroga sia riservata alla pretesa risarcitoria della persona offesa, e non si estenda a quella di qualsiasi soggetto danneggiato dal reato: sul punto si consenta di rinviare al nostro *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 51 e ss.

considerazione la generale figura dei terzi, i diritti di questi ultimi, come si vedrà, non possono essere pretermessi. Ad esempio, si è ritenuto che l'applicazione della confisca non determini l'estinzione del preesistente diritto di pegno costituito a favore di terzi su cose che ne sono l'oggetto quando questi ultimi riescano a provare di trovarsi in una situazione di "buona fede e di affidamento incolpevole": in tal caso "il giudice dell'esecuzione deve assicurare che il creditore pignoratizio possa esercitare il diritto di prelazione sulle somme ricavate dalla vendita"[17].

Ad una sorta di buona fede incolpevole sembra fare riferimento anche l'art. 301 t.u. doganale in relazione ai mezzi utilizzati o destinati alla commissione del reato di contrabbando[18].

Ulteriori disposizioni, come l'art. 19 D.lgs. n. 231/2001, fanno salvi espressamente sia i diritti del danneggiato (nel caso specifico della norma citata, attraverso la restituzione) sia i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

Trasversale alla problematica in questione è la distinzione tra ipotesi nelle quali la confisca non può operare per tassativa previsione di legge (come nel menzionato caso dell'art. 240, commi 3 e 4 c.p.) e ipotesi nelle quali si stabilisce soltanto che sono fatti salvi i diritti dei "terzi" o del danneggiato" ovvero della "persona offesa": in questo secondo caso, infatti, si ammette la confisca (e quindi il sequestro in funzione di essa) e i diritti dei terzi – a differenza di quanto avviene in altri sistemi[19] – possono essere fatti valere in sede civile[20].

La rilevanza del tema, che nelle pagine seguenti si tenterà di abbozzare nelle coordinate principali, si può apprezzare anche in altra prospettiva, ovvero in chiave di costruzione di argini e dighe che consentano alla confisca di refluire nel conquistato ruolo di misura legata al fatto di reato, con conseguente e necessario ripudio del modello (ormai dominante) della confisca dei beni riconducibili a soggetti socialmente pericolosi (sulla falsariga della confisca c.d. antimafia)

---

[17] Cass. Sez. Un. Pen. 28 aprile 1999, n. 9, Bacherotti, in «Foro it.», 1999, II, p. 572; e in «Dir. pen. proc.», 1999, p. 961.

[18] Cfr. *infra* par. 7.

[19] Cfr. cap. VIII, parr. 7 e ss.

[20] Cass. sez. III pen., 4 dicembre 1995, Cascarino, CED 203367.

e dei guadagni (giudicati) "eticamente" riprovevoli (si pensi alla evidenziata inflazione dell'istituto nel diritto penale economico).

La rivalutazione della tutela dei diritti dei terzi potrebbe aprire un varco – *rebus sic stantibus* non "coltivato" con sufficiente determinatezza – nel fronte granitico del rafforzamento dei provvedimenti ablatori: e ciò nel senso del ridimensionamento dei margini di espropriazione dei beni da parte dello Stato. È proprio in tal senso che si muovono ordinamenti come quello tedesco[21], mentre nel sistema italiano, nonostante le molte sollecitazioni[22], le sterili enunciazioni di salvaguardia dei diritti dei terzi – con la parziale eccezione della confisca di prevenzione[23] – celano l'assenza di strumenti di tutela e la sostanziale ineffettività delle singole previsioni.

In effetti la funzione palesemente sanzionatoria acquisita dalle ipotesi speciali di confisca – in tutti i casi obbligatoria – non si giustifica nei confronti dei c.d. terzi innocenti[24], a meno di ritenere che l'oggetto della stessa (prodotto, profitto o prezzo del reato) abbia *di per sé* natura di cosa pericolosa, anzi di cosa talmente pericolosa a fini di prevenzione generale e/o speciale, da imporre l'apprensione anche in danno di terzi estranei. *Id est* salvo ammettere che, nei confronti della persona "non estranea" al reato – nel senso di cui si dirà nei successivi paragrafi – e dei terzi prevale una sorta di responsabilità oggettiva fondata sul mero rapporto relazionale tra un soggetto e un determinato bene ritenuto "connesso" al reato. Una siffatta natura di *malum* in sè di tali beni sembra ascrivibile dalla nuova tipologia di confisca soprattutto al "profitto" del reato, che deve essere inseguito e agguantato per rispondere alla esigenza di evitare che il crimine produca i propri frutti a vantaggio del reo – ciò che costitui-

---

[21] Cfr. cap. VIII, parr. 7 e ss.

[22] Non ultima, in materia di procedimento di prevenzione concorrente con quella fallimentare, la sentenza della Corte costituzionale n. 190/1994.

[23] Non è un caso che proprio in relazione alla confisca di prevenzione si è precisato che la verifica del diritto vantato dal terzo incide direttamente sulla confisca, e sollecita una nuova indagine, la cui estensione e i cui strumenti appartengono al Giudice dell'esecuzione del provvedimento di prevenzione: Cass. Sez. II civ., 30 marzo 2005, n. 6661, CED 580252.

[24] Si veda A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 134 e 138.

sce il *leitmotiv* dei recenti interventi normativi – e che comunque di esso beneficino altri soggetti, pur senza responsabilità[25].

2. *La scarnificazione del concetto di "persona estranea al reato". "Appartenenza" e "disponibilità" dei beni*

In ordine alla delimitazione della clausola di salvaguardia relativa alla "appartenenza" dei beni a "persona estranea al reato" la relazione tra soggetto e bene diviene elemento fondamentale di indagine.

A riguardo occorre premettere che, nonostante il rapporto simbiotico esistente tra sequestro preventivo e confisca, i concetti di "*disponibilità*" da parte dell'indagato ("sequestro preventivo "comune" *ex* art. 321, comma 1 c.p.p.) e di "*pertinenzialità*" rispetto a terzi (sequestro preventivo a fini di confisca ai sensi dell'art. 321, comma 2 c.p.p., per il quale valgono i limiti stabiliti per le singole ipotesi speciali) si collocano su piani sfalsati. Anche in questa sede si consenta di attingere agli approdi ormai consolidati dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul punto. Con una precisazione, che si riallaccia a quanto ricordato in tema di *sequestro preventivo* e che incide sui requisiti di operatività delle due misure cautelari, e di conseguenza sugli eventuali motivi di richiesta di riesame o di revoca[26]: e cioè che se la cosa si trova nella disponibilità dell'indagato, pur appartenendo essa a terzi, opera il sequestro preventivo comune, mentre se la cosa confiscabile appartiene all'indagato, ma non è nella sua disponibilità, può trovare applicazione il sequestro di cui all'art. 321, comma 2 c.p.p.[27].

La rilevanza del profilo appare di tutta evidenza: è infatti in relazione al sequestro preventivo che si manifesta il primo e, come si è visto[28], pressoché insanabile *vulnus* – stante la sostanziale inefficacia dei rimedi proponibili – ai diritti dei "terzi".

---

[25] Cfr. cap. I.

[26] Si veda cap. V, par. 2.

[27] Così F.M. Iacoviello, *Fallimento e sequestri penali*, in «Fall.», 2005, p. 1274. La puntualizzazione si rende necessaria in ragione dei presupposti diversi richiesti dall'art. 321 c.p.p. per ciascuna delle due tipologie di sequestro.

[28] Sulle peculiarità del sequestro "a fini di confisca" e sulla definitività dei provvedimenti di sequestro cfr. cap. V, rispettivamente parr. 1 e 2.

In alcuni casi il rapporto tra terzo e beni assoggettabili a confisca è espresso in termini di *appartenenza*, presunta, sino a prova contraria, in capo al detentore del bene[29]: essa, ad esempio, è invocata, oltre che dall'art. 240, commi 3 e 4 c.p. (che la riferisce alla persona estranea)[30], dall'art. 2 *ter*, comma 5, Legge n. 575/1965 (con riguardo ai "terzi") e dall'art. 187 *sexies*, comma 3 D.lgs. n. 62/2005, che esclude l'applicabilità della confisca "di beni che *non appartengono* ad una delle persone cui è applicata la sanzione amministrativa pecuniaria" (sul punto si è già detto della incertezza interpretativa in ordine alla estensione della operatività della disposizione)[31].

L'"appartenenza" abbraccia senza dubbio la proprietà del bene; controversa invece la riconducibilità al presupposto della titolarità di un diritto reale di godimento e di garanzia e ai diritti di credito: alla stregua della tesi dominante in giurisprudenza[32], impostasi nel terreno di coltura delle misure di prevenzione patrimoniale[33], e in gran parte della dottrina[34], in tali situazioni si ammette l'apprensione del bene da parte dello Stato, ma non si registra uniformità di soluzioni in merito alla tipologia di tutela da assicurare ai terzi[35]. Per contro, altra parte della dottrina, facendo leva sulla *ratio* della norma, orientata alla pro-

---

[29] L. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 733, n. 8.

[30] Le considerazioni sviluppate nel testo valgono per tutte le ipotesi in cui l'art. 240 c.p. è richiamato in quanto compatibile.

[31] Cfr. cap. VI, par. 4.

[32] Si ritiene che l'"appartenenza" includa i diritti reali di garanzia (Cass. sez. I, 8 luglio 1991, n. 3117, Mendella) – in relazione al pegno cfr. Cass. Sez. Un. 28 aprile 1999, n. 9, Bacherotti, in «Dir. pen. proc.», 1999, p. 961; cfr. altresì Cass. sez. III civ., 16 gennaio 2007, n. 845, Sposato e altro, in «Guida al Diritto», 2007, n. 12, p. 63 e s. Con riferimento alla estensione ai diritti di godimento, si è ammesso il diritto ad ottenere la restituzione del bene dissequestrato da parte di chi avesse perso il possesso che gli competeva in virtù, ad esempio di un diritto di usufrutto, di uso o di abitazione, o perfino la detenzione qualificata in forza di contratto di locazione: Cass. sez. II pen., 7 febbraio 2006, n. 4823, in «D&G. Diritto e Giustizia», 3 marzo 2006.

[33] Cfr. cap. III, parr. 1.1 e ss., per alcune considerazioni complessive cfr. anche cap. I.

[34] A. Alessandri, voce *Confisca nel diritto penale*, in «Dig. disc. pen.», III, 1989, p. 54.

[35] Si veda la puntuale ricostruzione di G. Grasso, *Art. 240*, cit., p. 531, n. 32 e di L. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 732, n. 2, con ampi riferimenti alla dottrina dominante. Sostanzialmente in tal senso anche A. Alessandri, voce *Confisca*, cit., p. 54. Sul punto si veda *infra* par. 3.

tezione dei diritti patrimoniali dei terzi, esclude l'apprensione del bene rispetto al quale tali soggetti risultino titolari di uno dei diritti sopra ricordati rientranti nell'ambito di operatività della disposizione[36].

Se si considera il tenore dell'art. 240 c.p., "estranea" (dal punto di vista attivo) al reato è reputata senza dubbio la persona offesa, per cui non possono essere confiscati i suoi beni, quand'anche essi rappresentino profitto del reato[37].

Questione rilevante sino all'entrata in vigore del D.lgs. n. 231/2001 era la riconducibilità della persona giuridica all'ambito dei soggetti estranei. Nonostante la ferma posizione della dottrina, che evidenziava con vigore l'insuperabilità del dato testuale dell'art. 240 c.p. ("persona estranea al reato") nel rispetto del principio di personalità della responsabilità[38], il tradizionale orientamento giurisprudenziale si esprimeva a favore della estensione della confiscabilità ai beni sociali, evocando i concetti di "appartenenza sostanziale del bene", il coinvolgimento della società in attività criminose, l'imputazione in termini di "rappresentanza"[39].

Il sipario si alza successivamente all'entrata in vigore del D.lgs. n. 231/2001, svelando una scenografia con nuovi protagonisti: compaiono i gruppi societari e ci si interroga sulla possibilità di qualificare come persona estranea altra società appartenente al medesimo gruppo. La riforma del 2001, infatti, se pure ha affrontato – sia pure non brillantemente – il tema del rapporto ente-soggetto apicale ed ente-soggetto sottoposto, non ha completato il percorso rispetto all'inserimento della società in una rete di relazioni orizzontali (rispet-

---

[36] Cfr. M. Massa, voce *Confisca (dir. e proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, VIII, 1961, p. 983, nota 7.

[37] Anche in tal caso l'orientamento della dottrina è monocorde: cfr. L. Fornari, *Art. 240*, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 2003[4], p. 733, n. 7.

[38] A. Alessandri, *Confisca*, cit., p. 55; G. Grasso, Art. 240, cit., p. 530, n. 30; L. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 733, n. 6; Id., *La criminalità del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2005, p. 278 e ss.

[39] Cfr., ad esempio, Cass. sez. I pen., 9 dicembre 2004, n. 1927, A. e altro, CED 230905. Per una rassegna delle variegate soluzioni accolte in giurisprudenza si veda ancora L. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 733, n. 6; in punto di tutela dei terzi nell'ambito del D.lgs. n.231/2001 cfr. *infra* par. 9.

to ad altre società sorelle) e verticali (rispetto alla società holding): sul punto si aggiungerà qualche considerazione a proposito della tutela dei terzi rispetto alla responsabilità degli enti[40].

Come anticipato, la questione riguarda la distinzione tra appartenenza formale e appartenenza fittizia, che esclude la estraneità del terzo[41]. I beni suscettibili di apprensione, in altri termini, devono rientrare *nella disponibilità del soggetto, sia pure per interposta persona (*art. 644 u.c. c.p.). La discrasia tra indicazione formale e disponibilità fittizia del bene si pone altresì in ordine alla confisca di cui all'art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992[42]. Sulla portata applicativa della ablazione incide anche la stretta correlazione tra sequestro finalizzato alla confisca e successivo provvedimento di confisca: come si diceva[43], la contaminazione tra i due istituti che si trovano in rapporto teleologico determina una espansione dell'ambito di applicazione dei provvedimenti ablativi.

Del danno irreparabile alle pretese dei terzi si può avere contezza ricordando che, nelle pronunce della giurisprudenza, si legge che quello in questione costituisce "accertamento di merito che, ove adeguatamente motivato, sfugge al sindacato di legittimità"[44]: sicché il giudizio espresso dalla Corte di Cassazione riguardo al ricorso presentato avverso l'ordinanza del Tribunale del riesame non può garantire alcun rimedio.

Tra le diverse questioni in discussione, controversa appare la delimitazione del momento in cui fissare l'esistenza del requisito dell'appartenenza. L'elaborazione formatasi in ordine alla confisca c.d. comune[45] ha individuato il *tempus* in quello della applicazione dell'istituto[46]: ciò essenzialmente in ragione del fondamento della mi-

---

[40] Cfr. *infra* par. 9.

[41] Cfr. *infra* par. 4.

[42] Cfr. cap. III, parr. 2.1 e ss.

[43] Cfr. cap. V.

[44] Cass. Sez. V pen., 16 gennaio 2004, Napolitano, in «Foro it.», 2004, II, p. 690.

[45] Così in dottrina A. Alessandri, voce *Confisca*, cit., p. 54; G. Grasso, *Art. 240*, cit., p. 531; L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., p. 660.

[46] Si ammette la salvaguardia dei diritti dei terzi sorti dopo la commissione del reato, ma solo in mancanza della conoscenza della provenienza illecita del bene: cfr. A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali* cit., p. 130.

sura di sicurezza patrimoniale – incentrato sul giudizio di pericolosità – e a fini di tutela dei c.d. terzi di buona fede[47] (sulla rilevanza di questa ultima situazione si tornerà tra breve). Sulla medesima linea si è attestata anche la tesi prevalente in ordine alle misure di prevenzione reali[48].

Quanto alla delimitazione dell'ambito della "estraneità al reato" della persona cui appartengono i beni oggetto di apprensione.

A titolo di premessa va precisato che la confisca comune (art. 240, commi 3 e 4 c.p.) – anche in relazione alle disposizioni che ad essa rinviano (ad esempio, la confisca societaria *ex* art. 2641 c.c., sulla cui falsariga si colloca anche l'art. 187 D.lgs. n. 62/2005 in materia di abusi di mercato) – e alcune ipotesi speciali di confisca (ad esempio, l'art. 322 *ter*, comma 1 c.p., operante anche laddove richiamato dall'art. 640 *quater* c.p., e l'art. 174, D.lgs. n. 42/2004 contenente i codice dei beni culturali) rapportano l'"estraneità" al "reato", da intendersi come fonte di ricavi illeciti; altre disposizioni invece fanno riferimento al temine "terzi" senza ulteriori indicazioni (così, a titolo esemplificativo, l'art. 2 *ter*, comma 5. Legge n. 575/1965). La discrasia si può spiegare in considerazione del fatto che, mentre la prima tipologia si inserisce nel quadro dell'applicazione di misure di sicurezza o – a seconda delle interpretazioni – di pene principali o accessorie, ovvero comunque di sanzioni "penali", la seconda opera sul piano delle misure di prevenzione, rispetto alle quali, proprio a causa della natura preventiva rispetto alla commissione del reato, appare più difficile stabilire entro quali termini eventuali "terzi" possano definirsi "estranei al reato": da qui l'estensione della clausola di salvaguardia, in quest'ultimo caso, a tutti i "terzi".

---

[47] Per tutti cfr. L. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 733, n. 4; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 130; così anche Cass. sez. VI pen. 20 ottobre 1997, Emanuela costruzioni s.r.l., in «Cass. pen.», 1999, p. 2141 e ss. Un diverso orientamento, documentato da A.M. Maugeri (in *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 131 e ss.) e dall'Autrice non condiviso, ritiene che per la confisca obbligatoria rilevi il *tempus commissi delicti.*

[48] Cfr. *infra* par. 4.

Circa l'"*estraneità al reato*" va precisato che essa non coincide con l'estraneità al procedimento, ovvero al processo in corso[49], per cui possono essere appresi beni appartenenti a persona sottoposta a separato procedimento penale. Pacifica appare invece l'esclusione dalla categoria – e, quindi, ammessa la confisca dei beni "appartenenti" o "rientranti nella disponibilità"[50] – del soggetto indagato a titolo di concorso di persone[51]. Sul punto solo qualche breve riflessione.

Il combinato disposto di istituti orientati alla dilatazione dell'ambito di riferimento della responsabilità penale e di quelli a questa connessi – quali il concorso di persone nel reato e la c.d. confisca di valore, cui si aggiunge quello simmetrico del c.d. sequestro preventivo a fini di confisca (esso pure ammesso per il c.d. *tantundem*)[52] – produce un ampliamento esponenziale dell'ambito di applicazione delle misure ablative.

Così, in relazione ad una ipotesi di concorso di persone nei reati previsti dagli artt. 640 *bis* e 316 *bis* c.p., la Corte di Cassazione, sulla scorta della concezione unitaria dell'istituto, ha precisato che la confisca (art. 322 *ter* c.p.), e, prima di questa, la misura cautelare reale del sequestro preventivo a fini di confisca (art. 321, comma 2 *bis* c.p.p.), può aggredire beni di uno dei correi per un valore equivalente al ritenuto prezzo o profitto del reato, anche se quest'ultimo *non sia affatto transitato, o sia transitato in minima parte nel suo patrimonio*, e invece sia stato materialmente appreso da altri. Quale "effetto sanzionatorio del reato" la confisca "può interessare ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del prezzo o profitto accertato", anche perché diversamente la misura cautelare potrebbe essere impedita o neutralizzata dalla parcellizzazione del provento delittuoso[53].

---

[49] Oltre a G. Grasso, *Art. 240*, cit., p. 531, n. 31, e L. Fornari, *Art. 240*, cit., p. 733, n. 8, si vedano i riferimenti giurisprudenziali contenuti in A. Callaioli, *Art. 240*, cit.

[50] Sul punto si veda *infra* nel testo.

[51] Ai sensi del già ricordato art. 51, comma 3 del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, in materia di rifiuti, si prende esplicitamente in considerazione il "compartecipe al reato" come destinatario del provvedimento di confisca, al pari del proprietario dell'area sulla quale è realizzata la discarica abusiva.

[52] Sulla correlazione tra confisca e sequestro preventivo a fine di confisca, esteso alle ipotesi di apprensione di beni di valore equivalente cfr. cap. V.

[53] Cass. Sez. V pen., 16 gennaio 2004, Napolitano, in «Foro it.», 2004, II, c. 690.

Ancora in merito al concetto di persona estranea, si è ipotizzato che non possono essere ritenuti tali i soggetti che abbiano partecipato a qualunque titolo ad un reato che risulti teleologicamente connesso *ex* art. 61, n. 2 c.p., ovvero ad un reato unito da un qualunque vincolo di "accessorietà" e "consequenzialità", quale quello che avvince i reati di ricettazione e favoreggiamento rispetto all'illecito penale presupposto: si osserva in senso contrario che una dilatazione dell'alveo della "non estraneità" appare censurabile sotto il profilo dell'osservanza del principio di personalità della responsabilità "penale", stante la natura di conseguenza sanzionatoria che la confisca riveste[54].

Anche tale prospettiva determina una estensione *praeter legem* o addirittura *contra legem* della previsione normativa. Quest'ultima, utilizzando la locuzione "persona estranea al reato", a nulla vuole alludere se non alla persona che *non* abbia partecipato al reato, la quale può identificarsi anche in colui che, *dopo* la commissione del delitto e *al di fuori* dei casi di concorso nel medesimo reato, pone in essere condotte di favoreggiamento (reale). Per contro la lettura – in verità largamente diffusa – che propone l'ampliamento del concetto di persona *non estranea* al reato, attraendo in questa l'autore del favoreggiamento, contrasta palesemente con il divieto di analogia *in malam partem*, consentendo l'applicazione di una sanzione afflittiva, o quanto meno, parapenale come la confisca (anticipata dal sequestro) a soggetto che per definizione *non* ha alcuna connessione con il reato da cui deriva il prodotto, il profitto e il prezzo (e con le cose destinate o utilizzate per la commissione del reato)[55].

Le medesime considerazioni valgono rispetto al delitto di ricettazione e riciclaggio per i quali il legislatore stabilisce uno iato tra autore del reato presupposto e autore del reato di ricettazione e di riciclaggio, sicché

---

[54] Sul punto A. Alessandri, voce *Confisca*, cit., p. 55; G. Grasso, *Art. 240*, cit., p. 529 e ss., nn. 27 e ss.

[55] *Incidenter tantum* va rilevato che la definizione di persona estranea al reato o *a contrario* quella di "intraneo" allo stesso, si potrebbe riverberare su altri istituti, quali ad esempio, il pagamento delle spese processuali. Infatti, atteso il tenore dell'art. 535, comma 2 c.p.p., secondo cui i condannati per lo stesso reato o per reati connessi sono obbligati in solido al pagamento delle spese processuali, e alla luce della disciplina dei casi di connessione, l'interpretazione analogica proposta in relazione al concetto di "estraneità al reato" ai fini della applicazione della confisca, finirebbe col vanificare la *ratio* della normativa in materia, determinando una ipertrofia del principio di solidarietà.

l'autore o il partecipe del primo risulta non punibile per le condotte previste dagli artt. 648 e 648 *bis* (nonché 648 *ter*) del codice penale[56].

La legge in materia di *Market Abuse* (Legge n. 62/2005), nell'introdurre un sistema basato sul cumulo di sanzioni penali e sanzioni amministrative[57], prevede anche due ipotesi confisca, cui si è fatto cenno: l'una, quella stabilita per i reati (art. 187 D.lgs. n. 58/1998), è esclusa in relazione ai beni appartenenti a persona *estranea al reato*, e ciò in virtù del rinvio, in quanto compatibili, alle disposizioni dell'art. 240 c.p.; l'altra, quella stabilita per gli illeciti amministrativi (art. 187 *sexies*, comma 3 D.lgs. n. 58/1998), non può essere disposta in ordine a beni "che non appartengono ad una delle persone cui è applicata la sanzione amministrativa pecuniaria". In questo ultimo caso non rileverebbero quindi i be-

---

[56] L'applicazione al caso di specie del principio della consunzione ovvero della teoria del *post factum* non punibile confligge con l'elevata offensività del delitto di riciclaggio (confermata anche dal rigore del trattamento sanzionatorio edittale) – così S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in «Dir. pen. proc.», 2005, p. 235 – e non necessariamente e/o sufficientemente espressa dal disvalore del reato presupposto (S. Seminara, *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, in «Dir. pen. proc.», 2004, p. 510). L'abrogazione dell'inciso "fuori dei casi di" (contenuto negli artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p.) proposto dall'art. 49 del disegno di legge C 4705, contenente la disciplina relativa alla tutela del risparmio, e scomparsa nel corso dell'*iter* parlamentare, suscita molti dubbi in quanto non accompagnata da una ridefinizione in termini tassativi della condotta tipica e del bene giuridico tutelato. La soppressione del suddetto inciso – misteriosamente non estesa all'art. 648 c.p. che costituisce l'archetipo delle ipotesi di riciclaggio – può contrastare con il divieto del *ne bis in idem* poiché frequentemente il successivo impiego costituisce naturale prosecuzione, per non dire perfezionamento, del reato presupposto (S. Seminara, *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, in «Dir. pen. proc.», 2004, p. 510 e ss.): si ipotizza quindi che l'obiettivo della riforma, inserita nel decreto in materia di risparmio, integri il tentativo di recuperare, attraverso la figura del concorso di reati (fattispecie *ex* artt. 648 *bis* o 648 *ter* e "delitto non colposo" presupposto), un trattamento sanzionatorio più severo – rispetto alle previsioni degli artt. 2621 e 2622 c.c. (false comunicazioni sociali) – in ipotesi gravi come quelle sfociate nelle vicende Cirio e Parmalat. Da un lato, l'ampiezza dell'art. 648 *bis* c.p. a seguito della riforma avrebbe trasformato la disposizione in una automatica "causa di aggravamento della responsabilità" (S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in «Dir. pen. proc.», 2005, p. 236); dall'altro, nulla esclude che in sede ermeneutica la natura "necessariamente *post crimen patratum* delle fattispecie" avrebbe reso inutile la *novatio legis*, legittimando l'applicazione alternativa (E. Musco, *Nasce il nocumento al risparmio. Una inutile "norma spettacolo"*, in «Dir. e giust.», 2004, 6, 9).

[57] Cfr. cap. VI.

ni appartenenti all'ente, peraltro apprensibili – limitatamente al prezzo e al profitto (art. 19) ovvero al solo al profitto (art. 6, comma 5), ma con esclusione dei beni costituenti mezzi di esecuzione – in base al combinato disposto degli artt. 6 e 19 e dell'art. 25 *sexies* D.lgs. n. 231/2001[58].

E ancora. Si è spinto alle estreme conseguenze il processo interpretativo analogico (più che "estensivo"), ritenendo esclusa l'estraneità quando il terzo abbia comunque ricavato vantaggi e utilità dal reato[59]. Infatti, nonostante la limpidezza del dato letterale normativo, l'intervento ablativo è stato ammesso anche laddove il soggetto, pur non avendo a nessun titolo partecipato al reato, tuttavia abbia tratto "vantaggi" dal reato. Mediante una siffatta argomentazione risulta superato il tenore testuale delle disposizioni[60], trascendendo anche i confini imposti in materia *ex* art. 12 preleggi, come nel caso della sentenza della Corte costituzionale n. 2 del 1987 (par. 8), in materia doganale, sulla quale si tornerà tra breve[61], che, ad avviso di alcuni Autori, ha espresso un principio da ritenersi di carattere generale e criterio ermeneutico comune in relazione alla "posizione" del terzo estraneo al reato[62]. Da qui il consolidarsi dell'orientamento secondo il quale, in considerazione della "precisa connotazione funzionale della confisca", il collegamento tra la posizione del terzo e la commissione del fatto-reato consiste proprio nel vantaggio che costui abbia tratto dall'altrui attività criminosa[63].

---

[58] Cfr. A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., p. 2136 e ss. Resta comunque da risolvere anche la questione dell'applicabilità dell'art. 187 *sexies* in relazione all'art. 187 *quinquies*: cfr. cap. VI, par. 4.

[59] Con riferimento al tema della identificabilità del terzo nell'"ente" cfr. *infra* par. 9.

[60] Per contro, in sintonia con il principio di legalità (almeno in relazione al profilo della individuazione dei soggetti i cui beni possono essere appresi) appare la soluzione adottata dalla riforma della disciplina in materia di diritto d'autore (art. 171 *sexies*, Legge 22 aprile 1941, n. 633), che, a fini di confisca degli strumenti e dei materiali serviti o destinati a commettere uno dei reati previsti dal comma 1, o altro materiale ivi elencato, espressamente prevede l'apprensione dei beni anche se appartenenti "ad un soggetto giuridico diverso, nel cui interesse abbia agito uno dei partecipanti al reato" (comma 3).

[61] Cfr. *infra* par. 7.

[62] G. Grasso, *Art. 240*, cit., p. 529, n. 26; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 130.

[63] Cass. Sez. Un. 28 aprile 1999, n. 9, Bacherotti, in «Riv. pen.», 1999, p. 632 e ss.

Alle vicende della disciplina della confisca del mezzo di trasporto di cui all'art. 301 D.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43 in materia doganale[64] sembra ispirarsi la giurisprudenza formatasi in ordine all'originario art. 12, comma 4 D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, contenente *disposizioni contro l'immigrazione clandestina*: tale previsione, infatti, escludeva la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per commettere i reati di cui ai commi 1 e 3 se (destinato a pubblico servizio di linea ovvero) appartenente a persona estranea al reato. In giurisprudenza ha trovato riconoscimento il diritto al dissequestro e alla restituzione del bene del proprietario dello stesso che dimostri di non aver mantenuto una condotta colposa, costituita dalla mancanza di diligenza nel controllo sull'operato del soggetto che ha materialmente e illecitamente usato il mezzo di trasporto[65].

La sostituzione del citato comma 4 (dell'art. 12) ad opera dell'art. 2, comma 1, D.lgs. 13 aprile 1999, n. 113, con conseguente eliminazione del riferimento alla esclusione della confisca in relazione al mezzo di trasporto appartenente a persona estranea, ha inciso solo in parte sull'interpretazione giurisprudenziale: la riserva, infatti, secondo una certa tesi, non è venuta meno, essendo tale limite presente nelle disposizioni di carattere generale di cui all'art. 240 commi 3 e 4 c.p.[66]. A prescindere dalla questione della adesione ad un simile orientamento[67], in questa sede rileva il fatto che la clausola è ritenuta riguardare esclusivamente colui che risulti non solo non avere concorso al reato, ma non avere neanche avuto, per difetto di

---

[64] Cfr. *infra* par. 7.

[65] Cass. sez. I pen., 9 dicembre 2004, n. 1927, Ambrono e altro, CED 230904: si veda l'art. 302, comma 3 t.u. dog. (cfr. *infra* par. 7). In un caso la Corte ha riconosciuto la fondatezza della richiesta di una società di *leasing* che aveva concesso in locazione finanziaria un mezzo ad un soggetto che poi aveva noleggiato il bene ad una terza società, rilevando la mancanza di un collegamento diretto tra la prima e l'autore del reato: Cass. sez. I pen., 21 aprile 2004, n. 21860, D., in «Riv. pen.», 2004, p. 1220.

[66] Cass. sez. I pen., 2 novembre 2001, n. 3792, Semeraro, in «Cass. pen.», 2002, p. 1706.

[67] In senso contrario, ad esempio, Cass. sez. I pen., 29 gennaio 2001, n. 15028, in «Riv. pen.», 2001, p. 535, secondo cui la disciplina generale può trovare applicazione solo quando non sia derogata – come invece nel caso di specie – da norme speciali.

vigilanza o altro, alcun tipo di colpevole collegamento, diretto o indiretto, ancorché non punibile, con la consumazione di esso[68].

Alla stregua dell'indirizzo in questione, pure circoscritto ai reati di immigrazione clandestina, l'ambito dell'estraneità al reato si riduce ulteriormente, venendo a mancare anche laddove si dimostri un difetto di vigilanza del proprietario del mezzo, o quanto meno, un collegamento indiretto, ancorché non punibile, con la commissione del reato.

Le soluzioni ricordate sono esemplificative dello svilimento della clausola di riserva relativa alla appartenenza dei beni a persona estranea al reato e della sostanziale assoggettabilità a confisca di tutti i beni più o meno ricollegabili al reato, a prescindere dalla titolarità formale degli stessi. Se ne ricava che soltanto il soggetto danneggiato sembra in grado di poter far valere i propri diritti nei confronti della ablazione dei beni.

Alla luce di tali premesse si comprende come, in presenza di riferimenti normativi che nemmeno richiamano il concetto di "persona estranea al reato", bensì si riferiscono ai soli "terzi", o (addirittura) ai soli "terzi di buona fede", le linee di confine assumano gradi di complessità significativi.

Intanto occorre comprendere il contenuto della "terzietà" rispetto al problema della "confiscabilità" dei beni; si tratterà poi di verificare i confini della ulteriore limitazione – laddove normativamente prevista ovvero introdotta in via ermeneutica – rispetto alla c.d. buona fede. Ma, a prescindere da tale qualificazione, determinante diviene il termine di confronto, una volta escluso il parametro della "intraneità" al reato.

Sul punto l'argomentazione fa leva sulla *ratio* delle misure ablative, consistente nell'interesse dello Stato alla sottrazione del "provento" del reato al condannato, ovvero, se dal caso, al presunto reo, ovvero, ancora, al prevenuto. Nella prospettiva della dilatazione dell'ambito di applicazione della confisca l'estraneità o terzietà, sganciata dal fatto-reato, viene commisurata sulla base del grado di "prossimità"

---

[68] Cass. sez. I pen., 2 novembre 2001, n. 3792, Semeraro, in «Cass. pen.», 2002, 1706; Id., 30 aprile 2001, n. 24670, Brahimas, in «Riv. pen.», 2001, p. 728. La tesi è condivisa anche dalla Corte costituzionale (ord. 23 marzo 2001, n. 78), la quale ha chiarito che la confisca dei mezzi di trasporto può essere disposta solo nei confronti dei soggetti che hanno commesso i reati di cui all'art. 12, commi 1 e 3, ovvero "ne abbiano comunque tratto profitto": sul punto cfr. cap. VIII, par. 2.

del terzo rispetto all'eventuale "profitto" del reato, in parte recuperando la suggestione espressa *incidenter tantum* dalla citata sentenza n. 2/1987 in materia di contrabbando. E con ciò si riprende il filo conduttore della nostra riflessione: ovvero la costruzione di un sistema di interventi intrecciati, da un lato, ma con effetti a cascata, dall'altro, che ruota attorno al nebuloso concetto di "profitto del reato". È sempre del profitto (più raramente del prezzo e del prodotto) del reato che si finisce per discutere quando si dispone la confisca (e il sequestro) di beni appartenenti a persona estranea al reato o a terzi.

3. *(segue) Estraneità al reato e diritti dei terzi come pseudolimiti alla disposizione del sequestro preventivo a fini di confisca*

Si è detto della progressiva erosione subita dal concetto di estraneità al reato a favore di una simmetrica dilatazione dell'area della "intraneità" allo stesso, con conseguente estensione dell'ambito di applicabilità della confisca.

Vi è tuttavia un ulteriore profilo su cui soffermare la riflessione, al quale si è già fatto cenno, ovvero i limiti della tutela nelle ipotesi di applicazione della misura cautelare reale.

La questione interessa non solo le clausole che fanno riferimento alla persona estranea, ma, come si vedrà, anche quelle nelle quali si richiama la posizione dei terzi.

Se si esclude, infatti, la disciplina del sequestro-confisca di prevenzione, che stabilisce una specifica regolamentazione per l'amministrazione dei beni e per la tutela (almeno formale) dei diritti dei terzi cui i beni risultano appartenere[69], il sistema italiano non prevede alcuna disciplina "comune" finalizzata a far valere tali esigenze[70].

La premessa da cui muovere è che, come ricordato, il sequestro a fini di confisca *ex* art. 321, comma 2 c.p.p. presuppone come unico requisito la "confiscabilità" del bene; l'accertamento di tale elemen-

---

[69] Sul punto si veda il paragrafo successivo.

[70] Diverse le soluzioni adottate in altri sistemi, come quello tedesco, che sta curando un rafforzamento della tutela predisposta in sede processuale dai §§ 111d e ss. StGB: cfr. cap. VIII, par. 9.

to esige quindi la verifica dei requisiti di applicabilità di ciascuna tipologia di confisca, appartenga essa al modello "comune" oppure a quello "speciale". Con riguardo alle figure che escludono la confisca quando i beni appartengono a persona estranea al reato, è evidente che la qualificazione del soggetto nel senso della "non estraneità" al reato consente di estendere l'apprensione del bene ai casi in cui il bene sia riferibile a soggetto diverso dall'indagato. L'appartenenza del bene a persona *non* estranea costituisce quindi presupposto della confiscabilità dello stesso. Se, tuttavia, il provvedimento definitivo – la confisca – presuppone l'accertamento di (almeno) alcune delle figure di responsabilità penale riconducibili alla estraneità al reato[71], rendendone quindi possibile l'individuazione, la fase processuale (delle indagini preliminari) in cui interviene il sequestro consente una valutazione solo embrionale del profilo in esame.

Si è detto anche che il richiamato concetto di estraneità non è necessariamente vincolato alla medesimezza del procedimento o del processo, né alla qualifica di correo, potendo al contrario essere escluso in relazione ai delitti di favoreggiamento, di ricettazione e di riciclaggio (rispetto al reato presupposto in relazione al quale è disposta la misura cautelare) e ai reati connessi. Ne consegue che l'estensione del concetto di intraneità e l'anticipazione del grado di accertamento peculiare della fase processuale nel corso della quale il provvedimento ablativo è disposto svuota di significato, nel contesto della misura cautelare reale, la clausola di salvaguardia in commento. Venuta meno l'estraneità del soggetto al reato a cagione della incriminazione dello stesso a titolo di concorso o di una delle altre figure ricordate, il bene resterà vincolato sino alla emissione della sentenza definitiva.

Anche laddove la clausola di salvaguardia riguardi i diritti dei terzi, anziché l'appartenenza dei beni a persona estranea al reato, l'estensione del provvedimento ablativo cautelare, sotto il profilo in esame, non subisce alcuna restrizione. In tal caso, infatti, si dovrà *in primis*

---

[71] Ciò almeno con riferimento alla configurabilità degli estremi del concorso di persone; margini di maggiore indeterminatezza permangono in relazione alle diverse ipotesi ricondotte dalla giurisprudenza al concetto di persona non estranea al reato, quale quella dell'autore del favoreggiamento o della responsabilità in procedimento connesso (cfr. *supra* par. 2).

risolvere l'interrogativo – già posto in altra sede – circa la valutazione dei diritti di terzi come presupposto negativo della confisca, o piuttosto quale strumento di successiva rivalsa dei titolari del diritto (nei confronti dello Stato) sul valore dei beni confiscati: soltanto aderendo alla prima tesi, infatti, la confiscabilità del bene – e quindi il sequestro *ex* art. 321, comma 2 c.p.p. – potrà essere esclusa *ab origine* in presenza di terzi che vantino pretese creditorie sui beni. Sennonché, a differenza della persona presunta "non estranea" al reato, che può partecipare al procedimento se non altro per dimostrare la propria innocenza sotto il profilo della responsabilità penale, il terzo non ha titolo per intervenire se non nei casi in cui il suo diritto deriva dalla posizione di persona offesa o di soggetto danneggiato e nei limiti in cui esso può essere fatto valere (diversa la regolamentazione, come si diceva, in ordine alle misure di prevenzione)[72].

Tanto meno nel quadro della seconda alternativa prefigurata il terzo potrà intervenire in sede di indagini preliminari, dovendo attendere la pronuncia della sentenza di condanna e la disposizione della confisca, prima di poter agire nei confronti dello Stato che ha "acquisito" il bene.

4. *Il "terzo" avente diritto: soggetti diversi dall'indiziato nell'ambito delle misure di prevenzione e "buona fede"*

Anche in relazione al tema dei diritti dei terzi la disciplina in materia di misure di prevenzione patrimoniali segna il limite massimo di incidenza sui diritti di libertà dei singoli. Si contrappongono, in particolare, le esigenze di garanzia di questi[73] e la necessità di evitare l'elusione della disciplina attraverso intestazioni fittizie o passaggi volti a trasferire la mera titolarità dei beni. Il "conflitto di interessi" in cui versa lo Stato in ordine alle esigenze di prevenzione ge-

---

[72] A riguardo si veda il paragrafo seguente.

[73] Il caso più frequente, secondo la Corte dei conti (Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato in adunanza congiunta 1/2004 Indagine VIII.4 – Relatori: Anna Maria Carbone Prosperetti, Sonia Martelli, par. B.4, in «Diritto e Giustizia»,13 luglio 2005), è quello di ipoteche accese per mutui contratti da un soggetto in epoca non sospetta.

nerale, da un lato, ed alla garanzia dei diritti individuali, ma non meno fondamentali[74], dall'altro, è risolto dalla normativa, con l'avallo della giurisprudenza, a favore del primato delle istanze collettive[75].

L'art. 2 *ter* Legge n. 575/1965, infatti, ammette l'ablazione del bene che risulti, direttamente o indirettamente, nella disponibilità del soggetto cui la misura deve essere applicata, a prescindere dalla proprietà o della titolarità in capo ad altri di diritti di godimento dello stesso. Sintomatica la mancata attribuzione di qualunque qualifica in capo ai "terzi", che sono chiamati ad intervenire nel procedimento di prevenzione soltanto se risulta che i beni "appartengano" loro, a prescindere da qualunque attributo normativo di "estraneità" o "di buona fede". Si è detto della evoluzione in materia a proposito della inclusione dei diritti reali di garanzia[76]: va soltanto ricordato che una simile accezione comporta che i soggetti titolari di tali diritti sono legittimati ad intervenire nel procedimento di prevenzione ai sensi dell'art. 2 *ter*, comma 5, e ove non siano posti in grado di partecipare, possono attivare i meccanismi di cui si dirà tra breve.

Per contro, l'impiego della asettica locuzione "terzi" rafforza il carattere recessivo della tutela riconosciuta a questi rispetto alle esigenze di "intercettazione" dei c.d. patrimoni "di mafia". In tale prospettiva il fatto che il bene appartenga al terzo – come è stato puntualmente osservato[77] – rappresenta per il legislatore delle misure di prevenzione niente di più che un elemento che ha valore di tipo processuale, imponendo l'intervento del terzo nel procedimento: l'appartenenza a terzi[78], quindi, non costituisce affatto un limite di carattere sostanziale mirato a circoscrivere l'applicazione dell'istituto, ma delinea il profilo dei "protagonisti" del procedimento.

---

[74] Il diritto di proprietà è riconosciuto non solo dall'art. 42 Cost., ma anche dal Protocollo n. 1 della Convenzione dei Diritti dell'Uomo: si veda cap. VIII, parr. 1 e 2.

[75] Con specifico riferimento agli strumenti di tutela dei terzi rispetto alla c.d. confisca antimafia cfr. A. Gialanella, *Il punto su misure di prevenzione patrimoniale e tutela dei terzi: nuovi passi della "lunga marcia" verso un orizzonte di riforma*, in «Crit. dir.», 2002, p. 41 e ss.; F. Cassano, *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, in «Cass. pen.», 2005, p. 2155 e ss.

[76] Sul concetto di "appartenenza" nell'ambito delle misure di prevenzione cfr. cap. III, par. 1.4.

[77] M. Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele reali*, cit., p. 262.

[78] Sul concetto di "appartenenza" cfr. *supra* par. 2 e cap. V.

Il distinguo non è di poco conto: intanto perché non è chiaro quale soggetto debba essere citato in qualità di "terzo" nell'ambito del procedimento in parola (che tende ad accertare non la proprietà del bene, ma solo la sua disponibilità da parte del prevenuto)[79]; *in secundis* l'orientamento prevalente in giurisprudenza[80] si è espresso nel senso di escludere l'omessa citazione del terzo dalle cause di nullità del provvedimento di ablazione patrimoniale[81], che di fatto viene assunto in assenza di contraddittorio[82]. In materia di mezzi di impugnazione e di richiesta di revoca la legge n. 575/1965 nulla prevede espressamente a favore del terzo. La legittimazione ad impugnare il provvedimento di confisca (e di revoca del sequestro) può ammettersi includendo il terzo nella nozione di "interessato" di cui all'art. 4, comma 9, richiamato espressamente dall'art. 3 *ter*, comma 2 Legge n. 575/1965[83]. Analogamente, il riferimento all'"interessato" contenuto nell'art. 7, comma 2 Legge n. 1423/1956, potrebbe costituire il viatico per riconoscere al terzo la facoltà di proporre istanza di revoca della confisca, ma, come rilevato, le Sezioni Unite della Corte di cassazione si sono dichiarate di diverso avviso[84], riconoscendo al terzo che non sia stato chiamato a partecipare al procedimento di prevenzione, e che comunque non vi ha partecipato, la sola possibilità del ricorso all'incidente di esecuzione (par. 14 della sentenza)[85], il quale, alla stregua dell'indi-

---

[79] Cass. sez. VI pen., 3 aprile 1995, Annunziata, in «Cass. pen.», 1996, p. 2358

[80] Per tutte cfr. Cass. sez. I, 19 febbraio 2003, Monte dei Paschi di Siena, in «Cass. pen.», 2004, p. 650: cfr. P.V. Molinari, *Sequestro e confisca antimafia: vecchie questioni ancora irrisolte e nuove prospettive*, *ivi*, 2002, p. 3565.

[81] Cfr. A.M. Maugeri, *Art. 2 ter*, cit., p. 1350.

[82] Per alcune riflessioni critiche sulla disciplina in commento cfr. P.V. Molinari, *Tutela del terzo creditore di un diritto reale di garanzia nel procedimento di prevenzione con riferimento al sequestro e alla confisca antimafia*, in «Cass. pen.», 2000, p. 2772; M.F. Cortesi, *Misure di prevenzione patrimoniali antimafia: tutela processuale e potere di intervento dei terzi*, in «Dir. pen. proc.», 2003, p. 1114; G. Bongiorno, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia*, in «Riv. dir. proc.», 1988, p. 456 e ss.; M. Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele reali*, cit., p. 267 e ss.

[83] F. Curi, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 220 e ss.

[84] Per alcune considerazioni in ordine alla applicabilità dell'istituto della revoca *ex* art. 7 Legge n. 1423/1956 alla misura di prevenzione patrimoniale della confisca cfr. cap. III, par. 1.7.

[85] Cass. sez. Un. pen., 19 dicembre 2006 (dep. 8 gennaio 2007), n. 57, in www.cortedicassazione.it. Il tema richiederebbe una autonoma trattazione: per alcune considerazioni cfr. cap. III, par. 1.7.

rizzo prevalente[86], rimane l'unica via percorribile. Nell'ambito dell'incidente di esecuzione il terzo formalmente titolare, senza preclusioni derivanti dal procedimento di prevenzione cui non ha partecipato, potrà svolgere le proprie deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile". Il provvedimento di confisca resta invece irrevocabile per i terzi partecipanti al procedimento di prevenzione [87], ai quali i beni non sono risultati appartenenti, tanto da prevalere "su eventuali acquisti in buona fede o sulla titolarità di diritti reali di garanzia, per i quali e se del caso residua una tutela risarcitoria in sede civile"[88].

Gli effetti prorompenti della prospettiva restrittiva richiamata affiorano con particolare nitidezza considerando le peculiarità del sistema che presiede la irrogazione delle misure di prevenzione: il fondamento puramente indiziario della responsabilità ai fini dell'operatività della normativa, che lascia sussistere perplessità sulla compatibilità di una misura patrimoniale dai confini così indeterminati e il principio sancito dall'art. 27, comma 1 Cost.[89]; la definitività della confisca, preceduta dal sequestro[90], che prescinde dalla esistenza di un processo di merito che accerti la colpevolezza del prevenuto[91], e che è irreversibile[92].

---

[86] *Ex plurimis* Cass. sez. VI pen., 29 settembre 2005, n. 41195, Cristaldi e altri, in «Arch. Nuova Proc. Pen.», 2006, 2, p. 182.

[87] Sul punto cfr. A.M. Maugeri, *Art. 2 ter*, cit., p. 1350 e ss.

[88] Cass. sez. Un. pen., 19 dicembre 2006 (dep. 8 gennaio 2007), n. 57, in www.cortedicassazione.it, par. 14; la sentenza delle Sezioni Unite conferma l'orientamento già espresso da Cass. sez. VI, 4 giugno 2003, n. 38294, Carotenuto, «Riv. Pen.», 2004, p. 1258.

[89] Così già A. Alessandri, voce *Confisca*, cit., p. 50.

[90] Per alcuni riferimenti alla disciplina in materia di confisca e sequestro nell'ambito delle misure di prevenzione cfr. cap. III.

[91] A. Alessandri, voce *Confisca*, cit., p. 50. La confisca "di prevenzione" si estingue soltanto ove venga disposta la confisca degli stessi beni in sede penale (art. 2 *ter* u.c.).

[92] Così Cass. sez. V pen., 15 gennaio 2004, D'Agata, in «Cass. pen.», 2004, p. 3772 e ss., che evidenzia come l'art. 2 *ter*, comma 3 Legge n. 575/1965 non lasci margine ad interpretazioni alternative ("con l'applicazione della misura di prevenzione il tribunale dispone la confisca dei beni dei quali non sia dimostrata la legittima provenienza"), mentre il sequestro, di per sé provvisorio, può essere revocato quando non sussistono le condizioni perché si trasformi in confisca; per alcune considerazioni critiche sui passaggi argomentativi della sentenza in relazione alle pronunce precedenti della stessa Corte cfr. P.V. Molinari, *Confisca antimafia definitiva: quale rimedio qualora il bene risulti, in base a nuove prove, lecitamente acquistato?*, *ivi*, p. 3773 e ss. Per alcune riflessioni circa i rimedi esperibili dai terzi cfr. *infra* nel testo.

La giurisprudenza sedimentatasi negli ultimi quindici anni qualifica come "terzo" legittimato ad intervenire nel procedimento di prevenzione soltanto colui che vanta un diritto reale sul bene[93], con esclusione dei titolari dei diritti di credito, i quali possono far valere le rispettive pretese soltanto previo soddisfacimento degli interessi collettivi, e quindi dello Stato[94]: i diritti del creditore (finanziatore, fornitore, lavoratore subordinato) dell'"impresa mafiosa", che agisce nel mercato (lecito) attraverso pratiche lecite, vengono sacrificati sull'altare dell'interesse generale a vanificare i vantaggi anche indiretti che detta impresa percepisce.

Al di fuori della partecipazione al procedimento di prevenzione, l'unica via aperta ai terzi – incidente di esecuzione o, al limite, azione civile con la quale lo Stato viene convenuto in giudizio – si risolve in una tutela meramente aleatoria. Nulla esclude infatti che nelle more del procedimento il cespite venga alienato o "riconvertito" o concesso dalla p.a. in gestione a terzi nell'ambito di un progetto di utilità sociale[95].

Non solo. La stessa possibilità di adire l'una o l'altra via appare controversa. In una decisione relativa alla tutela da accordare ad un terzo di buona fede a favore del quale, anteriormente alla trascrizione del provvedimento ablativo, era stata iscritta ipoteca sul bene prima sequestrato, poi confiscato, la Corte ha ammesso che gli orientamenti sul punto si rivelano disomogenei: il Supremo Collegio, pur aderendo infine alla tesi che riconosce al soggetto che non sia potuto intervenire nel procedimento di prevenzione il diritto a proporre incidente di esecuzione, evidenzia che resta estraneo ai poteri del giudice stabilire se e con quali modalità il terzo possa var valere il proprio diritto nei confronti dello Stato, al quale i beni sono devoluti (ai sensi dell'art. 2 *nonies* Legge n. 575/1965), con conseguente loro assoggettamento ad un regime assimilabile a quello dei beni facenti parte del demanio o del patrimonio indisponibile (artt. 2 *decies* e 2 *undecies*)[96].

---

[93] Così, ad esempio, Cass. sez. I pen., 9 marzo 2005, S.I.B., in «Cass. pen.», 2006, p. 636, par. 3.

[94] Cfr. *amplius* nel prosieguo.

[95] A. Mangione, *La misura di prevenzione*, cit., p. 402 e ss.

[96] Cass. sez. I pen., 9 marzo 2005, n. 13413, Soc. Serv. Imm. Banche, in «Cass. pen.», 2006, p. 634 e ss.: la tutela è garantita solo in presenza della prova della buona fede e dell'affidamento incolpevole del terzo, oltre che naturalmente

Si tratta di stabilire il grado di tensione sostenibile nella ricerca del punto di equilibrio che deve necessariamente trovarsi tra principî della prevenzione, da un lato, e tutela del traffico giuridico nonché affidamento dei terzi di buona fede, dall'altro[97].

Controversa la natura del provvedimento ablativo[98], che costituisce tuttavia elemento fondamentale per dirimere la questione dei limiti di garanzia dei terzi.

L'esclusione della rilevanza dei diritti di credito chirografari e dei diritti di credito muniti di garanzia si regge sulla interpretazione della confisca come *acquisizione a titolo originario* della proprietà del bene, distinto dalla espropriazione per pubblica utilità[99]; è evidente tuttavia che la forza trainante della tesi in commento risiede nelle esigenze di tutela della collettività, ritenute dal legislatore prevalenti sulle pretese dei singoli[100] – in considerazione della supposta "vocazione alla dissolvenza" dei patrimoni dei soggetti sottoposti a misure di prevenzione.

---

della anteriorità della iscrizione dell'ipoteca. Nel senso della riconoscibilità dell'azione cfr. altresì Cass. sez. I, 10 maggio 2005, Virga, in CED 232102; Id., sez. I pen., 11 febbraio 2005, Fuoco, in CED 232245.

[97] F. Cassano, *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, cit., p. 2157 e ss.

[98] Come ricordato dagli studi specifici in materia (tra i contributi più recenti si veda ancora M. Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, cit., p. 258), le tesi interpretative sul punto (confisca come misura amministrativa assimilabile, a seconda delle prospettive, alla sanzione pecuniaria, ovvero alla espropriazione per pubblica utilità o, ancora, all'espropriazione forzata processuale) si confrontano su piani solo in parte coincidenti: da un lato, non è condivisa la natura originaria del titolo di acquisizione del bene; dall'altro, si ammette che anche l'acquisizione a titolo originario debba salvaguardare taluni diritti dei terzi.

[99] G. Monteleone, *Effetti "ultra partes" delle misure di prevenzione antimafia. Profili di diritto processuale civile e fallimentare*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1988, p. 579.

[100] Tanto che l'Amministrazione finanziaria ha ritenuto la confisca *de qua* assimilabile, sotto il profilo della *ratio*, a quella introdotta con la legislazione contro il fascismo nel biennio 1944-1946, destinata a "contribuire alla rifusione del danno cagionato alla collettività dei cittadini italiani che *lo Stato giuridicamente riassume e rappresenta*" (L.G. Pascali e D. Cherubini, *La misura di prevenzione patrimoniale nella normativa antimafia: il problema della tutela civile dei creditori*, Cacucci, Bari, 1999, p. 90 e ss.); contesta tale assimilazione G. Bongiorno, *Note a margine di una recente ordinanza in tema di effetti civili della confisca nel sistema della legge n. 646/1982*, in «Fall.», 1986, II, p. 1136 e ss.)

Per contro[101], e soprattutto a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 190/1994 in materia di tutela dei diritti dei creditori in caso di dichiarazione di fallimento dell'indiziato[102] e con riferimento alla confisca comune *ex* art. 240 c.p.[103], si è ipotizzata la natura derivativa del titolo di proprietà dei beni da parte dello Stato, con conseguente riconoscimento dei diritti dei terzi "reali" titolari dei medesimi[104], e si è comunque negata la disponibilità del bene da parte del prevenuto[105].

Questa seconda tesi, oltre ad apparire maggiormente rispettosa del principio di colpevolezza e a tenere conto delle esigenze di certezza del traffico giuridico su cui si fondano i rapporti economici[106], corrisponde all'impianto normativo in materia, che, sia pure non esplicitamente, rivela qualche modesto segnale di attenzione nei confronti delle pretese dei terzi: diversamente non si spiegherebbe il tenore dell'art. 2 *septies*, che consente all'amministratore giudiziario di compiere tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione "anche a tutela dei diritti dei terzi", e pure in prospettiva di incremento della reddività dei beni (art. 2 *sexies*).

A prescindere dalla diatriba teorica, l'applicazione della misura ai terzi rientra nella *fisiologia* della disciplina: il comma 2 dell'art. 2 *ter* Legge n. 575/1965 contempla espressamente il caso della disponibilità in via "indiretta" – per impedire che le obbligazioni della persona sottoposta a misura di prevenzione possano venire soddisfatte attraverso beni provenienti (direttamente o tramite reimpiego e riciclaggio) da attività illecite; la creazione di una "cordone sanitario" di creditori fittizi potrebbe consentire l'agevole aggiramento della disciplina, senza recidere effettivamente i legami tra criminalità organizzata e accumulazione di ricchezza[107]. Anzi, una siffatta prospetti-

---

[101] E. Aguglia, *Misure patrimoniali antimafia ed opposizione dei creditori*, in «Dir. fall.», 1990, II, p. 613.

[102] Cfr. *infra* nel prossimo paragrafo.

[103] Cass. sez. Un., 28 aprile 1999, Bacherotti in «Foro it.», 1999, II, c. 580;

[104] A. Maisano, *Misure patrimoniali antimafia e tutela dei creditori*, in «Giur. comm.», 1987, II, p. 892;

[105] Per una ampia ricognizione dello stato dell'arte cfr. A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 404 e ss.

[106] A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 393.

[107] G. Monteleone, *Effetti* "ultra partes" *delle misure di prevenzione antimafia*, cit., p. 582.

va trasferisce sui terzi il rischio connesso alla stipulazione di negozi con persone assoggettabili a misura di prevenzione[108]: un rischio non facilmente calcolabile alla luce delle diverse variabili che connotano l'istituto in questione, tra le quali la sommarietà, anch'essa "fisiologica", dei requisiti che consentono l'applicazione di dette misure; l'universo "in espansione" di fattispecie legislativamente previste; la flessibilità del concetto di "appartenenza"; la configurabilità del concorso eventuale di persone nel reato associativo. Nemmeno la dichiarazione di fallimento mette al riparo i terzi dalla apprensione dei beni da parte dello Stato, onde evitare che vengano artatamente costruiti i presupposti della stessa procedura concorsuale per vanificare gli obiettivi della confisca: piuttosto, proprio l'intersezione tra procedimento di prevenzione e procedura concorsuale costituisce uno dei temi maggiormente dibattuti, come vedrà nel successivo paragrafo.

È l'elevato grado di dilatazione della ablazione a richiedere un accertamento particolarmente rigoroso in tema di effettiva appartenenza del bene al terzo come riflesso della indagine sulla effettiva disponibilità del bene da parte del prevenuto[109].

Non solo. L'atecnicità della espressione utilizzata per indicare la relazione intercorrente tra persona sottoposta a misura e bene (disponibilità diretta o indiretta dei beni), orientata a superare lo schermo di intestazioni fittizie o fiduciarie in capo a terzi, ha consentito di utilizzare le maglie larghe della definizione per estendere l'ambito di "apprensibilità" a beni diversi da quelli tradizionali, tra i quali i diritti di credito[110], le quote di società di capitali o le

---

[108] Con colorita espressione, Angelo Mangione (in *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 406) – riprendendo l'invenzione di M. Costantino, *Intervento*, in Aa.Vv., *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, cit., p. 299 – riconduce ad un'opera di "magia" la prodigiosa trasformazione di una azienda gravata da debiti in un'impresa priva di passività, acquisita dallo Stato per mezzo della confisca che succede al provvedimento di sequestro.

[109] Cfr. cap. III, par. 5. Le proposte di assicurazione di garanzie ai terzi non paiono soddisfacenti: ad esempio, riconoscendo il diritto di seguito all'ipoteca nonostante l'ablazione, si potrebbe creare una discriminazione fra creditori assistiti da prelazione speciale e creditori di questa sforniti: A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 410.

[110] Si vedano sul punto A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 313; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 387.

frazioni del patrimonio che corrispondono alle quote delle società di persone[111].

Sennonché le accentuate potenzialità espansive del regime di ablazione dei beni, vuoi in considerazione del binomio sequestro-confisca che ha condotto ad una ulteriore anticipazione di intervento, vuoi a ragione dello sfaldamento del concetto di "disponibilità" (del bene), hanno polverizzato i margini di garanzia dei terzi.

In particolare, trascurando la condizione relativa alla regolare trascrizione del titolo anteriormente al provvedimento ablativo[112], gli accenti critici si appuntano sul parametro della "buona fede", la cui mancanza, alla stregua della tesi prevalente, esclude la qualità di terzo in capo a colui che abbia ricavato vantaggi e utilità dal reato.

Sulla falsariga dell'approccio civilistico – il primo, in giurisprudenza, a farsi carico della questione – consono al contesto della tutela dei diritti dei terzi rispetto alla espropriazione di beni loro appartenenti, il parametro della buona fede dovrebbe essere regolato dall'art. 1147 c.c., e corrispondere quindi alla posizione psicologica[113] di ignoranza della situazione giuridica del disponente[114].

Sulla scorta dell'esperienza maturata nell'ambito del diritto civile, la buona fede richiesta in relazione alla questione qui affrontata viene ricondotta, con riferimento alla confisca *ex* art. 240 c.p., alla "non conoscibilità – con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta – del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato"[115]. E ancora. Il terzo deve dimostrare "la mancanza di qualsiasi collegamento del proprio dirit-

---

[111] E per le quali, trattandosi di frazioni di patrimonio, non si ritengono applicabili le forme del pignoramento presso terzi: A.M. Maugeri, *Art. 2 quater*, cit., p. 1365.

[112] Per tutte si vedano le già citate sentenze Cass. sez. I pen., 9 marzo 2005, n. 13413, in «Cass. pen.», 2006, p. 634 e ss. e Id., sez. III civ., 16 gennaio 2006, n. 845, Sposato e altro, in «Guida al Diritto», 2007, n. 12, p. 63 e s.

[113] Si discute se tale buona fede possa ritenersi "presunta": nel senso che la presunzione vale in materia di acquisto di beni mobili Corte cost. 10 gennaio 1997, n. 1; cfr. altresì F. Santi, *La responsabilità delle società e degli enti*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 371.

[114] F. Santi, *La responsabilità delle società e degli enti*, cit., p. 369.

[115] Cass. Sez. Un. pen., 28 aprile 1999, Bacherotti e altri, in «Dir. pen. proc.», 1999, p. 963.

to con l'attività illecita del prevenuto, indiziato di mafia, derivante da condotte di agevolazione o, addirittura, di fiancheggiamento"[116].

La tesi sancisce l'inversione dell'onere della prova della "buona fede" (presunta, secondo alcune disposizioni civilistiche – così l'art. 1147 c.c. in tema di possesso – ma non secondo altre – si pensi all'art. 1189, comma 1 c.c., in ordine al pagamento al creditore apparente), presupponendo l'esistenza di una sorta di dovere di diligenza che sorge in capo ai cittadini (apprestantisi a concludere affari): ad esempio, non sussisterebbe la situazione di "oggettiva apparenza che rende scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza" in presenza di condotte "colpose", che si traducano in vantaggi strumentali per colui i cui beni vengono sottoposti a confisca; ovvero, di negozi conclusi in ambienti notoriamente "contaminati" da infiltrazioni mafiose[117]. Una simile interpretazione sembra riecheggiare la previsione del'art. 67 Legge fall.[118], che impone al terzo l'onere di provare di non avere conosciuto lo stato di insolvenza: *mutatis mutandis* si richiederebbe al terzo di dimostrare di non essere stato a conoscenza della "criminosità" (o della "pericolosità" del *modus vivendi*) del soggetto verso il quale vanta ragioni di credito. Quanto ciò sia esigibile in alcune situazioni, nelle quali la conoscenza della "criminosità" investe persone attratte nell'area del penalmente rilevante attraverso gli istituti del concorso di persone (eventualmente esteso al reato associativo), è questione condizionata dal perimetro della rilevanza penale delle condotte.

Nella prospettiva penalistica, il concetto di "buona fede scusante", saccheggiato da una concezione che affonda le proprie radici nelle cause di esclusione della colpevolezza rispetto alle contravvenzioni[119], può contribuire a fondare la legittimazione del terzo a sottrarre il bene che gli appartiene alla pretesa statale. In tal senso l'affidamento incolpevole potrebbe escludere la "rimproverabilità" – e quindi l'assoggettamento

---

[116] Cass. Sez. I pen., 11 febbraio 2005, n. 12317, Fuoco e altro, in «Cass. pen.», 2006, p. 641.

[117] Sottolinea la superficialità con cui il legislatore non si occupa né preoccupa della tutela delle ragioni dell'impresa dei creditori A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 491.

[118] *Amplius* sul punto *infra sub* par. 6.

[119] Sul punto E.R. Belfiore, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 22 e ss.

alla "sanzione" della confisca (e della misura cautelare reale che di norma l'anticipa) – del terzo che non abbia commesso il reato presupposto né altri a questo connessi, ma solo abbia "utilizzato" (sia pure indirettamente e, appunto, inconsapevolmente) i proventi di questo.

La Corte costituzionale, pronunciandosi in materia di sospensione temporanea dalla amministrazione dei beni *ex* art. 3 *quinquies*, comma 2 Legge n. 575/1965, ha sottolineato che deve escludersi la "sostanziale incolpevolezza" di coloro che attraverso la libera gestione dei loro beni realizzano ineluttabilmente "quel circuito e commistione di posizioni dominanti e rendite che contribuisce a rafforzare la presenza, anche economica, delle cosche sul territorio"[120]. Vero è che, a parere della Consulta, sospensione temporanea dalla amministrazione dei beni e confisca costituiscono due fasi del medesimo procedimento, "fra loro nettamente distinguibili quanto a presupposti e finalità": ma è altrettanto evidente che il primo provvedimento, "svolgendo una funzione meramente cautelare", opera in chiave selettiva rispetto alle attività economiche "ausiliarie" ed ai rispettivi titolari, e predispone il canovaccio sulla base del quale accertare quella "obiettiva commistione di interessi tra attività di impresa e attività mafiosa" che legittima la confisca. Non può dunque essere revocato in dubbio che il contenuto della definizione di "terzo" attraversi entrambi i segmenti del procedimento, spiegando i propri effetti sin dalle prime indagini.

Sul modello dell'"affidamento incolpevole", in tema di usura si è affermato che la confisca disposta *ex* art. 644 ultimo comma c.p. non determina l'estinzione del diritto di pegno costituito sulle cose a favore di terzi quando costoro, (pur) avendo tratto oggettivamente vantaggio dall'altrui attività criminosa, riescano a provare di trovarsi in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole[121]. Il vantaggio tratto, costruendo un collegamento tra la posizione del terzo e la commissione del fatto reato, esclude l'estraneità di questi al reato, salvo che sussista la "connotazione soggettiva identificabile nella buona fede".

---

[120] Corte cost. n. 487/1995.

[121] Così Cass. sez. Un. Pen., 28 aprile 1999, n. 9, Bacherotti, in «Dir. pen. proc.», 1999, p. 961; con riguardo ai limiti di rilevanza del principio dell'affidamento incolpevole cfr. Corte cost. 10 gennaio 1997, n. 1.

Nell'illustrare l'interpretazione della disciplina della confisca in una prospettiva "costituzionalmente orientata" (con particolare riguardo all'art. 27, comma 1 Cost.), la Corte ha altresì precisato che la tutela del diritto di pegno e la sua resistenza agli effetti della confisca non comporta l'estinzione delle obbligazioni facenti capo al condannato, che in tal modo trarrebbe comunque un vantaggio dall'attività criminosa, bensì determina solamente la sostituzione del soggetto attivo del rapporto obbligatorio in virtù delle disposizioni sulla surrogazione legale di cui all'art. 1203 c.c., atteso che al creditore garantito subentra lo Stato, il quale può esercitare la pretesa contro il debitore-reo per conseguire le somme che non ha potuto acquisire in quanto destinate al creditore munito di prelazione pignoratizia. La misura sanzionatoria, ad avviso delle Sezioni Unite, non deve tradursi, in sintonia col principio generale di giustizia distributiva, in "ingiustificati sacrifici delle posizioni giuridiche soggettive di chi sia rimasto estraneo all'illecito", con la conseguenza che i diritti reali di garanzia non possono essere travolti dagli effetti pregiudizievoli di *alcuna* ipotesi di confisca.

Da un lato, quindi, sembra essere il terzo che abbia derivato utili dall'altrui reato a dover dimostrare la propria buona fede, secondo una *probatio* spesso *diabolica* soprattutto laddove oggetto di apprensione siano beni costituenti mero "valore corrispondente" a quello confiscabile-sequestrabile (c.d. confisca-sequestro di valore); dall'altro, nemmeno l'assolvimento di tale onere probatorio mette al riparo dalla sottrazione del bene, ma – solo – non esclude l'estinzione di diritti preesistenti, rimandando il soddisfacimento di questi ad attività successive.

Le ripercussioni nefaste della tesi richiamata sulla certezza dei traffici giuridici e sullo sviluppo dell'economia, soprattutto – come notato – con riferimento ai diritti di garanzia, hanno vanamente suggerito un più prudente atteggiamento[122].

---

[122] A piccoli passi si è cominciato ad assicurare la garanzia patrimoniale ai terzi estranei all'attività mafiosa del proprio debitore (G. Ragusa Maggiore, *Confisca penale di beni dei mafiosi e tutela dei terzi*, in «Dir. fall.», 1994, II, 869; T. Palermo, 18 dicembre 1998, in «Fall.», 1999, 1351), e in generale, ai quei terzi che versassero in una situazione di "buona fede" rispetto al mafioso dichiarato fallito (F. Cassano, *Questioni antiche e nuove in tema di diritti dei creditori nelle misure di prevenzione patrimoniali e prospettive di riforma*, in «Dir. fall.», 2002, p. 632 e ss.). Per un approfondimento sul punto cfr. A.M. Maugeri, *Art. 2 ter*, in voce *Misure di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 1345 e ss.

Soltanto di recente – lo si accennava – si registra qualche significativa pronuncia di segno contrario, che riconosce la rilevanza della garanzia reale costituita dal terzo sul credito concesso al soggetto successivamente sottoposto a misura di prevenzione. Lo strumento rivalutato dalla Sezione I penale della Corte di cassazione è l'incidente di esecuzione, attraverso il quale si chiede al giudice una pronunzia "atipica" accertativa della liceità della provenienza del bene-credito[123]. I casi *sub iudice* fanno riferimento ad una tipologia particolare di creditore, ovvero l'istituto bancario o creditizio, a tutela del quale la Suprema Corte evoca la buona fede e l'incolpevole affidamento del terzo "estraneo al reato".

Richiamando la sentenza n. 497/1995 della Corte costituzionale, che sottolinea il limite da porsi alla confisca, consistente nella condizione di "sostanziale incolpevolezza" del terzo in buona fede e la successiva decisione n. 1/1997, la Cassazione ha affermato l'estensione dei principî enunciati dalle Sezioni Unite nella sentenza Bacherotti anche alla c.d. confisca antimafia: l'onere probatorio – ovvero, in altra prospettiva, l'onere di allegazione – "a carico del terzo ha ad oggetto la dimostrazione del suo affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di oggettiva apparenza che rende scusabile l'eventuale ignoranza o difetto di diligenza"[124].

Ma lo spiraglio, pur aperto, in realtà lascia filtrare poca luce. Da un lato, è sul giudice della prevenzione che incombe l'onere della prova circa la disponibilità dei beni da parte dell'indiziato, fatte salve le presunzioni di legge[125]. Dall'altro, stante il regime giuridico attribuito ai beni confiscati *ex* art. 2 *decies* Legge n. 575/1965 – ovvero quello dei beni demaniali o comunque del patrimonio indisponibile dello Stato – la promozione del giudizio di esecuzione non

---

[123] L. Petrillo, *La tutela del terzo creditore ipotecario sui beni confiscati: prime aperture*, in «Il Merito», 2006, 1, p. 48 e ss.

[124] Cass. sez. I pen., 9 marzo 2005, n. 13413, in «Cass. pen.», 2006, p. 636 e ss., par. 4; analoghe considerazioni si rinvengono nella sentenza della medesima Sezione emessa in data 11 febbraio 2005, n. 12317, *Fuoco e altro*, *ivi*, *p.* 638 e ss. (medesimo il relatore, ma diversa la composizione dei collegi); dello stesso segno anche la successiva sentenza del 10 giugno 2005 n. 22179.

[125] Cfr. P.V. Molinari, *Un passo avanti nella tutela dei terzi di buona fede titolari di un diritto reale di garanzia sui beni oggetto di confisca antimafia*, in «Cass. pen.», 2006, p. 645.

consente di incidere sulla destinazione del bene, rispetto alla quale il giudice dell'esecuzione penale è incompetente: questi, infatti, deve limitarsi ad accertare la buona fede del terzo (e quindi l'assenza di ogni tipo di collegamento con l'attività illecita del prevenuto), senza tuttavia potere verificare se e con quali modalità questi possa far valere il proprio diritto verso lo Stato, subentrato al debitore-prevenuto nella proprietà dell'immobile sul quale grava il diritto di garanzia.

In concreto, i mezzi esperibili dal terzo risultano quindi inidonei al recupero del bene "espropriato" dallo Stato: soltanto una riforma normativa potrebbe garantire qualche certezza, ma si prevedono tempi lunghi[126].

5. *(segue) Concorrenza tra procedura concorsuale e sequestro*

Nella supposizione che il ricorso alla procedura fallimentare possa essere strumentale alla vanificazione del sistema delle misure di prevenzione patrimoniali[127], in casi di concorrenza delle due procedure l'orientamento maggioritario in giurisprudenza assegna prevalenza alla applicazione di queste ultime rispetto alle ragioni dei creditori, con esclusione di qualunque rilievo alle pretese del curatore[128]. Al più, come si diceva, la Suprema Corte ha ammesso la coesistenza dei due

---

[126] Il d.d.l. n. 5362-A (XIV legislatura), contenente *la «Delega al Governo per il riordino della disciplina in materia di gestione e destinazione delle attività e dei beni sequestrati o confiscati ad organizzazioni criminali»*, nel testo proposto dalla Commissione Giustizia il 13 ottobre 2005 (non approvato dal Parlamento) sanciva la prevalenza dei diritti dei terzi in buona fede sul divieto di vendita degli immobili confiscati (art. 3, lett. h) e la salvaguardia di questi stessi diritti nell'ambito della regolamentazione dei rapporti tra procedure concorsuali o azioni esecutive e misure di prevenzione patrimoniale (lett. n).

[127] Diffusamente sul punto A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 414 e ss., cui si deve una dettagliata illustrazione in chiave critica dei diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.

[128] Laddove la dichiarazione di fallimento segua il provvedimento di sequestro, il curatore non può intervenire ai sensi dell'art. 2 *ter*, comma 5 Legge n. 575/1965, né può apprendere i beni ai fini della formazione della massa fallimentare. La tesi viene formulata sulla scorta di argomentazioni dalle venature diverse

procedimenti, consentendo al curatore l'esperibilità dell'incidente di esecuzione[129] ovvero dell'azione revocatoria[130] per dimostrare la legittima provenienza dei beni e garantire il soddisfacimento delle istanze dei creditori[131]. Minoritaria la tesi che assegna preminenza alle ragioni della curatela[132], mentre un orientamento volto a mediare le opposte esigenze propone un criterio "temporale", secondo il quale la competenza spetta alla procedura che si è radicata per prima[133]. La questione trae origine dalla circostanza che quando il fallimento interviene in corso di amministrazione giudiziaria[134], la dichiarazione viene pro-

---

ma confluenti nella "foce" della sottrazione dei beni confiscabili alle pretese dei creditori fallimentari: primato delle esigenze collettive sull'interesse privatistico alla *par condicio creditorum* (Cass. sez. I pen. 23 marzo 1998, Commisso in «Cass. pen.», 2000, p. 748, con nota di P.V. Molinari); finalità repressiva della confisca c.d. antimafia e acquisto del bene a titolo originario da parte dello Stato (T. Palermo, 19 aprile 1986, in «Giur. comm.», 1986, II, p. 889; sentenza conf. in App. 14 novembre 1996, in «Cass. pen.», 1997, p. 2250).

[129] Si veda P.V. Molinari, *Rapporti e interferenze tra misure di prevenzione patrimoniali e fallimento*, in «Cass. pen.», 2000, 754; cfr. altresì A. Gaito, *Sui rapporti tra fallimento e sequestro antimafia in funzione di confisca*, in «Riv. dir. proc.», 1996, p. 407. In chiave critica cfr. A.M. Maugeri, *Art. 2 ter*, in voce *Misure di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 1348 e ss.

[130] Cfr. *infra* par. 6. Diverso il caso in cui la dichiarazione di fallimento intervenga successivamente al provvedimento di confisca: in tale ipotesi, secondo la giurisprudenza, la curatela non può chiedere la revocazione: *amplius* M. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 418 e ss., nota 80. L'azione revocatoria può essere altresì richiamata come modello cui ispirarsi per rafforzare la tutela dei terzi: a riguardo si veda *amplius* il paragrafo successivo.

[131] Peraltro non mancano Autori che osservano come il terzo contraente di buona fede debba ritenersi maggiormente tutelato nel procedimento di prevenzione che in quello concorsuale, stante il meccanismo di controlli e di procedure stabilito dalla Legge n. 575/1965 (artt. 2 *sexies* e ss.): C. Volponi, *Sequestro preventivo*, cit., p. 203.

[132] G. Bongiorno, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia*, cit., p. 443 e ss.; A. Gaito, *Sui rapporti tra fallimento e sequestro antimafia*, cit., p. 393 e ss.

[133] Sulle diverse prospettive V. Napoleoni, *Interferenze problematiche tra fallimento e sequestro antimafia*, in «Cass. pen.», 1989, (p. 467 e ss.) p. 468; C. Vellani, *Competenza per attrazione e fallimento*, Cedam, Padova, 1996, p. 254 e ss., in particolare 261.

[134] Laddove la misura di prevenzione sia eseguita successivamente alla declaratoria fallimentare, il quadro si complica ulteriormente, in quanto, nel caso del sequestro, occorre tenere conto della finalità di prevenzione del "dissolvimento" dei beni destinati al provvedimento di confisca; in relazione alla confisca, va considerato che i suoi effetti decorrono dall'esecuzione del sequestro: cfr. A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 422 e ss.

nunciata in capo all'indiziato, che a seguito del sequestro conserva la titolarità dell'impresa, mentre la gestione della stessa viene affidata all'organo nominato dal giudice della prevenzione[135].

Una prudente ma significativa sentenza della Corte costituzionale (n. 190/1994) ha tuttavia suggerito letture più consone ai principî costituzionali. In particolare, la Consulta, pur escludendo la propria competenza a delimitare la discrezionalità del legislatore in una direzione ovvero in un'altra attraverso una interpretazione additiva, ipotizza una pluralità di interventi: sul piano processuale, l'introduzione di una o più azioni nella procedura fallimentare ovvero nel procedimento di prevenzione; sotto il profilo sostanziale, la valutazione dell'anteriorità del titolo o del vincolo rispetto al sequestro o alla acquisizione del carattere di definitività della confisca. Auspicabile inoltre la rilevanza della provenienza dei beni ai fini della esclusione del provvedimento di confisca, limitatamente ai cespiti "che risultino acquisiti o realizzati dal debitore con il concorso di attribuzioni o prestazioni di terzi in buona fede eseguite con certezza prima della comminatoria della misura patrimoniale". Nella prospettiva suggerita dalla Consulta si è riconosciuto[136] che gli aventi causa dell'indiziato possano far valere il loro acquisto, quando esso derivi da atto avente data certa precedente alla misura di prevenzione[137].

Tuttavia, nonostante l'apprezzabile argomentazione proposta della Corte costituzionale, non può non rilevarsi che il metro di giudizio utilizzato rispetto alla misura di prevenzione patrimoniale è diverso da quello applicato in tema di contrabbando nella decisione n. 1/1997, che ha espunto dall'ordinamento un meccanismo mirato a sopravanzare le esigenze di tutela dei terzi[138].

---

[135] La preoccupazione dell'interprete consiste nel fatto che nulla esclude che al termine della procedura fallimentare l'indiziato riacquisti il possesso dei beni residui.

[136] A. Maisano, *Misure patrimoniali antimafia*, cit., p. 901; F. Cassano, *Confisca antimafia*, cit., p. 282; in relazione alla confisca di beni immobili nega tutela al promissario acquirente L. Panzani, *La natura della confisca nel sistema delle misure di prevenzione*, in Aa.Vv., *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, Cacucci, Bari, 1988, 127 e s.

[137] Va ricordato che l'art. 2 *quater* consente la trascrizione del provvedimento.

[138] A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 424 e ss.: cfr. *infra* par. 7.

L'intreccio di discipline (concorsuale e di prevenzione) non può essere dipanato se non evidenziando che la limitata tutela accordata ai terzi in relazione alla confisca spesso trae origine dalla tipologia di provvedimento ablativo che ricorre: le ragioni di prevenzione immanenti nella confisca *ex* Legge n. 575/1965 e il "privilegio" di cui gode hanno fatto sì – non senza riserve da parte di un certo orientamento – che le ragioni della procedura concorsuale vengano meno; sennonché, per un processo di assimilazione non giustificabile alla luce delle diverse discipline, il medesimo primato è stato riconosciuto anche in relazione alle ipotesi di confisca diverse da quella di prevenzione.

Sintomatica di un, sia pure soltanto parziale mutamento di rotta, è la sentenza delle Sezioni Unite 9 luglio 2004, n. 29951[139], che ha tentato di risolvere il contrasto di giudicati tra decisioni di sezioni diverse in tema di ammissibilità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca di beni provento di attività illecita dell'indagato e di pertinenza di una impresa dichiarata fallita[140]. Nel caso di specie il pericolo di

---

[139] C. fall. in proc. F., in «Fall.», 2005, p. 1265 e ss.; cfr. anche cap. IV, par. 4.

[140] Gli orientamenti contrastanti si confrontano sul piano della apprensione dei beni del fallito: da un lato, si sostiene che il mantenimento, in capo al fallito, della titolarità dei beni, affidati alla curatela al solo fine di consentire ai creditori di ottenere totale soddisfazione, attribuisce a questa una funzione meramente gestionale che solo in limitati casi rende assimilabile il curatore al terzo estraneo (Cass. sez. V, 30 marzo 2000, n. 1926, Vasaturo; Id. 18 settembre 2003, n. 38117, Fall. Marina Service s.r.l.; Cass. Sez. I, 7 marzo 2002, n. 13947, Fall. S.I.T. s.p.a., in «Giur. it.», 2004, p. 1938, che ha escluso il legame di appartenenza tra curatela e beni del fallito). Per contro, si afferma la preminenza del sequestro preventivo nei soli limiti in cui questo rileva in funzione preventiva speciale operante *erga omnes*, mentre laddove il sequestro persegua finalità anticipatorie rispetto ad una azione esecutiva individuale nei confronti dell'obbligato da delitto, esso svolge di fatto una funzione analoga a quella del sequestro conservativo che ricade nel divieto di azioni esecutive individuali nei confronti della massa stabilito dall'art. 51 Legge fall. (Cass. sez. II, 16 maggio 2003, n. 24160, P.M. in proc. Sajeva). Va osservato che il D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, contenente la "riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80", sostituendo l'art. 51 – oggi rubricato *"Divieto di azioni esecutive e cautelari individuali"* – precisa che il divieto di azione individuale vale, oltre che per quelle esecutiva, anche per quelle cautelari, e si estende anche ai crediti maturati durante il fallimento. La riforma si limiterebbe a recepire un orientamento già diffuso in ordine al previgente art. 51, alla stregua del quale l'efficacia della norma era ritenuta estesa anche alle azioni cautelari (cfr. *Codice del fallimento*, a cura di P. Pajardi, Giuffrè, Milano, 2004[5], p. 304 e ss.). La previsione – nel testo attuale come in

lesione dei diritti dei terzi coinvolti nella procedura si è manifestato in relazione non alla applicazione della confisca "di prevenzione", bensì ad una ipotesi si sequestro finalizzato alla confisca "comune".

In particolare, la questione giuridica affrontata dalla decisione in commento interessa la riconducibilità della curatela, alla quale sono "trasferiti" i beni del fallito, alla categoria dei terzi estranei. Il problema dell'applicabilità del sequestro preventivo a fini di confisca al caso di specie cela il conflitto tra interessi ugualmente tutelati dall'ordinamento: da una parte, gli interessi "pubblicistici" sottesi al sequestro preventivo – in via provvisoria – (e alla confisca, in sede definitiva); dall'altro, gli interessi "privatistici" connessi alla tutela dei diritti dei creditori attraverso la prevalenza della procedura concorsuale, i quali, tuttavia, secondo la prospettiva proposta dalla sentenza in commento (par. 4), non sono totalmente privi di rilevanza pubblicistica, come si ricava anche dal tenore della Relazione ministeriale alla legge fallimentare e come confermato dalla giurisprudenza della stessa Corte. La questione viene risolta dalle Sezioni Unite, per un verso, ricostruendo il contenuto dello "spossessamento" e gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento *ex* art. 42 Legge fall.; per l'altro, evidenziando le peculiarità del sequestro preventivo *ex* art. 321, comma 2 c.p.p., che, nel caso di confisca obbligatoria, "deve ritenersi assolutamente insensibile alla procedura concorsuale", poiché la presunzione assoluta stabilita dal legislatore, per effetto dell'obbligato-

---

quello del 1942 – riguarda le "azioni individuali"; è quindi escluso dalla regolamentazione il "sequestro penale che persegua i fini propri del processo penale" (*Codice del fallimento*, cit., p. 395), ovvero il sequestro preventivo, non potendosi quest'ultimo considerare azione individuale (così C. Volponi, *Il sequestro preventivo ai sensi della legge 575/1965 e fallimento nella prospettiva della riforma*, in «Dir. fall.», 2006, I, 198 e 201). Va comunque segnalato che nel più meditato "*schema di d.D.l. di riforma delle procedure concorsuali redatto dalla Commissione istituita con d.m. 27 febbraio 2004 dal Ministro di Giustizia di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze*" (cfr. in «Fall.», 2004, suppl. al n. 8, p. 5 e ss.) non compariva alcun riferimento alla individualità delle azioni esecutive e cautelari, mentre la procedura di liquidazione impediva l'inizio o la prosecuzione di ogni azione esecutiva e cautelare, anche speciale o in forma specifica, relativa a beni e diritti compresi nel patrimonio assoggettato alla procedura di liquidazione (art. 103): l'inclusione del sequestro penale nella nuova formulazione avrebbe potuto assicurare la prevalenza della procedura fallimentare rispetto a quella ablativa.

rietà, impedisce la circolazione del bene, sia pure *sub specie* di vendita a fini di distribuzione del ricavato ai creditori (par. 4.2.a).

Per contro, nel caso della confisca facoltativa si assegna al giudice la valutazione circa la necessità che il bene venga appreso per impedire che le cose che servirono a commettere il reato o che ne costituiscono il prodotto o il profitto mantengano "viva l'idea del delitto commesso" e fungano da stimolo alla "perpetrazione di nuovi reati". In tal senso, la dichiarazione di fallimento potrebbe supplire alla funzione esercitata dal sequestro, sortendo i medesimi effetti di "spossessamento" perseguiti dalla misura cautelare e assicurando al contempo la garanzia dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore fallito (par. 4.2.b). In detta ipotesi il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, deve dare "motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare": in particolare, si dovrà tenere conto sia delle possibilità "di recupero" alla disponibilità del fallito (alla chiusura del procedimento) dei beni sequestrati, sia delle ripercussioni di un eventuale concordato[141], sia delle situazioni di rischio per le esigenze del sequestro e della confisca (ad esempio, attraverso operazioni come la costituzione fittizia di diritti di credito o di diritti reali nei confronti dello stesso fallito, per le quali il fallito può surrettiziamente tornare in possesso dei propri beni in spregio alle esigenze della confisca) (par. 7).

Quanto alla qualifica del curatore, se è pacifico per il diritto civile che questi possa essere ritenuto "terzo" in quanto organo che svolge una funzione pubblica nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, incardinato nell'ufficio fallimentare a fianco del tribunale e del giudice delegato (par. 5), non altrettanto certo è che egli possa essere annoverato tra le persone "estranee al reato" ai sensi dell'art. 240, commi 3 e 4 c.p.: tale questione – afferma la sentenza – deve essere affrontata con riferimento al complesso dell'uffi-

---

[141] Quella del concordato costituisce una soluzione fortemente incentivata dal legislatore che ha riformato la prima parte della legge fallimentare mediante il D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

cio fallimentare, nel cui ambito il curatore, al quale è trasferita la disponibilità giuridica e materiale (ma non la proprietà) dei beni, è inserito per svolgere una funzione pubblica. Alla luce della sopra richiamata concezione estensiva della locuzione "persona estranea al reato", che esclude l'attribuibilità della qualifica in presenza della utilizzazione dei profitti, e in relazione al significato del concetto di "appartenenza", che ha portata più ampia di quella di "proprietà", il curatore – nell'espletamento dei compiti di amministrazione del patrimonio fallimentare – non può ritenersi "estraneo" (al reato); previa autorizzazione del giudice delegato, egli è comunque legittimato a proporre istanza di riesame del provvedimento cautelare (art. 322 c.p.p.) e di revoca (art. 321, comma 3 c.p.p.), nonché ricorso per cassazione (art. 325 c.p.p.) al fine di ottenere la rimozione di un atto pregiudizievole ai fini della reintegrazione del patrimonio, e quindi della ricostruzione dell'attivo fallimentare (par. 5).

La Corte non rileva alcuna contraddizione tra la legittimazione *ex* artt. 321, comma 3, 322 e 325 c.p.p., e il disconoscimento della qualifica di "terzo estraneo al reato": mentre, infatti, la prima viene ammessa alla luce della funzione di responsabile della cura degli interessi della procedura, nei termini sopra ricordati, il secondo costituisce questione "diversa" (par. 6 della sentenza), da risolvere nel senso di cui si è dato sommariamente conto[142].

Si è osservato che una simile tesi contrasta con il concetto di estraneità inteso come mancanza di collegamento tra il soggetto (anche *sub specie* di *culpa in vigilando*) e il reato[143].

La pronuncia è degna di nota sul piano generale in relazione a molteplici aspetti, non ultima la *vexata quaestio, limitatamente alla applicazione del sequestro e della confisca*, della inclusione dei beni provento di attività illecita del fallito nella massa attiva e la soluzio-

---

[142] Ad avviso di altra giurisprudenza (richiamata dalla sentenza in esame come tesi minoritaria), il curatore, "in quanto anche rappresentante del fallito, non può considerarsi a tutti gli effetti 'terzo estraneo' ai sensi del comma 3 dell'art. 240 c.p." e, quindi, non è legittimato a proporre istanza di revoca della confisca: Cass. sez. I, 7 marzo 2002, Fall. S.I.T. s.p.a., in «Giur. it.», 2004, 1938 (con nota critica di G. Debernardi).

[143] G. Biscardi, *Sequestro preventivo e dichiarazione di fallimento*, in «Giur. it.», 2006, p. 213.

ne del conflitto di norme in materia di destinazione del patrimonio del *deceptus*[144].

In primis la decisione conferma l'esclusione della "estraneità" in presenza della "utilizzazione" di profitti del reato, anche in difetto di commissione di reati "connessi" fondati su attività di favoreggiamento, ricettazione e riciclaggio.

Le Sezioni Unite, inoltre, attraverso l'*escamotage* della "partecipazione al profitto", suffragano la preminenza dell'interesse "pubblicistico" alla apprensione del bene fondato essenzialmente su esigenze di prevenzione speciale, nel senso della riduzione della pericolosità sociale del reo attraverso lo scioglimento del legame con la "cosa" (pericolosità sociale da assumere come presunzione *iuris et de iure* in caso di confisca obbligatoria, e da accertare in concreto nelle ipotesi di confisca facoltativa) rispetto a quello "privatistico" della tutela dei diritti dei terzi (o, a tutto concedere, come nel caso *sub iudice*, a quello pubblicistico "minore" della *par condicio creditorum*).

Sul punto la sentenza non si discosta dall'orientamento consolidato in materia di rapporto tra procedura concorsuale e sequestro (e confisca) antimafia (Legge n. 575/1965), in relazione al quale è pressocché indiscussa la priorità dell'interesse pubblico perseguito dal procedimento di prevenzione rispetto a quello "prevalentemente privatistico" tutelato dalla disciplina fallimentare[145]: le esigenze pubblicistiche "tese ad evitare la reiterazione in futuro dell'attività criminosa, non incidono, se non a certe condizioni, sulla tutela processuale dei diritti dei terzi"[146], ma sul piano degli effetti sostanziali

---

[144] *Amplius* sul punto F.M. Iacoviello, *Fallimento e sequestri penali*, in «Fall.», 2005, p. 1275 e ss., il quale evidenzia che, mentre le procedure concorsuali tendono a sottrarre al fallito la *disponibilità giuridica* dei beni (che possono essere ancora nella sua disponibilità materiale), il sequestro preventivo *ex* art. 321, comma 1 c.p.p. mira a sottrarre la *disponibilità materiale* dei beni e il sequestro a fini di confisca, infatti, prevede la sottrazione del bene, in vista del provvedimento ablativo definitivo, con il solo limite della appartenenza della cosa a persona estranea al reato.

[145] Si vedano le sentenze Cass. sez. I, 23 marzo 1988, Commisso, in «Cass. pen.», 2000, p. 748; F. Anfuso, *All'orizzonte una possibile via d'uscita dal dedalo dei rapporti tra misure di prevenzione patrimoniali e fallimento*, in «Fall.», 2002, p. 1273 e ss.

[146] Cass. Sez. I, 7 marzo 2002, Fall. S.I.T. s.p.a., in «Giur. it.», 2004, 1937.

che determinati provvedimenti hanno su singole situazioni giuridiche il terzo può fare affidamento soltanto sulla prova della "buona fede" (sulla quale si tornerà nel successivo paragrafo) – criterio individuato dalla giurisprudenza in termini di *self restraint*. Se, tuttavia, qualche breccia si apre per gli interessi della curatela nei confronti di sequestro e confisca nell'ambito delle misure di prevenzione antimafia quando sia possibile fornire la prova della legittimità della provenienza dei beni[147], minori ambiti di tutela sembrano ritagliabili nei confronti della ablazione del profitto mediante sequestro o confisca per equivalente, per la quale non rileva la provenienza (indifferentemente lecita o illecita) del bene.

Significativo, infine, il tentativo della articolata motivazione di proporre un criterio di "bilanciamento di interessi"[148], che superi la tradizionale soccombenza delle ragioni della procedura concorsuale rispetto a quelle processuali penali: mentre nei confronti della confisca obbligatoria regolata dall'art. 240, comma 2 c.p. o da leggi complementari (e quindi nella maggioranza dei casi di confische c.d. speciali)[149] si esplicita che la valutazione circa la necessità della misura cautelare si esaurisce nella verifica della "confiscabilità" del bene, poiché tale requisito assorbe l'onere probatorio circa il rapporto di pertinenzialità tra bene e reato (par. 4.2.a della motivazione), quanto meno rispetto alla confisca facoltativa si dischiudono per la curatela margini di intervento a garanzia dei creditori attraverso la raccolta di elementi fattuali che il giudice possa vagliare ai fini della propria valutazione discrezionale.

---

[147] Cass. sez. I, 30 settembre 1997, Nicoletti, in «Cass. pen.», 1998, p. 3097 e s.; per alcune considerazioni critiche su tale *probatio* diabolica cfr. V. Napoleoni, *Interferenze problematiche tra fallimento e sequestro antimafia*, in «Cass. pen.», 1989, p. 469 e s.

[148] V. Pacileo, *Sui rapporti tra procedimento penale e procedura fallimentare*, in «Cass. pen.», 2005, p. 2440 e ss.

[149] Cfr. cap. IV.

6. *(segue) Il terzo "di buona fede". Suggestioni tratte dalla disciplina della azione revocatoria*

Si è accennato al parametro della "buona fede" del terzo quale fondamento della tutela, e al tempo stesso, limite alla esclusione dalla devoluzione di beni confiscabili allo Stato[150].

Sebbene, infatti, soltanto con riguardo alla responsabilità "da reato" degli enti, cioè delle persone giuridiche nell'interesse o a vantaggio delle quali l'illecito penale è stato commesso, esplicitamente venga in rilievo il concetto di (terzo in) "buona fede" (art. 19, comma 2, seconda parte, D.lgs. n. 231/2001), la giurisprudenza ha invocato tale criterio da oltre un decennio, in margine al sostanziale svilimento dei diritti dei terzi stabiliti dal legislatore delle misure di prevenzione antimafia e dagli orientamenti interpretativi più restrittivi[151].

Lo spunto per attingere alle falde profonde del principio della buona fede proviene ancora una volta dalla normativa sovranazionale: contestuale alla riscoperta della confisca come strumento di contrasto alla criminalità "a sfondo economico", inaugurata dai primi accordi internazionali in tema di traffico illecito di sostanze stupefacenti, si è affermata con vigore la necessità di tutela dei "diritti dei terzi in buona fede", che non devono venire pregiudicati in alcun caso (art. 5, comma 8 della Convenzione Onu di Vienna del 1988)[152].

Del concetto di "buona fede" si è detto. Si è anche ricordato che la giurisprudenza civilistica ha per prima tentato di dare qualche risposta alle istanze dei terzi creditori, facendo leva sull'istituto delle obbligazioni, con particolare riferimento al profilo della modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio. In tal senso si è evidenziato che lo Stato subentra al soggetto che ha subito la privazione dei beni ed è tenuto all'adempimento o comunque al rispetto della pretesa

---

150 F. Cassano, *Questioni vecchie e nuove*, cit., p. 625.

151 Cfr. *supra* par. 4.

152 Analoga garanzia è assicurata ai terzi di buona fede dall'art. 5 del Secondo Protocollo alla Convenzione relativa agli interessi finanziari della Comunità, aperto alla firma il 19 giugno 1997.

satisfattoria del terzo creditore che, in buona fede, abbia fatto legittimo affidamento sulla solvibilità dell'originaria controparte[153].

Qualche ulteriore suggestione sia in merito al concetto di "buona fede", sia in ordine alla eventuale "mutazione" di garanzie per i terzi cui afferisca il bene oggetto di ablazione a seguito di un atto di disposizione patrimoniale può ricavarsi anche dalla disciplina in materia di "azione revocatoria", in relazione alla quale le esigenze di tutela dei terzi in buona fede presentano qualche similitudine con quelle che si manifestano in relazione alla confisca.

Va premesso che, pur attenendo azione revocatoria ordinaria e azione revocatoria fallimentare alla categoria generale dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, solo una parte della dottrina e l'orientamento prevalente in giurisprudenza riconoscono la sostanziale identità del fondamento di esse[154]. Alcuni *distinguo* fondamentali tra le due figure non possono quindi essere trascurati[155].

Quanto alla revocatoria "ordinaria" prevista dall'art. 2901 c.c., il cui comma 4 stabilisce che l'inefficacia dell'atto assoggettato ad azione revocatoria non pregiudica i diritti acquisiti a titolo dai terzi di buona fede (salvi gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione)[156], la dottrina spiega la previsione in termini di "efficacia relativa" dell'atto di disposizione, che non si traduce nella inidoneità dell'atto a produrre gli effetti tipici (quali, ad esempio, l'acquisto del diritto da parte del terzo), ma si risolve nella incapacità dello stesso di sottrarre il bene alla eventuale soddisfazione coattiva del creditore attore presso il terzo acquirente, da esperire successivamente attraverso azioni cautelari o esecutive, a seconda della esigibilità del credito. Sul piano processuale, infatti, l'azione si articola in due fasi distinte, nella

---

[153] Si veda la ricostruzione di A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 414.

[154] A. Maffei Alberti, *Art. 67*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2000[4], p. 237, par. 1; A. Patti, *Azione revocatoria fallimentare tra depotenziamento e dubbi di legittimità costituzionale*, in «Fall.», 2006, p. 282 e ss.

[155] A. Bonsignori, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, IX, 1986, p. 441 e ss.

[156] Quanto alla distinzione tra atti a titolo oneroso e atti a titolo gratuito, con particolare riferimento alla presunzione di cui all'art. 2901, comma 2 c.c., si rinvia ai riferimenti dottrinali e giurisprudenziali contenuti negli studi citati nelle note successive.

prima delle quali interviene la dichiarazione di inefficacia dell'atto di disposizione, nella seconda l'esperimento delle eventuali azioni esecutive o cautelari[157]. In un certo senso il creditore che agisce in revocatoria ha una sorta di diritto di seguito sul bene di cui il terzo revocato resta proprietario, tanto che i creditori del terzo acquirente, ove intervengano nell'esecuzione, rimangono in una posizione residuale e subordinata rispetto al creditore revocante[158].

Più significativa la disciplina dell'"autonoma" figura della revocatoria fallimentare, che la recente riforma contenuta nel D.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con mod. dalla Legge 14 maggio 2005, n. 80, ha modificato nella prospettiva dell'alleggerimento del "rischio della revocatoria" di cui agli art. 67 ss. r.d. 267/1942 e della prevalenza del principio della certezza dei traffici giuridici – e quindi, del primato della tutela *del credito* – con conseguente ridimensionamento dell'ambito di garanzia della *par condicio creditorum* – e relativa riduzione dell'alveo della pretesa *dei creditori*[159]. Mentre la disciplina dell'art. 67 ha subito rilevanti modifiche (con particolare riferimento alla delimitazione del periodo "sospetto" e alla dilatazione dell'area di esenzione, incluse le rimesse bancarie), per le quali si rinvia alla letteratura specifica[160], invariato rimane il regime a tutela del terzo di buona fede, contenuto oggi nell'art. 70, il cui comma 2 riproduce il previgente art. 71[161]; analogamente, permane l'effetto recuperatorio dell'azione (sul punto distante dal modello dell'art. 2901 c.c.), testimoniato dalla retrocessione del bene nella disponibilità della curatela fallimentare e nella successiva liquidazione concorsuale realizzata nelle forme prescritte dagli artt. 105 ss. Legge fall.

---

[157] S. D'Ercole, *L'azione revocatoria*, in P. Rescigno (diretto da) *Trattato di diritto privato*, 20, Utet, Torino, 1998², p. 165; M. De Cristofaro, *Art. 2902*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice civile*, diretto da G. Cian e A. Trabucchi, Cedam, 2007⁸, n. 1.

[158] M. De Cristofaro, *Art. 2902*, cit., p. 2952, n. 3.

[159] A. Patti, *Azione revocatoria fallimentare*, cit., p. 283. Per alcune considerazioni critiche sulle riforme e sulla necessità del consolidamento della funzione "antindennitaria" della revocatoria B. Inzitari, G. Limitone, *Tendenze riduzionistiche della revocatoria fallimentare nel progetto di riforma: effetti sulla concorrenza e sulla libertà di mercato*, in «Dir. fall.», 2005, p. 170 e ss.

[160] M. Sandulli, *La nuova disciplina della revocatoria*, in «Fall.», 2006, p. 611 e ss.; A. Patti, *Azione revocatoria fallimentare*, cit.

[161] P. Pajardi (a cura di), *Codice del fallimento*, cit., p. 567 e ss.

In tal senso la procedura manifesta una vocazione tanto ripristinatoria (del patrimonio del debitore) quanto redistributiva (della perdita da insolvenza) tra tutti i creditori, con valenza "indennitaria" non condivisa da quell'orientamento che considera l'azione in commento un presidio irrinunciabile per garantire (tra l'altro) la libera concorrenza e l'efficienza del mercato[162].

Quanto al contenuto della "*buona fede*". Essa viene in considerazione rispetto agli atti a titolo oneroso[163], quando il terzo non sia stato compartecipe dell'"intento fraudolento" del debitore, ritenendosi sufficiente per la configurazione di questo non la specifica conoscenza del pregiudizi che l'atto arreca alle ragioni del creditore che agisce in revocatoria, bensì l'effettiva consapevolezza del carattere pregiudizievole dell'atto che genericamente investa la consistenza del patrimonio, in pregiudizio dei creditori complessivamente considerati[164].

Il principio della *partecipatio fraudis* come fattore di esclusione della tutela del terzo evoca analogie con quella "estraneità" al reato cui fa riferimento l'art. 240 c.p., della quale si è detto[165].

Quanto agli *elementi di garanzia*, è necessario ancora procedere ad una ulteriore distinzione tra gli effetti della revocatoria ordinaria e quelli della revocatoria fallimentare.

Nel primo caso il terzo è legittimato a fare valere le proprie ragioni nel procedimento di esecuzione, del quale egli è reso edotto dalla notifica del titolo esecutivo e del precetto (art. 603 c.p.c.)[166].

---

[162] Così B. Inzitari, G. Limitone, *Tendenze riduzionistiche*, cit., p. 170 e ss., in particolare 189 e ss.

[163] In ordine alla estensione della presunzione di onerosità stabilità dall'art. 2901. comma 2 c.c. alla revocatoria fallimentare, con particolare riferimento alla nuova disciplina cfr. Cass. sez. I civ., 1° aprile 2005, n. 6918, in «Fall.», 2006, p. 150 e ss., con nota di G. Minutoli; Cass. civ., 8 luglio 2005, n. 14376, in *ivi*, 2006, p. 398 e ss., con nota di F. Lamanna, *La presunzione di onerosità delle garanzie contestuali nella novellata disciplina dell'azione revocatoria.*

[164] M. De Cristofaro, *Art. 2901*, cit., n. 1 e n. 3; secondo altra tesi (M. Petrone, *Art. 2901*, in Aa.Vv., *Codice civile ipertestuale*, a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Gravelli, Utet, Torino, 2005², n. 2), l'intensità dell'elemento soggettivo è graduata a seconda che l'atto sia anteriore o successivo al sorgere del credito: la *dolosa predeterminazione* sarebbe richiesta soltanto nel primo caso.

[165] Cfr. *supra* par. 2.

[166] M. Crisofaro, *Art. 2902*, cit., p. 2952, n. 6.

La disciplina della revocatoria fallimentare appare più dettagliata. L'art. 70, comma 2 Legge fall., stabilisce che il terzo in buona fede può essere ammesso al passivo attraverso l'insinuazione del credito – ovvero il conferimento della somma corrispondente – effettivamente "restituito" al fallimento. L'occasione della riforma non è stata colta per consentire al terzo un accesso privilegiato, realizzabile, ad esempio, attraverso la modifica dello stato passivo eseguita dal curatore su istanza del terzo e previa autorizzazione del giudice delegato. Il terzo deve proporre autonoma domanda ai sensi dell'art. 101 Legge fall., accollandosi i costi e gli oneri connessi alla insinuazione tardiva.

Significativo tuttavia resta il dato di fondo: ovvero che il terzo in buona fede concorre assieme agli altri creditori alla ripartizione dei danni determinati dall'insolvenza.

La *ratio* della disposizione si ricava dal fatto che l'inefficacia dell'atto determinata dall'azione revocatoria lede il sinallagma contrattuale, legittimando il terzo a partecipare al concorso per ripetere la controprestazione al fine di evitare che l'azione si traduca in un illecito arricchimento degli altri creditori.

A ben riflettere argomentazioni analoghe potrebbero essere condivise in ordine alle ragioni del terzo rispetto alla ablazione bene, atteso che anche in questo caso il sequestro e la confisca del bene violano la corrispondenza delle prestazioni, determinando un arricchimento "indebito" dello Stato a danno del terzo stesso.

Infatti, sulla falsariga della disciplina richiamata, che, come si è visto, si intreccia comunque alle vicende della confisca quando questa è preceduta da sequestro e al contempo è in piedi la procedura fallimentare[167], nelle ipotesi in cui la norma fa "salvi i diritti dei terzi" (intesi come "in buona fede") si potrebbe quanto meno pensare al concorso dei creditori con lo Stato ai fini della soddisfazione delle rispettive pretese (obbligazione creditoria, per un verso; confisca, per l'altro).

Se l'adesione ad una simile prospettiva non può non tenere in considerazione la premessa da cui la disciplina della revocatoria or-

---

[167] Cfr. *supra* par. 4.

dinaria muove, ovvero che, secondo l'orientamento prevalente, tale azione è del tutto priva di finalità ed effetti restitutori, in quanto l'atto di disposizione revocato conserva la propria efficacia traslativa o costitutiva in capo all'acquirente[168], più flessibile appare la disciplina dell'azione revocatoria fallimentare. In merito a quest'ultima, infatti, alle considerazioni circa l'originaria finalità recuperatoria (cui si è accennato), si aggiunge, a seguito della novella del 2005, il dibattito in merito al recepimento, da parte della riforma, della teoria indennitaria, alla stregua della quale l'inefficacia degli atti deve essere limitata a quelli soltanto che abbiano arrecato pregiudizio ai creditori, depauperando il patrimonio del fallito[169]. A prescindere dall'indirizzo accolto, resta il fatto che la nuova disciplina emana qualche riflesso di carattere indennitario che sembra compatibile con quella lettura delle ipotesi speciali di confisca che ne rimarca la funzione risarcitoria[170], e che sembra consentire di attingere alla disciplina qui in commento per individuare qualche profilo di garanzia nei confronti dei terzi in buona fede[171].

Proprio dalle ragioni che hanno ispirato la riforma della revocatoria fallimentare, ossia il depotenziamento della stessa a fronte delle esigenze di certezza dei traffici giuridici, moltiplicatesi nel contesto dell'economia globale, potrebbe prendere avvio una riflessione sulla rivisitazione della disciplina della tutela dei terzi rispetto ai provvedimenti ablatori nella direzione della ridefinizione dei limiti di questi ultimi.

In attesa di un intervento legislativo mirato, l'elaborazione civilistica, che si fonda sul requisito normativamente richiesto della "buona fede" del terzo, può contribuire a dare un volto alla quali-

---

[168] M. De Cristofaro, *Art. 2901*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice civile*, diretto da G. Cian e A. Trabucchi, Cedam, Padova, 2007[8], n. 3.

[169] Per una analisi della questione cfr. M. Sandulli, *La nuova disciplina della revocatoria*, cit.

[170] Cfr. cap. I, par. 4.

[171] Un'ulteriore conferma del parallelismo che emerge dal raffronto dell'azione revocatoria con la confisca, risiede nel fondamento dell'inefficacia dell'atto dispositivo, ravvisabile nel fatto che, a seguito della *espropriazione* del bene revocato, il debitore si è arricchito a danno del terzo, atteso il venir meno della controprestazione (in quest'ultimo senso cfr. A. Bonsignori, *Il fallimento*, cit., p. 458).

ficazione invocata in via analogica dalla giurisprudenza con riferimento alle ipotesi di confisca che fanno salvi i diritti dei terzi: argomentazioni diverse valgono, come detto, per la previsione espressa *ex* art. 19 D.lgs. n. 231/2001[172].

7. *(segue) La tutela "condizionata" dei terzi in buona fede per i reati di contrabbando*

Un settore in cui la tutela dei diritti dei terzi nasce con caratteristiche di evidente recessività rispetto al prevalente interesse alla ablazione dei beni è quello doganale (D.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43), il cui regime di particolare rigore ha costretto la Corte costituzionale ad una serie di pronunce interpretative giustificate alla luce di una sorta di "necessità di salvamento" dei diritti dei terzi "innocenti".

La disciplina in questione, oltre a stabilire l'obbligatorietà della confisca delle "cose che servirono o furono destinate a commettere reato e delle cose che ne sono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto" (art. 301, comma 1) nonché dei mezzi di trasporto che risultino adatti allo stivaggio fraudolento di merci ovvero contengano accorgimenti idonei a maggiorarne la capacità di carico o l'autonomia in difformità delle caratteristiche costruttive omologate o che siano impiegati in violazione delle norme concernenti la circolazione o la navigazione e la sicurezza in mare (art. 301, comma 2), prevede, per un verso, che il provvedimento ablativo vada comunque disposto, per il caso di mezzi di trasporto, a prescindere dalla "appartenenza" dello stesso (art. 301, comma 2); per l'altro, che trova applicazione l'art. 240 c.p., laddove tale "appartenenza" sia riconducibile a persona "estranea al reato", la quale dimostri di non avere potuto prevedere l'illecito impiego anche occasionale e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza (art. 302, comma 3).

---

[172] In punto di tutela dei terzi rispetto alla confisca prevista dal D.lgs. n. 231/2001 cfr. *infra* par. 9.

Prima di analizzare il fondamento di una normativa così incisiva, va affrontata la questione della estensione della previsione. Il dato letterale ("si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale se si tratta di mezzo di trasporto appartenente a persona estranea al reato") fa propendere per una delimitazione del disposto in materia di tutela dei terzi (art. 301, comma 3) alla sola ipotesi in cui detti beni costituiscano "mezzo di trasporto": la ragionevolezza di tale interpretazione trova conferma nel fatto che il comma precedente impone la confisca del mezzo "a chiunque" esso appartenga. Se ne dovrebbe dedurre che, in relazione ai beni oggetto di apprensione a titolo diverso rispetto al trasporto (cioè – ai sensi dell'art. 301, comma 1 – uso o destinazione d'uso della cosa a commettere il reato di contrabbando; oggetto, prodotto o profitto di questo), l'art. 240 c.p. e la sua deroga non trovino applicazione.

Per converso, la Consulta – come si vedrà tra breve – guarda con perplessità al criterio imposto dal legislatore circa il superamento della presunzione di responsabilità, consistendo esso nella prova della impossibilità di prevedere l'illecito impiego anche occasionale del mezzo e nella assenza di difetto di vigilanza.

Le censure di legittimità costituzionale si fondano sul principio di personalità della responsabilità penale, esteso alla ibrida figura della confisca sulla scorta della premessa che questa, a prescindere dalla natura attribuita sul piano formale, sotto il profilo sostanziale costituisce sicuramente sanzione punitiva *lato sensu*, cioè afflittiva e repressiva, e orientata fortemente in senso special-preventivo. La deroga prevista dalla normativa, fondata sul rovesciamento del principio della buona fede in ragione delle esigenze connesse all'esercizio della potestà tributaria dello Stato, risulta ammissibile nella misura in cui non viola il principio di colpevolezza. Di tale segno appaiono le pronunce della Corte costituzionale, che si è trovata di fronte ad una disposizione simile, sotto il profilo della legittimità della presunzione di responsabilità, all'art. 12 *quinquies* Legge n. 356/1992.

Le ragioni che inducono a dubitare della compatibilità della disposizione in commento con le garanzie costituzionali affondano le radici in una tradizione risalente.

Nella sua formulazione originaria l'art. 301, ricalcando il tenore del previgente art. 116, comma 1, Legge 25 settembre 1940, n. 1424, prevedeva che "nei casi di contrabbando è sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto. Se si tratta di mezzi di trasporto appartenenti a persona estranea al reato, si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale. Tuttavia, i mezzi di trasporto che abbiano segreti ripostigli ovvero siano stati artificiosamente modificati per dissimulare le merci che vi sono state collocate, non possono essere restituiti a chi ne abbia diritto se prima non siano stati ridotti in modo da non prestarsi ulteriormente alla frode".

Si può ben comprendere che, alla luce di una siffatta disciplina, le remore di rango costituzionale siano più di una.

Infatti, secondo la Consulta (sent. Corte cost. 9 luglio 1974, n. 229, par. 2)[173], se la obbligatorietà della confisca delle cose di cui trattasi trova una ragionevole giustificazione "ai fini di una lotta più incisiva ad una attività penalmente illecita, e ritenuta dal legislatore, in base al suo libero apprezzamento, particolarmente lesiva degli interessi finanziari dello Stato oltreché per la sua diffusione anche per la organizzazione capillare e le multiformi diramazioni di cui è in grado di poter disporre, altrettanto non può dirsi quando essa si traduce in una ingiustificata violazione del diritto sulla cosa che spetti a terzi estranei al reato": in quest'ultimo caso, la persona estranea al reato finisce col subire a titolo meramente oggettivo le conseguenze patrimoniali dell'illecito penale commesso da altri. Quindi, affinché "la confisca obbligatoria delle cose appartenenti a persone estranee al contrabbando non configuri, a carico di queste, una mera responsabilità oggettiva, in base alla quale, per il solo fatto della appartenenza ad essi delle cose coinvolte, subiscano conseguenze patrimoniali in dipendenza dell'illecito finanziario commesso da altri, occorre che sia rilevabile nei loro confronti un *quid* senza il quale, il

---

[173] La declaratoria di illegittimità abbraccia sia l'art. 116 comma 1, della legge 25 settembre 1940, n. 1424, vigente al momento della commissione dei fatti contestati, sia il neo introdotto art. 301 D.p.r. n. 43/1973, non difforme sul punto da quello sostituito.

reato, pur nella inconsapevolezza di questo, non sarebbe avvenuto o comunque non sarebbe stato agevolato. Occorre, in conclusione, che emerga nei loro confronti almeno un difetto di vigilanza".

Nella successiva sentenza del 21 dicembre 1976, n. 259[174], la Corte, riprendendo il percorso intrapreso nella pronuncia precedente, affronta un diverso profilo della incompatibilità dell' (abrogato art. 116 e dell') art. 301 t.u.: nel caso in questione i beni di cui si discute costituiscono non "cose appartenenti a terzi estranei al reato, che avrebbero potuto esercitare una più vigile attenzione", bensì "cose (costituenti l'oggetto del reato doganale) che al terzo furono dolosamente sottratte". In tale ipotesi contrasta con il principio di responsabilità personale la confisca di beni che, al proprietario sottratte, hanno poi formato oggetto di violazione di norme doganali. Ne discende la declaratoria di parziale illegittimità delle norme impugnate nella parte in cui non prevedono l'esclusione della confisca delle cose oggetto di contrabbando, che siano state illegittimamente sottratte, quando tale sottrazione risulti giudizialmente accertata[175].

Le sentenze interpretative della Consulta tuttavia non scalfiscono la granitica insensibilità del legislatore in ordine all'opportunità di modificare la norma, tanto che nel 1987 la Corte è costretta ad affrontare nuovamente la questione di legittimità dell'art. 301 (e dell'abrogato art. 116). Anche questa volta il punto di partenza dell'argomentazione nasce da un rilievo di portata generale e ormai consolidato, ossia dal fatto "che il proprietario della cosa sottoposta a confisca obbligatoria estraneo al reato, finisce col subire, in base alla disposizione dell'art. 116, comma 1, della Legge n. 1424 del 1940 (ora art. 301, comma 1, D.p.r. n. 43 del 1973) a titolo meramente oggettivo, le conseguenze patrimoniali di un illecito penale commesso da altri (sent. n. 229 del 1974)"; cosicché la normativa

---

[174] Le sentenze della Corte di seguito citate sono reperibili nel sito www.cortecostituzionale.it.

[175] Qualche "apertura" a favore dei terzi si era già registrata nella giurisprudenza di cassazione in applicazione dell'art. 185 c.p. (con riferimento alla confisca *ex* art. 116 l. contrabbando): cfr. ad esempio Cass. sez. III pen., 21 gennaio 1974, ignoti, in «Cass. pen.», 1975, p. 686.

in questione, in palese contrasto con l'art. 27 Cost., contiene al riguardo la previsione di "una responsabilità oggettiva", che prescinde dalla valutazione dell'elemento psicologico nella condotta del soggetto, e commina la confisca senza tener conto dell'appartenenza della cosa. La Corte, con riferimento ad una ipotesi specifica di provenienza furtiva dei beni (opere di interesse artistico e storico) oggetto di contrabbando, aggiunge un ulteriore tassello all'opera di demolizione della disposizione, dichiarando l'illegittimità costituzionale di questa (unitamente all'art. 66 della Legge 1° giugno 1939, n. 1089, che dispone la confisca in conformità delle norme della legge doganale relative alle cose oggetto di contrabbando), nella parte in cui prevede la confisca di opere tutelate ai sensi della Legge n. 1089 del 1939 che siano state oggetto di esportazione abusiva, anche quando risultino di proprietà di un terzo che non sia autore del reato e non ne abbia tratto in alcun modo profitto. Secondo la Consulta, salva l'ipotesi in cui vi siano cose il cui possesso può configurare un'illiceità obbiettiva in senso assoluto (la quale prescinde dal rapporto col soggetto che ne dispone) e che legittimamente debbono essere confiscate presso chiunque le detenga (art. 240 cod. pen.), in ogni altro caso l'art. 27, comma 1, Cost. non può consentire che si proceda a confisca di cose pertinenti a reato, ove chi ne sia proprietario al momento in cui la confisca debba essere disposta non sia l'autore del reato o non ne abbia tratto in alcun modo profitto.

In merito all'effetto "diffusivo" generato da tale inciso nell'attuale e dominante interpretazione del concetto di persona offesa al reato si è già accennato sopra.

Con la Legge 30 dicembre 1991, n. 413[176] i ripetuti appelli della Corte costituzionale, contenuti nelle pronunce di parziale illegittimità, hanno scalfito l'apatia del legislatore.

---

[176] Si legge nell'art. 301 t.u. doganale in vigore dal 28 febbraio 1992: "1. Nei casi di contrabbando è sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto. 2. Sono in ogni caso soggetti a confisca i mezzi di trasporto a chiunque appartenenti che risultino adattati allo stivaggio fraudolento di merci ovvero contengano accorgimenti idonei a maggiorarne la capacità di carico o

Nemmeno la riforma tuttavia ha reso la disposizione immune da censure fondate sulla violazione dell'art. 27 Cost., poiché, come rileva la Consulta[177], il legislatore "ha dato rilievo allo stato soggettivo di buona fede del proprietario del bene (sotto il profilo del non essere questi incorso in un difetto di vigilanza) unicamente con riferimento ai mezzi utilizzati o destinati al contrabbando, mantenendo ferma per gli altri casi l'indiscriminata obbligatorietà della confisca dei beni oggetto di contrabbando". In tal modo lo stesso legislatore ha mancato di portare alle conseguenze necessarie la generalità del principio affermato dalla Corte, "il quale conduce ad escludere che la misura della confisca possa investire la cosa appartenente al terzo estraneo al reato di contrabbando, quando questi dimostri di esserne divenuto proprietario senza violare alcun obbligo di diligenza e quindi in buona fede". Infatti i primari interessi finanziari dello Stato e la pretesa "intrinseca pericolosità sociale" dei beni provenienti da contrabbando non possono essere invocati a giustificazione del sacrificio imposto al terzo di buona fede, atteso che la posizione di questi "è da ritenere protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole, che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico e dal quale scaturisce anche la regola generale di circolazione dei beni mobili nel nostro sistema di mercato (cfr. art. 1153 del codice civile)". Anzi – si aggiunge nella sentenza – "la pretesa sanzionatoria dello Stato di aggredire con il provvedimento di confisca il bene del terzo, negandogli persino la possibilità di dimostrare la propria buona fede nell'acquisto, è priva di qualsiasi collegamento con una sua condotta suscettibile di riprovazione e si pone irri-

---

l'autonomia in difformità delle caratteristiche costruttive omologate o che siano impiegati in violazione alle norme concernenti la circolazione o la navigazione e la sicurezza in mare. 3. Si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale se si tratta di mezzo di trasporto appartenente a persona estranea al reato qualora questa dimostri di non averne potuto prevedere l'illecito impiego anche occasionale e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza. 4. Nel caso di vendita all'asta di mezzi di trasporto confiscati per il delitto di contrabbando, qualora l'aggiudicazione non abbia luogo al primo incanto, l'asta non può essere ripetuta e i mezzi esecutati vengono acquisiti al patrimonio dello Stato. 5. Le disposizioni del presente articolo si osservano anche nel caso di applicazione della pena su richiesta a norma del titolo II del libro VI del codice di procedura penale".

[177] Corte cost., 9-10 gennaio 1997, n. 1.

mediabilmente in contrasto con il principio della personalità della responsabilità penale".

Solo quando si tratti di cose "nelle quali sia insita una illiceità oggettiva in senso assoluto" (ovvero cose delle quali la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione non possono essere consentiti neppure con autorizzazione amministrativa) il principio dell'affidamento incolpevole può soccombere senza che la confisca colpisca il soggetto a titolo di responsabilità oggettiva.

Breve.

L'illegittimità costituzionale dell'art. 301, comma 1, del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, come modificato dall'art. 11 della legge 30 dicembre 1991, n. 413, sussiste, ad avviso della Consulta, nella parte in cui non consente alla persona estranea al reato di provare di avere acquistato la proprietà delle cose ignorando senza colpa l'illecita immissione di esse sul mercato. Nel conflitto di interessi che si apre tra esercizio della potestà tributaria dello Stato e principio dell'affidamento incolpevole del privato, è ammissibile una tutela privilegiata del primo (per cui può risultare non irragionevole una deroga al principio vigente in materia di acquisti di beni mobili secondo il quale la buona fede è generalmente presunta): tuttavia esigenze insuperabili di adeguatezza e proporzionalità non consentono che tale privilegio si spinga "sino al punto di impedire al terzo estraneo al reato di essere ammesso a provare che non sussistevano al momento dell'acquisto circostanze tali da far sorgere sospetti circa la provenienza del bene da contrabbando".

La sentenza "manipolatrice", escludendo che la misura della confisca possa investire la cosa appartenente al terzo estraneo al reato di contrabbando, quando questi dimostri di esserne divenuto proprietario senza violare alcun obbligo di diligenza e quindi in buona fede, estende l'efficacia della clausola di salvaguardia al di là dell'ipotesi, normativamente prevista dalla modifica del 1991, della confisca dei (soli) mezzi utilizzati o destinati al contrabbando[178].

Il regime eccezionale della confisca in materia di contrabbando permane quindi nonostante la riforma: e non solo per la obbligatorie-

---

[178] Così il par. 2 della motivazione della sentenza.

tà del provvedimento ablativo o per la equiparazione della sentenza di c.d. patteggiamento a quella di condanna ai sensi dell'art. 301, comma 5 (previsione ormai non più derogatoria, bensì comune)[179], ma anche per la rigorosa disciplina di tutela dei terzi. Nonostante l'interpretazione della Consulta, infatti, la clausola di esonero continua ad essere applicata con estremo rigore: ad esempio, ad avviso della giurisprudenza, essa esige, da parte del proprietario, la congiunta prova di entrambi i requisiti (impossibilità di prevedere l'illecito impiego – anche solo occasionale – del mezzo e mancanza del difetto di vigilanza)[180].

In relazione ad una ipotesi di sequestro a fini confisca *ex* artt. 321, commi 1 e 2 c.p.p. si è precisato che sono sempre soggette ad ablazione, a chiunque appartengano, le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato di contrabbando: a riguardo incoerente è stato ritenuto il principio affermato dalla sentenza n. 1 del 1997 della Corte costituzionale (che ha consentito la possibilità alla persona estranea al reato di provare di aver acquistato la proprietà della cosa ignorando senza colpa l'illecita immissione di essa sul mercato), atteso che il richiamato intervento della Consulta riguarda il comma 1 dell'art. 301 citato, che si riferisce alle cose oggetto di contrabbando, e non a quelle che servirono o furono destinate a commettere il suddetto reato, la cui confiscabilità non è posta in discussione, indipendentemente dal soggetto cui appartengono e dal suo stato psicologico al momento dell'acquisto[181].

Ancora due considerazioni conclusive.

In primis il tema della compatibilità della confisca con l'art. 27 Cost. a fondamento della garanzia dei diritti dei terzi ne suffraga il carattere penale (o quanto meno, punitivo).

Inoltre si profila in materia di reati di contrabbando il pericolo di *bis in idem* delle misure ablative: infatti ai soggetti condannati per delitto di contrabbando *ex* art. 295, comma 2 t.u. n. 43/1973, si estende l'applicazione della confisca *ex* art. 12 *sexies* Legge n. 356/1992, così come previsto dal riformulato comma 2 della dispo-

---

[179] Si veda il cap. IV, rispettivamente parr. 1 e 2.

[180] Cass. sez. III pen. 31 marzo 1998, Tsangaris, in «Cass. pen.», 1999, p. 2964.

[181] Cass. sez. VI pen., 8 giugno 2000, n. 2643, Mariniello, in «Cass. pen.», 2001, 2762.

sizione, mentre l'art. 14 Legge n. 19 marzo 1990, n. 55, comprende l'"attività di contrabbando" tra quelle che legittimano l'estensione delle misure di prevenzione di carattere patrimoniale (*ex* Legge n. 575/1965) ai soggetti indiziati di appartenenza alle associazioni di tipo mafioso e agli altri soggetti indicati nella norma stessa.

8. *Il diritto (dei terzi) alla restituzione e al risarcimento*

Tra i diritti dei terzi – *rectius*: di alcuni terzi – vanno annoverati quelli alla restituzione e al risarcimento.

L'art. 644 u.c. c.p., che in apertura si è citato a titolo esemplificativo, fa "salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento".

È noto che il concetto di persona offesa non può che evocare il tema del bene giuridico offeso dalla commissione del reato, e della identificazione del rispettivo titolare. Altrettanto conosciuti sono i termini della questione – tuttora in evoluzione – dei confini del danno civilmente risarcibile, e quindi, dell'ambito del danno che (anche in sede penale) può essere oggetto di risarcimento[182]. L'abbinamento della pretesa restitutoria e risarcitoria alla persona offesa lascia intendere che, ad esempio, ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p., risultano "privilegiati" quei diritti della persona offesa che possano essere oggetto di restituzione e di risarcimento: ciò che si verifica soltanto laddove la persona offesa sia anche persona danneggiata, secondo la struttura tipica dei reati contro il patrimonio. Diversamente, bisognerebbe intendere l'espressione nel senso che il termine "persona offesa" sia stato utilizzato dal legislatore in maniera impropria e che in realtà esso sia da intendere come sinonimo di "soggetto danneggiato": una simile lettura, alla luce della ampiezza del concetto di danno (civilmente) risarcibile, relegherebbe l'operatività della confisca e, prima di essa, del sequestro preventivo, al caso in cui i beni del condannato siano di tale valore e in tale quantità da

---

[182] Per una analisi di tali profili si consenta di rinviare al nostro *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano, 1999.

lasciare permanere ancora qualche cespite, dopo il soddisfacimento delle pretese di tutti i titolari di un diritto (alla restituzione o) al risarcimento.

Ipotizzando che il legislatore abbia richiamato la nozione di persona offesa in senso proprio, deve ritenersi che restituzione e risarcimento siano privilegiati rispetto alla espropriazione dello Stato (anche per equivalente) nella misura in cui avvantaggiano quel danneggiato che è anche persona offesa: coincidenza "di fatto" di frequente verificazione, atteso che il bene giuridico violato dalla tipologia di reato in questione (usura) è bene individuale e determinato, ossia il patrimonio.

Vi è poi da osservare – lo si è anticipato – che la clausola di salvaguardia relativa ai diritti della persona offesa non impedisce che di fatto i diritti dei terzi possano essere pregiudicati dai provvedimenti di confisca. Con riferimento al delitto di usura, in particolare, le Sezioni Unite hanno stabilito che la confisca *ex* art. 644 c.p. non determina l'estinzione del preesistente diritto di pegno costituito sulle cose a favore di terzi, quando questi, pur "avendo tratto oggettivamente vantaggio dall'altrui attività criminosa, riescano a provare di trovarsi in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole". In tal caso il giudice dell'esecuzione deve assicurare che il creditore pignoratizio possa esercitare il diritto di prelazione sulle somme ricavate dalla vendita[183].

Maggiori perplessità lascia sussistere la formula in relazione ai "delitti contro la personalità individuale". In tal caso, infatti, il novero dei soggetti danneggiati da delitti come la riduzione o il mantenimento in schiavitù o in servitù, e la prostituzione o la pornografia minorile, è infinito, per cui l'attribuzione della titolarità della pretesa in capo alla sola persona offesa circoscrive sensibilmente i margini di operatività della confisca.

I diritti della *persona offesa* dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno sono fatti salvi anche dall'art. 12 *sexies*, comma 4 *bis* Legge n. 356/1992 che, come anticipato, richiama una pletora

---

[183] Si veda la citata sentenza Sez. Un. Pen. 28 aprile 1999, n. 9, Bacherotti, in «Foro it.», 1999, II, p. 572; e in «Dir. pen. proc.», 1999, p. 961.

di fattispecie in progressivo aumento, venute ad impinguare il novero dei reati che consentono l'applicazione della confisca di beni di valore non proporzionato.

Altrove, in considerazione della indeterminatezza del bene giuridico leso, e conseguentemente, della titolarità dello stesso, si è preferito fare riferimento, nell'alveo di una consolidata tradizione, alla concreta misura riparatoria e/o risarcitoria, a prescindere dall'individuazione del suo beneficiario: così, ad esempio, in materia di discariche abusive, la confisca dell'area sulla quale è realizzata la discarica abusiva fa salvi gli obblighi di bonifica o di ripristino dello stato dei luoghi (art. 51, comma 3, D.lgs. n. 22/1997).

La prima parte del comma 1 dell'art. 19 D.lgs. n. 231/2001 opera una scelta diversa, escludendo, rispetto alla confisca del prezzo o del profitto del reato, "la parte che può essere restituita al *danneggiato*": questi dunque sembra avere titolo per far valere i propri diritti sin dall'inizio della procedura.

Va notato che la disposizione non fa riferimento al diritto di risarcimento, ma richiama solo l'obbligo di restituzione. Il rilievo non è scevro di significato, poiché mentre quest'ultimo implica la consegna del *medesimo* bene di cui il danneggiato è stato privato, con conseguente ripristino dello stato precedente (una sorta di risarcimento in forma specifica di applicazione piuttosto circoscritta)[184], il risarcimento realizza tale *restituito ad integrum* attraverso una prestazione di *"valore equivalente"* al danno prodotto dal reato[185]. La restituzione, prevista soltanto in relazione al comma 1 dell'art. 19, e non al secondo (confisca per equivalente), presuppone che il bene sia ben individuato e non "confuso" con altri[186].

Sul punto il legislatore ha mostrato particolare cautela, tenendo conto della vocazione espansiva della disciplina della responsabilità degli enti rispetto alla tipologia dei reati interessati: sin dalla entrata

---

[184] F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2006[6], p. 578.

[185] Va richiamata in questa sede l'elaborazione consolidatasi in relazione alle "sanzioni civili" disciplinate dall'art. 185 c.p.: cfr. a mero titolo esemplificativo G. Schiavano, *Art. 185*, in *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 642, par. III.

[186] T.E. Epidendio, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 323; cfr. *infra* par. 9.

in vigore della normativa il rinvio a fattispecie criminose – si pensi, ad esempio, ai delitti di corruzione – legittimanti pretese risarcitorie su larga scala lasciava intendere l'insorgere di una pluralità incalcolabile di danni cagionati dal reato a cittadini, amministrazioni pubbliche, associazioni di categoria, ecc.; con l'estensione della responsabilità *de qua* anche ad illeciti quali i reati societari e i c.d. abusi di mercato, la clausola di riserva a favore del diritto al risarcimento dei soggetti danneggiati avrebbe di fatto paralizzato l'applicazione dei provvedimenti ablatori.

Resta il fatto che, al di là di spicciole considerazioni di "economia giuridica", l'esito della valutazione comparativa degli interessi in gioco risulta una volta di più nettamente e scientemente sbilanciato a vantaggio della apprensione dei beni a favore dello Stato (in forza di prevalenti esigenze di prevenzione generale) a detrimento delle legittime pretese dei singoli.

9. *La tutela dei terzi nel D.lgs. n. 231/2001: a) la previsione dell'art. 19 D.lgs. 231/2001. Cenni agli effetti della responsabilità nell'ambito dei "gruppi societari" e alla costituzione di parte civile nei confronti dell'ente*

In materia di confisca operante nei limiti stabiliti dal D.lgs. n. 231/2001 la tutela dei c.d. terzi abbraccia diversi ordini di questioni.

Si tratta innanzi tutto di verificare quale sia il contenuto della espressione "terzo in buona fede", al quale l'art. 19, comma 1, seconda parte, D.lgs. n. 231/2001, garantisce la salvaguardia dei diritti acquisiti rispetto ai beni assoggettabili a confisca.

Atteso poi che, secondo la lettera della legge, non è comunque confiscabile la "parte che può essere restituita al danneggiato" (art. 19, comma 1, prima parte)[187], va risolta anche la questione della configurabilità della qualifica di "danneggiato".

Last but not least si pone il tema della attribuibilità della qualifica di "terzo" all'ente stesso[188]: è noto infatti che, sia pure con

---

[187] A riguardo si veda il paragrafo precedente.

[188] Cfr. anche cap. VI, par. 1.

qualche alchimia giuridica, parte della giurisprudenza (prima della emanazione del D.lgs. n. 231/2001) aveva prospettato la possibilità di rendere i beni dell'ente oggetto della confisca inflitta al soggetto avente rappresentanza legale o amministrativa condannato con sentenza penale. Ci si chiede se l'entrata in vigore della disciplina "amministrativa" degli enti, con il riconoscimento dell'autonoma responsabilità di questi ultimi, lasci sussistere margini entro i quali l'ente possa ancora considerarsi "terzo" e sia quindi legittimato ad avvalersi di quelle clausole che consentono la sottrazione al provvedimento ablativo dei beni di sua appartenenza.

Quanto alla configurabilità dell'estraneità dell'ente[189], l'architettura del D.lgs. n. 231/2001, e, prima ancora, la *ratio* della disciplina, sembra ispirarsi ad un modello incompatibile con una ipotesi del genere, almeno con riferimento alla confisca prevista dall'art. 19, e (soprattutto) al requisito della "buona fede": l'accertamento della responsabilità "da reato" dell'ente, acclarato dalla sentenza di condanna, per un illecito penale commesso nell'interesse o a vantaggio dello stesso, esclude che il medesimo, autonomamente considerato, possa essere ricompreso nella categoria dei "terzi".

Maggiormente sfumata la questione della possibilità di disporre il sequestro (finalizzato alla confisca) nei confronti dell'ente, che "non può considerarsi 'estraneo al reato' nel caso in cui partecipi all'utilizzazione dei profitti che ne sono derivati"[190]: in tal caso, infatti, l'incertezza dell'esito processuale connaturata alla fase delle indagini preliminari non consente di sciogliere la riserva circa la responsabilità "da reato" dell'ente.

Permane più di una perplessità circa l'ipotesi di confisca prevista dall'art. 6, comma 5 D.lgs. n. 231/2001, riguardo alla quale si discute, come anticipato[191], se dell'ente venga meno la *responsabilità* per l'illecito ovvero (soltanto) *la colpevolezza.* Impregiudicata inol-

---

[189] Si vedano le osservazioni di A. Alessandri nella *Presentazione* al volume *I modelli organizzativi ex D.lgs 231/2001*, a cura di C. Monesi, Giuffrè, Milano, 2005 (XXV ss.) XXIX.

[190] Cfr. Cass. sez. II pen., 27 settembre 2006, n. 31989, in www.reatisocietari.it.; cfr. cap. V.

[191] Cfr. cap. VI, par. 3.

tre la complessità delle vicende della applicazione in via cautelare del sequestro a fini di confisca, alla cui analisi si rinvia[192].

Una diversa questione che merita di essere richiamata in quanto non risolta ma resa più complessa dall'entrata in vigore del D.lgs.n. 231/2001 concerne la sussistenza del requisito in questione in capo a ciascuna delle società appartenenti al medesimo *gruppo* rispetto alle altre[193].

Alcuni timidi riconoscimenti normativi[194] e giurisprudenziali[195] del "gruppo societario" come realtà autonoma prospettano la riconsiderazione delle conseguenze, sul piano della responsabilità penale, delle interrelazioni tra le società esistenti nel mercato "reale": si pensi, ad esempio, alla previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 2634 c.c. in materia di infedeltà patrimoniale, secondo la quale non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo[196].

Il D.lgs. n. 231/2001 promulgato con un anno di anticipo rispetto alla riforma penale societaria che ha introdotto l'art. 2634 c.c., nulla dispone sul punto, né i successivi interventi normativi di estensione dell'ambito di applicazione della disciplina hanno prov-

---

[192] Cfr. cap. VI. Nel silenzio del legislatore la giurisprudenza era già stata chiamata a decidere della riconducibilità del bilancio consolidato a quello previsto nell'(allora vigente) versione del delitto di false comunicazioni sociali.

[193] Cfr. anche cap. VI, par. 1.

[194] Per alcune considerazioni sulla pregressa evoluzione della rilevanza dei "gruppi societari" si consenta di rinviare al nostro *Il "gruppo di società" tra lacune legislative e esigenze di riforma*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Diritto penale commerciale*, I, coord. da E. Carletti, Torino, 1990, p. 205 e ss.

[195] Si vedano Cass. sez. V pen., 18 marzo 2005, n. 10688, G., in «Dir. pen. proc.», 2005, p. 747 e ss.; contra Cass. sez. V pen., 27 maggio 2003, n. 23241, Tavecchia, *ivi*, 750, entrambe con nota di F. Lemme.

[196] In relazione ai gruppi di impresa si veda l'ampia trattazione di A. Bassi, *I gruppi di imprese*, in V. Buonocore (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 2006[7], p. 595 e ss. Con particolare riferimento all'art. 2634 c.c., a fronte del plauso per il riconoscimento della realtà economico-giuridica dei gruppi societari, la dottrina tuttavia ha manifestato fondate perplessità sul contenuto del meccanismo dei c.d. vantaggi compensativi: sul punto cfr. P. Aldrovandi, *Art. 2634*, in *I reati societari*, a cura di A Lanzi e A. Cadoppi, Cedam, Padova, 2007, p. 198 e ss. E. Amati, *Infedeltà patrimoniale*, in *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Utet, Torino, 2005, p. 423 e ss.; E. Musco, *I nuovi reati societari*, cit., p. 221 e ss.

veduto a colmare la lacuna. Peraltro, per una volta il decreto ha rispettato le direttive della legge delega, silenti a riguardo[197].

La tesi che, sulla scorta di una rappresentazione "in scala" della realtà economica, legge le questioni del gruppo societario in termini di mera dilatazione di quelle inerenti la società singola, ritenendo quindi applicabile al primo i modelli di regolamentazione pensati per la seconda[198], compie una opera ermeneutica di "esportazione" di disciplina di sicura suggestione[199] – oltre che di utilità pratica evidente – ma non condivisibile sotto il profilo delle garanzie di legalità imposte dal dettato costituzionale e dalla normativa sovranazionale.

---

[197] O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, Milano, 2005, p. 117.

[198] Si è affermato in giurisprudenza che quando le società controllanti esercitano, attraverso le controllate, una propria attività d'impresa (partecipando attivamente alle scelte decisionali) e soddisfano, attraverso queste, un proprio interesse, i modelli organizzativi delle società infragruppo devono essere idonei a prevenire la commissione di reati in "una visione realistica ed economica dei fenomeni aziendali, e non esclusivamente giuridico-formale": G.I.P. Milano, 20 settembre 2004 (ord.), X, in «Corr. mer.», 2005, p. 85 e ss., con commento di G. Lunghini, *Responsabilità amministrativa degli enti: soggetti, interessi infragruppo e requisiti di idoneità e di attuazione di modelli* (*ivi*, p. 89 e ss.). Il caso è quello dell'amministratore di una società controllante, accusato di concorso con gli amministratori delle società controllare dalla prima nella corruzione di funzionari pubblici che dovevano assegnare appalti alle gare cui queste ultime avevano partecipato. Sia la citata ordinanza del G.i.p. sia quella emessa dal Tribunale di Milano in funzione di giudice del riesame (14 dicembre 2004, in «Foro Ambrosiano», 2004, p. 530 e ss.) hanno ritenuto che la finalizzazione al conseguimento di una utilità rilevante anche per la controllante rientri nella nozione di "interesse" prevista dall'art. 5, D.lgs. n. 231/2001. L'"interesse" del gruppo, secondo una accezione piuttosto confusa, viene fatto coincidere talvolta con quello della controllante alla partecipazione agli utili della controllata, talaltra con un interesse "trascendente", cui la controllante è preposta proprio in virtù dei poteri di controllo e di direzione: per un commento ai provvedimenti in esame cfr. altresì L. Pistorelli, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 1, p. 11 e ss. Altro profilo della questione riguarda la responsabilità dell'amministratore della *holding* in base ai criteri dell'art. 2639 c.c. (relativi all'esercizio *di fatto* delle funzioni): cfr. A. Alessandri, *Attività d'impresa*, cit., p. 560.

[199] L'"opportunità – tutta politico-criminale – di colmare il vuoto di tutela sanzionatoria proiettando […] sull'entità del 'gruppo' il modello pensato *in piccolo* per la singola società" è segnalata da O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 119.

Diverso ovviamente – sebbene pur sempre assoggettabile a censure costituzionali e comunitarie – il caso in cui sia il legislatore a stabilire l'*an* e il *quomodo* di una simile trasposizione. Vero è che la nozione di *interesse del gruppo* è riconosciuta dagli artt. 2497 *ter* e 2497 c.c.[200], inseriti dalla riforma dalla disciplina civilistica delle società: ma altro è il fondamento civilistico del rapporto di gruppo, altro è l'individuazione degli obblighi e delle conseguenti responsabilità penali o parapenali che gravano sulle società appartenenti al gruppo, nei rapporti reciproci e verso l'esterno. L'assimilazione del gruppo societario alla società singola infatti pone problemi significativi in termini di delimitazione della responsabilità, di peculiarità dei modelli organizzativi e di predisposizione di organi di vigilanza[201].

Resta il fatto che, a fronte del silenzio del legge, si impone una realtà economica che preme per avere certezze sulla disciplina da rispettare. Lo evidenzia l'esperienza processuale, che, al di là dei casi di scuola, denuncia la necessità di un intervento normativo. Nell'ordinanza del Tribunale di Milano del 14 dicembre 2004[202] si rimarca che il reato commesso (corruzione aggravata finalizzata a favorire l'assegnazione di un appalto ad una società del gruppo) trova giustificazione nell'interesse dell'intero gruppo di società, e quindi (anche) della società holding o capogruppo che gestisce le partecipazioni nelle altre società: il vantaggio, infatti, non resta appannaggio della sola controllata che – come nel caso di specie – ha ottenuto l'appalto, ma beneficia anche la controllante nella prospettiva della ripartizione degli utili. È evidente invero che l'interesse del gruppo si caratterizza proprio per il fatto di essere non "proprio ed esclusivo di uno dei membri" dello stesso (nel caso di specie, della società che ha ottenuto l'aggiudicazione), ma comune agli altri (nel caso *sub iudice*, le società controllanti, appunto nella prospettiva della partecipazione agli utili). Il Tribunale conclude stabilendo che la respon-

---

[200] Cfr. *supra* nota (196).

[201] E. De Nardis, *La responsabilità amministrativa*, in «Diritto e pratica delle società,», 2005, p. 20 e ss.

[202] Trib. Milano 14 dicembre 2004, Cogefi, in «Foro it.», 2005, II, p. 527 e ss., in particolare 540 e ss. e 544.

sabilità per illecito amministrativo della capogruppo sussiste quando nei suoi confronti operi il criterio di imputazione dell'atto all'ente, cioè l'appartenenza qualificata all'ente della persona fisica che ha commesso il reato, ciò che garantisce dal rischio di qualsiasi arbitraria e ingiustificata estensione della responsabilità"[203].

Due considerazioni.

Per un verso, la nozione di "interesse di gruppo", facendo emergere "la rilevanza – agli effetti della responsabilità sanzionatoria – dei cosiddetti vantaggi compensativi", dilata i criteri ascritti previsti dall'art. 5, determinando la responsabilità delle società del gruppo[204]. Nulla esclude che, sotto questo profilo, i medesimi criteri possano venire estesi in prospettiva anche alle "reti di imprese", articolate su modalità organizzative fondate sulla cooperazione e sulla costruzione di relazioni di tipo verticale e orizzontale, e sino ad ora sfuggite ad una regolamentazione specifica[205].

Per altro verso, il rapporto qualificato tra *controllante e controllata* impedisce di considerare quest'ultima come "terzo" e di qualificare gli utili da questa conseguiti come ottenuti da un terzo: ne consegue il venir meno del requisito indicato dall'art. 5, comma 1, prima parte e comma 2 D.lgs. n. 231/2001, che consente l'esclusione della responsabilità dell'ente quando l'autore del reato presupposto abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di "terzi"[206].

Dal punto di vista della tutela dei diritti dei terzi l'interpretazione "olistica" del gruppo societario ripropone le difficoltà che si manifestano in relazione alla singola società, e delle quali si dirà.

---

[203] Si è evidenziato il requisito del rapporto qualificato tra persona fisica e società costituisce "un argine fragile, inidoneo a contenere la crescita della responsabilità all'interno del gruppo", potendo essere agevolmente superato dal ricorso alla categoria tradizionale dell'omesso impedimento del reato altrui: F. Sgubbi, *Gruppo societario*, cit., p. 9.

[204] In merito alla problematica estensione della responsabilità alle società appartenenti al gruppo alcune riflessioni critiche sono espresse da F. Sgubbi, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 1, p. 8.

[205] F. Cafaggi (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto e economia*, Il Mulino, Bologna, 2004.

[206] Per analoghe considerazioni si veda anche T. Milano 20 settembre 2004, Soc. Ivri Holding, in «Foro it.», 2005, II, p. 528 e ss.

La lettera del dettato normativo non esclude invece che nei casi in concreto sottoposti all'attenzione del giudice le *società collegate o appartenenti al gruppo* possano essere considerate "terzi" rispetto alla responsabilità delle une nei confronti delle altre, con conseguente ammissibilità della azione per l'esercizio delle relative tutele.

Per contro, la dilatazione del concetto di persona estranea che si è richiamata[207] induce a dubitare dell'affermarsi di orientamenti rigorosi: se l'estraneità al reato, infatti, è esclusa in presenza i vantaggi o utilità conseguiti in una buona fede dal terzo, la nozione di "interesse di gruppo" potrà sicuramente essere invoca a sostegno della esclusione della terzietà delle società appartenenti al gruppo stesso.

In punto di attribuzione all'ente appartenente al gruppo della qualifica di "danneggiato", le questioni che si prospettano sono numerose e appaiono intrecciate l'una all'altra.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'ente ritenga di avere subito un danno risarcibile in conseguenza di uno o più dei reati indicati dal D.lgs. n. 231/2001[208]: in tale ipotesi occorre verificare non solo se l'ente possa qualificarsi come "(terzo) danneggiato", ma altresì se esso possa essere legittimato alla costituzione di parte civile.

Il tema della legittimazione attiva e passiva dell'ente rispetto all'azione risarcitoria richiede qualche puntualizzazione.

Non sussiste ormai alcun dubbio circa l'ammissibilità in generale della costituzione di parte civile della persona giuridica nel procedimento penale contro la persona fisica per il danno cagionato da reati per i quali *non è prevista la responsabilità ai sensi del D.lgs. n. 231/2001*: è naturalmente necessario che la prima possa vantare una pretesa risarcitoria – legittima secondo i crismi della disciplina sostanziale e processuale – nei confronti dell'autore del reato[209].

---

[207] Cfr. *supra* par. 2.

[208] Con riferimento specifico alla confisca, il riconoscimento della qualifica di danneggiato è decisivo ai fini della esclusione dalla confiscabilità della "parte" (del prezzo o del profitto del reato) che deve essere oggetto di restituzione o di risarcimento *ex* art. 19.

[209] Cfr. A. Pennisi, *Art. 74*, in Aa.Vv. *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 218 e s., n. 5.

La questione rimane confusa, invece, laddove il reato per cui è processo appartenga al novero – in costante espansione[210] – di quelli che importano l'applicazione del D.lgs. n. 231/2001. In tal caso la struttura della normativa in materia di responsabilità "da reato" degli enti vincola in modo marcato – come si dirà di qui a poco – le vicende e le fasi del procedimento penale e di quello disciplinato dal decreto stesso. In relazione ai reati che comportano l'applicazione del D.lgs. n. 231/2001 sino alla conclusione del procedimento l'ente cercherà di dimostrare la propria mancanza di responsabilità (rispetto all'illecito regolato dal D.lgs. n. 231/2001), anzi, la propria posizione di soggetto danneggiato dai fatti criminosi contestati ai soggetti apicali ovvero ai soggetti sottoposti alla altrui direzione: soltanto in tale situazione infatti potrà venire in considerazione la sua pretesa ai fini del risarcimento in sede penale.

In merito alla *legittimazione passiva* dell'ente, presunto responsabile ai sensi del D.lgs. n. 231/2001, una recente ordinanza del Gup del Tribunale di Milano del 25 gennaio 2005[211] ha precisato che il dettato normativo del D.lgs. 231/2001 "non prevede né richiama l'istituto della costituzione di parte civile, fatto significativo posto che la detta normativa disciplina molteplici istituti paralleli a quelli penali e processuali". Ha altresì sottolineato che le "specifiche disposizioni di legge che nella legge processuale penale menzionano la parte civile, o comunque ad essa fanno riferimento, sono ribadite nel decreto in questione senza alcun riferimento a quest'ultimo soggetto processuale". Così, ad esempio, l'art. 54 del decreto, relativo al sequestro conservativo, prevede tassativamente che questo possa essere richiesto dal Pm in relazione alla dispersione delle garanzie

---

[210] Si pensi, ad esempio, alla decisione quadro 2005/222/GAI del 24 febbraio 2005 relativa "agli attacchi contro i sistemi di informazione" che impone agli Stati membri di conformarsi alle disposizioni contenute nella stessa entro il 16 marzo 2007: tra le norme più significative, l'art. 8, comma 1, stabilisce che lo Stato nazionale deve prevedere la responsabilità delle persone giuridiche (nei limiti precisati dai successivi commi) quando i reati di "accesso illecito a servizi di informazione" (art. 2), "interferenza illecita per quanto riguarda i sistemi" (art. 3), "interferenza illecita per quanto riguarda i dati" (art. 4) e "istigazione, favoreggiamento nonché complicità e tentativo" (art. 5) vengano commessi "a beneficio" delle stesse persone giuridiche.

[211] Cfr. in www.reatisocietari.it. e in «Corr. mer.», 2005, p. 577; analoghe argomentazioni compaiono già in GIP Trib. Milano., 9 marzo 2004, *ivi*, p. 576 e ss.

per il pagamento della sanzione pecuniaria. Si tratta di norma – si aggiunge nel provvedimento – che ricalca l'art. 316 c.p.p., il quale consente analoga richiesta alla parte civile in relazione alle obbligazioni civili derivanti da reato: "l'art. 54 non solo non prevede alcun potere in capo alla parte civile ma – a conferma che non si tratta di norma che semplicemente omette di prevedere un potere di una parte processuale che comunque potrebbe essere presente nel procedimento contro l'ente, ma di norma che segnala inequivocabilmente che la detta parte non può agire nei confronti dell'ente imputato dell'illecito amministrativo – nel richiamare espressamente la disciplina del sequestro conservativo del c.p.p., con riferimento all'art. 316 c.p.p. limita il richiamo al relativo comma 4, omettendo il comma 2 (ossia quello che consente la richiesta anche alla parte civile) e il comma 3 (che stabilisce che il sequestro richiesto dal p.m. giova anche alla parte civile)"[212].

Non solo. Nella sezione II del Capo III relativa a "soggetti, giurisdizione e competenza" – rileva ancora l'ordinanza – non vi è alcuna menzione della parte civile, differentemente da quanto avviene nel Libro I del codice di procedura penale (parimenti dedicato ai soggetti del procedimento) che questa figura disciplina in modo esplicito.

Si accennava alla rilevanza nella materia in esame del "patto di sangue" che lega il procedimento a carico delle persone fisiche autrici dei reati presupposti al procedimento celebrato per accertare la responsabilità dell'ente. Secondo il principio del *simultaneus processus* enunciato dall'art. 38, comma 1 D.lgs. n. 231/2001, il giudice, nelle ipotesi di reato che possono dare luogo alla responsabilità "amministrativa" dell'ente, è tenuto di procedere – salvo le ipotesi previste dal comma 2 della disposizione[213], che paiono tassative solo in apparenza[214] – alla riunione dei procedimenti[215]: in particolare,

---

[212] Nel medesimo senso A. Bassi, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006, a cura di A. Bassi, T.E. Epidendio, p. 551 e ss.

[213] Sul punto cfr. G. Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 411 e ss.

il p.m. che indaga sul reato presupposto, acquisita la notizia dell'illecito "amministrativo" da questo dipendente, la iscrive nell'apposito registro ed effettua i necessari accertamenti nei termini stabiliti per l'indagine sul reato attribuito alla persona fisica (art. 56, comma 1 D.lgs. n. 231/2001). In altri termini, i due procedimenti (quello a carico dell'ente e quello diretto all'accertamento della responsabilità dell'autore del reato presupposto) non solo vengono attribuiti alla competenza del medesimo giudice (penale) – così l'art. 36 D.lgs. n. 231/2001 – alla stregua di un rapporto di dipendenza che vede nell'illecito penale il presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente[216], ma "devono rimanere riuniti, per quanto possibile" a causa di "intuibili ragioni di effettività, di omogeneità e di economia processuale"[217]. Si tratta di una opzione legislativa operante in controtendenza rispetto al *favor separationis* inaugurato dalla direttiva n. 1 contenuta nell'art. 2 Legge 16 febbraio 1987, n. 81 ("*Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura* penale") che, al fine di attuare nel nuovo procedimento penale i caratteri del sistema accusatorio, stabiliva la necessità della "massima semplificazione nello svolgimento del processo con eliminazione di ogni atto o attività non essenziale", e consolidato nella legge 1° marzo 2001, n. 63, attuativa del principio del "giusto processo" fissato dall'art. 111 Cost., che – tra l'altro – ridimensiona le ipotesi di connessione: *favor separationis*, peraltro, condiviso dall'orientamento dottrinale che ha mostrato scetticismo nei confronti dell'esperienza – rivelatasi fallimentare – del c.d. "maxi processo"[218].

---

[214] G. Garuti, *I profili soggettivi del procedimento*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002, p. 277 e ss.; per alcune considerazioni critiche cfr. altresì E.M. Mancuso, *Autonomia di accertamento e "simultaneus processus"*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 223 e ss.

[215] G. Garuti, *I profili soggettivi del procedimento*, cit., p. 275 e ss.

[216] In tal senso il rapporto è inverso rispetto a quello consentito dall'art. 24 della Legge n. 689/1981: P. Corvi, *Attribuzioni del giudice penale in materia di responsabilità degli enti*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 204 e ss.

[217] Così la *Relazione al Decreto legislativo*, cit., par. 15.1.

[218] G. Neppi Modona, *Il processo cumulativo nel nuovo codice di procedura penale*, in «Cass. pen.», 1988, p. 940 e ss.

La scelta del D.lgs. n. 231 del 2001, ispirata, a parere di alcuni Autori, ad esigenze di completezza[219], determina tuttavia effetti dirompenti, atteso che come si è rilevato[220], un unico procedimento potrebbe avere ad oggetto ben tre o addirittura quattro tipologie di accertamento, laddove venga esercitata anche l'azione civile risarcitoria: la sovrapposizione delle fonti di responsabilità in capo ai medesimi soggetti e la necessità di appurare la stessa nella medesima "unità di tempo e luogo" (procedimento penale), infatti, si traduce nella plurima verifica della responsabilità penale dell'imputato, di quella "da reato" dell'ente, di quella risarcitoria (civile) dell'imputato ed eventualmente, infine, di quella dell'ente in qualità di responsabile civile.

Con un siffatto contesto normativo – peraltro, ad opinione della dottrina, sotto molti profili contraddittorio[221] – la giurisprudenza ha già iniziato a misurarsi. In particolare, si è affermato che la società, ove ammessa quale parte civile, verrebbe ad assumere nell'ambito del procedimento due vesti processuali antitetiche, ovvero quella di responsabile "amministrativo" *ex* D.lgs. 231/2001 e quella di parte civile nei confronti di soggetti imputati dei reati presupposto (ossia alle persone il cui operato fonda, secondo la prospettazione della richiesta di rinvio a giudizio, la responsabilità "amministrativa" dell'ente)[222].

Si aggiunga poi che nel parallelo procedimento nei confronti degli autori del reato presupposto la società potrebbe assumere la veste di responsabile civile, in tal modo venendo a rivestire (formal-

---

[219] G. Garuti, *I profili soggettivi del procedimento*, cit., p. 275 e ss.; G. Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale*, cit., p. 411.

[220] P. Corvi, *Attribuzioni del giudice penale*, cit., p. 206 e ss., evidenzia che la *ratio* dell'inversione di tendenza è forse riconducibile alla preoccupazione del legislatore di circoscrivere l'eventualità di contrasto tra giudicati relativi a *res iudicandae* piuttosto complesse.

[221] A. Bernasconi, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 299 e ss.

[222] Si tratta di qualcosa di più che di una ipotesi meramente teorica: basti richiamare la vigente fattispecie di false comunicazioni sociali di cui all'art. 2622 c.c., che prevede (anche) l'evento di danno alla società; sul punto cfr. A. Lanzi, *Falso in bilancio: difficile provare il danno ai risparmiatori*, in «Dir. prat. soc.», 2006, 3, p. 9.

mente in ambito di diverso procedimento ma sostanzialmente nel contesto di una identica vicenda processuale) "una ulteriore qualità del tutto incompatibile e antagonista a quella della parte civile che pretende di assumere"[223].

Si deve ritenere inammissibile nel processo penale una azione risarcitoria nei confronti dell'ente, al di fuori dei casi da ultimo richiamati: le norme vigenti infatti non prendono in considerazione la ipotesi di costituzione di parte civile per il risarcimento del danno eventualmente cagionato dal fatto – diverso da quello di reato – che fonda la responsabilità dell'ente. Vero è che il D.lgs. n. 231/2001 in più disposizioni evidenzia la rilevanza del risarcimento (si vedano, ad esempio, gli artt. 12 e 17, quest'ultimo richiamato anche dall'art. 65); ma – viene rimarcato – che tale danno deriva *dal reato presupposto* (commesso da una persona fisica in posizione apicale o dipendente), non già dall'illecito attribuito all'ente[224].

Per contro, si rileva[225] che l'azione civile nei confronti dell'ente trova fondamento nel combinato disposto del D.lgs. n. 231/2001 (che introduce nell'ordinamento un nuovo illecito) e dell'art. 2043 c.c. (che ha portata generale): essa troverebbe ulteriore specificazione nell'art. 185 c.p., il quale conserva – in tale prospettiva – natura di istituto civilisitico, come tale suscettibile di interpretazione (anche) analogica. Ma non sarebbe nemmeno necessario ricorrere a tale argomentazione, avvalorando la tesi secondo cui la responsabilità dell'ente è, secondo lo stesso art. 1 D.lgs. n. 231/2001, dipendente "da reato", per cui "non è irragionevole sostenere che essa possa essere ricondotta addirittura direttamente al contenuto dell'art. 185 c.p.".

Una siffatta costruzione non escluderebbe che nel procedimento l'ente venga chiamato sia a rispondere del danno cagionato dall'illecito "amministrativo" sia a risarcire il danno cagionato dal rea-

---

[223] Così Gip Trib. Milano, 25 gennaio 2005, in www.reatisocietari.it.

[224] A. Giarda, *Azione civile di risarcimento e responsabilità "punitiva" degli "enti"*, in «Corr. mer.», 2005, p. 583 e ss.

[225] C.F. Grosso, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del D.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2004, p. 1337 e ss.

to presupposto in qualità di responsabile civile: le due posizioni resterebbero distinte e distinguibili, e il danneggiato avrebbe interesse sia a costituirsi parte civile nei confronti dell'ente, sia a citare questo come responsabile civile.

La tesi della doppia valenza della posizione dell'ente lascia sussistere alcune perplessità. Essa non sembra tenere in sufficiente conto il dettato normativo in cui si cala: la mancanza di norme *ad hoc* e la violazione del principio di legalità non nascono da mere petizioni di principio, ma dalla constatazione – largamente condivisa – secondo la quale il risarcimento del danno che costituisce il fondamento sia dell'azione civile nel procedimento penale sia della responsabilità civile per il danno cagionato dal reato da altri commesso ha natura sanzionatoria, e non (solo) satisfattiva. Funzione sanzionatoria e addirittura punitiva che non può non richiedere l'osservanza di quel principio di legalità e di tassatività che l'art. 3 D.lgs. n. 231/2001 ribadisce: tanto più che, nonostante il perdurante dibattito sulla natura della responsabilità attribuita all'ente, nessuno può negarne la valenza comunque punitiva (penale in senso proprio o comunque almeno parapenale). Ne consegue che una duplicazione dei titoli di responsabilità a fini di risarcimento, in assenza di una espressa previsione legislativa, non pare compatibile con le garanzie costituzionali.

10. *(segue) b) I limiti della responsabilità patrimoniale dell'ente*

Il secondo aspetto della questione concerne la possibilità di riconoscere la prevalenza della tutela dei terzi nei confronti di *amministratori e soci dell'ente organizzato in forma societaria, diversi dall'autore del reato*, il quale ovviamente soggiace alla disciplina in tema di confisca stabilita per il reo-persona fisica.

Qualche interessante spunto di riflessione si ricava dalla dottrina che ha affrontato (soprattutto) il tema delle conseguenze sanzionatorie della responsabilità "da reato" rispetto alle vicende modificative dell'ente. In particolare, si ricorda che l'art. 27, comma 1 del D.lgs. n. 231/2001 stabilisce i limiti della responsabilità patrimoniale dell'ente, sia pure in relazione alla sola obbligazione per il pa-

gamento della *sanzione pecuniaria*[226]. La norma, attuativa dell'art. 11, comma 1, lett. h) Legge n. 300/2000, è orientata ad escludere che la sanzione pecuniaria possa gravare sul patrimonio "privato" dei soci e degli associati, come invece accade per le altre obbligazioni dell'ente[227]. Si tratta infatti di bilanciare due contrapposte istanze: da un lato, la necessità di impedire interventi volti alla elusione della responsabilità; dall'altro, l'esigenza di evitare effetti "eccessivamente penalizzanti", tali da porre remore anche a necessari interventi societari di taglio riorganizzativo[228]. La norma vigente si discosta parzialmente dalla previsione della legge-delega, dal cui tenore letterale si desumeva che, nonostante la necessità di una sanzione effettiva, proporzionata e dissuasiva (imposta dall'art. 11, lett. f)) e a prescindere dalla cornice edittale stabilita per ciascun illecito, la responsabilità dell'ente per il pagamento della sanzione pecuniaria dovesse essere contenuta "entro i limiti del fondo comune o del patrimonio sociale"[229].

Il dettato dell'art. 27, comma 1 individua una sorta di responsabilità "personale" dell'ente (singolarmente parallela alla norma costituzionale contrassegnata dal medesimo numero progressivo), tanto che "dell'obbligazione in questione risponde solo l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune", e non altri soggetti giuridici da esso distinti[230]. Con la conseguenza che, ad esempio, i componenti della compagine dirigente e i soci illimitatamente responsabili *non*

---

[226] La clausola di esonero varrebbe anche laddove la sanzione pecuniaria sia applicata a titolo sostitutivo o di conversione di una sanzione interdittiva, ovvero in caso di inosservanza di quest'ultima: così V. Napoleoni, *La responsabilità patrimoniale per le obbligazioni derivanti dall'illecito*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, Milano, 2005, p. 246.

[227] Così la *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., par. 14.

[228] *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., par. 14.1.

[229] Art. 11, lett. h), L. n. 300/2000; rileva la parziale asimmetria L. De Angelis, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente (trasformazione, fusione, scissione, cessione d'azienda)*, in «Le società», 2001, 11, p. 1327.

[230] Ciò è tanto vero che l'art. 11, comma 1, lett. t), u), v) e z) della legge-delega prevede una serie di poteri (diritto di recesso, azione di responsabilità, azione di risarcimento del danno) riconosciuti al socio o all'associato a tutela dei propri diritti compromessi dall'illecito "amministrativo" dell'ente.

rispondono dell'obbligazione di pagamento delle sanzioni pecuniarie; la medesima limitazione opera anche in caso di dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 147 Legge fall.[231].

Ma, a ben vedere, il carattere "personale" della responsabilità dell'ente cui si riferisce l'art. 27 D.lgs. n. 231/2001 non riguarda tanto la sfera, per così dire "soggettiva", bensì quella, per l'appunto, "oggettivo-patrimoniale": nel senso che la disposizione è finalizzata a selezionare il patrimonio assoggettabile all'esecuzione del pagamento delle sanzioni pecuniarie, e non ad esprimere un principio analogo a quello enunciato dall'art. 27, comma 1 Cost.[232]. Dalla normativa emerge una direttiva orientata in chiave espressamente "antielusiva" che impone, sotto il profilo della disciplina, l'equiparazione dell'obbligazione per il pagamento della suddetta sanzione a qualunque obbligazione pecuniaria, destinata a seguire il patrimonio cui appartiene[233]. Infatti la lettera della norma si pone sulla falsariga degli artt. 2325, comma 1, e 2462 c.c., che stabiliscono limitazioni di responsabilità in ordine alle società per azioni e a responsabilità

---

[231] P. Sfameni, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 153 e ss. In caso di estensione del fallimento della società al socio illimitatamente responsabile la massa passiva di quest'ultimo non comprende il credito vantato dallo Stato a titolo di sanzione pecuniaria: G. De Marzo, *Il D.lgs. n. 231/2001: responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in «Corr. giur.», 2001, p. 1528.

[232] Delle sanzioni pecuniarie irrogate all'ente non risponderebbero direttamente gli autori del reato presupposto, nemmeno a titolo di concorso, fatta salva l'eventuale azione di responsabilità esperibile nei loro confronti ai sensi del codice civile: sarebbe da ritenersi escluso pertanto che la norma sia orientata ad impedire tale risultato (così V. Napoleoni, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 239 e ss.); *contra* L. De Angelis, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, cit., p. 1328, che richiama gli artt. 12, p. 1218, 2043, 2260, 2392 e 2608 c.c.; così anche F. Santi, *La responsabilità delle società e degli enti*, cit., p. 393: parte dei riferimenti normativi al codice civile non corrisponde alla disciplina attualmente vigente, modificata dalla riforma in materia societaria dettata dal D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. Nell'osservanza di tale quadro normativo restano così esclusi dalla responsabilità "esterna" dell'ente i soggetti che hanno la rappresentanza dell'ente o cui è affidata l'amministrazione o la direzione dello stesso, o che su di esso esercitano, anche di fatto, la gestione o il controllo, nonché coloro che sono sottoposti alla direzione o vigilanza di questi: L. Da Angelis, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, cit., p. 1328.

[233] P. Sfameni, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 155, p. 160 e ss.

limitata, circoscrivendo l'ambito di responsabilità soprattutto in relazione alle società a base personale: così, il patrimonio personale dei soci di società semplici o in nome collettivo e dei soci accomandatari di società in accomandita semplice non verrà intaccato per il pagamento del debito originato dalla sanzione patrimoniale inflitta all'ente[234]. Stante l'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella dell'autore del reato presupposto[235] e a quella dei singoli membri della compagine sociale, il solo patrimonio o fondo sociale viene ad essere colpito dalla sanzione, con conseguente irrilevanza (a fini di garanzia creditoria) dei patrimoni personali dei soci illimitatamente responsabili[236].

Qualche margine di interesse della disciplina sussisterebbe anche in relazione alle società di capitali, laddove intervengano situazioni che rimuovono lo scudo che si frappone tra patrimonio sociale e patrimonio del socio: ad esempio, si ritiene che la norma possa trovare applicazione in ordine alla responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali del socio accomandatario di società in accomandita per azioni (art. 2452 c.c.), o a quella del socio unico di società per azioni o a responsabilità limitata in caso di mancata esecuzione dei conferimenti o di omissione di adempimenti pubblicitari prescritti, quanto al periodo in cui è stato titolare di tutte le azioni o quote sociali (artt. 2325, comma 2 e 1462, comma 2 c.c.)[237].

Si tratta di una disposizione significativa sul piano dell'architettura della regolamentazione dell'apparato sanzionatorio del D.lgs. n. 231/2001, pur disciplinando una ipotesi di applicazione pratica circoscritta (essenzialmente società di persone e associazioni non

---

[234] M. Roberti, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prove di personalità giuridica e le vicende modificative*, in «Nuove leggi civ. comm.», 2001, p. 1134. Analoga soluzione varrebbe per coloro che agiscono in nome e per conto di una associazione non riconosciuta: V. Napoleoni, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 240.

[235] Disattesa la tesi secondo cui la norma si limiterebbe ad escludere che la sanzione pecuniaria possa gravare sugli autori del reato presupposto, salva restando la responsabilità patrimoniale sussidiaria di altri soggetti tenuti a norma dello statuto: per tutti cfr. V. Napoleoni, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 240.

[236] M. Roberti, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 1135 e ss.

[237] V. Napoleoni, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 241.

riconosciute)[238]. L'esenzione infatti riguarda il patrimonio (soprattutto) di soci di società diverse dalla s.p.a. e delle s.r.l. (per le quali valgono le previsioni limitatrici stabilite dal codice civile), che parte della dottrina, in contrasto con un diffuso orientamento[239], considera non derogatoria rispetto alla disciplina generale in materia di obbligazioni, evidenziandone la funzione "regolatrice" di una sanzione para-penale (appunto, la sanzione pecuniaria inflitta all'ente per la sua responsabilità "da reato")[240]. La collocazione sistematica della disposizione in un ambito di maggior o minor eccezionalità rispetto ai principî civilistici discende dalla natura della responsabilità che il D.lgs. n. 231/2001 fa gravare sull'ente. Mentre i capisaldi normativi in materia – si pensi alla "*obbligazione civile delle persone giuridiche per il pagamento delle multe e delle ammende*" *ex* art. 197 c.p., o quella che incombe per la violazione tributaria commessa dal dipendente dell'ente nell'interesse di quest'ultimo *ex* art. 11, D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 – vengono ricondotti dall'orientamento prevalente, che fa leva sul riferimento al pagamento di una *somma pari all'ammontare della sanzione*, al *genus* delle obbligazioni civili[241], la responsabilità ascritta all'ente – sia essa qualificata come penale, o amministrativa, ovvero quale *tertium genus* o punitiva *lato sensu* – è comunque diretta e, per così dire, "personale" dell'ente.

---

[238] E. Busson, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 185.

[239] Sostiene la tesi della eccezionalità della disciplina rispetto alla normativa generale F. Santi, *La responsabilità delle società e degli enti*, cit., p. 361. Nel senso che comunque la portata dirompente dell'art. 27 non può travolgere la responsabilità (interna ed esterna) dei soci illimitatamente responsabili così come delineata dagli arrt. 2267 e 2291 c.c. e 147 Legge fall. L. De Angelis, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, cit., p. 1328 e s.: ad opinione dell'Autore, la disposizione non escluderebbe nemmeno la responsabilità patrimoniale dei consorziati per conto dei quali gli organi del consorzio (avente attività esterna) abbiano agito.

[240] In tal senso E. Busson, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, cit., p. 186.

[241] Con riferimento alla (in parte analoga) disposizione di cui all'art. 187 *quinquies* Tuf cfr. cap. VI, par. 4.

Ma la preminente rilevanza della norma emerge, in questa sede, laddove si osservi che essa riguarda, a tenore della lettera della norma, le *sole sanzioni pecuniarie*, con esclusione delle altre conseguenze di carattere patrimoniale contemplate dal D.lgs. n. 231/2001, ovvero "riparazione delle conseguenze del reato" (art. 12, comma 2; art. 17) e confisca. In relazione a quest'ultima si registra una palese difformità di disciplina tra le misure applicabili all'ente responsabile, nel cui arsenale la sanzione pecuniaria costituisce una misura afflittiva, ma sicuramente non temibile come la sanzione interdittiva, e la stessa confisca: contrasto che appare ancora più stridente se si considera che lo stesso art. 19 (al comma 2) consente la confisca per equivalente e che la confisca va *comunque* disposta, ai sensi dell'art. 6, comma 5, anche in mancanza di una condanna dell'ente ad una delle sanzioni previste dalla normativa.

Inammissibile una interpretazione analogica dell'art. 27 D.lgs. n. 231/2001 a casi diversi da quello indicato nella disposizione, attesa la natura eccezionale della clausola di esonero rispetto alle regole generali e stante il dettato del comma 2 dell'art. 27, riferito alle sole sanzioni pecuniarie[242]: nonostante l'eguale (o addirittura, la maggiore) incidenza sul "patrimonio" sia della confisca (anche per equivalente) sia della riparazione delle conseguenze del reato rispetto alla sanzione pecuniaria, per dette ipotesi amministratori e soci non sembrano essere esentati dal rischio di "aggressione" del proprio patrimonio[243].

In particolare, con riferimento alla confisca, va evidenziato che la disposizione, con l'escludere la misura dall'ambito di applicazione dell'art. 27, rimarca il profilo "ripristinatorio dell''equilibrio economico'" dell'istituto[244], più che quello punitivo: e ciò benché la confisca sia annoverata dall'art. 19 D.lgs. n. 231/2001 tra le "san-

---

[242] V. Napoleoni, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 247.

[243] F. Platania, *L'evidenziazione contabile delle sanzioni ex D.lgs. n. 231 del 2001 e vicende modificative dell'ente*, in «Le Società», 2002, 5, p. 543; V. Napoleoni, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 247.

[244] Profilo, questo, senza dubbio comune anche all'istituto del risarcimento e/o della riparazione.

zioni" principali. Con una simile lettura, come si è detto[245], appare compatibile anche il citato disposto dell'art. 6, comma 5 D.lgs. n. 231/2001, che stabilisce l'obbligatorietà della confisca, a prescindere dalla prova positiva circa l'adozione, la correttezza, l'applicazione effettiva nonché il controllo dei modelli organizzativi dell'ente: anche in tal caso, infatti, la *ratio* del sacrificio sarebbe orientata ad impedire che il reato produca il proprio frutto nell'interesse o a vantaggio dell'ente (sia pure "innocente") e che questo possa essere trattenuto da quest'ultimo[246].

---

[245] Cfr. cap. VI, par. 3.

[246] Cfr. V. Napoleoni, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 247, nota 28; F. Santi, *La responsabilità delle società e degli enti*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 365.

CAPITOLO VIII

LA "TIRANNIA" DELLE NUOVE MISURE ABLATIVE E LE GARANZIE COSTITUZIONALI. IL PERCORSO INTRAPRESO DALLA CORTE DI KARLSRUHE

1. *Le nuove misure ablative "al cospetto" delle tutele costituzionali e dei diritti fondamentali: guarentigie penali e libertà economiche. Le ragioni di una incursione nella giurisprudenza costituzionale tedesca (rinvio)*

Dalle considerazioni evidenziate nei capitoli precedenti emerge che alcuni aspetti della disciplina delle ipotesi speciali di confisca previste nel sistema italiano presentano profili di contrasto con le due fonti di legittimazione dell'intervento punitivo, ovvero il "costituzionalismo penale", per quanto concerne l'ambito nazionale; i "diritti dell'uomo" o "diritti fondamentali", relativamente ad una dimensione che tenga conto dei processi di globalizzazione[1].

In particolare, in ordine a taluni istituti, si può rilevare un conflitto tra valori ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalle fonti europee sovraordinate.

Si pensi, ad esempio, alla c.d. confisca per equivalente, presentata dall'Unione europea come strumento di intervento particolarmente efficace e recepita dagli ordinamenti degli Stati nazionali. Si è detto che in tal caso viene "aggredito" dalla pretesa statale non il bene collegato alla commissione del reato, ma una parte indistinta del patrimonio dell'autore, o, a seconda dei casi, dell'ancora presunto autore del fatto (come nel caso del sequestro preventivo a tale confisca orientato)[2].

---

[1] A riguardo cfr. *amplius* F. Palazzo, *Conclusioni*, in Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale*, cit., pp. 440 e ss.

[2] Sulla confisca per equivalente cfr. cap. IV, par. 3.

Venuto meno il collegamento della cosa "appresa" con il reato, lo Stato interviene direttamente sul patrimonio complessivo (e a prescindere dalla origine lecita del medesimo), salvo deroghe espresse.

Una siffatta misura presuppone la comparazione degli interessi in gioco: la difesa degli interessi della collettività e degli singoli, lesi o minacciati dalla commissione del reato, ed il principio per cui il "reato non paga" devono tenere conto dei canoni classici della responsabilità penale, a partire dalla proporzionalità dell'intervento punitivo rispetto alla "offesa" al bene o interesse protetto arrecata dalla commissione del reato; e, ancora, del diritto fondamentale di proprietà, garantito non solo dalle Carte costituzionali, ma anche dall'art. 1 del Protocollo I della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La ricerca di un punto di equilibrio non può prescindere dalla valutazione di due elementi di giudizio: da un lato, la varietà delle strategie criminali in atto, che dal riciclaggio al contrasto alla criminalità organizzata, dal terrorismo alla tratta di persone, al traffico di beni allo smaltimento di rifiuti, alla produzione di sostanze tossiche o pericolose, alla manipolazione dei flussi finanziari e di informazioni, condividono il medesimo ambito spazio-temporale, manifestando – soprattutto nel settore economico-finanziario – allarmanti connotati di ubiquità (circolazione in una "rete" virtuale senza limiti) e simultaneità (movimenti in tempo reale); dall'altro, le esigenze di tutela di due determinate categorie di "beni", destinate ad intrecciarsi e a confondersi, ovvero i diritti fondamentali e l'apertura dei mercati[3]. La contrapposizione che si determina tra criterio dell'efficacia – consolidato attraverso l'introduzione di norme "sanzionatorie"[4] – e fondamento della legittimità (tutela della libertà del cittadino attraverso la garanzia dei diritti fondamentali)[5] rende arduo il raggiungi-

---

[3] M. Delmas-Marty, *L'integrazione del diritto penale in Europa*, cit., p. 19 e ss., con riferimento al processo di integrazione europea, rimarca la duplice esigenza di tutela dei diritti dell'uomo e del mercato, assegnando la funzione di mediatore alla Corte europea di diritti dell'Uomo ed alla Corte di Giustizia.

[4] Il punto di vista "pragmatico" sembra dominare anche la diffusione del principio dell'"interpretazione comunitariamente orientata": cfr. cap. IV, par. 4.

[5] M. Delmas-Marty, *L'integrazione del diritto penale in Europa*, cit., p. 32.

mento di un'area di convergenza, come conferma il caso paradigmatico della disciplina dei provvedimenti ablatori[6].

Parametro di riferimento irrinunciabile è il principio fondamentale di proporzione, talvolta *claris verbis* espresso nelle carte costituzionali (ora anche nell'art. II-109, § 3 della Costituzione Europea), talaltra elaborato dalle giurisprudenze nazionali. Soprattutto in tema di misure sanzionatorie *lato sensu* intese – alle quali certo appartiene la confisca – il criterio è stato utilizzato anche dalla Corte di Giustizia europea, la quale, nel sindacare la determinazione e la misura delle sanzioni, raffronta l'interesse a tutela del quale viene introdotta una previsione sanzionatoria nazionale con l'interesse comunitario[7].

Una siffatta rivalutazione dell'elemento valoriale rispetto agli interessi in gioco potrebbe aprire nuove prospettive. In tal senso si può affermare che il diritto fondamentale alla proprietà ed alla libera circolazione delle merci risulti seriamente compromesso da talune ipotesi di ablazione (sequestro o confisca per equivalente, o avente ad oggetto beni non – necessariamente – provenienti dal reato, come nel caso dell'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992), peraltro generalmente giustificate da superiori esigenze di approntamento di idonee strategie di contrasto alla criminalità organizzata. All'obiezione alla stregua della quale è lo stesso ordinamento sovranazionale ad imporre misure di tal genere, sembra necessario replicare che anche tale ordinamento deve soggiacere alla mediazione del principio di proporzione.

Ma non possono essere trascurate nemmeno le garanzie penali specifiche. Come evidenziato da Franco Bricola a proposito della *previsione classica della confisca ai sensi dell'art. 240 c.p.,* a fonda-

---

[6] In una recente analisi del rapporto dialettico tra diritto penale e scienze sociali si evidenzia che, secondo l'impostazione c.d. efficentista, il modello costi-benefici, anche nella variante "teleologicamente orientata" che comprende l'indice del "grado di conseguimento dello scopo", vede confrontarsi le "ragioni dell'effettività" con quelle della "garanzia": il punto di intersezione potrebbe rinvenirsi nella "funzione dello scopo raggiunto", che, attraverso il concetto di "accettabilità sociale", si raggiunge con la compensazione tra "accettabilità del risultato di tutela" ed "accettabilità dello strumento di tutela" (C.E. Paliero, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., pp. 278 e ss.).

[7] G. Grasso, *Diritti fondamentali e pena nel diritto dell'Unione europea*, in Aa.Vv., *Multiculturalismo, diritti umani e pena*, cit., p. 106.

mento di quest'ultima non esiste alcun elemento che trovi divieto in norme costituzionali: è tuttavia evidente che il comma 3 dell'art. 25 Cost. impone che la legge delinei con "sufficiente precisione" i presupposti che possono dare vita a tale figura, e che, in osservanza dell'art. 27, comma 1 Cost. (applicabile – almeno – nel suo contenuto "minimo" anche alle misure di sicurezza), sia "fatto il possibile per evitare o attenuare le conseguenze che, a seguito dell'applicazione della misura, possono ripercuotersi a danno di terzi incolpevoli"[8].

Il dato è che le ipotesi speciali di confisca, da un lato, si allontanano in modo palese dal modello della confisca-misura di sicurezza[9], intaccando diritti fondamentali come la proprietà privata e la libertà di iniziativa economica; dall'altro, non corrispondono all'invito all'osservanza dei principî di cui agli artt. 25, comma 3, e 27, comma 1 Cost., come si evince dalla indeterminatezza della disciplina in materia di confisca del profitto, anche per equivalente, e della fatiscente tutela dei diritti dei terzi.

Breve. Con riferimento al tema in discussione, l'esigenza di contemperamento di contrapposti interessi (costituzionalmente significativi) deve tener conto di alcuni elementi di giudizio.

In primis va sottolineato il carattere incisivo della ablazione rispetto al contenuto del diritto di proprietà (art. 42 Cost.), i cui limiti sono tracciati dal legislatore ordinario, al quale il costituente ha assegnato il compito di (regolare e) promuovere la "funzione sociale" del diritto stesso: con la conseguenza che detta funzione viene a identificarsi e concretizzarsi nella stessa normativa ordinaria vigente[10].

In secondo luogo, non può essere trascurata la "libertà di iniziativa economica" (art. 41 Cost.), che, con il suo fardello di contraddizioni ed incertezze circa l'estensione dell'oggetto della garanzia, viene oggi letta, grazie al supporto della normativa comunitaria, in

---

[8] F. Bricola, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in «Riv. dir. proc. pen.», 1970, p. 951 e ss., e in Id., *Scritti di diritto penale*, cit., p. 2975 e ss., in particolare, quanto all'art. 25 Cost., p. 3042 e p. 3051; quanto all'art. 27 Cost., p. 3040 e p. 3051.

[9] Cfr. cap. IV.

[10] F. Macario, *Art. 42*, in Aa.Vv., *La Costituzione Italiana. Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini. Commento agli artt. 1-54*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Utet, Torino, 2007, p. 871 e ss.

chiave di "libertà di tutte le attività economiche" (anche non necessariamente organizzate in forma di impresa). Si tratta di libertà che subiscono le restrizioni dettate dai limiti della utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana: parametri, questi, che unitariamente valutati dalla dottrina e dalla giurisprudenza sedimentatasi sul punto, definiscono i confini del principio[11].

Infine, la tipologia dello strumento utilizzato – espropriazione con efficacia (a seconda delle ipotesi normative, più o meno) punitiva[12] – trascina nel giudizio di bilanciamento il sottosistema delle garanzie penali e la problematica della estensione di queste ad interventi punitivi diversi dalla pena detentiva e dalla pena pecuniaria.

A tale riguardo, soltanto un'osservazione.

Si deve segnalare che, sebbene limitatamente alla confisca di prevenzione *ex* art. 2 *ter* l.n. 575/1965[13], la misura della ablazione patrimoniale è qualificata dalle Sezioni Unite come "espropriazione per pubblico interesse, identificato, quest'ultimo, nella generale finalità di prevenzione penale"[14]. Il riferimento alla "*generale finalità* di prevenzione penale" (il corsivo è nostro) induce a ritenere che in realtà l'asserzione sia valida oltre i limiti del procedimento di prevenzione (nel cui contesto è stata pronunciata), annoverando tale generale finalità tra le ipotesi di "pubblico interesse" che legittimano l'espropriazione. In tale prospettiva la "finalità di prevenzione penale" (applicata non solo rispetto alla criminalità organizzata, ma anche a qualunque altra fenomeno criminoso, compreso quello c.d. economico) può essere vittoriosamente contrapposta *ad libitum* ad ogni istanza di tutela dei diritti di proprietà.

---

[11] R. Niro, *Art. 41*, in Aa.Vv., *La Costituzione Italiana*, cit., p. 854 e ss. Nella sentenza 22 ottobre 1975, n. 237 (in www.cortecostituzionale.it) la Corte costituzionale ha evidenziato i limiti posti dalla legge in funzione della utilità sociale, ritenendo che con tali elementi "mal si concilia, per gli aspetti che gli sono propri, il giuoco d'azzardo" (art. 720 c.p.), con riferimento al quale, di conseguenza, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale in relazione all'art. 41 Cost.

[12] Cfr. cap. I, par. 4.

[13] Cfr. cap. III, par. 1.1 e ss.

[14] Cass. sez. Un. pen., 19 dicembre 2007 (dep. 8 gennaio 2007), n. 57, in www.cortedicassazione.it, par. 9. Peraltro, si è già osservato (cap. I, par. 2) che la definizione tradizionale di confisca si esprime in termini di "espropriazione".

Ne è riprova la sentenza n. 920/2004 della Sezioni Unite della Cassazione, relativa alla confisca di cui all'art. 12 *sexies* l.n. 356/1992[15], che propone la "prevenzione speciale" e la "dissuasione" come estrinsecazione della "funzione sociale" *ex* art. 42 Cost. *anche al di là* dell'ambito delle misure di prevenzione.

Quanto ai primi due piani cui sopra si è accennato, va premesso che le possibilità di recupero di una prospettiva "costituzionalmente orientata", nonostante il tenore letterale dei principali atti normativi comunitari (art. II-77 del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa")[16] e sovranazionali (art. 1, Protocollo n. 1 alla Convenzione europea di salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali)[17], si infrangono contro la sostanziale emarginazione degli interessi patrimoniali nel contesto dei diritti fondamentali.

Si tratta, come evidente, di una chiave di lettura distinta da quella – anch'essa relativa all'assetto dei rapporti costituzionali tra autorità e cittadini – concernente il profilo della "'competenza' generale e prioritaria del privato" rispetto alla "recessività dell'intervento pubblico in economia" (c.d. sussidiarietà)[18].

Le c.d. libertà economiche[19], essenziali nel sistema liberale, risultano palesemente depotenziate a fronte della forza d'urto dei diritti fondamentali sociali. Non che proprietà privata e libera iniziativa economica siano state estromesse dal sistema (costituzionale e legislativo) nazionale: di certo, ed in linea di massima, la loro "statura etico-politica" si è di molto ridotta (al punto che si dubita di una

---

[15] Cfr. in «Il fisco», 2004, p. 1841 e ss.: sul punto cfr. Cap. III, par. 2.1 e ss.

[16] Cfr. nel sito eur-lex.europa.eu; la norma è inserita nella Parte II della Costituzione, che riprende la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione.

[17] R. Niro, *Art. 41*, in Aa.Vv., *La Costituzione Italiana*, cit., p. 860; in relazione alla regolamentazione europea cfr. F. Macario, *Art. 42*, in Aa.Vv., *La Costituzione Italiana*, cit., p. 880 e ss.

[18] A. Moscarini, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Trasformazioni della funzione legislativa. I, "Vincoli" alla funzione legislativa*, a cura di F. Modugno, Milano, 1999, p. 245 e ss.

[19] La regolamentazione del rapporto tra iniziativa economica privata e "utilità sociale", tra iniziativa economica e "fini sociali" è affidata alla mediazione della legge (F. Galgano, *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, a cura di G. Branca, II, Zanichelli, Bologna-Roma, 1982, p. 42 e ss.).

loro attuale, reale riconducibilità al novero dei "diritti dell'uomo" effettivamente garantiti)[20].

Insomma, eventuali limiti al dilagare degli strumenti ablativi possono affiorare soltanto nell'ambito di un giudizio di "bilanciamento" finalizzato a mediare la contrapposizione tra principî costituzionali di segno diverso, secondo uno schema ricorrente nell'esperienza degli ordinamenti nei quali il vaglio di legittimità è affidato al controllo successivo delle Corti costituzionali.

In tale prospettiva la Corte europea dei diritti dell'Uomo, in applicazione al citato art. 1 del Protocollo n. 1 alla Cedu, riconosce alle autorità nazionali, che hanno conoscenza diretta della società di riferimento e delle sue necessità, ampi margini di discrezionalità nella determinazione del concetto di "pubblica utilità"[21], necessariamente generico ed esteso, oltre che assoggettato ai condizionamenti della politica sociale ed economica del singolo Stato[22]. L'unico baluardo esplicitamente enunciato è rappresentato dal rapporto di proporzionalità tra mezzi impiegati ed obiettivo perseguito[23].

L'affievolimento della capacità di resistenza delle libertà economiche si registra altresì nell'esperienza italiana, ove previsioni costi-

---

[20] In tal senso G. Bognetti, voce *Diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 389. Le eccezioni al *trend* non inficiano la regola: non è infatti sufficiente a mettere in discussione il principio l'asserzione episodica di garanzie riconosciute a specifici profili della tutela della proprietà privata e della libertà di iniziativa economica.

[21] Così, secondo una formula pressoché standardizzata, a partire dal *leading case Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, 20 novembre 1995, nel sito cmiskp.echr.coe.int, par. 37.

[22] Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Edwardsv v. Malta*, 26 ottobre 2006, n. 17647/04, in *cmiskp.echr.coe.int*, par. 64 e ss., par. 76 e ss.; Id., *Draon v. France*, 6 ottobre 2005, n. 1513/03, *ivi*, par. 75 e ss.

[23] "Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim 'in the public interest', but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised": Corte europea dei Diritti dell'Uomo, 21 febbraio 1986, *James and Others v. United Kingdom*, n. 8793/79, in cmiskp.echr.coe.int, par. 50; in *Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, cit., par. 38, si legge "there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised by any measure depriving a person of his possessions". Il principio *de quo* è stato successivamente ribadito, ad esempio, nelle decisioni *Edwards v. Malta*, 26 ottobre 2006, n. 17647/04, in cmiskp.echr.coe.int., par. 66, e *Draon v. France*, 6 ottobre 2005, n. 1513/03, *ivi*, par. 78 e ss.

tuzionali a favore di clausole "facoltizzanti" o addirittura "sollecitatorie" dell'intervento pubblico nello spazio economico privato discendono dalle origini delle stesse, che risentono del momento storico-politico in cui sono state elaborate[24].

Al di là delle molteplici sfaccettature della questione, che interessa anche il tema della economia pubblica, preme in questa sede evidenziare come la compressione del valore di tali libertà, pur declinabili in termini di "*chance* di espressione della personalità e della capacità umana", e nonostante il contributo da esse conferito al "progresso materiale" della società perseguito dall'art. 4 Cost., si traduce nell'impoverimento della pienezza assegnata alle libertà inviolabili[25], al quale la Corte costituzionale ha sporadicamente cercato di porre qualche argine[26].

Ad una identica *ratio* di recupero dei principî dovrebbe essere ricondotta anche la disposizione secondo la quale costituisce illecito disciplinare del magistrato (tra l'altro) "l'adozione di provvedimenti non consentiti dalla legge che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali" (art. 2, comma 6, lett. c), n. 3, l. 25 luglio n. 150, contenente direttive per la emanazione di una nuova disciplina dell'ordinamento giudiziario). La tutela potrebbe venire in considerazione nei molti casi in cui i provvedimenti cautelari patrimoniali vengono annullati in sede di riesame o di ricorso in cassazione: il limite va ricercato in quell'inciso "per negligenza grave e inescusabile", che l'art. 2, comma 1, lett. m), d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, relativo alla "*Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di*

---

[24] Cfr. R. Nania, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in Aa.Vv., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, I, Giappichelli, Torino, 2006², p. 194 e ss., che ricorda, tra l'altro, le preoccupazioni in ordine alla legittimazione della concezione dell'*homo oeconomicus*, alla adesione piena all'economia di mercato, al rischio attribuito alle economie capitalistiche.

[25] R. Nania, *Libertà economiche*, cit., p. 197 e 200 e ss.

[26] Si pensi alle pronunce in materia di occupazione illegittima della proprietà privata e conseguente "accessione invertita" ed in ordine alla reiterazione dei vincoli urbanistici scaduti (a fini di espropriazione o comportanti inedificabilià) senza corresponsione di indennizzo: a riguardo R. Nania, *Libertà economiche*, cit., p. 221 e ss.; sul primo aspetto si veda F. Macario, *Art. 42*, cit., p. 877 e ss.

incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f)*, della legge 25 luglio 2005, n. 150*", aggancia alla lesione dei diritti, laddove la legge delega si limita ad elencare la "grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile" accanto agli altri "fatti" censurati [27].

In linea di massima, tuttavia, si è assecondato un orientamento mirato a rendere il concetto di "utilità sociale" di cui all'art. 41 cost. permeabile all'ingresso di una gamma infinita di interessi (non ultima, come già ricordato, la prevenzione dei reati) ritenuti prevalenti su quelli espressi dalla norma[28].

Anche la "funzione sociale" rimessa dall'art. 42 Cost. alla regolamentazione del legislatore segna un confine che, nella sua accezione più rigorosa, peraltro "secolarizzata" in qualche ricostruzione teorica a cavaliere tra il finire degli anni Sessanta e l'inizio del decennio successivo[29], determina la conversione della "proprietà" da diritto in "funzione" (ovvero in "diritto/funzione"), contraddistinta dalla prevalenza della finalità pubblicistica rispetto al vantaggio individuale, anche a prescindere dalla formale appartenenza dei beni[30]. Persuade la tesi secondo cui la riserva di legge contemplata dalla norma racchiude non solo il trasferimento del potere di conformazione della disciplina sotto il profilo *formale*, ma anche ed *in primis* (in una prospettiva *sostanziale*) l'"onere del 'riconoscimento' e della 'garanzia' della proprietà privata", che si traduce nel compito di soppesare limiti e controlimiti del diritto stesso[31].

Per quanto più interessa in questa sede, come si vedrà nel successivo paragrafo, le libertà enunciate dagli artt. 41 e 42 Cost. non sono dotate di sufficiente legittimazione per fungere da contrappeso a (variamente articolate) istanze general- e specialpreventive, in

---

[27] Su tutti questi aspetti F. Sgubbi, *Alcuni riflessi*, cit., p. 11.

[28] R. Nania, *Libertà economiche*, cit., p. 201.

[29] La tendenza alla "lettura" della c.d. costituzione economica "con gli occhiali dell'ideologia" è evidenziata da F. Galgano, *Art. 41*, cit., p. 40 e ss.

[30] R. Nania, *Libertà economiche*, cit., p. 212 e ss.

[31] *Ibidem*, p. 214 e ss.; per una ricostruzione della "funzione sociale" della proprietà cfr. F. Macario, *Art. 42*, cit., p. 869 e ss.

gran parte connesse alle strategie di contrasto alla c.d. criminalità economica[32].

Se si tratti di una ennesima "anomalia" italiana, è questione che solo una attenta analisi degli istituti e dei sistemi europei e nordamericani (in tal caso, statali e federali) consente di affrontare e risolvere. In una prospettiva comparatistica più circoscritta e meno orientata al profilo ricognitivo e ricostruttivo, peraltro ampiamente indagato da noti ed approfonditi studi[33], può rivelare qualche margine di interesse la rappresentazione delle "politiche" adottate in contesti non del tutto eterogenei al nostro (per non dire ad esso quasi "familiari"), dalla quale estrarre qualche spunto di riflessione critica in ordine alle principali problematiche emerse.

In questo senso si segnala la giurisprudenza del Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) che, con riguardo alle misure ablative, ha intrapreso un percorso di interpretazione restrittiva della disciplina attraverso la riaffermazione dei diritti individuali (ad esempio, diritti dei "terzi") e la tutela dei diritti patrimoniali dell'indagato in relazione alle misure cautelari reali[34]. Salvo che nel caso della pena patrimoniale (radicalmente espunta dall'ordinamento)[35], il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) utilizza il ricorso individuale (c.d. *Verfassungsbeschwerde*) che sottopone al suo vaglio le diverse questioni per indicare direttive orientate al costruzione dei limiti degli istituti ablativi. In tal senso è proprio il meccanismo della *Verfassungsbeschwerde* a consentire alla Corte di cen-

---

[32] Per alcune considerazioni sulla ablazione patrimoniale in rapporto a tali esigenze cfr. cap. I, parr. 1 e 4. In tale contesto, a poco è valso il supporto al consolidamento del principio della economia di mercato aperta alla libera concorrenza, peraltro equilibrato dalla sollecitazione di politiche sociali (tutela della salute e degli interessi economici dei consumatori, dell'ambiente, della coesione economico-sociale) ed occupazionali (R. Nania, *Libertà economiche*, cit., pp. 202 e ss.). Una limitata possibilità di recupero del contenuto di "valore" della proprietà è ravvisata nel collegamento con l'art. 43 Cost., che stabilisce argini più consistenti alla espropriazione della "proprietà dell'impresa": R. Nania, *Libertà economiche*, cit., p. 216.

[33] Fonti preziose, in tal senso, appaiono i lavori curati da A. Alessandri, L. Fornari, A. Mangione e A.M. Maugeri, e in più occasioni richiamati in questo studio.

[34] Cfr. *infra* par. 3 e ss.

[35] Cfr. *infra* par. 5.

surare, e quindi stigmatizzare, non la disposizione normativa, bensì l'errata applicazione di essa, da parte dell'autorità giudiziaria, nella decisione impugnata.

Ma, parallelamente, nelle pronunce del BVerfG si riconosce anche che alcune misure (qualificabili come *Eigentumssanktionen*) contribuiscono a definire il perimetro della garanzia patrimoniale del diritto di proprietà, escludendo dal contenuto di quest'ultimo diritti e beni costituenti arricchimento illecito[36].

Un accenno "a volo d'aquila" alle motivazioni addotte dal BVerfG può dunque contribuire a proiettare una luce diversa sui molti interrogativi lasciati aperti dalla nostra indagine.

2. *Gli incerti passi della giurisprudenza costituzionale italiana (Corte cost. n. 455/1988; n. 48/1994; n. 190/1994; n. 18/1996; n. 78/2001; n. 442/2001; n. 143/2002; le pronunce in materia di contrabbando: rinvio)*

A fronte di sollecitazioni in parte analoghe, il percorso della Corte costituzionale italiana e quello del BVerfG mostrano una sostanziale impossibilità di *reductio ad unum*: gli *itinera* argomentativi appaiono profondamente diversi, pur pervenendo in un caso a similari conclusioni in tema di illegittimità della normativa *sub iudice*, e ciò non solo a causa della "prossimità" delle norme impugnate e della comune tradizione dei principî costituzionali interessati.

Le declaratorie di illegittimità che hanno colpito tanto il possesso ingiustificato *ex* art. 12 *quinquies*, comma 2 d.l. n. 306/1992 quanto la pena patrimoniale di cui al § 43a StGB, infatti, sono sintomatiche dell'inammissibilità (quanto meno) di tipologie sanzionatorie patrimoniali che si pongono in rapporto di palpabile tensione con talune garanzie costituzionali. Le decisioni tuttavia riguardano figure ontologicamente diverse: una fattispecie incriminatrice del mero possesso ingiustificato di valori, nel primo caso; una sanzione patrimoniale complementare alla pena dell'ergastolo o alla pena

[36] Sui passaggi più significativi di tale argomentazione cfr. *infra* par. 6 e ss.

detentiva superiore a due anni, nel secondo. Emblematica, sebbene non sufficiente a creare vincoli di stretta affinità tra le norme, è la comune attenzione rivolta al nodo centrale del patrimonio del soggetto: l'art. 12 *quinquies*, comma 2, infatti, punisce, l'accumulo di ricchezza ingiustificata, mentre il § 43a StGB attinge alla sanzione "patrimoniale" quale misura di pena cumulabile alla sanzione detentiva per la commissione di un fatto penalmente rilevante (diverso dal mero possesso di beni) la cui norma incriminatrice richiami il § 43a StGB.

Tratto comune è e resta la surrettizia introduzione di forme indirette di confisca generale[37], solo apparentemente bandite come retaggio del passato[38].

Condivisa è la *ratio legis* delle rispettive normative, peraltro, come più volte ricordato, in gran parte allineate alla normativa sovranazionale: e cioè una politica criminale incentrata sull'individuazione di "delitti particolarmente allarmanti, idonei a creare una accumulazione economica" (reati di criminalità organizzata, riciclaggio, traffico di sostanze stupefacenti), o comunque reati fisiologicamente orientati all'accumulo di ricchezza (reati economico-finanziari), rispetto ai quali – anche in considerazione delle combinazioni reciproche – le esigenze di sicurezza della collettività sono ritenute prioritarie rispetto al sacrificio di più di un profilo di garanzia[39]. Tradizionalmente peculiare della c.d. criminalità mafiosa, la deroga ai principî generali avallata dalla giurisprudenza costituzionale italiana si estende oggi alla riduzione in schiavitù e al commercio di schiavi, all'estorsione e al sequestro di persona a scopo estorsione, all'usura, al riciclaggio ecc.[40], ovvero alla quasi totalità dei reati che offendono il patrimonio (ma non solo), e comunque a tutti quei delitti che rivelano una "nota capacità […] ad essere

---

[37] In tal senso, con riferimento al § 43a StGB, cfr. L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., p. 187.

[38] *Amplius* in materia di confisca generale cap. I, par. 1.

[39] Cass. sez. Un. pen., 19 gennaio 2004, n. 920, in «Cass. pen.», 2004, 1187, par. 8.

[40] Sulle ragioni di questa scelta di "politica criminale" del legislatore cfr. cap. I.

perpetrati in forma quasi professionale e a porsi quali fonti di illecita ricchezza"[41].

A) L'eclatante incostituzionalità di una norma (art. 12 *quinquies*, comma 2 d.l. n. 306/1992)[42], che punisce la disponibilità di beni di valore sproporzionato al reddito o alla attività economica, ove di tale disponibilità non venga giustificata la legittima provenienza da parte di coloro nei cui confronti pende procedimento penale per determinati reati, ha costretto la Consulta[43] ad una declaratoria di illegittimità non poco "sofferta", se si considera l'ampio spazio dedicato nella motivazione alle ragioni di politica criminale che hanno ispirato l'introduzione della disposizione (par. IV). Nemmeno la Corte può tuttavia fare a meno di rimarcare che lo stesso legislatore si è reso conto di essersi "sospinto sul pericoloso crinale di una possibile compromissione di valori fondamentali", quando è intervenuto nel 1993 per i ridurre il grado di anticipazione della applicazione della sanzione, modificando i requisiti soggettivi di applicazione della fattispecie.

Nella sentenza si legge che le censure di legittimità non si appuntano sul fatto che la norma, "al limitato fine di attivare misure di tipo preventivo, desume dalla qualità di indiziato per taluni reati il sospetto che la sproporzione tra beni posseduti e reddito dichiarato possa esser frutto di illecita attività". Il *Kern* della questione sta invece nel fatto che tale situazione viene ricondotta all'interno di una previsione incriminatrice: la legittimità di una simile fattispecie trova un insormontabile ostacolo proprio nel principio di presunzione di non colpevolezza. "Il naturale sviluppo del precetto sancito dall'art. 27, secondo comma, della Costituzione, comporta" – secondo la Corte – "che la condizione di persona sottoposta a procedimento

---

[41] Cass. sez. Un. pen., 19 gennaio 2004, n. 920, in «Cass. pen.», 2004, p. 1187 e ss., par. 8.

[42] G. Fornasari, *Strategie sanzionatorie*, cit., p. 760 e ss.; M. Zanotti, *Le disposizioni di cui all'art. 12-quinquies del d.l. n. 306 del 1992*, cit., p. 877 e ss.; L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., p. 61 e ss.; M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 290 e ss.; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 58 e ss.

[43] Corte cost. 17 febbraio 1994, n. 48.

penale assume connotazioni del tutto amorfe agli effetti del diritto sostanziale, cosicché dalla stessa non è consentito trarre 'sospetti' o 'presunzioni' di sorta che valgano a qualificare una specifica condotta che il legislatore ritenga meritevole di sanzione penale". Insomma, la rilevanza penale del fatto deve prescindere dalla circostanza che il suo autore sia o meno indagato o imputato, "perché tali condizioni, instabili come ogni status processuale, non legittimano alcun apprezzamento in termini di disvalore: un apprezzamento che varrebbe ineluttabilmente ad anticipare 'effetti' che la Costituzione riserva, invece, soltanto alla sentenza irrevocabile di condanna".

Il secondo comma dell'art. 12 *quinquies*, per un verso, è costruito sui modelli tipici del procedimento di prevenzione, fondando proprio sulla qualità di indagato o di imputato il presupposto soggettivo che rende punibile una situazione (cioè la sproporzione non giustificata tra beni e reddito), la quale altrimenti non sarebbe perseguita. La persona indiziata o imputata, ancorché presunta non colpevole, è, per ciò solo, assoggettata a pena, "in ordine ad una condotta che, ove posta in essere da qualsiasi altro soggetto, viene ad essere normativamente riguardata in termini di totale indifferenza". E ciò senza che venga attribuito alcun rilievo all'epilogo processuale delle indagini e del giudizio dei reati presupposti: per innescare l'operatività della fattispecie è infatti sufficiente una semplice *notitia criminis*, anche se successivamente dichiarata destituita di fondamento.

Per altro verso, la matrice della figura in questione è in parte comune ai c.d. reati di sospetto, attraverso i quali il legislatore, in chiave preventiva, incrimina fatti di per sé neutri, che non ledono né pongono in pericolo alcun bene, ma che vengono stigmatizzati sulla base della presunta pericolosità soggettiva dell'autore[44]. Sennonché il riferimento alle ipotesi similari di cui agli artt. 707 e 708 c.p. pare alla Consulta inconferente: tali norme, infatti, richiedono, da un lato, la qualità di condannato per taluni delitti e, dall'altro, la mancata giustificazione della destinazione o provenienza degli oggetti o dei beni[45]. Per contro, l'art. 12 *quinquies*, oltre a prescindere dalla

---

[44] G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 19.

[45] Va ricordato che dell'art. 708 c.p. è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale con sentenza Corte cost. n. 370/1996.

necessità della condanna, "impone una giustificazione qualificata, giacché questa deve consistere nella legittimità della provenienza dei beni o delle utilità": dovendo la persona asseverare la legittima provenienza dei beni, "nessuna portata scriminante assumerebbe la stessa ammissione che quei beni provengono proprio da quel reato in ordine al quale pende procedimento penale, così da rendere possibile, sia pure (soltanto) in alcuni casi, il risultato, davvero paradossale, di considerare un medesimo fatto punibile a doppio titolo: prima per la condotta illecita vòlta ad acquisire la disponibilità dei beni e, poi, per il semplice possesso di quei beni dei quali non può dedursi la legittima provenienza".

Ai precedenti rilievi si aggiungano gli ineludibili riflessi della disposizione sul piano del diritto di difesa, essendo inevitabile che qualsiasi strategia difensiva adottata in ordine al delitto previsto dall'art. 12 *quinquies* del d.l. n. 306 del 1992 non sarebbe priva di conseguenze in merito all'accertamento del reato presupposto, dal momento che questo è per definizione ancora *sub iudice*.

La motivazione della Consulta sottolinea che le argomentazioni sviluppate sono il necessario portato della adozione del modello della *fattispecie incriminatrice*. Come dire che soluzioni diverse – come il sequestro e la confisca previsti in materia di misure di prevenzione – non sono da ritenersi a priori incompatibili con il dettato costituzionale: il tenore del successivo esame della questione di legittimità prospettata in ordine agli artt. 321 e 324 c.p.p. (sequestro preventivo), infatti, suggerisce al legislatore la via da percorrere per incidere sull'illecita accumulazione di ricchezza[46]. Così, a pochi giorni dalla declaratoria di illegittimità dell'art. 12 *quinquies*, comma 2, viene presentato il primo (d.l. 22 febbraio 1994, n. 123) di una serie di decreti-legge, reiterati sino alla conversione nella l. 8 agosto 1994, n. 501 dell'ultimo di essi (d.l. 20 giugno 1994, n. 399), che ha introdotto l'art. 12 *sexies* nel tessuto del d.l. n. 306/1992, conv. dalla l. n. 356/1992. Tale norma – lo si è accennato[47] – ripropone alcune

---

[46] Per alcuni approfondimenti sulla seconda parte della sentenza cfr. cap. III, par. 2.1.

[47] Cfr. cap. III, par. 2.1.

delle perplessità avanzate sul piano di legittimità costituzionale già a proposito dell'art. 12 *quinquies*, comma 2.

Misure come l'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992 – confisca di beni di cui il condannato non può giustificare la provenienza, "lecita" secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione[48] – e l'art. 2 *ter* l.n. 675/1965 – sequestro di beni che, sulla base di "sufficienti indizi", come la notevole sperequazione fra il tenore di vita e l'entità dei redditi apparenti o dichiarati, si ha motivo di ritenere siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego – determinano un arretramento della soglia di garanzia a causa della indeterminatezza di taluni dei loro presupposti, di cui si avverte l'evidenza in relazione alla estensione della responsabilità penale, ad esempio, in materia di concorso di persone rispetto a reati associativi. In questi casi le difficoltà in cui si dibatte il legislatore si evincono dalla contraddizione tra la *ratio* delle scelte effettuate e la struttura di questi stessi istituti: se è corretta la tesi delle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui (ad esempio, in tema di art. 12 *sexies* d.l.n. 306/1992) la scelta della ablazione patrimoniale connessa alla sproporzione dei beni si spiega in relazione alla vocazione di determinati reati a produrre fonti di illecita ricchezza[49], viene da chiedersi se il medesimo fondamento sussista, laddove la misura sia applicata nei confronti dei soggetti che partecipano (dall'esterno) all'impresa criminosa e che, per definizione, non dovrebbero "stabilmente" perpetrare delitti di solito attribuiti alla criminalità organizzata. Motivo per cui la giurisprudenza – lo si è visto[50] – tende a cautelarsi ricorrendo con minor frequenza alla figura del concorrente esterno, per riprendere una concezione estensiva dell'indefinito concetto di partecipazione al reato associativo.

Insomma, allo sganciamento della misura privativa patrimoniale dal rapporto di pertinenzialità col fatto contribuisce il canone del "sospetto" circa l'origine illecita della ricchezza.

Apodittica, sul punto, l'argomentazione della Corte della Cassazione italiana secondo cui la limitazione alla garanzia della proprietà

---

[48] Cfr. cap. III, par. 2.4.

[49] Cass. Sez. Un. pen., 19 gennaio 2004, n. 920, in «Cass. pen.», 2004, p. 1187 e ss., par. 8.

[50] Cfr. cap. III.

privata, consistente nella presunzione di provenienza illecita, si giustifica sulla base della "prevenzione speciale" e della "dissuasione" che assolvono alla "funzione sociale" della proprietà "che è a fondamento dei limiti che il legislatore stesso può imporre"[51].

Nemmeno nella sentenza della Corte cost. n. 48/1994, che ha espunto dall'ordinamento l'art. 12 *quinquies*, comma 2 d.l.n. 306/1992[52] manifestandosi come decisione "risolutiva" in tema di presunta violazione dell'art. 42 Cost., si rinviene qualche considerazione più specifica, tale da elidere il dubbio che l'argomento venga "liquidato" con poco più che una clausola di stile.

Una delle ordinanze di remissione, cioè quella del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sollevava anche l'autonoma questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 321 e 324 del codice di procedura penale, osservando che la mancata delibazione degli indizi di colpevolezza e della loro gravità per l'applicazione dell'art. 12 *quinquies* d.l.n. 306/1992 non consente una motivazione "concreta", come dovrebbe essere invece quella che esplicita "le ragioni per le quali si fa luogo o meno alla compressione di un diritto soggettivo, costituzionalmente tutelato, quale è il diritto di proprietà". Da ciò, infine, il preteso contrasto con l'art. 42, secondo comma, della Costituzione, "per essere prevista una limitazione del diritto di proprietà, al di fuori degli scopi e della funzione di cui alla riserva di legge".

Nella sentenza la Corte ritiene non fondata sul punto la questione di legittimità. L'argomentazione parte dal presupposto, che consente alla Consulta di escludere anche la violazione del diritto di difesa *ex* art. 24 Cost., secondo cui "la misura cautelare reale attiene, per sua stessa natura, a 'cose' che, nell'ipotesi del sequestro preventivo, presentano un tasso di 'pericolosità' che giustifica l'imposizione della cautela: da qui il rilievo che la misura, pur raccordandosi ontologicamente ad un reato, inteso questo nella sua realtà fenomenica, può prescindere totalmente da qualsiasi profilo di 'colpevolez-

---

[51] Cass. Sez. Un. pen., 19 gennaio 2004, n. 920, in «Cass. pen.», 2004, p. 1188, par. 9; sul punto si rinvia al paragrafo precedente.

[52] Si veda *infra* nel testo.

za', proprio perché la funzione preventiva non si proietta necessariamente sul *Täter* del fatto criminoso ma su cose che, postulando un vincolo di pertinenzialità col reato, vengono riguardate dall'ordinamento come strumenti la cui libera disponibilità può costituire situazione di pericolo". La Corte precisa che i rilievi svolti valgono anche a dissolvere le censure che il rimettente solleva in riferimento agli altri parametri: in particolare, con riguardo alla eccezione della presunta violazione dell'art. 42 Cost., si osserva che le norme impugnate non evidenziano alcun profilo di contrasto con tale disposizione, "in quanto i limiti di disponibilità dei beni si correlano alla funzione preventiva della cautela e, quindi, ad esigenze connesse ad una situazione di pericolo per la collettività che ben possono giustificare l'imposizione del vincolo".

Come a dire che esigenze di prevenzione giustificano deroghe (anche) generalizzate.

B) Il medesimo *iter* logico-giuridico viene richiamato e condiviso dall'ord. n. 18/1996, che, come già evidenziato, ha ritenuto "non irragionevole" la presunzione di esistenza di una interrelazione tra alcune categorie di reati (per cui si è subita la condanna) ed i beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza[53].

C) Anche in relazione alla controversa figura della confisca applicabile ai sensi dell'art. 31, comma 2 l.n. 646/1982 per il delitto di *omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali* di soggetto condannato ai sensi dell'art. 416 *bis* c.p. o prevenuto in relazione all'art.1 l.n. 575/1965[54] la Consulta ha espresso una sintomatica cautela.

Nell'ordinanza n. 442/2001 si dichiara manifestamente infondata la questione della legittimità della norma, nonostante l'articolata argomentazione del giudice *a quo,* che deduceva la violazione dell'art. 27 della Costituzione, lamentando che "la sanzione prevista dall'art. 31 della legge n. 646 del 1982 per il caso di inosservan-

---

[53] Sul punto si rinvia a quanto anticipato al cap. III, par. 2.4.

[54] A riguardo cfr. già cap. I, par. 4, cap. III, par. 1; cap. IV, par. 1; cap. V, par. 4.

za dell'obbligo di comunicazione delle variazioni patrimoniali – la reclusione da due a sei anni e la multa da lire venti milioni a lire quaranta milioni, e la confisca dei beni a qualunque titolo acquistati nonché del corrispettivo dei beni a qualunque titolo alienati – sia eccessiva e sproporzionata e contemporaneamente inefficace rispetto allo scopo". Aveva aggiunto il rimettente che "l'applicazione delle pene stabilite dalla disposizione, che concerne obblighi puramente formali […] non assicura la conoscenza delle reali variazioni dei patrimoni dei mafiosi", ma "essenzialmente colpisce soggetti che in buona fede ignoravano l'esistenza dei termini esatti dell'obbligo", finendo "per contrastare – specificamente per 'la pena minima edittale' e per la sanzione della confisca – con il principio di proporzionalità della pena e suo tramite con la finalità rieducativa che della pena è carattere essenziale (art. 27 della Costituzione)".

La Corte afferma pilatescamente che "le deduzioni del giudice di merito circa la caratterizzazione 'formale' del reato in questione, o circa il possibile rovesciamento del rispetto dell'obbligo legale in un risultato che finirebbe per essere contraddittorio rispetto all'obiettivo legislativo, rappresentano considerazioni di inopportunità o inutilità della legge che non si traducono nella violazione di alcun parametro costituzionale definito, ma solo della ragionevolezza quale soggettivamente intesa dal rimettente".

La decisone conclude che "non può censurarsi la previsione sanzionatoria, la quale consente al giudice una graduazione secondo le particolarità del caso concreto e costituisce esercizio, in sé non manifestamente arbitrario o irragionevole, della ampia discrezionalità che al legislatore è da riconoscersi quanto alla configurazione degli illeciti penali e alla determinazione delle relative sanzioni".

Nella successiva ordinanza n. 143/2002 la Consulta, pronunciandosi sul medesimo tema, oltre a ribadire la precedente valutazione, àncora la manifesta inammissibilità della questione al "carattere derivato" di essa rispetto all'affermazione di responsabilità del soggetto per il reato di cui all'art. 30 della legge n. 646 del 1982, premettendo che "in tanto potrebbe porsi un dubbio di costituzionalità specificamente concernente la misura ablativa in quanto sia risolto, nel senso affermativo, il tema della responsabilità penale dell'imputato, sotto ogni profilo oggettivo e soggettivo". Atteso tuttavia che, a parere del-

la Corte, il giudice *a quo* non ha dato risposto al problema dell'*an* dell'incriminazione[55], la questione incentrata sulla conseguenza di ordine patrimoniale viene configurata "in via ipotetica", e pertanto risulta priva del necessario priva del necessario requisito della rilevanza.

D) Nemmeno in relazione alla *tutela della persona offesa e dei terzi rispetto ai provvedimenti ablativi* le decisioni della Corte costituzionale si sono dimostrate particolarmente pregnanti.

Si è detto delle pronunce in materia di contrabbando[56].

Il parametro del profitto escludente la qualità di persona estranea adottato in quel contesto è stato esteso dalla Consulta (ord. 19 marzo 2001, n. 78) all'art. 12, comma 4, del d.lgs. n. 286 in materia di confisca del mezzo di trasporto utilizzato per la violazione di norme contro l'immigrazione clandestina[57]. Ad avviso della Corte, non sussiste "alcun ostacolo letterale né sistematico a che la disposizione censurata possa essere interpretata nel senso che la confisca dei mezzi di trasporto può essere disposta solo nei confronti dei soggetti che abbiano concorso alla commissione dei reati di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 12 del d.lgs. n. 286 del 1998 o ne abbiano comunque tratto profitto": la persona è infatti da ritenersi "estra-

---

[55] In particolare, la Consulta imputa al giudice *a quo* di non avere adeguatamente affrontato il profilo della responsabilità penale dell'imputato, da un lato rimettendo alla Corte "la soluzione delle incertezze interpretative che sono indotte da una formulazione testuale apparentemente contraddittoria e stratificata per effetto di interventi legislativi successivi su diversi commi della stessa disposizione (art. 30 impugnato) non coordinati tra loro, dall'altro eludendo anche le possibilità interpretative che sono offerte da una lettura della disposizione nell'ambito del sistema di prevenzione della criminalità mafiosa, le quali hanno condotto altra giurisprudenza, appunto in base a tali criteri, a escludere la sussistenza del reato, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, quando le operazioni siano costituite da atti legalmente soggetti a forme di pubblicità che rendano di per sé impossibile l'occultamento di essi" (si rinvia alla citata ordinanza n. 442 del 2001).

[56] Cfr. cap. VII, par. 7.

[57] La formulazione originaria dell'art. 12, comma 4 faceva salvo il caso in cui il mezzo di trasporto appartenesse a persona estranea al reato, mentre nella versione modificata dall'art. 2 d.lgs 13 aprile 1999, n. 113 è rimasto solo il riferimento alla obbligatorietà dell'ablazione: in argomento si rinvia a quanto premesso nel cap. VII, par. 2.

nea al reato", quando non abbia "ad esso partecipato con attività di concorso o altrimenti connesse".

Ma non solo.

Nel contesto delle misure di prevenzione patrimoniali, il Giudice delle leggi dapprima si è laconicamente limitato a dichiarare l'inammissibilità della "questione di legittimità della legge 13 settembre 1982, n. 646" nella parte in cui non consente, a fronte del provvedimento di confisca a carico di persone sospettate di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, che siano tutelati i diritti dei terzi incolpevoli, imputando le ragioni della declaratoria alla mancata indicazione della norma impugnata e dei principî costituzionali invocati nonché all'omessa individuazione dei "soggetti incolpevoli", dei cui diritti si lamenta la carenza di tutela[58].

Successivamente la Corte ha ammesso la fondatezza dell'eccezione di legittimità dell'art. 2 *ter*, terzo e quinto comma l.n. 575/1965 e dell'art. 4 del d.l. n. 230/1989, convertito con legge 282/1989, ma si è sottratta alla decisione, affermando che il tipo di intervento richiesto, in quanto comportante una manipolazione additiva, deve essere rimesso alla competenza del legislatore: avrebbe infatti significato superare i limiti decisori della Corte l'introduzione nell'ordinamento di strumenti di tutela idonei a lasciare indenni dagli effetti della confisca[59].

In particolare, nella motivazione viene premesso che le questioni sollevate rappresentano due profili diversi della medesima censura, affrontando, l'uno, il momento processuale, l'altro, la disciplina sostanziale, della tutela dei terzi creditori, per i quali si manifesta l'esigenza di far valere le proprie pretese sui beni del proposto in corso di ablazione o divenuti definitivamente oggetto di confisca. Il "combinato disposto normativo" degli artt. 2 *ter*, commi 3 e 5 l.n. 575/1965 e 4, d.l. n. 230/1989, infatti, escluderebbe la possibilità, per tali soggetti, di conservare la garanzia patrimoniale sui beni, essendo stati questi acquisiti dallo Stato.

---

[58] Corte cost. n. 455/1988.

[59] Corte cost. n. 190/1994.

La Consulta riconosce che, sia sul piano processuale, sia su quello sostanziale sarebbe ipotizzabile una pluralità di tecniche di tutela orientate ad assicurare la tutela dei (diritti dei) terzi creditori, inclusa la possibilità di incidere sul requisito a monte della valutazione circa la "provenienza dei beni", quando questi risultino acquisiti dal debitore con il concorso di attribuzioni di terzi in buona fede eseguite prima della inflazione della misura patrimoniale.

Sennonché, a fronte della molteplicità delle soluzioni astrattamente proponibili (diligentemente prospettate nella motivazione), "destinatario della richiesta avanzata dal giudice *a quo* non potrebbe essere altri che il legislatore". Da qui la declaratoria di inammissibilità della questione.

In materia di misure di prevenzione, con riferimento alla sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni per i quali *non ricorrono* i presupposti legittimanti l'applicazione delle misure di prevenzione, ma a carico dei quali sussistono "sufficienti elementi per ritenere che il libero esercizio" di determinate attività economiche (specificate dal primo comma dell'art. 3 *quater*) *agevoli* l'attività delle persone nei cui confronti è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione *ex* art. 2 l.n. 575/1965, ovvero persone assoggettate a procedimento penale per taluno dei delitti indicati nella norma (art. 3 *quater* l.n. 575/1965), la Corte costituzionale ha sì dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 *quinquies*, comma 2 l.n. 575/1965, nella parte in cui non prevede che avverso detto provvedimento di confisca possano proporsi le impugnazioni previste e con gli effetti indicati nell'art. 3 *ter*, comma 2 c.p.p., ma, per contro, ha circoscritto la nozione di "terzi" legittimati a contrastare il provvedimento alle situazioni soggettive di "sostanziale incolpevolezza": al tema si è gia fatto cenno[60].

---

[60] Cfr. cap. III, par. 1.4 e cap. VII, par. 4.

3. *L'acquisizione pubblica e la confisca nel codice penale tedesco. I confini delle* "Eigentumssanktionen"

Per poter analizzare la giurisprudenza della Corte di Karlsruhe è indispensabile premettere alcuni cenni al sistema delle misure ablative previste nel codice penale tedesco[61].

In quell'ordinamento si distinguono due distinti istituti: l'acquisizione pubblica (*Verfall*), che ha per oggetto il profitto del reato (§ 73 StGB)[62], e la confisca (*Einziehung*), concernente il prodotto del reato e le cose che servirono o furono destinate alla commissione dello stesso (§ 74 StGB)[63]. La diversità delle denominazioni prelude

---

[61] Non è possibile in questa sede tracciare una completa rassegna della letteratura in materia; oltre alle opere citate, si vedano i principali commentari del codice penale, con particolare riferimento ai §§ 73 e ss.: A. Schönke, H. Schröder (a cura di), *StGB Kommentar*, C.H. Beck, München, 27. Aufl., 2006; H. Tröndle, T. Fischer, *Strafgesetzbuch*, C.H. Beck, München, 53. Aufl., 2006; U. Neumann, I. Puppe, W. Schild, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 14. Lfg. (2003).

[62] "*§ 73. Presupposti dell'acquisizione pubblica.* – (1) Se è stato commesso un fatto antigiuridico e l'autore o il partecipe ha conseguito un provento (*etwas*) attraverso o a causa di esso, il giudice ne ordina l'acquisizione. Ciò non vale se dal fatto è derivata alla vittima una pretesa la cui soddisfazione spoglierebbe l'autore o il partecipe del valore ottenuto a causa del fatto. (2) La disposizione dell'acquisizione pubblica trova corrispondente applicazione anche agli utili ricavati (*Nutzungen*). Essa può estendersi anche agli oggetti che l'autore o il partecipe ha ottenuto con l'alienazione di un oggetto conseguito o come compenso per la sua distruzione, danneggiamento o sottrazione a causa di un diritto conseguito. (3) Se l'autore o il partecipe ha agito per un altro soggetto e questo ha con ciò ottenuto un profitto, l'ordine di acquisizione pubblica secondo i commi 1 e 2 si dirige contro di lui. (4) L'acquisizione pubblica di un oggetto viene disposta anche quando esso appartiene o spetta ad un terzo che lo ha messo a disposizione per il fatto o essendo altrimenti a conoscenza delle circostanze del fatto".

[63] "*§ 74. Presupposti della confisca.* – (1) Se è stato commesso un reato doloso, possono essere confiscati gli oggetti che per mezzo di esso sono stati prodotti o che sono stati utilizzati per la sua commissione o preparazione o che a tal fine sono stati destinati. (2) La confisca è consentita soltanto se 1. gli oggetti al momento della decisione appartengono o sono nella sfera di dominio dell'autore o del partecipe o 2. data la loro natura e date le circostanze, essi mettono in pericolo la collettività o sussiste il pericolo che servano alla commissione di fatti antigiuridici. (3) In presenza dei presupposti del n. 2 del secondo comma, la confisca degli oggetti è ammessa anche se l'autore ha agito senza colpevolezza. (4) Se la confisca è prescritta o consentita da una disposizione speciale per ipotesi diverse da quelle del primo comma, si applicano i commi 2° e 3°" (trad. di G. Fornasari, in *Il codice penale tedesco*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 2003², p. 117).

ad una parziale differenziazione della disciplina relativa alle due diverse figure, per l'analisi della quale si rinvia ai citati studi specifici, salvo richiamare di volta in volta i profili che è utile riproporre per meglio comprendere le significative sentenze del BVerfG.

Anche nelle scelte di politica criminale d'oltralpe, infatti, gli strumenti ablativi hanno assunto un ruolo centrale nella strategia di contrasto alla criminalità, e non solo con riferimento a quella legata al traffico di sostanze stupefacenti o alla criminalità organizzata "classica"[64].

Secondo una dottrina ormai consolidata[65], le "misure" (*Maßnahmen*) che concernono la privazione di un bene in qualche modo coinvolto nel fatto di reato, ovvero acquisizione pubblica, confisca e (provvedimento di) inutilizzazione dei beni (*Unbrauchbarmachung*: § 74b, comma 2, n. 1, e § 74d, comma 1, parte seconda StGB) – annoverate dal § 11, comma 1, n. 8 accanto alle "misure di miglioramento e sicurezza" (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*) – rientrano nella categoria delle *Eigentumssanktionen,* le quali devono essere tenute distinte dalle *Vermögenssanktionen*, consistenti in una prestazione economica che il soggetto condannato preleva dal proprio patrimonio: in quest'ultimo senso rilevano la pena pecuniaria, la pena patrimoniale (*Vermögensstrafe*)[66] e la *Geldbuße* (sanzione amministrativa pecuniaria).

Le diverse articolazioni si fondano sulla diversità tra *Vermögen* ed *Eigentum*, anzi, per meglio dire, si ricavano in negativo dalla definizione dei limiti del concetto di *Eigentum*: questo presenta un contenuto diverso a seconda della prospettiva nella quale viene esaminato, ovvero a seconda che si faccia riferimento al contesto del diritto civile ovvero al diritto pubblico.

A tale bivalente natura del patrimonio rinvia il BVerfG, allorché è chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di misure come la c.d. acquisizione pubblica allargata e gli strumenti processuali ad essa connessi[67].

---

[64] F. Herzog, *Gewinnabschöpfung*, cit., p. 494; J. Windolph, *Vermögens- und Gewinnabschöpfung aus der Sicht der Strafverfolgungsbehörden (Polizei)*, in «StrV», 2003, p. 119.

[65] Così A. Eser, *Vorbem § 73*, in A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *StGB Kommentar*, cit., p. 1023, Rn. 3.

[66] Cfr. *infra* par. 5.

[67] Si vedano i paragrafi successivi

In tale contesto, come si vedrà, le misure ablative appaiono come molecole contenenti un nucleo riconducibile a meccanismi compensatori orientati in senso prettamente sanzionatorio accessorio.

La questione della classificazione formale influisce solo parzialmente sulla effettiva natura giuridica della sanzione, rimanendo impregiudicata la questione se tali strumenti costituiscano pene in senso proprio, *Maßregeln* (misure) ovvero conseguenze giuridiche atipiche[68]. Quest'ultimo problema appare tuttora irrisolto, come conferma anche la giurisprudenza più recente. Non altrimenti da quanto anticipato per gli interventi ablativi "di casa nostra"[69], si tratta di un problema, la cui soluzione investe molti istituti del diritto penale sanzionatorio (si pensi alla disciplina delle cause estintive), ma anche profili di garanzia quali quelli sottesi al divieto di retroattività della legge penale.

L'analisi empirica denuncia il consolidamento di una tendenza trasversale che, anziché fare riferimento alle categorie tradizionali delle misure di sicurezza, alle pene accessorie, e così via, distingue le misure a seconda del grado di effettivo collegamento con il fatto di reato: tanto più il legame di derivazione si affievolisce, tanto più lo strumento ablativo si connota come conseguenza giuridica autonoma. Giocando alternativamente sui diversi tavoli da gioco degli strumenti compensatori, per un verso, e delle sanzioni, per l'altro, la ablazione del bene vaga nel sistema delle *Tatfolgen* come una monade svincolata dall'osservanza di qualunque garanzia.

La dicotomia *Eigentums-Vermögenssanktionen,* tuttavia, lungi dall'esprimere una variazione meramente lessicale, appare densa di suggestioni: l'individuazione della peculiarità delle misure a seconda dell'"oggetto" del"trasferimento" economico a favore dello Stato (prestazioni patrimoniali, per le *Vermögenssanktionen*; specifici beni patrimoniali collegati al reato, per le *Eigentumssanktionen*) emerge indirettamente anche dalla analisi comparata della "pena patrimoniale" (*Vermögensstrafe*), da un lato, e dell'"acquisizione pubblica allargata" (*erweiterter Verfall*), dall'altro[70].

---

[68] A. Eser, *Vorbem § 73*, cit., 1024 e ss., Rn. 12.

[69] Cfr. cap. I.

[70] W. Perron, *Vermögensstrafe und erweiterter Verfall*, in «JZ», 1993, 919; sulla "acquisizione pubblica allargata" si tornerà nel par. 6.

Le legittimità della categoria delle *Eigentumssanktionen* viene ricondotta al *fondamento formale*[71] della seconda parte del comma 1 dell'art. 14 del *Grundgesetz* (GG) ed a quello *sostanziale*[72] dell'istituto della perdita dei diritti fondamentali (*Grundrechtverwirkung*), da intendersi come "divieto dell'esercizio" (più che "perdita della titolarità") di essi, previsto dall'art. 18 GG[73].

Le due disposizioni costituzionali delineano la cornice nell'ambito della quale il diritto fondamentale costituito dall'*Eigentum* viene tutelato: da un lato (art. 14, comma 1, parte seconda), si delega il legislatore a prevedere contenuto e limiti dello stesso[74]; dall'altro (art. 18), si stabilisce che l'abuso di alcuni di diritti fondamentali – tra i quali il patrimonio – finalizzato a contrastare l'ordinamento fondamentale democratico comporta la perdita del diritto stesso, secondo le direttive della decisione (anche in relazione alla misura di tale "privazione") che viene assunta dall'organo competente, ossia dalla Corte costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*)[75].

---

[71] A. Eser, *Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum: dogmatische und rechtspolitische Untersuchungen zu Einziehung, Unbrauchbarmachung und Gewinnverfall*, Mohr, Tübingen, 1969, p. 170.

[72] In tal senso già W. Weber, *Zur Problematik von Enteignung und Sozialisierung nach neuem Verfassungsrecht*, in «NJW», 1950, p. 401 e ss.; W. Stree, *Deliktsfolgen und Grundgesetz: zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen*, Mohr, Tübingen, 1960, p. 91 e ss., p. 93; F. Schultehinrichs, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten – Zur Problematik der geplanten Vorschrift über den erweiterten Verfall*, Univ. Diss., Mainz, 1991, p. 174 e ss.; E. Weßlau, *Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? Vermögensstrafe, Beweislastumkehr*, in «StrV», 1991, p. 229; V. Krey, A. Dierlamm, *Gewinnabschöpfung und Geldwäsche*, in *JR*, 1992, p. 358; O. Langer, *Vermögensstrafe (§ 43a StGB): die neue Rechtsfolge zur Bekämpfung organisierter Kriminalität unter Berücksichtigung des erweiterten Verfalls (§ 73d StGB)*, Kuvillier, Göttingen, 1997, p. 170.

[73] H. Krüger, M. Pagenkopf, *Art. 18*, in M. Sachs (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, München, 3. Aufl., 2003, p. 748, Rn. 13.

[74] Sul contenuto del concetto di *Eigentum* si vedano *infra* le motivazioni addotte dal BVerfG.

[75] Si tratta di una disposizione di ridotta applicazione, anche in considerazione della gravità delle sue conseguenze giuridiche (H. Krüger, M. Pagenkopf, *Art. 18*, cit., p. 750, Rn. 17; si registrano sinora soltanto tre procedimenti: R. Gröschner, *Art. 18*, in H. Dreier (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, Mohr, Tübingen, 2. Aufl., 2004, 1510, Rn. 10), ma che conserva un ruolo centrale nel sistema costituzionale (si veda la bibliografia citata dagli Autori ricordati) e manifesta uno

Non è chiara la linea di demarcazione tra esercizio del diritto di proprietà ed abuso dello stesso: il significato del concetto di "*Mißbrauch*" deve essere inteso non nella sua accezione giuridico-dogmatica, ma in funzione politico-giuridica quale indice della distinzione tra uso dei diritti di libertà conformemente all'ordinamento ed uso degli stessi in contrasto con il medesimo[76]. In questa sede la rilevanza dell'art. 18 GG è funzionale alla qualificazione dell'"impiego del patrimonio per commettere reati" e dell'"esercizio di diritti su parte o su un intero patrimonio di provenienza criminosa" in termini di "condotta di abuso" che esclude la copertura costituzionale di cui all'art. 14, comma 1 GG.

Abiti moderni per antichi principî: della confisca come conseguenza dello "sviamento" della cosa verso fini penalmente illeciti a causa dell'abuso intenzionale del diritto (soggettivo) di proprietà, aveva già contezza la dottrina italiana dell'ultimo scorcio del XIX secolo[77].

Anche il secondo comma dell'art. 14 GG (uso della proprietà a servizio della collettività, *rectius*: utilizzo della proprietà in funzione sociale) escluderebbe che beni acquisiti attraverso o in connessione

---

straordinario valore politico (nella duplice funzione di appello all'esercizio dei diritti secondo il loro spirito, e non in contrasto con esso; e di espressione significativa della capacità combattiva della "democrazia militante" rispetto alle violazioni della libertà garantita dal *Grundgesetz* (GG): R. Gröschner, *Art. 18*, cit., 1512, Rn. 13 ss.), anche in relazione al fondamento storico-politico (reazione al regime dittatoriale nazista, per un verso; reazione alla debolezza della neutralità della Repubblica di Weimar, per l'altro: a riguardo *amplius* G. Dürig, H. Klein, *Art. 18* (1997), in T. Maunz, G. Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, München, Lfg. 2004, 10 ss., Rn. 4 ss.) che ne giustifica l'inserimento nella Legge Fondamentale, nella parte dedicata ai *Grundrechte*. Fondamentale, nell'economia del sistema di bilanciamento dei valori che il GG contiene, la finalità che il titolare del diritto deve perseguire affinché si configurino i presupposti di applicazione dell'art. 18, cioè il fine di contrasto rispetto all'ordinamento fondamentale democratico e liberale. Discussa la correttezza del termine "abuso" (del diritto fondamentale): si tratta in realtà di un "esercizio" del diritto, che a causa della illegittimità del fine, si trasforma in uso non ammissibile (G. Dürig, H. Klein, *Art. 18*, cit., 22, Rn. 44); ovvero, in una diversa accezione, di un "limite immanente alla Costituzione dell'esercizio di diritti fondamentali di libertà" (R. Gröschner, *Art. 18*, cit., 1514, Rn.19).

[76] R. Gröschner, *Art. 18*, cit., 1517, Rn. 26.

[77] C. Civoli, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Dig. it.*, VIII-I, 1896, 902.

con la commissione di reati possano godere di alcuna garanzia da parte della Legge Fondamentale[78].

Invero la tesi dell'"uso indebito" del patrimonio non convince appieno, poiché, come evidenziato dalla stessa giurisprudenza del BVerfG, l'art. 14 GG tutela la proprietà *sub specie* di posizioni giuridiche, ma non si occupa dei relativi modi di acquisto[79].

La tesi secondo cui la bipartizione tra *Vermögenssanktionen* e *Eigentumssanktionen*, per quanto solo in parte, è comunque in grado di fornire una chiave di lettura in merito alla questione della natura giuridica delle singole misure, si rivela di qualche utilità in una duplice direzione: da un lato, si offre qualche chiara indicazione circa la relazione che, già dal punto di vista sistematico, ogni misura impone rispetto al fatto di reato; dall'altro, si delineano i contorni dell'area entro la quale l'aggressione al patrimonio del privato da parte dello Stato, al cospetto di fatti di reato, è compatibile con il dettato costituzionale.

L'esempio del sistema tedesco è paradigmatico, consentendo di mettere alla prova la tenuta dell'orientamento che costruisce l'intervento ablativo statale (intervento della cui portata occorre comunque definire i limiti) come unica strategia di aggressione all'"arricchimento patrimoniale illegittimo" del reo – o, in relazione a talune figure, del (meramente) presunto reo.

In effetti, proprio l'esperienza d'oltralpe conferma che il principio secondo cui il "crimine non deve pagare", dal quale si innerva l'*Oberbegriff* del *Gewinnabschöpfung* (ablazione dei profitti), può radicarsi anche a prescindere dall'applicazione dell'istituto della confisca, e cioè attraverso l'inflizione di una pena pecuniaria di

---

[78] A. Eser, *Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum*, cit., p. 182 e ss.; in senso contrario, un consolidato orientamento afferma che la clausola sarebbe rivolta non al singolo titolare del patrimonio, ma al legislatore: per tutti cfr. H.-J. Papier, *Art. 14*, in T. Maunz, G. Dürig (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, München, Lfg. 40, 2002, Rn. 305 e ss.

[79] BVerfG 16 marzo 1971, in «BverfGE», 30, 292 e ss., 334 e ss.; cfr. anche Id., 26 maggio 1993, *ivi*, 89, p. 1 e ss., 7. Diversa la "filosofia" dell'art. 42 della Costituzione italiana, che esplicitamente accenna ai "modi di acquisto" della proprietà, per poi assegnarne la regolamentazione al legislatore ordinario: cfr. *supra* par. 1.

importo superiore al "vantaggio economico" conseguito dall'autore dell'illecito[80].

4. *Il percorso intrapreso dalla Corte costituzionale tedesca per (ri)costruire i limiti dell'intervento ablativo*

Per tentare una proposta di soluzione alla inarrestabile erosione delle garanzie dei diritti fondamentali, la Corte costituzionale federale tedesca ha intrapreso un faticoso percorso – ancora in via evoluzione – nell'ambito del quale sono stati fissati alcuni punti fermi. Il BVerfG, nel porre tasselli definitivi ad argine della espansione delle misure ablative, ha fatto appello alla tradizione di tutela di diritti fondamentali (*Grundrechte*) che rappresentano la colonna portante della Costituzione, supportata dallo strumento della *Verfassungsbeschwerde* che consente il giudizio di legittimità su ricorso individuale del cittadino.

Il BVerfG registra il processo di espansione delle tipologie di aggressione del patrimonio, da un lato, e la lesione delle garanzie costituzionali penali, dall'altro, e ritiene che sia in atto un inaccettabile superamento delle soglie di legittimità.

La Corte costituzionale tedesca si sta impegnando nella ricerca di limiti che possano circoscrivere gli effetti della moltiplicazione degli interventi ablativi. Il tortuoso cammino, inaugurato dalla declaratoria di incompatibilità ed annullamento della "pena patrimoniale" *ex* § 43a StGB, prosegue attraverso una lettura critica della disciplina vigente in materia di acquisizione pubblica allargata, di misure cautelari reali e di rafforzamento della tutela dei terzi.

Le argomentazioni del BVerfG si articolano, oltre che sui capisaldi delle guarentigie in materia penale, sulla tutela del diritto di

---

[80] È la soluzione adottata dal comma 4 del § 17 OWiG (che contiene la disciplina degli illeciti amministrativi: *Ordnungswidrigkeiten*): a riguardo cfr. P. König, *§ 17*, in E. Göhler, P. König, H. Seitz, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, C.H. Beck, München, 14. Aufl., 2006, p. 160 e ss., Rn. 37 ss.; W. Mitsch, *§ 17*, in L. Senge (a cura di), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 3. Aufl., 2006, pp. 353 e ss., Rn. 111 ss.

"proprietà" (privata), che permane sottotraccia come parametro di riferimento.

La giurisprudenza costituzionale e la dottrina prevalente concordano nel ritenere che la tutela garantita dall'art. 14, comma 1 GG, come confermato dal secondo comma della disposizione, non riguarda il diritto di singoli individui, bensì costituisce un diritto fondamentale strettamente collegato alla collettività, in quanto il suo titolare è al contempo partecipe della collettività e cittadino di uno Stato sociale di diritto[81].

La Legge Fondamentale tutela la proprietà come istituto giuridico, non come diritto assoluto, attribuendo al legislatore la responsabilità della configurazione del contenuto e limiti dello stesso[82].

Si tratta di un orientamento consolidato anche nel sistema costituzionale italiano, come si evince dagli studi monografici in materia.

Interessa qui piuttosto indagare sui limiti, ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente riconosciuti, che al diritto di proprietà si possono o si debbono riconoscere in relazione alle preminenti esigenze di contrasto alla criminalità, cui si rapporta l'introduzione degli istituti in commento. Sul punto, in Germania si è sviluppato un dibattito intenso che si affianca a quello relativo alla violazione, per talune ipotesi, del principio di colpevolezza e della presunzione di non responsabilità penale, dominanti invece nel contesto italiano.

Secondo la giurisprudenza del BVerfG, la garanzia patrimoniale di cui all'art. 14, comma 1 GG vieta sia che vengano ostacolate le attività le quali, in relazione all'ambito del diritto di proprietà, appartengono al novero di quelle tutelate costituzionalmente, sia che venga annullato o ridotto l'ambito di libertà garantito dalla Legge Fondamentale[83]. La tutela dei diritti di valore patrimoniale si estende alla possibilità di ricorrere ai poteri connessi all'esercizio del diritto stesso e rimessi alla libera decisione del titolare[84]. In questo senso la

---

[81] J. Wieland, *§ 14*, in H. Dreier (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, Mohr, Tübingen, 1996, I, 848, Rn. 23.

[82] J. Wieland, *§ 14*, cit., 848 e ss., Rn. 24.

[83] BVerfG 18 dicembre 1968, in «BVerfGE», 24, (367 e ss.), 389; Id., 15 luglio 1981, *ivi*, 58, p. 300 e ss., in particolare p. 339.

[84] Da ultimo in questo senso BVerfG 8 aprile 1997, in «BVerfGE», 95, p. 267 e ss., in particolare p. 300.

tutela costituzionale è più ampia di quella assicurata dal diritto civile, poiché, pur essendo anch'essa connessa alle posizioni giuridiche (di fondazione civilistica), si espande sino a comprendere quelle che non hanno sostanziale valore patrimoniale.

Ne consegue che costituisce proprietà protetta ai sensi dell'art. 14, comma 1 GG il *Vermögen*, inteso (non come diritto assoluto, bensì) quale essenza (*Inbegriff*) di beni di valore patrimoniale. Da tali premesse il BVerfG deduce che le imposizioni statali di prestazioni economiche non contrastano con la tutela accordata dalla norma in questione, ma rientrano nell'ambito dei limiti con questa compatibili. Tali prestazioni, infatti, non devono esse adempiute attraverso una parte determinata dell'*Eigentum*, ma vengono sostenute dall'entità indeterminata che costituisce il *Vermögen*[85]. Sussistono tuttavia ipotesi eccezionali in cui dette prestazioni gravano in modo eccessivo sul condannato e incidono così profondamente sulle sue capacità patrimoniali, quasi, per così dire, da strangolarlo: l'art. 14 GG viene allora violato quando le corresponsioni imposte superino la misura[86].

In una decisione piuttosto risalente il BVerfG aveva ritenuto che i c.d *producta* (oltre che gli *instrumenta*) *sceleris* potessero essere ricondotti alla sfera dei limiti della proprietà, non espressamente previsti dalla Costituzione, ma contemplati come categoria generale e lasciati alla concretizzazione del legislatore[87]. Nella pronuncia del 22 maggio 1995 relativa al § 74 StGB (*Einziehung:* confisca) i Giudici costituzionali hanno precisato che la restrizione dei poteri inerenti all'esercizio del diritto di proprietà devono essere idonei e necessari al conseguimento dei fini perseguiti, ma non possono costituire oneri sproporzionati e quindi inutili[88]. Ciò premesso il BVerfG, chiamato a valutare la legittimità del § 73d (c.d. acquisizione pubblica allargata), ha asserito che la disposizione prevede, per singoli

---

[85] BVerfG 8 aprile 1997, in «BVerfGE», 95, p. 267 e ss., 300.

[86] BVerfG 31 maggio 1988, in «BVerfGE», 78, p. 232 e ss., 243; per una applicazione del principio in materia di imposizione fiscale cfr. Id. 22 giugno 1995, *ivi*, 93, 121 e ss., 136 e ss.

[87] BVerfG 12 dicembre 1967, in «BVerfGE», 22, p. 387 e ss., 422.

[88] Cfr. in «NJW», 1996, 246.

casi, l'acquisizione di concrete posizioni patrimoniali come conseguenza accessoria di una condanna penale, precisando che il principio affermato non mette in discussione la funzione delle garanzie patrimoniali orientata ad assicurare al titolare di un diritto fondamentale uno spazio di libertà in ambito patrimoniale. Mediante l'introduzione del §73d, che concretizza uno dei limiti posti alla proprietà (intesa come istituto giuridico), il legislatore – secondo la Corte – ha ritenuto che colui che abbia ottenuto beni patrimoniali "in relazione" a reati non sia legittimato a disporre liberamente dei poteri connessi a tale patrimonio[89].

La rilevanza della questione si è imposta al punto di suggerire, anche e soprattutto in relazione alle confische di tipo "preventivo", sganciate dall'accertamento definitivo di reati (pur talmente gravi da rientrare nel catalogo selezionato dal legislatore), un adeguamento della "garanzia patrimoniale costituzionale" prevista dall'art. 14 GG alle nuove esigenze di tutela rispetto a fenomeni che minacciano l'ordinamento dello Stato di diritto e, addirittura, un suo ridimensionamento nel senso della esclusione della garanzia del patrimonio originato dal reato o utilizzato al fine di compierlo anche laddove sussista una mera presunzione di connessione illecita, della quale peraltro non venga fornita la prova contraria[90].

Si aggiunga che nel sistema tedesco la misura cautelare reale è vincolata al principio di proporzione[91]: in virtù di esso, l'acquisizione pubblica non può essere disposta qualora rappresenti un prov-

---

[89] BVerfG 14 gennaio 2004, Rn. 90 ss. (cfr. in www.bundesverfassungsgericht.de: le sentenze del BVerfG di cui non sono riportati gli estremi di pubblicazione sono reperibili nel medesimo sito).

[90] La proposta di integrare l'art. 14 della Legge Fondamentale è contenuta nell'art. 1, comma 2 del Progetto della Seconda Legge "*zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (2. OrgKG)*, in *BT-Dr* 12/6784, presentato dall'S.P.D. nel 1994: sul punto cfr. G. Fornasari, *Strategie sanzionatorie e lotta alla criminalità organizzata in Germania e in Italia*, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 1994, 775 e ss.; L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., 210, nota 2. Una versione, per così dire, annacquata di tale principio sembra indirettamente accolta dalla Corte costituzionale federale tedesca nella sentenza in materia di "acquisizione pubblica allargata": cfr. *infra* par. 6.

[91] Nel sistema italiano il principio è espresso solo con riguardo alle misure cautelari personali, nell'ambito dei criteri di scelta delle misure stesse (art. 275, comma 2 c.p.p.).

vedimento ingiustamente oneroso per l'interessato e allorché questi disponga solo di una parte modesta del vantaggio ottenuto dal reato (§ 73c StGB: criterio dell'onerosità). Quanto alla confisca, è stabilito che essa, quando non è obbligatoria, deve essere esclusa in talune ipotesi (confisca di oggetti che al momento della decisone appartengono o sono nella sfera di dominio dell'autore o del partecipe, e confisca allargata) se risulta sproporzionata rispetto al significato del fatto commesso e al rimprovero che si può muovere all'autore colpito dalla confisca o al partecipe o, nel caso di confisca allargata, al terzo.

5. *La sentenza del BVerfG 20 marzo 2002 relativa alla pena patrimoniale* ("Vermögensstrafe")

Con la decisione del 20 marzo 2002 la Seconda Sezione della Corte costituzionale federale[92] ha riconosciuto che il § 43a StGB[93] è incompatibile con i principio di determinatezza di cui all'art. 103, comma 2 GG e lo ha dichiarato nullo.

Limitatamente alle fattispecie richiamanti il § 43a StGB[94], la pena patrimoniale consisteva nel pagamento di una somma di danaro,

---

[92] Cfr. in www.bundesverfassungsgericht.de.

[93] "*§ 43a. Inflizione della pena patrimoniale.* (1) Quando la legge fa rinvio a questa disposizione, il giudice può, in aggiunta alla pena detentiva a vita, o a una pena detentiva superiore a due anni, condannare al pagamento di una somma di danaro, la cui entità ha come limite massimo il valore del patrimonio dell'autore (pena patrimoniale). I vantaggi patrimoniali di cui viene ordinata l'acquisizione pubblica non possono essere presi in considerazione in sede di determinazione del patrimonio. Il valore del patrimonio può essere fatto oggetto di apprezzamento giudiziale. (2) Trova corrispondente applicazione il § 42. (3) Il giudice stabilisce una pena detentiva che viene inflitta in luogo della pena patrimoniale qualora questa non possa essere riscossa (pena detentiva sostitutiva). La misura massima della pena detentiva sostitutiva è di due anni, la sua misura minima di un mese": trad. di G. Fornasari, in Aa.Vv., *Il codice penale tedesco*, cit., p. 71.

[94] La norma esordiva con una clausola di rinvio "aperta". Nonostante la declaratoria della Corte costituzionale federale, alcune disposizioni di parte speciale richiamano tuttora il § 43a StGB: così, ad esempio, oltre all'ultimo periodo del § 41 StGB (in materia disciplina della pena pecuniaria), il § 150, comma 1 StGB (in relazione al reato di falsificazione di denaro – § 146 StGB – e di falsificazione di valori bollati – § 148, comma 1 StGB – quando l'autore agisce in qualità di

avente come limite massimo il valore del patrimonio dell'autore, che il giudice poteva disporre in aggiunta all'ergastolo, o alla pena detentiva superiore a due anni. Nella estimazione del patrimonio, come precisato dal secondo periodo della disposizione, non erano considerati valutabili i vantaggi patrimoniali dei quali venisse ordinata l'acquisizione pubblica.

Gli effetti cumulativi del § 43a StGB e della acquisizione pubblica allargata *ex* § 73d StGB (di cui si dirà nel successivo paragrafo) – entrambi introdotti nel 1992 dalla legge sulla criminalità organizzata e non casualmente previsti in tandem dalle disposizioni che li richiamano[95], secondo uno schema simile a

---

membro di una banda costituitasi per la commissione continuativa di tali fatti), il § 181c StGB (in ordine ai reati di tratta di esseri umani aggravata previsti dal § 181 StGB e sfruttamento della prostituzione per profitto patrimoniale *ex* § 181a, comma 1, n. 2 StGB, quando l'autore agisce in qualità di membro di una banda costituitasi per la commissione continuativa di tali fatti), il § 244, comma 3 StGB (furto a mano armata, furto commesso da un banda e furto con effrazione, quando l'autore, in qualità di membro di una banda costituitasi per la commissione continuativa di tali fatti, ruba con la cooperazione di un altro componente), il § 244a, comma 3 StGB (furto aggravato commesso da una banda), il § 256, comma 2 StGB (in relazione alle diverse ipotesi di rapina e di estorsione previste dai §§ 253 e 255 StGB, quando l'autore agisce in qualità di membro di una banda costituitasi per la commissione continuativa di tali fatti), il § 260, comma 3 StGB (quando l'autore agisce in qualità di membro di una banda costituitasi per la commissione continuativa di rapine, furti e ricettazione), 260a, comma 3 (ricettazione professionale commessa da una banda), il § 261, comma 7, terza parte StGB (quando l'autore agisce in qualità di membro di una banda costituitasi per la commissione continuativa di riciclaggio), il § 263, comma 7 StGB (quando l'autore agisce in qualità di membro di una banda costituitasi per la commissione continuativa di truffe – §§ da 263 a 264 StGB – e falsità documentali – §§ da 267 a 269 StGB), il § 282, comma 1 StGB (relativamente ai reati di falso documentale richiamati, quando l'autore agisce in qualità di membro di una banda costituitasi per la commissione continuativa di tali fatti), il § 286, comma 1 StGB (organizzazione non consentita di gioco d'azzardo, quando l'autore agisce in qualità di membro di una banda costituitasi per la commissione continuativa di tali fatti), il § 338, comma 2 StGB (con riferimento al reato di corruzione attiva *ex* § 334 StGB, anche in collegamento con i reati di omissione di un atto d'ufficio, di cui al § 336 StGB, e di retribuzione di un giudice arbitro *ex* § 337 StGB, quando l'autore agisce in qualità di membro di una banda costituitasi per la commissione continuativa di tali fatti).

[95] Ai fini dell'individuazione di tali fattispecie, che rinviano ai §§ 43a e 73d StGB, si veda la nota precedente; in alcune di tali ipotesi il § 73d StGB si applica anche quando l'autore agisce professionalmente (§§ 150; 181c; 256, comma 2; 260, comma 3; 261, comma 7; 263, comma 7; 282, comma 1; 286, comma 1, 380, comma 2 StGB).

quello delle norme penali in bianco[96] – si riversano sul patrimonio dell'autore (e degli altri soggetti equiparati), che la prima disposizione "aggredisce" come prestazione integrativa e la seconda come ablazione oltre i confini della acquisizione comune di proventi illeciti[97].

Secondo la Corte di Cassazione, che nel volgere di un anno si è pronunciata due volte sul punto[98], con lo scomputo dei vantaggi patrimoniali di cui viene ordinata l'acquisizione pubblica dalla entità del patrimonio valutabile (seconda parte del primo comma del § 43a StGB), si conferma il ruolo complementare della pe-

---

[96] F. Herzog, *§ 73d*, cit., 7, Rn. 5.

[97] Per alcune considerazioni in merito al § 43a StGB si vedano i principali commentari al codice penale tedesco (nelle edizioni successive al 2002, in corrispondenza della norma, è richiamata soltanto la decisione della Corte costituzionale): E. Horn, *§ 43a*, in H.-J., Rudolphi, E. Horn, E. Samson, H.-L. Günther, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 35 Lfg., 7. Aufl. (2001), 21; W. Stree, *§ 43a*, in A. Schönke, H. Schröder (a cura di), *StGB Kommentar*, C.H. Beck, München, 26. Aufl., 2001, 708 e ss.; H. Tröndle, T. Fischer, *Strafgesetzbuch*, C.H. Beck, München, 50. Aufl., 2001, pp. 306 e ss.; nella dottrina italiana si veda G. Fornasari, *L'introduzione della pena patrimoniale nel codice penale tedesco*, in «Riv. trim. dir. pen. econ.», 1993, 162 e ss.; L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., 182 e ss.; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni*, cit., p. 167 e ss.; G. Fornasari, *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata: aspetti comparatistici nell'esperienza europeo-continentale*, in G. Fornasari (a cura di), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2002, p. 190 e ss.

[98] La prima sentenza in materia di pena patrimoniale (c.d. *Vermögensstrafe I*) è stata pronunciata l'8 febbraio 1995 (cfr. in «BGHSt», 41, p. 20 e ss.); la seconda (c.d. *Vermögensstrafe II*) risale al 20 settembre 1995, 3 StR 267/95 (in «BGHSt», 41, p. 278 e ss.). Nella prima decisione la Terza Camera del BGH, analizzata la genesi della norma, ha evidenziato la natura di "sanzione pecuniaria" della pena patrimoniale, rimarcandone la funzione di completamento della pena detentiva: la compatibilità del § 43a StGB con il principio di colpevolezza viene garantito, secondo i giudici, dalla *valutazione unitaria* dei due segmenti del trattamento sanzionatorio (pena patrimoniale e sanzione detentiva), il cui complesso deve comunque corrispondere ai principî generali in materia di commisurazione della sanzione, nel contesto della funzione general- e specialpreventiva della pena. La qualificazione della *Vermögensstrafe* in termini di "sanzione pecuniaria" consente altresì alla Corte di escluderne la natura di confisca generale, in quanto tale lesiva della garanzia patrimoniale di cui all'art. 14 della Legge Fondamentale. Per quanto concerne la seconda decisione, si veda la nota successiva.

na patrimoniale rispetto alla prioritaria misura della acquisizione pubblica[99].

Diverse le conclusioni cui perviene la Corte costituzionale federale.

Nella prima parte della motivazione il BVerfG illustra i profili del principio di determinatezza violati dalla norma *sub iudice*.

A fondamento della decisione, che ha recepito le molte voci critiche censuranti la disposizione[100], la Corte costituzionale federale pone essenzialmente il fatto che il §43a StGB non è compatibile con il principio di tassatività di cui al § 103, comma 2 GG: il legislatore non ha disciplinato il "minimo costituzionale" della determinazione dei presupposti legali nella scelta e nella commisurazione della pena.

In forza di ciò diventa difficile per il colpito dalla pena patrimoniale prevedere il tipo e la misura della sanzione come reazione dello Stato al reato posto in essere.

Secondo il BVerfG, dall'art. 103, comma 2 GG consegue che un fatto non può essere sanzionato penalmente quando la sua punibilità non è determinata legalmente prima del fatto commesso (par. 64). Il cittadino deve sapere che cosa gli è vietato. Allo stesso tempo l'art. 103, comma 2 stabilisce che soltanto il legislatore ha il potere di decidere in via generale ed astratta della punibilità dei fatti vietati. Il Parlamento è obbligato dalla Costituzione a determinare i limiti

---

[99] Così la "seconda decisione" in materia di pena patrimoniale: BGH 20 settembre 1995, 3 StR 267/95 (decisione c.d. *Vermögensstrafe II*), in «BGHSt», 41, p. 278 e ss., in particolare par. II, 2. La pronuncia indica alcuni parametri per la determinazione del patrimonio rilevante ai fini dell'applicazione del § 43a StGB: in particolare, per un verso, si è stabilito che le obbligazioni che diminuiscono in modo non irrilevante il patrimonio dell'autore concorrono a delimitarne l'entità (per cui il giudice, nell'ambito della apprezzamento discrezionale che gli è consentito dal terzo periodo del § 43a, primo comma StGB, dovrà tenere conto non solo delle entrate, ma anche delle obbligazioni contratte dal reo); per l'altro, aggiunge, interpretando il secondo periodo del primo comma del § 43a StGB, che i vantaggi patrimoniali derivanti dal reato possono essere computati, quando non suscettibili di acquisizione pubblica o di acquisizione pubblica allargata per ragioni di carattere sostanziale ovvero giuridiche. In ordine alla acquisizione pubblica allargata cfr. *infra* par. 6.

[100] Si veda in particolare S. Barton, *Läßt sich die Vermögensstrafe (§ 43a StGB) verfassungskonform anwenden?*, in *Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung – 20. Strafverteidigertag*, Der Andere Buchladen, Köln, 1996, p. 155 e ss.

della punibilità; e questa decisione non può essere lasciata a nessun altro potere statale.

Sufficientemente determinata deve essere anche la minaccia di pena (par. 66). Anche qui il legislatore deve normativamente determinare il tipo e la misura della pena come reazione di riprovevolezza espressa dallo Stato, affinché la sanzione statale che minaccia l'autore sia prevedibile.

Ciò non significa che soltanto le pene fisse sono costituzionalmente legittime, in quanto esclusivamente con esse si raggiungerebbe la misura massima della precisione legislativa e calcolabile per l'interessato. Il legislatore si può limitare a prevedere una cornice edittale: conformemente ai principî dello stato di diritto, la pena presuppone la colpevolezza e a questa deve essere commisurata. Ne consegue non solo che la fattispecie penale e la cornice edittale devono corrispondere l'una all'altra, ma anche che la pena inflitta nel singolo caso concreto deve esprimere un "giusto rapporto" rispetto alla gravità del fatto ed alla colpevolezza dell'autore (par. 68).

In ordine alla questione dei canoni prefissati per la determinatezza delle minacce di pena, il BVerfG richiama due principî costituzionali che si trovano in una relazione di tensione: principio di colpevolezza e giustizia del caso concreto, da una parte, così come determinatezza e certezza del diritto, dall'altra, devono essere valutati ed assunti in una comparazione di rango costituzionale. Il legislatore penale assolve il proprio dovere quando, attraverso la scelta della minaccia di pena, orienta tanto il giudice penale quanto il cittadino interessato così bene che a) diventa chiara la sua valutazione dei delitti descritti nella fattispecie; b) l'interessato può prevedere i canoni della pena minacciata; c) infine, al giudice penale è possibile la determinazione di una pena rapportata alla colpevolezza (par. 72).

Quanto alla misura della sanzione, il legislatore deve fornire al giudice criteri di commisurazione generali idonei a determinare la pena del caso concreto (par. 73).

Il dovere del legislatore di stabilire tipologia e misura delle conseguenze giuridiche è tanto più importante quanto più onerosa è la pena minacciata.

Al giudice si devono impartire direttive idonee a rendere prevedibili le sanzioni: in particolare, devono essere determinate nella leg-

ge il tipo della pena che viene in questione per la fattispecie di volta in volta rilevante – anche in forza del principio di determinatezza – come pure devono essere determinati i limiti superiori ed inferiori della pena minacciata.

Insomma: a parere del BVerfG, il legislatore è obbligato dalla Costituzione a prevedere criteri di giudizio ai quali la decisione del giudice si deve attenere nella valutazione dei fatti di reato e nel "completamento" dei concreti ambiti di pena. Soltanto regole determinate e giudizialmente concretizzate consentono di rendere fruibili nel singolo caso ampie cornici di pena.

Tali le coordinate con le quali è necessario confrontare la "pena patrimoniale", la cui entità – lo stabilisce il primo comma del § 43a StGB – ha come limite massimo il valore del patrimonio dell'autore.

Nella seconda parte della motivazione il BVerfG affronta il tema della natura giuridica della *Vermögensstrafe.*

Già la Corte di cassazione, nella prima decisione in materia[101], aveva ritenuto la *Vermögensstrafe* una pena pecuniaria priva di finalità confiscatoria, la cui applicazione (nell'*an* e nel *quantum*) doveva essere condizionata dalla valutazione del giudice in ordine agli effetti sul reo della pena cumulativa (sanzione detentiva sommata alla pena patrimoniale). Insomma, la legittimità della sanzione veniva ricavata in prospettiva specialpreventiva, con specifico riguardo all'arricchimento dell'arsenale sanzionatorio nei confronti di determinati reati "a sfondo" patrimoniale.

Nella sentenza del BVerfG (par. 74) si afferma che il § 43a StGB prevede una sanzione da intendersi come penale a pieno titolo, e non quale mero strumento della ablazione dei profitti (*Gewinnabschöpfung*). A causa della applicazione cumulativa della privazione della libertà e della pena patrimoniale, la norma prevede una limitazione particolarmente restrittiva dei diritti fondamentali, per la quale si deve esigere un elevato grado di determinatezza della legge (par. 87).

---

[101] BGH 8 febbraio 1995, 5 StR 663/94, in «BGHSt», 41, 20 (decisione c.d. *Vermögensstrafe I).*

Per quanto concerne l'*an* della irrogazione della pena patrimoniale, i parametri indicati dalla legge si rivelano insufficienti. Si pretende soltanto che sia stato realizzato un fatto, la cui fattispecie penale rinvia al § 43a StGB, e che sia prevista una pena privativa della libertà personale superiore a due anni. Manca al giudice penale qualunque indicazione contenutistica sulla base della quale egli possa decidere in quali casi decidere di infliggere la pena patrimoniale: in tal senso la funzione del principio di determinatezza, con le sue particolari pretese di rigore e completezza, è del tutto annullata. Come evidenziato con vigore dalla Corte, proprio la pena patrimoniale, come nuovo tipo di pena di intensità aggressiva rilevante, esige che ai giudici siano date regole di commisurazione della pena precise, affidabili e controllabili.

Nemmeno la cornice della pena patrimoniale è stata determinata in modo sufficientemente preciso dal legislatore. Il limite superiore consiste nel patrimonio dell'autore che viene in questione di volta in volta, senza che venga fissato un limite massimo astratto, come invece accade, ad esempio, per la pena pecuniaria. Il giudice è quindi costretto a calcolare il valore di questo patrimonio (tanto che esso può essere oggetto di "apprezzamento giudiziale": § 43a, comma 1, terza parte StGB), assumendo un compito di creazione del diritto che spetta esclusivamente al legislatore e al quale quest'ultimo non può sottrarsi. Infatti anche la cornice legale della pena esprime il contenuto di disvalore, che il legislatore deve rapportare al comportamento punibile; essa serve di orientamento nella qualificazione del singolo fatto oggetto di valutazione. Una cornice di pena senza limite superiore non può assolvere questa funzione: se ci si appaga, come soglia superiore della *Vermögensstrafe,* soltanto della massa patrimoniale esistente (al momento del giudizio), allora soffre in maniera costituzionalmente inaccettabile la prevedibilità della pena patrimoniale che ci può attendere e – continua la Corte – vengono lesi i principî fondamentali in materia di determinazione della pena.

A tale carenza non sopperisce il fatto che alla colpevolezza vanno commisurate la pena privativa della libertà personale inflitta e la pena patrimoniale unitariamente valutate. Ogni singola pena, in quanto parte della sanzione complessiva, deve essere

sufficientemente determinata, altrimenti il pericolo di violazione del principio di colpevolezza diventa reale: la somma delle sanzioni, infatti, non è altrettanto percepibile della determinazione di una singola pena, che nei suoi effetti è meglio valutabile dall'autore. Anche per questo il legislatore avrebbe dovuto mettere a disposizione del giudice concrete linee guida per la commisurazione della pena.

La mancanza di determinatezza del § 43a StGB si accentua per il fatto che la norma eleva a limite superiore della sanzione un parametro come il patrimonio dell'autore.

Il valore del patrimonio rappresenta una entità assolutamente indeterminata per una norma penale. E questo già si vede nel caso di partenza posto a fondamento della *Vefassungsbeschwerde*: il valore di mercato di un immobile, oggetto della impugnata decisione del Tribunale, può discostarsi, a seconda delle circostanze, dal valore concretamente realizzabile, il quale è ricavabile anche da una vendita all'asta. In altri termini, il § 43a StGB non fornisce alcun criterio circa la determinazione del patrimonio da porre a fondamento della applicazione della pena patrimoniale.

Il *deficit* di tassatività aumenta per effetto della (già ricordata) clausola di valutazione (par. 103). Il calcolo del valore comporta sempre il pericolo di una deviazione dalla realtà, in quanto può condurre alla quantificazione di un valore che sopravanza il valore effettivo del patrimonio. Atteso che il principio *in dubio pro reo* non opera nel caso della valutazione economica, si deve escludere che a fondamento della decisione stia il valore di calcolo più favorevole all'autore. Tali elementi alimentano il pericolo che il giudice infligga una pena che non è più limitata dal patrimonio effettivo dell'autore, ma lo ecceda.

La disposizione, a parere della Corte, non contiene indicazioni né sui criteri di commisurazione decisivi per l'entità della pena patrimoniale né su come sia da strutturare il rapporto tra pena patrimoniale e pena privativa della libertà; analogamente, non sono prefissati parametri relativi alla quantificazione della pena detentiva da infliggersi in luogo della pena patrimoniale (§ 43a, comma 3 StGB).

La decisione in commento è stata adottata a maggioranza dei componenti.

Merita evidenziare che i Giudici Jentsch, Di Fabio e Mellinghoff hanno espresso un'opinione di minoranza[102], dissenziente soprattutto in relazione alla (presunta) violazione del principio di determinatezza (par. 118 ss.). In particolare, si è ritenuto che non sussista alcun dubbio di costituzionalità quando il legislatore apre al giudice un ampio margine di discrezionalità rispetto alla misura della pena. Ciò, al contrario, è auspicabile affinché il giudice penale possa adottare una sanzione sufficientemente elevata che sia "di giustizia" nel caso concreto. In considerazioni delle norme penali che richiamano il § 43a StGB (ad esempio, delitti associativi, commercio di sostanze stupefacenti e traffico di clandestini), ed alla stregua della disciplina generale in tema di commisurazione della pena, sussistono per i giudici parametri idonei a stabilire se e quando applicare la pena patrimoniale. Si legge ancora nell'opinione di minoranza che la misura massima e minima della pena non devono essere necessariamente calcolati nella legge né valere per la generalità dei consociati: per contro, una pena patrimoniale determinata nel massimo si tradurrebbe in un vantaggio per l'autore abbiente e priverebbe la misura della efficacia richiesta alla reazione punitiva nei confronti della criminalità orientata al profitto. Lo stesso concetto di "*Vermögen*" contribuisce in modo decisivo alla determinazione della cornice edittale di cui al § 43a StGB, poiché esso offre maggiori garanzie dal punto di vista metodologico e può essere sottoposto a verifica come concetto normativo.

Una sola osservazione. I passaggi dell'*iter* argomentativo del BVerfG colgono alcune peculiarità della *Vermögensstrafe* emergenti anche in molte figure speciali di confisca, in ordine alle quali lo sganciamento del bene dal reato "presupposto" (ad esempio, confisca di valore; confisca di beni di valore sproporzionato o di cui non si giustifica la provenienza) e la natura sanzionatoria (principale o accessoria) assunta dalla ablazione esclude la compatibilità della misura con le garanzie costituzionali penali.

---

[102] L'opinione di minoranza è pubblicata in calce alla sentenza.

6. *La decisione della Corte costituzionale tedesca del 14 gennaio 2004 in tema di acquisizione pubblica allargata (*"erweiterter Verfall*")*

L'"acquisizione pubblica allargata" (§ 73d StGB)[103] introduce nel sistema d'oltralpe una ipotesi di ablazione di beni di provenienza "sospetta", che riecheggia – e non da molto lontano – la figura prevista dall'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992: essa, infatti, prescinde dall'esistenza di un nesso di derivazione tra beni (oggetto di apprensione) e reati per i quali il soggetto ha riportato la condanna.

La decisione del BVerfG in ordine al § 73d StGB[104] non si limita alla enunciazione generale dei principî, ma analizza i singoli presupposti della norma *sub iudice*.

Si tratta di una pronuncia che merita particolare attenzione poiché si allontana da sentiero tracciato nella declaratoria di illegittimità della c.d. pena patrimoniale (*Vermögensstrafe)* di cui al § 43a StGB (espunto dal codice penale), e della quale si è detto nel precedente paragrafo.

---

[103] *"§ 73d – Estensione dell'acquisizione pubblica*.- (1) Se è stato commesso un fatto antigiuridico in violazione di una norma che richiama la presente disposizione, il giudice dispone l'acquisizione di oggetti dell'autore o del partecipe anche allorché le circostanze del fatto consentono di supporre che tali oggetti siano stati ottenuti per commettere fatti antigiuridici o a seguito della loro commissione. Il primo periodo trova corrispondente applicazione anche quando l'oggetto non sia di proprietà o nella disponibilità giuridica dell'Autore o del partecipe solo perché questi l'ha ricevuto per commettere un fatto antigiuridico o l'ha conseguito a causa della commissione di un fatto antigiuridico. Trova corrispondente applicazione il § 73, primo comma, seconda parte, anche in relazione al § 73b, ed il § 73, secondo comma. (2) Se l'acquisizione di un determinato oggetto è divenuta in tutto o in parte impossibile dopo il fatto, trovano applicazione i §§ 73a e 73b. (3) Se dopo un ordine di acquisizione intervenuto ai sensi del primo comma, il giudice deve decidere nuovamente riguardo all'acquisizione di oggetto dell'autore o del partecipe a causa di un altro fatto antigiuridico commesso da questi prima di tale ordine, egli deve tenere in considerazione il provvedimento già emanato. (4) Trova corrispondente applicazione il § 73c" (trad. di G. Fornasari, in *Il codice penale tedesco*, cit., p. 117). L'ultima proposizione del primo comma, qui riprodotta nella versione aggiornata, è stata modificata dall'art. 2 della legge 24 ottobre 2006 (*Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten – RückgVermabschStG)*: cfr. *infra* par. 9.

[104] BVerfG 14 gennaio 2004, in *www.bundesverfassungsgericht.de.*

Al fine di meglio comprendere la complessa argomentazione della Corte è opportuno ricordare che la giurisprudenza del BVerfG, anche in materia penalistica, si basa non soltanto sulle specifiche garanzie costituzionali di tale settore (principio di legalità in senso ampio), ma anche sulla tutela dei Diritti fondamentali: la Costituzione intesa come *Wertordnung* impone infatti una costante ponderazione in termini di verifica dei limiti di compressione dei singoli diritti[105].

La Corte è avocata attraverso il ricorso individuale (*Verfassungsbeschwerde)* di un privato cittadino il quale, ritenendo che la c.d. acquisizione pubblica allargata (*erweiterter Verfall*) prevista dal § 73d StGB, costituisca "pena", lamenta la violazione degli artt. 14, 20 comma 3 e 103 comma 2 GG.

La disposizione, in presenza di un fatto antigiuridico espressamente previsto dalla legge, consente l'apprensione di beni[106] appartenenti all'autore o al concorrente "anche allorché le circostanze del fatto consentono di supporre che tali oggetti siano stati ottenuti per commettere fatti antigiuridici o da questi traggano origine".

La norma, con riferimento a talune specifiche tipologie di reato[107], persegue il fine di sottrarre i capitali conseguiti attraverso la commissione di reati e di impedire il reinvestimento degli stessi. Essa rappresenta un intervento particolarmente incisivo che, sino alla riforma apportata dalla legge 24 ottobre 2006[108], a differenza della acquisizione pubblica c.d. comune, non contemplava alcuna clausola di salvaguardia a favore del *Verletzter*[109].

---

[105] Sul punto *amplius* E.R. Belfiore, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale*, cit., p. 259 e ss.

[106] "Beni" in tal senso rilevanti, come nel caso della previsione della confisca *ex* § 74 StGB (A. Eser, *§ 74*, in A. Schönke, H. Schröder (a cura di), *StGB Kommentar*, cit., p. 1046, Rn. 6), sono sia le cose materiali sia i diritti, singolarmente individuabili: così A. Eser, *§ 73d*, *ivi*, cit., p. 1042, Rn. 11.

[107] Cfr. *supra* nota (94).

[108] Si tratta dell'art. 2 del *Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten* (*RückgVermabschStG*), sul quale si tornerà nell'ultimo paragrafo.

[109] Quanto al contenuto di tale clausola cfr. *infra* par. 7; in ordine al concetto di *Verletzter* si veda *infra* nel testo.

L'originaria lacuna risente della matrice dell'istituto, originato dalla normativa volta a contrastare il traffico di stupefacenti, in relazione alla quale appariva irrilevante il rischio di recare danno alla "vittima" del reato[110].

Ma la fondatezza di un tale presupposto viene meno, come osservato, quando la disposizione trovi applicazione in relazione a reati che offendono il patrimonio[111]. In via interpretativa, si è fatto leva sull'argomento secondo cui le posizioni giuridiche nascenti dalla commissione di un delitto contro il patrimonio consentono al titolare del diritto offeso di ottenere un risarcimento nei limiti previsti dalla disciplina civilistica: tanto più che il § 73d StGB opera in via sussidiaria rispetto alla disciplina generale di cui al § 73 StGB. Se l'intervento di ortopedia ermeneutica ha in concreto evitato che la pretesa risarcitoria del *Verletzter* subisse intollerabili erosioni[112], la citata rimodulazione della norma è apparsa quanto mai necessaria.

Rispetto alla acquisizione pubblica "comune", il § 73d StGB estende la possibilità di apprensione dei beni disponibili da parte del *Täter* o del concorrente, anche quando questi derivano da fatti di reato antigiuridici non "pre-giudicati" ma probabilmente non più perseguibili. È sintomatico che la norma non richieda la prova della provenienza illecita.

La dottrina, sin dalla entrata in vigore della riforma, ha messo subito in evidenza l'incompatibilità della disposizione con la tutela della proprietà garantita dall'art. 14 GG, sottolineando altresì la violazione del principio di colpevolezza (*Schuldprinzip*) e della c.d. presunzione di non responsabilità penale (*Unschuldsvermutung*): ai sensi del § 73d StGB l'apprensione di beni di provenien-

---

[110] RegE BT-Dr 11/6623, p. 7; sul punto si tornerà *infra* nel testo.

[111] Perplessità sul punto sono manifestate da A. Eser, *§ 73d*, cit., p. 1041, Rn. 6 ss.; F. Schultehinrichs, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten*, cit., p. 186 e ss.

[112] Il riferimento alla tutela della vittima nasce dall'attenzione che a questo problema l'ordinamento d'oltralpe ha riservato (si veda ancora il nostro *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 308 e ss.), e piú ancora dovrebbe riservare: per una approfondita analisi (anche) in termini critici dell'orientamento citato cfr. W. Hassemer, I.P. Reemtsma, *Verbrechenopfer: Gesetz und Gerechtigkeit*, C.H. Beck, München, 2002.

za solo presuntivamente illecita viene a costituire una sanzione simil-penale[113].

Va subito evidenziato che tali rilievi critici non sono stati accolti dal BGH, il quale nella decisione del 22 novembre 1994[114] – addirittura, secondo parte della dottrina[115], sostituendosi al BVerfG, – ha cercato di precisare i contorni della previsione più discutibile, ovvero il riferimento alle "circostanze di fatto" che "fanno pensare che (i beni) traggano origine" da fatti antigiuridici o che alla commissione di questi siano finalizzati.

Il BGH richiama le espressioni del legislatore, secondo il quale la misura sarebbe applicabile quando le fonti (del patrimonio) non si rivelano conformi al diritto e quando la provenienza da fatti antigiuridici in relazione alla situazione del *Täter* (autore) si impone all'"osservatore obiettivo"[116]. La valutazione è affidata al "convincimento del giudice", che, alla stregua dell'orientamento dominante, costituisce "convincimento della verità"[117]: il giudice, nel caso di specie, deve fondare la propria decisione sul tenore di vita, sui redditi e sui rapporti patrimoniali dell'accusato, accollandosi il rischio di assoggettare a confisca allargata beni legalmente acquisiti dal autore o dal concorrente del reato.

Il criterio di "verosimiglianza molto elevata" della provenienza criminosa cui il legislatore si riferisce [118], e da questi non solo presup-

---

[113] Tra gli altri, vanno ricordati i contributi di A. Eser, *§ 73d*, in A. Schönke, H. Schröder (a cura di), *StGB Kommentar*, cit., p. 1040, Rn. 2; K.-P. Julius, *Einziehung, Verfall und Art. 14 GG*, in «NStW», 1997, p. 58; T. Weigend, *Bewältigung von Beweisschwierigkeiten durch Ausdehnung des materiellen Strafrechts?*, in K. Schmoller (a cura di), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Wien-New York, 1996, p. 695 e ss.; H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 5. Aufl., 1996, p. 793 e ss.; O. Katholnigg, *Die Neuregelungen beim Verfall*, in «JR», 94, p. 353 e ss., p. 354 e ss.; E. Weßlau, *Verfassungsrechtliche Probleme der Vorschrift über den Erweiterter Verfall (§ 73d StGB)*, in *Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung – 20. Strafverteidigertag*, Der Andere Buchladen, Köln, 1996, p. 141 e ss.; cfr. altresì G. Fornasari, *Strategie sanzionatorie*, cit., p. 773.

[114] Cfr. in «BGHSt», 40, p. 371.

[115] O. Katholnigg, *Anmerkung*, in «JR», 1995, p. 297 (e ss.).

[116] RegE BT-Dr 11/6623, p. 7.

[117] Molto sarebbe da dire circa il contenuto di tale "convincimento": ma una indagine di questo tipo porterebbe lo studio troppo lontano dal suo punto di partenza.

[118] RegE BT-Dr 11/6623, p. 5.

posta, ma anche ritenuta sufficiente a motivare il giudizio, non convince appieno il BGH.

Tuttavia, la locuzione contemplata dal §73d StGB è ritenuta "conforme alla Legge Fondamentale", nella misura in cui essa venga in considerazione soltanto quando il giudice del fatto, sulla base della valutazione delle prove raccolte, trae il "convincimento senza riserve" (*uneingeschränkte Überzeugung)* che l'accusato ha ottenuto i beni cui si riferisce la disposizione da fatti antigiuridici, senza tuttavia che questi debbano essere accertati in concreto.

La Suprema Corte ha confermato la propria posizione anche nella successiva decisione del 9 maggio 2001[119], nonostante le perplessità della dottrina: da un lato, si è revocato in dubbio il fondamento del principio del "convincimento senza riserve" del giudice, il quale non è tenuto ad accertare i presunti fatti criminosi dai quali il patrimonio "aggredito" sarebbe generato[120]; dall'altro, si contesta l'orientamento secondo il quale l'acquisizione pubblica "allargata" non avrebbe natura di sanzione penale perché non presuppone un fatto colpevole né presume la provenienza dei beni dal reato per cui è processo. In questo senso il BGH crea un circolo vizioso: proprio la dimostrazione della provenienza criminosa rappresenta l'esito del ragionamento, posto che il giudice deve chiarire la rilevanza del rapporto di pertinenza: nel caso di specie viene in questione una sorta di "pena di sospetto"[121]. Quest'ultima, oltre a violare il principio di colpevolezza e la presunzione di non responsabilità sulla scorta dei tradizionali rilievi, viola l'art. 14 GG: infatti l'ablazione del ricavo del reato come conseguenza accessoria di una condanna penale è conforme alle norme nella misura in cui riguarda i ricavi di fatti di reato accertati secondo le regole della prova processuale. Rinunciando a tale principio, si legittimerebbe la tesi alla stregua della quale per il patrimonio privato esiste, nei confronti dello Stato, un dovere di prova della acquisizione legittima: si tratterebbe della "alienazione totale", dello "Stato totale" che contrasta profondamente con

---

[119] Cfr. in «NStZ», 2001, 531.

[120] Il convincimento del giudice riguarda qualunque fatto criminoso, anche non accertato: W. Perron, *Vermögensstrafe und erweiterter Verfall*, cit., p. 919.

[121] A. Eser, *§ 73d*, cit., p. 1040, Rn. 2.

la previsione dell'art. 14 GG e che non può trovare giustificazione nemmeno in considerazione dell'esistenza di esperienze legislative straniere fondate sulla ablazione del patrimonio[122].

Come si intuisce, i limiti del rispetto delle garanzie di istituti come l'acquisizione allargata del sistema tedesco (*mutatis mutandis* l'argomentazione vale anche per la confisca *ex* art. 12 *sexies* l.n. 356/1992), sono di tutta evidenza. Il vero interrogativo concerne non tanto il grado di consapevolezza del rischio di esondazioni costituzionali, bensì la ragione delle stesse: ovvero il fatto che, nonostante le preoccupazioni evidenziate dalla dottrina, la *ratio* dei nuovi istituti, ovvero la "lotta alla criminalità organizzata", sia considerata interesse prevalente.

Il quadro non è nuovo per l'osservatore italiano, avvezzo a decenni di legislazione dell'emergenza, che hanno esplicitamente abiurato le garanzie. Sennonché nel caso di specie l'"emergenza" non riguarda nicchie di fenomeni criminosi; piuttosto essa abbraccia, o minaccia di abbracciare, l'intera collettività: attraverso l'estensione della responsabilità secondo il controverso parametro del concorso esterno al reato associativo, o, per altro verso, tramite l'introduzione della responsabilità "amministrativa" degli enti, molti soggetti estranei al contesto, per regolare il quale la legge è maturata, possono essere privati di diritti garantiti costituzionalmente.

Nella sentenza del 14 gennaio 2004 il BVerfG esclude profili di censura connessi alla colpevolezza e alla presunzione di non responsabilità penale.

Quest'ultima, espressione dello Stato di diritto, esclude che un soggetto sia ritenuto responsabile o sia condannato sulla base di un pregiudizio, senza che la sua responsabilità sia acclarata mediante l'espletamento di un procedimento conforme alle regole poste dallo stesso stato di diritto. Il principio – precisa il BVerfG – non può ritenersi violato nel caso in esame poiché l'istituto non presume la responsabilità penale del *Täter*, né la sua colpevolezza per fatti diversi da quello (o quelli) per cui è stato condannato: infatti la disposizio-

---

[122] M. Köhler, W. Beck, *Gerechte Geldstrafe statt konfiskatirischer Vermögenssanktionen*, in «JZ», 1991, p. 797 e ss., p. 799.

ne, facendo espressamente riferimento a "circostanze del fatto fanno pensare che questi beni siano stati ottenuti per commettere fatti antigiuridici o da questi traggano origine", evoca un fatto antigiuridico, ma non necessariamente colpevole, e non stabilisce una conseguenza giuridica di tipo penale[123].

Quanto al principio di colpevolezza, la motivazione appare più dettagliata.

Essa ribadisce il fondamento del rimprovero di colpevolezza per l'applicazione di sanzioni penali o simil-penali (parr. 57 ss.), le quali possono essere inflitte come conseguenze giuridiche di fatti antigiuridici, commessi con colpevolezza: con la pena viene "ripagata" la condotta irregolare antigiuridica sotto il profilo etico-sociale. Lo stesso vale per le sanzioni simil-penali (*strafänlich*), cioè innanzi tutto le misure che cagionano una limitazione in termini di libertà o di patrimonio, e che quindi sono avvertite come un "male". Ma non solo. L'individuazione del carattere penale delle conseguenze giuridiche di un fatto va rapportata sia al fondamento giuridico dell'imposizione sia agli scopi che attraverso di essa il legislatore persegue[124]: così, ad esempio, la Corte di Karlsruhe, se, da un lato, attribuisce effetti simil-penali alle misure costrittive previste dal § 890 Abs. 1 ZPO, che, oltre alla disciplina del debito, stabilisce anche una sanzione per l'infrazione commessa[125]; dall'altro, per contro, nega natura (penale o simil-) penale alla disposizione relativa alla custodia cautelare in istruttoria e al ricovero del *Täter* tossicodipendente in un luogo di cura ai sensi del § 64 StGB, evidenziandone il carattere di garanzia della sicurezza[126].

Dalle premesse richiamate il BVerfG deduce che l'*erweiterter Verfall* non ha natura né penale né simil-penale, con la conseguen-

---

[123] Si vedano i parr. 83-86 della decisione del 14 gennaio 2004.

[124] Sul punto la Corte anticipa l'argomentazione ripresa nella sentenza (2 BvR 2029/01) del 5 febbraio 2004 (par. C.III.2), in www.bundesverfassungsgericht.de.

[125] Si vedano, ad esempio, la decisione del BVerfG 14 luglio 1981 (in «BVerfGE», 58, p. 159 e ss., in particolare 162), connessa a quella precedente del 25 ottobre 1966 (*ivi*, p. 323 e ss.), e la sentenza 23 aprile 1991 (*ivi*, p. 82 e ss., p. 87 e ss.).

[126] BVerfG 16 marzo 1994, in «BVerfGE», 91, p. 1 e ss., 27 e ss.

za che per tale misura il legislatore non è tenuto all'osservanza del principio di colpevolezza. Nota infatti la Corte che: a) il § 73d StGB svolge una funzione non penale (poiché non persegue obiettivi di deterrenza e di risocializzazione: par. 58), bensì di regolamentazione del patrimonio e di normalizzazione; b) nessuna diversa interpretazione è possibile in considerazione del c.d. *Bruttoprinzip* che vale (anche) per la disposizione in esame.

Sub a) in particolare la Corte osserva che l'*erweiterter Verfall* costituisce non "*Strafe* (pena), ma "*Maßnahme*" (misura) ai sensi dei §§ 11 comma 1, n. 8, e 61 StGB. Depone in tal senso innanzi tutto la collocazione nel codice penale delle disposizioni in materia di acquisizione pubblica e di confisca, previste in un titolo (il VII) ben distinto dal quello dedicato alle pene (Titolo I)[127]. Conforto alla tesi della natura non penale (ma eminentemente preventiva) della disposizione in commento si ricava altresì dal § 76 StGB, che consente l'applicazione della misura anche indipendentemente dal procedimento penale a carico di una persona.

Inoltre. L'ablazione (*Abschöpfung,* nella tradizione d'oltralpe) di proventi ottenuti in modo antigiuridico non necessariamente costituisce una sanzione avente carattere penale: come affermato nella precedente decisione del 23 gennaio 1990 in tema di sanzioni punitive amministrative (*Ordnungswidrigkeiten*)[128], è il legislatore a stabilire se quella certa misura abbia o meno una funzione penale. L'"acquisizione pubblica" *allargata ex* § 73d StGB, come del resto l'"acquisizione pubblica" *comune* di cui rappresenta una "*eigenständige Erscheinungsform*", costituisce una specifica conseguenza giuridica che si affianca alla pena e che completa il sistema dei tassi giornalieri (par. 64 della sentenza). Attraverso di essa il legislatore intende non infliggere un male (ciò che accadrebbe se avesse voluto considerarla una pena), bensì "rimuovere un vantaggio, che se continuasse a rimanere nelle mani del *Täter* porterebbe alla commissio-

---

[127] Nella sentenza del 5 febbraio 2004 (in «NJW», 2004, p. 739 e ss., p. 746) il BVerfG ha precisato che pene in senso proprio e *Maßregeln* sono entrambe orientate in senso preventivo, pur differenzandosi per altri significativi profili (la prima infatti svolge anche una funzione repressiva).

[128] Cfr. in «BVerfGE», 81, p. 228 e ss., p. 237 e ss.

ne di ulteriori reati" (par. 65). Lo stesso legislatore, nelle motivazioni del progetto di riforma, ha evidenziato che l'*erweiterter Verfall* ha natura (non penale, ma autonoma di) misura con "*kondiktionsähnlicher Charakter*"[129].

b) Ancora. Attraverso l'*erweiterter Verfall* il legislatore intende correggere la violazione del sistema patrimoniale recata dalla acquisizione al patrimonio privato di beni provenienti da fatti criminosi. Tale obiettivo puó essere solo in parte perseguito dalla disciplina civilistica, che non possiede strumenti adatti ad impedire che un *Täter*, attraverso la commissione di fatti antigiuridici, ottenga vantaggi patrimoniali (ad esempio, quelli provenienti dal traffico di sostanze stupefacenti). In tale accezione il § 73d StGB opera in chiave preventiva, impedendo il protrarsi della "frattura" del sistema patrimoniale ed il mantenimento nelle mani del *Täter* dei proventi criminosi (par. 70). Questa finalità preventiva – secondo il BVerfG (par. 71) – è scevra di connotazione penale perché nulla ha a che vedere con l'ascrivere al soggetto la commissione di un reato futuro e con il rimarcarne il disvalore etico-sociale: essa è espressione di una giustizia non ritorsiva, ma "riordinatrice".

Tale funzione "riordinatrice" ascritta al § 73d StGB non può essere considerata neppure simil-penale: da un lato, essa non può non essere collegata alla situazione pregressa, per cui opera reatroattivamente; dall'altro, non è necessariamente repressiva. Infatti, anche il diritto di difesa, orientato a garantire la sicurezza pubblica, non consente il perdurare di fonti di disturbo ed impone misure che, ancorate alla situazione precedente e mirate ad impedire il futuro il perdurare dell'irregolarità, per ciò solo *non* acquistano funzione punitiva.

Non è sufficiente ad attribuire alla misura *de qua* natura simil-penale nemmeno la finalità, pure di palese matrice general-preventiva, di disincentivare la commissione di reati orientati al conseguimento di profitti. È vero però che essa è complementare alla pena, poiché l'efficacia di quest'ultima risulta diminuita quando i profitti del reato restano nelle mani del *Täter*: ciò appare particolarmente

---

[129] Tale profilo è centrale nella lettura della norma proposta dal BVerfG: sul punto cfr. *infra* nel testo.

evidente in relazione alla pena pecuniaria, che il soggetto potrebbe pagare proprio con i proventi del reato.

Una "tensione" nel senso della general-prevenzione (positiva) è riconducibile anche allo scopo, parimenti perseguito dal legislatore, di acquisire i profitti del reato per ristabilire la fiducia della collettività nell'ordinamento giuridico: come nel caso del diritto di difesa, tuttavia, nemmeno questo obiettivo è specifico della materia penale.

Gli stessi principî sono condivisi dal BGH il quale ha ritenuto che l'acquisizione pubblica comune (anche in considerazione del recepimento del c.d. *Bruttoprinzip*) costituisce "misura" e non "pena" né misura simil-penale[130]. Essa si connota come criterio di correzione di irregolari situazioni patrimoniali ispirato alla disciplina civilistica dei §§ 812 ss. BGB (c.d. *Kondiktionsrecht*)[131], che tutela l'arricchimento in buona fede da aggressioni al patrimonio, mentre prevede rischi di perdita economica in presenza di acquisizioni ottenute in mala fede. In particolare, già con la riforma del "principio del lordo" si è intrapreso il cammino dell'assimilazione della disciplina del *Verfall* a quella civilistica, soprattutto al § 817 BGB, che concerne l'arricchimento senza causa conseguente alla violazione di legge o del buon costume[132]: infatti non si intende infliggere al *Täter* una pena o un male di tipo simil-penale, ma (solo) lo si priva di un vantaggio illecitamente ottenuto. Analogamente, il § 73d StGB non costituisce una reazione dell'ordinamento di tipo penale rispetto a precedenti fatti antigiuridici, e persegue fini non repressivi-ritorsivi, bensì preventivi e di ristabilimento dell'ordine, per cui in relazione ad esso non è necessaria l'os-

---

[130] BGH 21 agosto 2002, in «BGHSt», 47, 2003, p. 369 e ss., 373 e ss.

[131] La traduzione proposta da alcuni Autori – "diritto condizionale" – non sembra rendere adeguato conto dell'istituto tedesco, le cui coordinate di fondo emergono da quanto, sia pure sinteticamente, si preciserà di seguito nel testo: preferibile, dunque, appare mantenere l'espressione in lingua originale.

[132] "§ 817 BGB. *Violazione della legge o del buon costume* – Se lo scopo della prestazione era determinato in modo tale che il ricevente abbia violato con l'accettazione un divieto di legge ovvero il buon costume, il ricevente è obbligato alla restituzione. La ripetizione è esclusa quando tale violazione è parimenti imputabile al prestatore, tranne che la prestazione consistesse nell'assunzione di una obbligazione; ciò che è stato prestato in adempimento di tale obbligazione non può essere ripetuto" (trad. it. a cura di S. Patti, *Codice civile tedesco. Bürgerliches Gesetzbuch*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 587 e ss.).

servanza del principio di colpevolezza al quale è vincolata l'applicazione delle pene e delle misure simil-penali (par. 81).

Per comprendere l'argomentazione della Corte bisogna ricordare che il tema del *Kondiktionsrecht* è fondamentale nella elaborazione tedesca, che ascrive la ripetizione dell'indebito al generale principio che vieta l'arricchimento senza causa a danno di altri. In quell'ordinamento, infatti, difforme sul punto dalla scelta del legislatore italiano del 1942 che ha optato per una tutela frammentata in diverse azioni[133], l'arricchimento senza causa costituisce cardine dell'intero sistema (tanto da denominare un intero Titolo del codice civile)[134]. Esso deriva dalla tradizione romanistica della *condictio* – in origine "azione di intimazione", poi "azione con cui pretendiamo che 'ci deve essere dato'"[135] – che, assieme ad altre azioni, ha costituito l'*humus* dal quale ha tratto origine, attraverso la progressiva generalizzazione di singole "azioni", il divieto di arricchimento ingiusto[136] e la conseguente obbligazione restitutoria[137].

La rilevanza dell'istituto civilistico in esame spiega come esso costituisca il nucleo dell'argomentazione del BVerfG in ordine alla natura ed al fondamento del *Verfall*: l'istituto, infatti, viene ricondotto al meccanismo elaborato dal legislatore per la restituzione dell'arricchimento ingiustamente percepito.

In particolare, l'acquisizione pubblica corrisponde all'imperativo imposto dal § 817 BGB, che persegue l'annullamento delle conseguenze di una prestazione contraria alla legge e al buon costume[138].

---

[133] P. Gallo, *Art. 2041*, in *Codice civile ipertestuale*, a cura di G. Bonilini, M. Confortini e C. Granelli, II, Utet, Torino, 2000, p. 3119 e ss.

[134] L'elaborazione dottrinale successiva alla emanazione del codice civile tedesco (influenzato dall'opera di von Savigny) ha elaborato autonome figure tipiche, che tuttora restano avvinte da un unitario principio generale: P. Gallo, *Arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 27 e ss.

[135] Gaio, *Institutiones*, II sec. d.C., III, 91 e IV, 18, trad. a cura di E. Nardi, *Istituzioni di diritto romano*, A, 1, Giuffrè, Milano, rist. 1982, p. 87 e 113.

[136] La normativa stabilita per il pagamento dell'indebito in tal senso ha tracciato le linee dell'istituto dell'arricchimento: P. Rescigno, voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Utet, Torino, 1968, p. 1224.

[137] A. Albanese, *Il pagamento dell'indebito*, Cedam, Padova, 2004, p. 1 e ss.

[138] Cfr. O. Palandt, *§ 817*, in *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H. Beck, München, 66. Aufl., 2007, p. 1193 e ss.

In tale cornice la disciplina relativa al *Verfall* viene a configurare un completamento di quella civilistica. Va per contro segnalato che della seconda parte del medesimo § 817 BGB (alla cui stregua "la ripetizione è esclusa quando tale violazione è parimenti imputabile al prestatore, tranne che la prestazione consista nell'assunzione di una obbligazione; ciò che è stato prestato in adempimento di tale obbligazione non può essere ripetuto") alcuni Autori rimarcano il carattere punitivo e la funzione general-preventiva[139]. In quest'ultima prospettiva sarebbe il carattere punitivo a determinare il passaggio per osmosi del § 817 BGB dall'ordito civilistico a quello *lato sensu* sanzionatorio.

Comunque sia, l'accento posto dal BVerfG sulle norme in esame rileva nella misura in cui raccorda l'acquisizione pubblica ad istituti di tipo restitutorio-ripristinatorio connessi all'ablazione di beni illecitamente ottenuti.

Si tratta peraltro di "suggestioni" che trovano eco anche in qualche pronuncia della giurisprudenza italiana[140].

Con riferimento all'art. 14 GG, il BVerfG evidenzia che né i reati che incidono sulla matrice dell'istituto della confisca allargata (ovvero la "lotta" alla criminalità organizzata con particolare riferimento al traffico di sostanze stupefacenti), né altri reati comuni possono costituire il fondamento di posizioni giuridiche patrimoniali giuridicamente garantite: la c.d. *Eigentumsgarantie,* infatti, riguarda le sole posizioni patrimoniali legittimamente acquisite[141]. Le specificità di quel speciale illecito che è il reato o le sue conseguenze non inficiano il principio generale, che vale anche per il c.d. *Bruttoprinzip*, secondo cui oggetto della confisca è non solo il profitto del reato (così, al contrario, il *Nettoprinzip,*

---

[139] Per una ricognizione delle diverse tesi relative alla natura della disposizione cfr. H.P. Westermann, *§ 817*, in *Bürgerliches Gesetzbuch*, O. Schmidt, Köln, 11. Aufl., 2004, p. 3006, Rn. 4 e p. 3007, Rn. 10.

[140] Per alcuni riferimenti alla confisca del prodotto, prezzo e prodotto del reato come oggetti dell'indebito arricchimento conseguito dal reato si veda anche la citata sentenza Cass. sez. Un. pen., 12 novembre 1993, Cinquegrana, in «Cass. pen.», 1994, 1815, in materia di tassabilità dei proventi da reato (su quest'ultimo profilo si veda cap. I, par. 5).

[141] BVerfG 17 novembre 1992, in «BVerfGE», 87, p. 363 e ss., in part. p. 394.

inteso come guadagno netto, al lordo delle spese sostenute: questa accezione era sottesa dall'espressione linguistica precedentemente utilizzata nel § 73 StGB e oggi sostituita dalla espressione *Vermögensvorteil*), bensì tutto quanto (*etwas*) dal reato è derivato (*erlagt*).

Nel contesto di una pretesa violazione dell'art. 14 GG, il BVerfG[142] fa tesoro delle proprie precedenti pronunce, nelle quali ha ammesso la legittimità dell'intervento del legislatore per delimitare e definire la tutela dell'*Eigentumsgarantie*[143], secondo il parametro delle "posizioni giuridiche": il contenuto del diritto di cui all'art. 14 GG deve essere stabilito in modo generale ed astratto da leggi (non solo di diritto privato, ma anche di diritto pubblico)[144], determinanti le singole posizioni che fondano la pretesa giuridica del titolare del diritto[145].

In questa prospettiva anche il § 73d StGB circoscrive il concetto di *Eigentum* costituzionalmente protetto, escludendo che in quest'ultimo possano essere ricomprese le posizioni giuridiche di provenienza criminosa che si trovino nella disponibilità del *Täter* o del concorrente, e ne dispone il *Verfall*[146].

In armonia con la giurisprudenza pregressa, il BVerfG, nel confermare la legittimità dell'acquisizione pubblica allargata, riconosce al legislatore il potere di modellare i diritti attinenti al patrimonio, ed in sostanza, di definire il concetto di *Eigentum* in senso costituzionale[147].

---

[142] Si veda in particolare il paragrafo n. 89 della motivazione.

[143] Per tutte cfr. BVerfG 12 novembre 1996, in «BVerfGE», 95, p. 143 e ss., par. 58 e ss..

[144] Per quest'ultima precisazione cfr. BVerfG 15 luglio 1981, in «BVerfGE», 58, p. 300 e ss., in particolare p. 335 e ss.

[145] Si veda, ad esempio, BVerfG 12 marzo 1986, in «BVerfGE», 72, p. 66 e ss., in particolare 76; è stata ritenuta compatibile con il dettato costituzionale la c.d. *Legalenteignung* e la *Administrativenteignung* (cfr. per tutte BVerfG 17 luglio 1996, in «BVerfGE», 95, p. 1 e ss., in part. p. 21).

[146] Così il par. 90 della decisione del 14 gennaio 2004.

[147] Così, ad esempio, BVerfG 15 luglio 1981, in «BVerfGE», 58, p. 300 e ss., in particolare p. 330: cfr. K.-P. Julius, *Einziehung*, cit., p. 70 e ss. Ad esempio, la Corte costituzionale ha riconosciuto che la disciplina dell'*Einziehung* di cui al § 21f, comma 2, terza parte BNatSchG (*Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege)* – previgente versione – aggiunge un tassello alla definizione di "*Eigentum*" garantito ai sensi dell'art. 14, comma 1, seconda parte GG (BVerfG 19 gennaio 1989, in «NJW», 1990, p. 1229); analogamente ha ritenuto che contribuisca alla suddetta definizione anche la disciplina relativa all'*Einziehung* dell'"*instrumentum*

Del resto, a proposito della delimitazione dell'*Eigentum* costituzionalmente protetto, la stessa introduzione del *Verfall* "comune" testimonia del fatto che la misura tende ad impedire che il titolare dei proventi criminosi sia nella condizione di poter disporre liberamente degli stessi: il § 73 StGB stabilisce, attraverso una norma generale ed astratta, che i proventi da attività criminosa ed i loro "*Surrogate*" devono essere sottratti al *Täter* o al concorrente[148].

E comunque, secondo la giurisprudenza del BVerfG, la Costituzione, a fronte della previsione di specifici pericoli che minacciano al collettività, e rispetto ai quali il legislatore ritiene di dover intervenire, accorda a quest'ultimo un ambito di discrezionalità che egli travalica soltanto quando le sue conclusioni sono così chiaramente errate, da non contenere alcun fondamento per l'intervento della legge[149]. Nel caso di specie, il pericolo per la collettività è evidentemente costituito dalla minaccia esercitata dalla criminalità organizzata: nella tipizzazione dei fatti di criminalità organizzata il legislatore non ha superato i confine dell'area di competenza attribuitagli dal GG, e non ha quindi violato il *Willkuverbot* imposto dall'art. 3, comma 1 GG, circoscrivendo l'intervento restrittivo in esame ad alcune categorie di reati.

La decisione nega quindi che l'*erweiterter Verfall* costituisca "esproprio", poiché lo Stato non "ha bisogno" di procurarsi i beni in questione per uno scopo di pubblica utilità – ciò che costituisce il nucleo dell'espropriazione[150]: la disciplina è finalizzata non già ad indirizzare ad uno scopo socialmente rilevante i proventi del reato di origine criminosa, bensì a rimuovere, per così dire, la posizione di titolare di un patrimonio di provenienza criminosa[151]. Il § 73d StGB, al pari delle (altre) *Eigentumssanktionen*[152], rappresenta una

---

sceleris" utilizzato per la commissione di reati (BVerfG 22 maggio 1995, in «NJW», 1996, p. 246).

[148] Cosí il par. 91 delle decisione del 14 gennaio 2004.

[149] BVerfG 16 marzo 1971, in «BVerfGE», 30, 292 e ss., 317.

[150] Per la delimitazione del concetto di "espropriazione" in questo senso cfr. BVerfG 17 novembre 1966, in «BVerfGE», 20, 351 e ss., 359.

[151] H.-J. Papier, *Art. 14*, cit., Rn. 656.

[152] La dottrina dominante tedesca riconosce che le *Eigentumssanktionen* operano nel senso della delimitazione di contenuti e confini della *Eigentumsgarantie ex* art. 14, comma 1, seconda parte GG: per tutti cfr. R. Wendt, *Art. 14*, in M. Sachs, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., p. 607 e ss., in particolare p. 649, Rn. 146.

delle norme che contribuisce a definire il contenuto ed i limiti della *Eigentumsgarantie*, colpendo non il patrimonio in sé, ma il titolare di esso, che si è arricchito in modo antigiuridico[153].

L'obiettivo della riforma – precisa espressamente il BVerfG – è di impedire che beni di origine illecita permangano nella disponibilità dell'autore o del concorrente al reato di cui si è dimostrata la commissione, e ristabilire l'"ordine giuridico" violato, restituendo alla collettività fiducia nella infrangibilità e giustizia del medesimo.

Questo profilo connota l'istituto in senso preventivo, più che repressivo, rendendolo per certi versi assimilabile ad una *Maßregel der Besserung und Sicherung*[154], ma soprattutto, come si diceva[155], collocandolo in una area di "sospensione delle garanzie" stabilite per la pena in senso proprio.

Privando il *Täter* o il concorrente del reato per cui è processo della possibilità di investire nella preparazione di altri reati i proventi illeciti, si ostacola il rafforzamento dell'organizzazione criminale[156].

La sopravvivenza dell'istituto è protetta dall'"ombrello" della lotta alla criminalità organizzata che, dal punto di vista politico-criminale teorico (imponendosi a fronte di detti fenomeni delittuosi la necessità di garantire i diritti fondamentali dei singoli minacciati dall'esistenza e dall'attività delle associazioni criminose), giustifica interventi orientati in chiave preventiva.

Sennonché: da un lato, la connessione criminale dovrebbe essere concreta e dimostrata[157]; dall'altro, la disposizione di per sé non

---

[153] Secondo M.A.M. Dannert, *Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Eigentumsentziehung zur Verfolgung und Verhinderung von Straftaten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, p. 52 e ss., in part. p. 56 e ss., il punto nodale della questione verte non sul bene colpito dalla confisca, ma sulla persona del "proprietario".

[154] V. Krey, A. Dierlamm, *Gewinnabschöpfung*, cit., p. 358.

[155] Cfr. cap. I.

[156] Si veda la relazione che accompagna la presentazione del progetto di legge *Strafänderungsgesetz – Erweiterter Verfall* del 9 marzo 1990 (in BT-Dr 11/6623, p. 5) e del progetto "*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderen Formen der Organisierten Kriminalität*" del 27 luglio 1991 (BT-Dr 12/989, p. 24).

[157] Giá in questo senso W. Hassemer, *Vermögen im Strafrecht. Zu neuen Tendenzen der Kriminalpolitik*, in *Wertpapier Mitteilungen* – Sonderbeilage n. 3, 1995, p. 1 e ss., 13.

riguarda i soli reati connessi alla criminalità organizzata, ma tutte le fattispecie che espressamente facciano rinvio al § 73d StGB. Se dunque la misura costituisce intervento eccezionale correlato ad una certa tipologia criminosa, particolarmente insidiosa, per la quale è necessario un arretramento della soglia delle garanzie, l'elenco dei reati cui la norma si applica dovrebbe essere contenuto e tassativamente individuato[158]. Al contrario, il numero di questi è in costante crescita, né il legislatore ha circoscritto *a priori* un ambito esclusivo di applicazione della disposizione.

Qualche argine può ricavarsi dal giudizio di bilanciamento imposto dal principio di *Verhältnismäßigkeit* (proporzionalità)[159], tra la garanzia della proprietà privata di cui all'art. 14, comma 1, prima parte GG e la necessità che tale proprietà abbia (anche) una funzione sociale: tale funzione costituisce non solo fondamento, ma anche limite delle restrizioni imponibili al titolare del patrimonio stesso, nel senso che esse non possono travalicare la *ratio* sostanziale del loro essere, cioè appunto la difesa del bene della collettività[160], né devono condurre, conformemente al significato sociale dell'oggetto del patrimonio e allo scopo delle norme introdotte, ad un onere eccessivo ed inesigibile per il titolare del patrimonio (così il par. 100 della decisione).

Analogamente, le norme definitorie di patrimonio, e quelle limitatrici dello stesso, nel confronto con tutte le altre norme costituzionali, devono rispettare principio di uguaglianza[161].

Il BVerfG conferma che la ricostruzione del BGH circa l'interpretazione del 73d StGB rispetta tanto il principio di *Verhältnismäßigkeit* quanto quello di uguaglianza.

---

[158] V. Krey, A. Dierlamm, *Gewinnabschöpfung*, cit., 358.

[159] Per un approfondimento dell'analisi della giurisprudenza costituzionale sul punto cfr. E.R. Belfiore, *Giudice delle leggi e diritto penale*, cit., 278 e ss.

[160] Così già BVerfG 17 novembre 1966, in «BVerfGE», 20, p. 351 e ss., in particolare p. 361; Id., *ivi*, 52, p. 1 e ss., in part. p. 29 e ss.

[161] Il principio, riaffermato dalla decisione del 14 gennaio 2004 (par. 100), appariva già in BVerfG 12 giugno 1979, in «BVerfGE», 52, p. 1 e ss., in particolare p. 27; Id. 3 novembre 1982, *ivi*, 62, p. 169 e ss., in particolare p. 183.

Sotto il primo profilo la Corte di Karlsruhe, applicando il paradigma che fonda il giudizio di *Verhältnismäßigkeit*, si sofferma sui seguenti aspetti.

a) *Ammissibilità dello scopo della norma introdotta dal legislatore*. La disciplina generale di cui ai §§ 73 ss. StGB persegue il legittimo scopo della rimozione delle aberrazioni dello "statuto della proprietà": il permanere nella disponibilità del *Täter* dei proventi da attività criminosa, come si anticipava, recherebbe offesa alla fiducia della collettività nella "giustizia e infrangibilità" dell'ordinamento giuridico. Mostrare indulgenza verso questo problema significherebbe fomentare la commissione di crimini orientati all'ottenimento di profitti, e suffragare l'impressione che lo Stato non sia sufficientemente diligente nel cercare le soluzioni idonee ad garantire l'*Abschöpfung* di proventi illecitamente acquisiti dal reo: tali preoccupazioni possono essere fugate alla luce della disciplina di cui al § 73d StGB (parr. 102 s.).

b) *Idoneità allo scopo e necessità della misura contenuta nella norma in discussione.* Non si conoscono strumenti più blandi, ma ugualmente efficaci per raggiungere gli scopi che il legislatore si prefigge. Lo stesso vale anche per la parte della norma che riguarda l'applicazione dell'istituto ai proventi originari o derivati del fatto, secondo quanto previsto dai §§ 73d, comma 1, parte terza e 73, comma 2 StGB, e per la somma di danaro di valore corrispondente, che sostituisce il bene impossibile da acquisire (§ 73d, comma 2 StGB, che richiama il § 73a StGB): senza tale integrazione il *Täter* potrebbe facilmente eludere l'ablazione (par. 104 della decisione).

La norma consente, tra l'altro, l'acquisizione del prezzo della vendita di sostanze stupefacenti[162], giacché, secondo la giurisprudenza formatasi intorno al § 134 BGB, non può essere acquisito al patrimonio il denaro ricevuto come prezzo dell'acquisto della sostanza stessa: analogamente priva di tutela costituzionale è la posizione giuridica dell'acquirente che *freiwillig* alla stessa abbia rinunciato per finalità di tipo criminale (par. 106).

---

[162] Secondo stime non ufficiali messe a disposizione del BVerfG ben otto casi su dieci di applicazione dell'*erweiterter Verfall* riguardano l'ambito dei reati connessi all'uso di sostanze stupefacenti: sul punto si veda il par. 87 della decisione.

c) *Proporzionalità in senso proprio tra fini del legislatore e misura adottata, da un lato, ed esigenza di bilanciamento dei diritti fondamentali, dall'altro*. L'*Abschöpfung* è "ragionevole", poiché, per un verso, attraverso il rinvio al § 73c StGB, il comma 4 del § 73d StGB consente al giudice, in casi determinati, di non procedere alla acquisizione (diversamente obbligatoria) quando questa sia ingiusta per l'interessato; per l'altro, l'interpretazione offerta dal BGH esclude che possano venire aggrediti beni legalmente acquisiti dal *Täter*, che, in quanto tali, non possono essere oggetto di espropriazione[163] (parr. 105 ss.).

Nemmeno sotto il profilo dell'osservanza del principio di uguaglianza la norma è ritenuta censurabile.

Essa infatti rientra nell'ambito degli strumenti di contrasto ai delitti di criminalità organizzata, in ordine alla quale, in considerazione delle difficoltà di raggiungimento della prova e dei fini "riequilibriatori" dell'*Abschöpfung* dei proventi, l'applicazione della disposizione appare giustificata: ciò sulla base e della tipicità dei reati commessi dal *Täter*, e del carattere "sotterraneo" che li connota, che annulla la possibilità di apprensione dei beni da essi provenienti.

In questo senso l'alleggerimento dell'onere probatorio rispetto a fatti di criminalità "organizzata", caratterizzata dagli elementi della commissione sul modello di "bande", non appare palesemente errata e rientra nei limiti della discrezionalità consentita al legislatore dal *Grundgesetz*[164].

Qualche rilievo critico emerge nella motivazione, laddove il BVerfG (pur sempre garante dei diritti fondamentali e, nel caso di specie, avocato attraverso una *Verfassungsbeschwerde*) osserva che, data l'estensione dell'applicabilità dell'istituto alle bande costituite per commettere furti o rapine (*Bandendiebstahl* e alle *Bandenhelerei*), si consolida il pericolo di lesione dei diritti patrimoniali e delle pretese risarcitorie del *Tatverletzter*. Questi, da un lato, si vede sottratto dallo Stato (parte del) patrimonio attraverso l'*erweiterter*

---

[163] Il BVerfG precisa anche i commi 2 e 3 del § 75d StGB consentono la tutela delle posizioni giuridiche riconducibili a terzi danneggiati dalla commissione del reato.

[164] Cosí il par. 113 e ss. della decisione.

Verfall; dall'altro, difficilmente riesce a beneficiare dei ristretti spazi concessi alla parte privata dalle norme processuali penali: da qui l'invito al legislatore affinché verifichi se la disciplina vigenti continui a garantire la tutela di queste posizioni (par. 109)[165].

Il BVerfG aveva già riconosciuto come obiettivo legittimo l'apprensione di vantaggi ottenuti in modo non conforme al diritto, lasciando libero il legislatore di incamerare i vantaggi ottenuti in modo irregolare[166]. Prima dell'introduzione del c.d. *Bruttoprunzip* era in parte condivisa la tesi secondo cui l'acquisizione in commento costituisse una sorta di pretesa di composizione o di restituzione azionabile da parte dello Stato, di natura civilistica[167]; la prospettiva è stata abbandonata a seguito della riforma, ma non si dissolvono le perplessità circa il carattere penale o, quanto meno, afflittivo della misura.

Insomma, ad avviso dei giudici, la confisca allargata non reca pregiudizio all'"ordinamento" della proprietà, ma incide soltanto su alcune "storture" del sistema di tutela del patrimonio; essa, infatti, è idonea, attraverso l'ampliamento dei casi di acquisizione, ad ottenere l'effetto di una sorta di "normalizzazione"[168]: rispondendo cioè a quelle istanze general-preventive che con difficoltà ed in ogni caso, solo nel lungo periodo, le norme penali di solito conseguono[169]. Infatti, attraverso la misura

---

165 Sul punto si veda *infra* il par. 7 e ss. e la riforma introdotta dall'art. 2 della legge 24 ottobre 2006 (*Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten – RückgVermabschStG)*: cfr. *infra* par. 9.

166 BVerfG 23 gennaio 1990, in «BverfGE», 81, 228 e ss., p. 237 e ss.

167 Per una ricostruzione del dibattito sul punto cfr. A. Eser, *Vorbem § 73*, cit., p. 960 e ss., Rn. 18 ss.; si veda altresì K.-P. Julius, *Einziehung*, cit., p. 91; si veda anche F. Herzog, *§ 73*, in U. Neumann, I. Puppe, W. Schild (a cura di), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 14. Lfg. (2003), p. 4 e ss., Rn. 13, che in uno scritto successivo (*Gewinnabschöpfung unter der Flagge der positiven Generalprävention*, in «JR», 2004, 498) precisa che il suo riferimento al "*quasi-konditionellen Ausgleichsmaßnahme*" riguarda quella parte della disciplina del *Verfall* che concerne la relazione tra *Täter* e *Verletzter*, circoscritta dal § 73, comma 1, parte seconda StGB, mentre non ha nulla a che vedere con il principio civilistico previsto dal § 817, parte seconda BGB, che il BVerfG richiama a fondamento della propria decisione (cfr. *supra* nel testo).

168 K.-P. Julius, *Einziehung*, cit., p. 97.

169 Critico sull'efficacia della teoria general-preventiva (positiva) delle sanzioni penali in senso proprio W. Hassemer, *Vorbem § 1*, in U. Neumann, I. Puppe, W. Schild (a cura di), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 3. Lfg. (1995), 126, Rn. 437.

si rafforza l'idea che l'acquisizione illecita di un bene "non paga" e che lo Stato non consente a chi si trova in questa situazione di godere dell'uso del bene stesso[170]: una effettiva "apprensione" dei proventi rende poco attraente l'attività criminosa, intesa quale fonte di acquisizione di beni.

Vero è che nel caso di specie non è richiesta la prova della provenienza criminosa dei beni acquisiti, ma, da un lato, l'accusato può fornire la prova contraria (della provenienza lecita); dall'altro, del soggetto si è dimostrata la responsabilità per un fatto di reato "tipico di una condotta di vita criminale"[171], rispetto alla quale – sembra doversi concludere – il pericolo di perdita del patrimonio si delinea come una sorta di rischio calcolato.

Atteso che il patrimonio legalmente acquisito dal *Täter* continua a godere della tutela costituzionale, e che la "misura della prova" esigibile per consolidare il convincimento del giudice (in punto di provenienza del patrimonio), cioè l'inflizione dell'*erweiterter Verfall,* è chiaramente prevedibile per il *Täter*, il § 73d StGB (secondo il BVerfG) non viola nemmeno il principio del *nemo tenetur se detegere* (che nella giurisprudenza italiana è ricondotto al diritto di difesa), poiché il *Täter,* onde sottrarsi alla acquisizione, non sarebbe (comunque) costretto a confessare né fatti di reato connessi a quello per cui è processo, né eventuali altre condotte penalmente rilevanti (parr. 110 s. della decisione).

Una costruzione simile, nello svelare l'origine dell'istituto e la sua collocazione nell'ambito delle misure di contrasto alla criminalità organizzata (soprattutto per la parte connessa al traffico di stupefacenti), trascura un dato significativo: *id est* la potenziale, illimitata applicazione della disciplina in tutti i casi in cui ad essa qualunque altra norma faccia espresso riferimento.

Breve. Il fondamento del regime speciale riservato ad un particolare soggetto (in qualche modo "collegato" alla criminalità organizzata) per la sua "condotta di vita"[172] – pur nella misura in cui se

---

[170] W. Perron, *Vermögensstrafe und erweiterter Verfall*, cit., p. 921.

[171] *Ibidem*, p. 923.

[172] In quest'ultimo senso anche alcune delle osservazioni critiche di F. Herzog, *Gewinnabschöpfung unter der Flagge der positiven Generalprävention*, in «JR», 2004, 498; per le figure della confisca di prevenzione e di quella prevista dall'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992 cfr. cap. III.

ne condivide la *ratio* – mal si concilia con un diritto penale orientato al "fatto" e con una estensione generalizzata.

La tendenza è nel senso di ritenere la *Gewinnabschöpfung* destinata a divenire misura di intervento non eccezionale in tutti i casi in cui la commissione di illeciti consente l'accumulazione di capitali.

Anche il profilo secondo il quale l'istituto corrisponderebbe alle esigenze della generalprevenzione ha suggerito qualche riflessione critica. Esso trae origine dal principio, di origine biblica, per cui nessuno può arricchirsi commettendo reati, sicché l'apprensione di beni di provenienza illecita opererebbe nella direzione dell'impedimento della commissione di futuri reati[173].

Si evidenzia, per contro, che una simile prospettiva, perseguita attraverso sanzioni incentrate sulla *Gewinnabschöpfung*, confligge con il divieto costituzionale di pene eccessivamente elevate o crudeli (i presupposti fondamentali di esistenza del soggetto, come individuo e come appartenente alla società, devono essere garantiti anche al *Täter* condannato con sentenza definitiva)[174]; mette in pericolo le basi della sussistenza dei parenti del reo sul modello di una sorta di *Sippenhaft*, trovando limite in sostanza nella sola entità del patrimonio del *Täter*; rende il reo "strumento della funzione di polizia" esercitata dallo Stato[175]. Insomma, strategie simili, in molti casi, paiono non solo alquanto dubbie, prive di qualunque radicamento giuridico, ma anche incompatibili con il dettato costituzionale, che impone la risocializzazione dell'autore del reato, e non l'annientamento della sua esistenza né la sua "desocializzazione"[176].

Rimane aperto il problema della presunzione di illecita provenienza dei beni oggetto di *erweiterter Verfall*.

---

[173] W. Naucke, *Strafrecht: Eine Einführung*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel, 10. Aufl., 2002, § 6, p. 218, Rn. 173.

[174] Questa e le obiezioni di seguito richiamate nel testo presuppongono naturalmente la riconducibilità di tali misure al "catalogo" delle pene e delle misure simil-penali: ciò che, appunto, è negato dal BVerfG.

[175] F. Herzog, *Gewinnabschöpfung und Vermögenssanktionen: Verbrechenbekämpfung durch Kostenmaximierung des Normbruchs?*, in *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 241 e ss., in part. p. 251.

[176] *Ibidem*, p. 251.

Il legislatore si giustifica precisando che il carattere sommerso delle attività connesse al traffico di sostanze stupefanti rende impossibile in questi casi il raggiungimento della prova della derivazione di beni di valore patrimoniale da determinati reati[177]. La norma non si esprime in merito alla valutazione dei mezzi di prova necessari, rendendo possibile l'apprensione patrimoniale nei casi in cui le "possibilità di conoscenza" del giudice non siano in grado di chiarire la provenienza dei beni sottoposti a confisca, ma (nei quali) l'origine criminosa degli stessi – in considerazione delle entrate, della situazione economica e del (tenore di) vita – è così altamente verosimile, che essa non può che essere ritenuta esistente da un osservatore obiettivo.

Il BVerfG non si discosta dalla decisione del BGH, che "salva" la legittimità del § 73d StGB, fondando il presupposto di applicabilità della stessa sul convincimento del giudice del fatto, e consentendo a questi di valutare anche prove indirette. In particolare, la "correzione di tiro" operata dalla Corte di Cassazione appare alla Corte costituzionale condivisibile, poiché esige che sia evitata l'aggressione al patrimonio legalmente acquisito dal condannato (per ciò stesso tutelato dalla Costituzione), ed impone che il giudice sia quanto meno fortemente convinto dell'*an* della provenienza criminosa: soltanto attraverso una simile interpretazione restrittiva della norma è ammissibile una limitazione della garanzia patrimoniale da parte del § 73d StGB.

Secondo il BVerfG la lettura, formalmente rigorosa, proposta dal BGH corrisponde anche all'obiettivo perseguito dal legislatore con l'introduzione della disposizione, che, come anticipato, riserva l'applicazione della confisca ai proventi di attività criminosa e consente la "correzione" dell'*Eigentumsordnung* soltanto per rimuovere alterazioni di quest'ultimo cagionate dalla commissione di reati; una simile "correzione" di posizioni patrimoniali irregolari al contempo realizza anche lo scopo del legislatore di rafforzare la fiducia della collettività nella "giustizia e nella infrangibilità dell'ordinamento giuridico" (par. 97).

---

[177] Così ancora nella presentazione del progetto di legge del 9 marzo 1990, in BT-Dr 11/6623, p. 1.

Si osserva, per contro, che assai indeterminati restano gli elementi sulla base dei quali il giudice forma il proprio incondizionato convincimento: l'esemplificazione offerta dal BGH (tenore di vita, entità dei redditi, rapporti patrimoniali) appare poco persuasiva[178], e non tanto per il fatto di suggerire parametri non codificati, frutto della elaborazione teorica o giurisprudenziale (e, quindi, in astratto non vincolanti per il giudice): analoghi esiti poco soddisfacenti, come notato, conseguono anche alla positivizzazione di criteri astratti in una norma specifica, come conferma l'esperienza maturata in ordine all'art. 2 *ter* l.n. 575/1965[179].

7. *La salvaguardia dei diritti del "*Verletzter*" a fronte delle misure cautelari reali nel sistema tedesco. L'istituto del* Rückgewinnungshilfe *e le sollecitazioni del BVerfG ad una più efficace tutela dei terzi nei confronti del sequestro di beni di valore equivalente*

Una ulteriore direttrice coltivata dal BVerfG per ricondurre le misure ablative ai confini stabiliti dalla cornice costituzionale riguarda le *misure cautelari reali*, alla cui struttura è necessario accennare.

Rispetto alla apprensione di beni riconducibili a soggetti diversi dall'autore o dal compartecipe, va *in primis* ricordato che l'acquisizione pubblica (§ 73, comma 4 StGB) può avere ad oggetto anche beni appartenenti o spettanti al terzo quando questi li abbia messi a disposizione per il reato o sia comunque a conoscenza delle circostanze di questo. Analogamente, la confisca può estendersi anche a beni appartenenti o spettanti a terzi al momento della decisione, quando questi (1) abbiano contribuito almeno con colpa grave a che la cosa o il diritto sia stato mezzo od oggetto del fatto o della sua preparazione, o (2) abbiano ottenuto gli oggetti in modo riprovevole, essendo a conoscenza delle circostanze che avrebbero consentito la confisca (§ 74a StGB)[180].

---

178 F. Herzog, *Gewinnabschöpfung unter der Flagge*, cit., p. 495.

179 Cap. III, par. 1.1 e ss.

180 Per la variegata disciplina prevista nel nostro ordinamento si veda il Capitolo precedente.

Molteplici le questioni ermeneutiche relative a tali disposizioni. Lo spettro della nostra ricerca, secondo la selezione dei profili comparatistici prescelta, prenderà in considerazioni soltanto quelle con cui si è confrontata la Corte costituzionale federale, rinviando per le altre all'approfondimento dei principali commentari.

Insuperabili esigenze di tutela del terzo-danneggiato[181], soprattutto in relazione ai reati economici connessi alle violazione del mercato azionario e finanziario, hanno infatti sollecitato anche nel sistema tedesco una attenta riflessione sulle potenzialità "espropriative" celate dalla disciplina del sequestro e dai provvedimenti ablatori (in particolare, dalla acquisizione pubblica), ridestando dal sonno della "Bella Addormentata nel bosco"[182] le norme relative alla tutela dei diritti del *Verletzter* (§ 73, comma 1, parte seconda StGB)[183].

La disciplina della confisca e dell'acquisizione pubblica non trascura la rilevanza di interessi facenti capo a soggetti "diversi" dallo Stato (qualificati, a seconda dei casi, come "terzi", ovvero soggetti aventi diritto alla "restituzione" e al "risarcimento"), convergenti sui beni da quest'ultimo aggredibili attraverso lo strumento ablativo[184].

Specifico rilievo assume l'esperienza del *Rückgewinnungshilfe* (approssimativamente traducibile con l'espressione "ausilio al recupero del profitto del reato"), previsto dal combinato disposto del § 73, comma 1, parte seconda StGB e dal § 111b, comma 5 StPO (nonché dalle altre disposizioni da questo richiamate) a tutela del *Verletzter*, ovvero del titolare di una pretesa di carattere "privatisti-

---

[181] Le garanzie cui ci si riferisce, infatti, sono riconosciute in quel sistema con riferimento a quel "terzo" che ha le caratteristiche "danneggiato" *Verletzter*: sul punto *infra* nel testo.

[182] A. Wehnert, M. Mosiek, *Untiefen der Vermögensabschöpfung in Wirtschaftsstrafsachen aus Sicht des Strafverteidigers*, in «StrV», 2005, p. 568.

[183] T. Rönnau, *Vermögensabschöpfung im Wandel*, in «ZRP», 2004, p. 191 e ss.; sul punto cfr. altresì Id., *Die Vermögensabschöpfung in der Praxis*, C.H. Beck, München, 2003.

[184] Oltre ai già menzionati §§ 73, comma 1, seconda parte (su cui si tornerà) e 74a StGB, va ricordata la clausola di salvaguardia dei diritti dei terzi in ordine ai provvedimenti definitivi di acquisizione pubblica (§ 73e StGB) e di confisca (§ 74e StGB), nonché la previsione espressa dell'indennizzo del terzo cui, al momento del passaggio in giudicato della sentenza di confisca o di inutilizzabilità, appartenga la cosa o il diritto confiscato (a tale situazione è equiparata quella in cui l'oggetto sia gravato da un diritto estinto o violato per mezzo della decisione) (§ 74f StGB).

co"[185] che presenti determinate caratteristiche. Si tratta di una normativa di grande interesse, che, sin dalla fase delle indagini (e, quindi, della applicabilità delle misure cautelari reali) tiene conto della duplice pretesa alla cui soddisfazione i "profitti" del reato sono destinati. Significativa a riguardo la legge di riforma di iniziativa governativa – della quale si dirà nel prosieguo[186] – ispirata dalla proliferazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione alle esigenze di equilibrio tra garanzia degli interessi dello Stato e tutela dei diritti di *Verletzten* danneggiati dalla commissione di reati (soprattutto – si vedrà – di quelli connessi agli illeciti penali comunque "a sfondo economico").

Per comprendere le ragioni della riforma, le cui suggestioni possono apparire di qualche rilievo per il nostro legislatore, occorre tracciare le linee fondamentali del sistema.

In tema di acquisizione pubblica il § 73, comma 1, parte seconda StGB riconosce al privato (*Verletzter*) il diritto di avanzare una pretesa originata dal reato con prevalenza sulle ragioni dello Stato, laddove il provvedimento abbia ad oggetto beni destinati al soddisfacimento di tale pretesa "privatistica".

Come di consueto, la terminologia utilizzata fa perno sul concetto di *Verletzter*, che sottende l'attribuzione di un diritto a far valere una pretesa riconosciuto in capo ad un soggetto che, a seconda dei diversi contesti di riferimento, presenti le caratteristiche desumibili dalla norma.

Il *Verletzter,* quindi, non può essere assimilato *tout-court* né al danneggiato né alla persona offesa, ma – lo si è approfondito altrove[187] – rappresenta il titolare di una pretesa di tipo privatistico azionabile in sede processual-penalistica. Nel caso di specie, deve intendersi per *Verletzter* colui che, in conseguenza del reato, ha subìto un danno ed ha diritto ad un risarcimento il cui adempimento è destina-

---

[185] Titolarità che può competere anche ad una banca, come nel caso di rapina grave perpetrata a danno di questa: OLG Stuttgart 17 novembre 2004, in «NStZ», 2005, 401.

[186] *Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten – RückgVermabschStG)*: cfr. *infra* par. 9.

[187] Si consenta di rinviare al nostro *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 317 e ss.

to a privare l'autore del fatto del valore da questi ottenuto per mezzo del reato stesso[188].

Non si esclude che possa essere ritenuto *Verletzter* lo Stato, ad esempio in relazione alla mancata dichiarazione o al mancato versamento dei tributi in connessione ai reati finanziari[189], ma, per contro, il *Rückgewinnungshilfe* non può intervenire in relazione ai vantaggi conseguiti dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio a seguito di corruzione passiva[190].

Si discute se la pretesa privatistica (di cui è titolare il *Verletzter*) possa essere avanzata in relazione a tutte le tipologie di reato: scontata l'operatività nei confronti dei reati contro il patrimonio, mentre la dottrina prevalente la esclude in relazione a reati che prevedono la lesione di beni giuridici superindividuali[191].

Si tratta tuttavia di un principio destinato forse ad essere travolto dalla elaborazione giurisprudenziale; infatti, proprio la commissione di reati a bene giuridico superindividuale connessi all'abuso di mercato ha indotto la Corte di cassazione, in merito al § 826 BGB ("danno doloso contrario al buon costume")[192], a dilatare il concetto di *Verletzter*.

---

[188] La figura è riconducibile anche all'assicuratore, in relazione ai diritti derivanti dal § 67 VVG (*Gesetz über den Versicherungsvertrag*): OLG Schleswig 21 settembre 1993, in «NStZ», 1994, 99; G. Schäfer, *§ 111b*, in E. Löwe, W. Rosenberg (a cura di), *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, De Gruyter, Berlin, 25. Aufl., 2003, p. 762 e ss., Rn. 49; non può invece agire come *Verletzter*, in relazione al § 73, comma 2, parte seconda StGB, il compartecipe che vanti una pretesa nei confronti di un altro compartecipe: OLG Karlsruhe 13 agosto 2004, in «NJW», 2005, p. 1815 e ss.; nella posizione subentra il successore *mortis causa* del *Verletzter* originario: A. Nack, *§ 111g*, in G. Pfeiffer (a cura di), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, C.H. Beck, Berlin, 5. Aufl. 2003, p. 578, Rn. 2; K. Lohse, *§ 111b*, in W. Krekeler, M. Löffelmann (a cura di), *Anwalt-Kommentar StPO*, Deutscher Anwaltverlag Gm, Bonn, 2007, Rn. 17; H. Mayer, *111g*, in *KMR. Kommentar zur Strafprozeßordnung*, Luchterhand, Neuwied-Frankfurt a.M., I, 2003, p. 38 e ss., Rn. 2; L. Mayer, Goßner, *§ 111g*, in *Strafprozeßordnung*, C.H. Beck, München, 48. Aufl., 2005, p. 408, Rn. 2.

[189] LG Hamburg 13 aprile 2004, in «NStZ-RR», 2004, p. 215.

[190] BGH 8 giugno 1999, in «NStZ», 1999, p. 560.

[191] Cfr. H. Tröndle, T. Fischer, *§ 73*, in *Strafgesetzbuch*, cit., p. 620, Rn. 13.

[192] Secondo il § 826 BGB, colui che "in modo contrario al buon costume arreca dolosamente danno ad un altro, è obbligato verso l'altro al risarcimento del danno" (trad.it. a cura di S. Patti, *Codice civile tedesco*, cit., 593). Sul punto cfr. O. Palandt, *§ 826*, in *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 1261 e ss.

La rilevanza della soluzione anche in chiave comparatistica consente di aprire una breve parentesi.

La Seconda Sezione civile del BGH ha stabilito che, nell'ambito della responsabilità personale *ex* § 826 BGB del componente del consiglio di amministrazione di una società per azioni per false comunicazioni al pubblico (*Ad-hoc-Mitteilungen*)[193], il danno risarcibile all'investitore consiste non solo nella differenza tra il prezzo effettivo della transazione ed il prezzo che si sarebbe determinato nel contesto di un procedimento di diffusione delle notizie conforme alla legge: l'investitore, infatti, può richiedere anche la restituzione in forma di rimborso del prezzo di vendita pagato a fronte del conferimento dell'azione acquistata, ovvero – se questo non sia più disponibile a causa di successive alienazioni intercorse nelle more – lo scomputo del prezzo della alienazione che lo ha rimpiazzato[194]. In altri termini, la decisione ammette che oggetto della pretesa risarcitoria possa essere *l'investimento in sé* (a prescindere dal suo "costo"), *id est* la stessa decisione di procedere all'acquisto.

In questa sede non possono essere considerati i molteplici ed interessanti aspetti della questione, che si inserisce nella complessa problematica della individuazione della fattispecie che possa fungere da "*Schtutzgesetz*" ai fini del comma 2 del § 823 BGB, ovvero dell'"obbligo di risarcimento del danno" per la violazione di "una legge che mira alla tutela di un altro": un'analisi dettagliata, infatti, dovrebbe affrontare la disamina della normativa relativa al mercato azionario e finanziario, con specifico riferimento al concetto di "comunicazione al pubblico"[195].

---

[193] Si tratta di informazioni dirette alla massa dei potenziali investitori in funzione di comunicazione di determinati fatti che devono essere pubblicizzati per garantire efficienza e tempestività ai movimenti all'interno del mercato finanziario (§ 15 *WpHG – Wertpapierhandelsgesetz*): cfr. S. Doĝan, *Ad-hoc-Publizitätshaftung*, Nomos, Baden-Baden, 2005, 23.

[194] Cfr. BGH 9 maggio 2005, II ZR 287/02, in «NJW», 2005, p. 2428 e ss. (c.d. caso EM.TV).

[195] Per una rassegna delle diverse tesi e delle differenti norme prese in considerazione cfr. K. Kiethe, *Strafrechtlicher Anlagerschutz durch §400 Nr. 1 AktG*, in «NStZ», 2004, 2, p. 73; T.M.J. Möllers, *Der Weg zu einer Haftung für Kapitalmarktinformtionen*, in *JZ* 2005, 2, 75; H.-D. Assmann, U.H. Schneider (a cura di), *Wertpapierhandelsgesetz. Kommentar*, O. Schmidt, Köln, 3. Aufl., 2003; S. Kümpel, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, Köln, 2004; S. Schneider. *Die Weitergabe von Insiderinformationen*, in *NZG*, 2005, 17, 702 e ss.; K. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, Heymanns, Köln-Berlin-München, 2006.

Merita almeno osservare che la pronuncia del 2005 fa seguito a tre decisioni (tra loro divergenti) emesse il 19 luglio 2004 nei confronti della medesima società per azioni [196], nelle quali il BGH, confrontandosi con il § 400 AktG (*AktiengesellschaftG)*[197], aveva ritenuto che, ai fini della decisione sulla estensione della responsabilità personale dei componenti del consiglio di amministrazione, decisivo fosse il contenuto della comunicazione, e cioè se questa offrisse una idea generale della situazione economica societaria[198]. Nella citata sentenza del 9 maggio 2005 la Cassazione civile si ispira all'orientamento espresso dalla Corte di cassazione penale[199], secondo cui la *Ad-hoc-Mitteilung* riflette la "capacità di (produzione di) utili" dell'intera impresa o comunque la sua "situazione generale", e può incidere in modo determinante sulla decisione dell'investitore[200]. In particolare, la Seconda Sezione rimarca il significato dell'indagine temporale necessaria ai fini della dimostrazione del nesso di causalità tra false informazioni ed intervento nell'investimento[201].

La giurisprudenza in commento, da un lato, costituisce un ulteriore passo verso l'irrigidimento della disciplina delle informazioni del mer-

---

[196] Per una analisi delle decisioni emesse nei procedimenti II ZR 402/02, II ZR 218/03 e II ZR 217/03 (cfr. in www.bundesgerichtshof.de) si vedano M. Kort, *Die Haftung von Vorstandsmitgliedern für falsche Ad-hoc-Mitteilungen*, in *(Die)* «Aktiengesellschaft», 2005, p. 21 e ss.; M. Schulte, *Die INFOMATEC-Rechtsprechung des BGH im Lichte des geplanten Kapitalmarktinformationshaftungsgesetzes*, in «Verbraucher und Recht», 2005, p. 121 e ss.; W. Goette, *Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Aktienrecht (Teil I)*, in «DStR», 2005, p. 561 e ss.

[197] Il § 400 AktG, dallo spettro di operatività molto controverso, viene invocato, al pari di altre norme, come "*Schutzgesetz*" idoneo a fondare la pretesa risarcitoria stabilita dal § 823, comma 2 BGB: cfr. S. Doĝan, *Ad-hoc-Publizitätshaftung*, cit., p. 195 e ss.

[198] In dottrina sono state subito evidenziate le conseguenze della giurisprudenza in commento sulla disciplina penale e processuale-penale, soprattutto con riferimento alla acquisizione pubblica: cfr. M. Schulte, *Die INFOMATEC-Rechtsprechung des BGH*, cit., p. 122.

[199] BGH 16 dicembre 2004, 1 Str 420/03, in www.bundesgerichtshof.de.

[200] T.M.J. Möller, *Der Verhältnis der Haftung wegen sittenwidriger Schädigung zum gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsgrundsatz – EM.TV und Comroad*, in «Betriebs-Berater», 2005, p. 1638 e ss.

[201] J. Kowalewsky, A. Hellgardt, *Der Stand der Rechtsprechung zur deliktrechtlichen Haftung für vorsätzlich falsche Ad-hoc-Mitteilungen*, in *Der Betrieb*, 2005, p. 1841.

cato finanziario nel senso della puntualizzazione, da parte dell'interprete, del sistema della responsabilità della società e degli organi sociali nel contesto del fenomeno delle false comunicazioni; dall'altro, ripropone il tema della espansione del risarcimento del danno da reato e quindi, fondamentalmente, della prova del rapporto causale tra fatto e danno civilisticamente risarcibile[202]. A quest'ultimo riguardo va infatti evidenziato che l'alveo individuato dal BGH non solo abbraccia la differenza di valore del prezzo della transazione reale rispetto a quella che avrebbe dovuto avere luogo, ma investe addirittura la stessa decisione del soggetto di effettuare l'investimento[203]. Presupposto dell'asserzione del BGH è che il risarcimento previsto dal § 826 BGB concerne, oltre che la lesione di specifici diritti o beni giuridici, ogni pregiudizio di un interesse giuridicamente riconosciuto e ogni onere assunto non volontariamente[204].

È altamente probabile che l'eco della tesi cui si è fatto cenno, estensiva del concetto di "danno rilevante" (con specifico riferimento al settore dei reati commessi in relazione al mercato finanziario), raggiunga il procedimento penale anche in sede di applicazione del principî di cui ai §§ 73, comma 1, parte seconda StGB, e § 111b, comma 5 StPO: in tal caso anche in sede di sequestro preventivo risulterebbe tutelata la pretesa dei presunti danneggiati individuati alla luce della interpretazione lata del § 826 BGB, con la conseguenza di impedire che i diritti degli azionisti vengano posti nel nulla dal primato della acquisizione pubblica.

Anche in considerazione di tale prospettiva la riforma dell'istituto dell'"ausilio" è ritenuta necessaria[205] per impedire che la "costellazione" dei *Verletzen* legittimati ad intervenire, se non opportunamente circoscritta, annulli la funzione della ablazione.

Si è detto che le garanzie del *Verletzter* sono assicurate sin dalla disposizione del provvedimento cautelare reale. Infatti, alla disci-

---

202 *Ibidem*, p. 1842.

203 *Ibidem*, p. 1840.

204 S. Hutter, F. Stürwald, *EM.TV und die Haftung für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen*, in «NJW», 2005, p. 2429; per una ricognizione delle soluzioni proponibili in tema di limiti della pretesa risarcitoria relativa al danno derivante da reati di „abuso di mercato" cfr. K. Langenbucher, *Kapitalerhaltung und Kapitalmarkthaftung*, in «ZIP», 2005, p. 243.

205 Cfr. *infra* nel testo.

plina sostanziale in materia di confisca ed acquisizione pubblica si affianca la normativa processuale (§§ 111b ss. StPO, riconducibile all'istituto generale del sequestro preventivo – *Sicherstellung*), che consente il "sequestro" dei beni destinati alla ablazione definitiva; e ciò sia nella forma del sequestro dei proventi (*Beschlagnahme*: § 111c StPO), sia in quella di beni di valore a questi equivalente (*dinglicher Arrest:* § 111d StPO)[206].

Il sequestro non è escluso nei casi in cui il provvedimento ablativo definitivo sia inapplicabile perché ricorrono i presupposti del § 73, comma 1, parte seconda StGB, stabiliti a presidio dei diritti del V*erletzter* (§ 111b, comma 5 StPO): in tal caso l'istituto – denominato *Rückgewinnungshilfe* – opera a favore di quest'ultimo[207], come si vedrà tra breve.

Anzi, può accadere che il sequestro sia disposto proprio a garanzia del diritto del *Verletzter* (§ 73, comma 1, seconda parte StGB) quando sussiste il pericolo che diversamente, la sua pretesa civilistica possa essere disconosciuto[208]. L'istituto, tuttavia, non può trasmodare in uno strumento diretto esclusivamente a vantaggio del danneggiato, poiché il processo penale non è né deve essere funzionale all'accertamento delle pretese civilistiche. In tale contesto il *Rückgewinnungshilfe* rappresenta una deroga al sistema[209]: anche se, ad avviso dell'orientamento dominante[210], nella fase della dispo-

---

[206] Il *dinglicher Arrest* può essere disposto anche in relazione ai beni destinati alla esecuzione della pena pecuniaria ovvero per il pagamento delle spese processuali (per tutti sul punto K. Lohse, *§ 111d*, cit., Rn. 3): si tratta di una figura ibrida che opera in funzione di sequestro preventivo – rispetto al bene di valore equivalente – e di sequestro conservativo – a garanzia della esecuzione delle pene pecuniarie e del pagamento delle spese processuali. Non esistendo nel nostro sistema un istituto analogo, si preferisce mantenere l'espressione in lingua originale.

[207] A. Nack, *§ 111b*, cit., 567, Rn. 18; K. Lohse, *§ 111d*, cit., Rn. 1.

[208] Ad esempio, in considerazione della situazione patrimoniale dell'accusato, che all'estero conduceva una intensa attività economica: OLG Frankfurt 21 gennaio 2005, in «NStZ-RR», 2005, 112.

[209] K. Leipold, *Der dingliche Arrest im Strafverfahren*, in «NJW – Spezial», 2006, n. 1, p. 39 (s.)

[210] In giurisprudenza si veda, a conferma dell'orientamento prevalente, OLG Frankfurt 21 gennaio 2005, in «NStZ-RR», 2005, p. 112 e ss.; in dottrina A. Nack, § 111b, cit., p. 568, Rn. 20; L. Meyer-Goßner, *§ 111b*, cit., p. 396, Rn. 7; K. Lohse, *§ 111d*, cit., Rn. 1, e *§ 111b*, cit., Rn. 10.

sizione del sequestro non è ancora necessario decidere se il blocco dei beni sia finalizzato alla garanzia della acquisizione pubblica, o piuttosto a quella dei diritti del danneggiato[211].

Quanto agli illeciti amministrativi punitivi, il *dinglicher Arrest*, ai sensi del § 29a OWiG, opera anche in relazione alla *confisca* per equivalente prevista dalla disciplina delle *Ordnungswidrigkeiten* (§§ 25 e 46 OWiG), ma non è ammissibile nel caso dell'*acquisizione pubblica* del *tantundem,* non contemplata dall'OWiG[212]. In tale contesto, in assenza di un rinvio al § 111b, comma 5 StPO, si deve escludere la legittimazione del *Verletzter* – a fronte di un fatto costituente *Ordnungswidrigkeit* – ad invocare l'"ausilio al recupero dei profitti" a garanzia della propria pretesa[213].

Ed è proprio il "sequestro di beni per valore equivalente" consentito dal § 111d StPO ad occupare una posizione centrale nel recente dibattito, atteso che i confini entro i quali esso deve essere ristretto vanno ritagliati alla luce dei principî costituzionali.

La misura cautelare colpisce chiunque abbia ottenuto un "*Vorteil*" dal fatto[214], consentendo di apprendere già nella fase istruttoria[215] beni diversi da quelli derivanti dal reato, non più presenti nel patrimonio dell'autore, o aventi allo stato un valore diminuito rispetto a quello originario.

Per contro, l'istituto dell'"ausilio al recupero" nel corso della fase istruttoria costituisce un intervento giudiziario, applicabile spe-

---

[211] Nel senso che il sequestro è ammissibile anche quando le esigenze di apprensione del bene riguardano il solo *Verltetzter* (e quindi il provvedimento non è finalizzato alla confisca) cfr. L. Meyer-Goßner, *§ 111b*, cit., p. 396, Rn. 5.

[212] A. Nack, *§ 111d*, cit., p. 571, Rn. 2. Per una analisi del § 29a OWiG cfr. W. Mitsch, *§ 29a*, in L. Senge (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, cit., p. 470 e ss.

[213] K. Rogall, *§ 30*, in L. Senge (a cura di), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, cit., p. 482 e ss., in part. p. 522, Rn. 7.

[214] Nel caso in cui tale soggetto coincida con un organo della persona giuridica, nonostante il patrimonio di essa debba ritenersi di norma scisso da quello privato dei suoi organi o rappresentanti, non è esclusa l'estensione del provvedimento ablatorio ai sensi del § 73, comma 3 StGB quando il provento del reato commesso dai primi – in una delle vesti indicate – sia confluito nel patrimonio sociale: BVerfG 3 maggio 2005, in «wistra», 2005, p. 336. par. 3.

[215] Non pare inutile ricordare che il sistema processuale penale tedesco si ispira al modello inquisitorio.

cularmente alle figure di ablazione dei proventi dal reato, compresa l'ablazione per valore equivalente[216].

Presupposto per l'applicazione del *Rückgewinnungshilfe* è l'esistenza giuridica di una pretesa (originata dalla commissione del reato) finalizzata alla restituzione, all'arricchimento (*Bereicherung*) o al risarcimento, che rileva sul piano astratto a prescindere dalla sua prevedibile affermazione in concreto[217].

La disciplina trova fondamento nella considerazione che la pretesa del *Verletzter* e l'acquisizione pubblica si appuntano sui medesimi beni, provenienti direttamente dal reato, ed entrati a far parte indifferentemente del patrimonio dell'unico, ovvero solo di uno dei correi (od eventualmente anche di terzi che, pur non avendo commesso l'illecito, da questo hanno tratto profitto: § 73, comma 3 StGB)[218]. In relazione alla ablazione "per valore equivalente", sia essa definitiva o – soprattutto – provvisoria (sequestro), le esigenze

---

[216] A proposito della estensione dell'istituto anche agli oggetti che l'autore o il partecipe ha ottenuto con l'alienazione di un oggetto conseguito dal reato o come compenso per la sua distruzione, danneggiamento o sottrazione o a causa di un diritto conseguito (c.d. *Surrogate*: § 73, comma 2, parte seconda StGB) cfr. A. Nack, *§ 111b*, cit., p. 567, Rn. 17; A. Eser, *§ 73*, cit., p. 1032, Rn. 38; condivide la tesi dell'applicazione del § 73, comma 1, parte seconda StGB anche al caso della acquisizione pubblica di valore equivalente *ex* § 73a StGB A. Eser, *§ 73*, cit., p. 1032, Rn. 28. Controversa invece l'estensione della tutela delle ragioni del *Verletzter* alla c.d. acquisizione pubblica allargata: in senso positivo L. Lohse, *§ 111b*, cit., Rn. 14; *contra* A. Nack, *§ 111b*, cit., p. 567, Rn. 17; H. Mayer, *§ 111b*, cit., p. 13 e ss., Rn. 26. Articolata la posizione di A. Eser, *§ 73d*, cit., p. 1041, Rn. 6 e 7, tradizionalmente sensibile alla tutela degli interessi della vittima. Si evidenzia in dottrina che tuttavia diversa è la disciplina da applicare, a seconda che la misura persegua l'apprensione dei beni direttamente derivati dal reato, ovvero di altri di valore equivalente: *amplius* A. Nack, *§ 111b*, cit. p. 567 e ss., Rn. 18.

[217] BGH 7 dicembre 2000, in «NStZ», 2001, p. 257 e ss.; K. Lohse, *§ 111b*, cit., Rn. 14. In particolare, il BGH 28 novembre 2000 (in «NJW», 2001, p. 693) ha evidenziato due tipologie di pretese originate dal reato, ovvero quelle che trovano fondamento nell'essenza della fattispecie (così, ad esempio, il risarcimento del danno) e quelle prive di stretta connessione con il reato relative alla apprensione del valore del profitto tratto dall'autore o dal partecipe al reato (sul punto G. Schäfer, *§ 111b*, cit., Rn. 49a).

[218] A riguardo è indifferente a chi appartenga la titolarità del patrimonio – persona fisica o giuridica – del quale il bene è entrato a far parte: lo conferma la Corte costituzionale, nella decisione del 3 maggio 2005, in wistra, 2005, p. 336 (si veda *amplius* il prossimo paragrafo).

dello Stato e del privato si contendono il "patrimonio" dell'indagato (e quello degli altri soggetti equiparati).

A fronte della necessità di assicurare alla giustizia i proventi del reato che potrebbero rimanere o rientrare nella disponibilità del reo, la *ratio* dell'"ausilio" va ravvisata in due principî fondamentali: a) l'inammissibilità di un *bis in idem* a danno dell'autore del reato, sotto il profilo della duplice ablazione dei suoi beni – a fini di acquisizione pubblica e di confisca, per un verso, e di soddisfacimento delle pretese (risarcitorie) del *Verletzter,* per l'altro; b) l'esigenza di impedire che i diritti del privato vengano pretermessi (a vantaggio di quelli statali).

Ne consegue che nell'ipotesi di concorrenti pretese dello Stato (a fini di acquisizione pubblica) e del danneggiato (in ottica risarcitoria), le prime possono essere fatte valere solo quando le seconde siano escluse, per esempio, a causa della rinuncia del titolare del diritto.

Ed infatti, proprio al fine di escludere una duplice aggressione ai beni dell'interessato, prevale la disciplina della acquisizione pubblica allorché il danneggiato, essendo a conoscenza dei propri diritti a fronte della pretesa dello Stato, ad essi abbia rinunciato, o quanto meno non li abbia esercitati per un considerevole lasso di tempo, e ciò facendo abbia lasciato intendere che nemmeno in futuro li avrebbe fatti valere[219]. Spazio per il provvedimento di interesse statale permane laddove i profitti superano l'entità della pretesa del danneggiato, a scomputo dei quali può comunque essere disposta l'acquisizione pubblica[220].

Uno dei profili più rilevanti della normativa consiste nel fatto che il sequestro è ammissibile nella misura in cui risulta osservato il canone della *Verhältnismäßigkeit – rectius*: principio di "proporzionalità" (richiamato dal BVerfG nei giudizi attivati dai "ricorsi indi-

---

[219] OLG München 19 aprile 2004, in «NStZ», 2004, p. 443 e ss.

[220] La soluzione è stata confermata in relazione ad una ipotesi di sfruttamento della prostituzione, con riferimento alla pretesa risarcitoria della prostituta – prevalente ma non esaustiva – dei profitti conseguiti dal protettore: OLG Zweibrüchen, 30 novembre 2001, in «NStZ», 2002, p. 255 e ss.; perplesso H. Mayer, *§ 111b*, cit., p. 14, Rn. 27.

viduali"), inteso in senso ampio, come evidenziano gli studi specifici sul punto[221] – rispetto alla garanzia del diritto fondamentale di proprietà assicurato dall'art. 14 GG.

Il principio, per la verità, si affaccia – in relazione alla misura *definitiva* dell'acquisizione pubblica – nel § 73c, comma 1, parte prima StGB, con riferimento alla eventualità che il provvedimento risulti eccessivamente oneroso per l'interessato[222], ed è esplicitamente enunciato nella rubrica e nel testo del § 74b StGB a proposito della confisca: in questa ultima ipotesi la proporzione va commisurata in ragione del significato del fatto commesso e del rimprovero diretto all'autore del reato o al partecipe ovvero al terzo, nei casi stabiliti dal § 74a StGB.

La giurisprudenza[223], tuttavia, con l'avallo della dottrina[224] e della Corte federale costituzionale[225], ritiene esteso il requisito anche ai presupposti di applicazione del provvedimento provvisorio di acquisizione pubblica, per il quale la disciplina normativa non stabilisce termini temporali. In particolare, mancando nel caso del sequestro (per valore equivalente) l'accertamento della responsabilità del soggetto, ma venendo predisposta la misura sulla sola base del "sospetto", *a fortiori* la posizione patrimoniale dell'interessato deve essere valutata alla stregua del bilanciamento tra interesse dello Stato al "blocco" del bene e diritto fondamentale di proprietà: ne consegue che i presupposti sostanziali e giuridici della ablazione vanno verificati alla luce non solo delle norme processuali in materia,

---

[221] Per una analisi del contenuto di tale principio alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca in materia penale, cfr. E.R. Belfiore, *Giudice delle leggi e diritto penale*, cit., p. 278 e ss.

[222] Detta "clausola generale" affonda le radici nel principio fondamentale del divieto di sovramisura (F. Herzog, *§ 73c*, cit., p. 1, Rn. 1), strettamente connesso al principio di "proporzionalità" (per alcuni riferimenti alla caratura costituzionale di tale relazione cfr. E.R. Belfiore, *Giudice delle leggi e diritto penale*, cit., p. 165).

[223] Cfr. LG Landshut 4 novembre 2002, in «wistra», 2003, p. 199 e ss.; OLG Köln 18 giugno 2003, in «StrV», 2004, p. 121 e ss.; OLG Köln, 10 febbraio 2004, in «NStZ», 2005, p. 400 e ss.

[224] M. Mosiek, *Anmerkung an OLG Köln 18 giugno 2003*, in «StrV», 2004, p. 122 e ss.

[225] BVerfG 3 maggio 2005, in «wistra», 2005, p. 335 e ss.

ma anche della tutela assicurata dalla garanzia patrimoniale prevista dall'art. 14, comma 1 GG[226].

A riguardo il *BVerfG,* sempre con riferimento alla problematica figura del sequestro di beni per valore equivalente, ha richiamato l'attenzione del giudice sulla necessità di una motivazione rigorosa che non si accontenti della mera presunzione della provenienza criminosa dei beni, ma accerti con cura e precisione ogni elemento sostanziale e giuridico dei presupposti che consentono l'intervento anticipato dello Stato (rispetto al provvedimento definitivo di confisca e di acquisizione, subordinato alla sentenza di condanna)[227].

Il monito della Corte costituzionale si comprende ricordando che nel sistema processuale penale tedesco il sequestro è misura rimessa all'iniziativa della Procura (ferma restando la competenza del giudice per l'adozione del provvedimento: § 111e StPO), che esercita tale potere nell'ambito del generale principio di *Opportunität* (azione penale discrezionale), con particolare riguardo alle esigenze che possono rendere necessaria l'apprensione dei beni per il pericolo di sottrazione degli stessi al provvedimento definitivo[228].

Nel caso dell'"ausilio al recupero" la facoltà di intervento della procura risulta condizionata dal crescente interesse per la tutela della "vittima" consolidato anche nella legislazione[229].

Il grado di discrezionalità si azzera quando l'ausilio diventa necessario per evitare che restino privi di tutela diritti significativi del

---

[226] BVerfG 3 maggio 2005, in «wistra», 2005, p. 335 e ss. (parr. 1 e 2).

[227] Cfr. BVerfG 14 giugno 2004, in «StrV», 2004, 409 e ss., 410, nella quale si evidenzia l'imprescindibile valutazione del bilanciamento di interessi (sicurezza dello Stato per un verso, diritto di proprietà, dall'altro) che deve fondare la valutazione del giudice: sul punto cfr. *amplius* par. 9.

[228] G. Shäfer, *§ 111b*, cit., p. 754, Rn. 17; laddove il pericolo di sottrazione dei beni non sussista, l'imposizione della misura ablativa è ritenuta contrastare col principio di proporzionalità: A. Nack, *§ 111b*, cit., p. 566, Rn. 13. Il grado di discrezionalità dell'intervento è osservato con preoccupazione da parte della dottrina: K. Webel, "*Rückgewinnungshilfe in Steuerstrafverfahren – unzulässig oder unverzichtbar und zwingend?*, in «wistra», 2004, 7, p. 253.

[229] Si pensi all'*Opferschutzgesetz* del 18 dicembre 1986 e alla introduzione di molteplici istituti fondati sulla *Wiedergutmachung*: si consenta di rinviare a D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 314 e ss., e rispettivamente p. 435 e ss.

Verltetzer, ciò che accade, ad esempio, quando si profili un rischio di decadenza dalla pretesa; per contro, la misura non viene ammessa in presenza di un danno irrilevante, o quando il sequestro comporta spese ingenti[230]. Gli organi della procedura dovranno comunque tenere conto anche dell'indice di "gravità" del sospetto relativo all'indagato e delle probabilità di successo dell'intervento[231].

In considerazione di tali parametri, non può comunque ritenersi esistente un "diritto soggettivo" del danneggiato ad ottenere il provvedimento ablativo provvisorio, atteso che una tale pretesa sarebbe estranea alla funzione tipica del sequestro penale, mentre il soggetto resta tenuto ad agire direttamente per ottenere il riconoscimento del proprio diritto (come conferma il tenore dei §§ da 111g sino a 111k) attraverso l'esecuzione forzata[232].

Si è anticipato che uno dei punti controversi riguarda l'osservanza del principio di *Verhältnismäßigkeit* rispetto alla durata del sequestro stesso[233].

Si discute se questa debba essere computato in relazione allo "scopo" del blocco dei beni: ricordando l'obbligatorietà del *Verfall ex* § 73 StGB, infatti, si distingue tra sequestro finalizzato a tutelare le ragioni dello Stato (confisca ed acquisizione pubblica) e sequestro adottato nell'ambito dell'"ausilio al recupero dei profitti". In questa seconda ipotesi, data l'eccezionalità dell'intervento previsto a favore del *Verletzter* per far valere la pretesa civilistica in sede penale, il rigore dell'accertamento deve essere assoluto anche in termini di valutazione della necessità del perdurare del blocco dei beni. Se, quindi, in un tempo "ragionevole" rispetto alla tipologia di garanzia in discussione il *Verletzter* non riesce ad ottenere soddisfazione in ragione della normativa prevista (§ 111e, commi 3 e 4 StPO), il sequestro deve essere revocato.

---

230 G. Shäfer, *§ 111b*, cit., p. 754 e ss., Rn. 18.

231 H. Mayer, *§ 111b*, cit., p. 14 e ss., Rn. 31.

232 G. Shäfer, *§ 111b*, cit., p. 762, Rn. 48a; K. Lohse, *§ 111b*, cit., Rn. 15.

233 Si veda OLG Köln, 10 febbraio 2004, in «StrV», 2004, p. 413 e ss., che ha dichiarato l'assenza di *Verhältnismäßigkeit* nel caso di un sequestro "per equivalente" che si era protratto per oltre due anni; per quanto concerne la decisione della Corte costituzionale, si veda il successivo paragrafo.

Alla stregua di un diverso orientamento, premesso che spesso – come si è detto – la finalità del sequestro può essere non specificamente individuata al momento della ablazione, e che di conseguenza diventerebbe difficile stabilire a priori quale regola far prevalere, la proporzionalità della misura viene valutata alla stregua della complessità della vicenda *sub iudice,* utilizzando il "blocco" dei beni ai fini di acquisizione pubblica o di soddisfacimento degli interessi privati a seconda dell'esistenza dei presupposti di cui al § 73, comma 1, seconda parte StGB[234].

Su altro versante la rilevanza del principio di proporzionalità è stata esclusa dal BVerfG con espresso riferimento all'istituto del *Rückgewinnngshilfe* nei casi in cui l'avente diritto abbia trascurato l'attività da lui esigibile per il soddisfacimento della sua pretesa, in particolare rimanendo inerte per lungo tempo con il chiaro intento di non coltivare quest'ultima[235].

8. *(segue) Le decisioni del BVerfG relative alle misure cautelari reali e agli istituti concernenti la garanzia dei diritti dei terzi*

Si è accennato al fatto che le misure cautelari reali rappresentano un banco di prova di non secondario rilievo rispetto alla tenuta del sistema delle garanzie costituzionali.

A) Un passaggio fondamentale concerne i limiti del *sequestro di beni di valore equivalente,* illustrati nella sentenza del 14 giungo 2004[236].

La decisione segue di pochi mesi quella fondamentale in materia di acquisizione pubblica allargata, ai cui enunciati si richiama, e fa

---

[234] Per una rassegna delle diverse posizioni dottrinali sul punto cfr. K. Marel, *Anmerkung an OLG Köln, 10 febbraio 2004*, in «StrV», 2004, p. 415; H. Mayer, *§ 111b*, cit., p. 11, Rn. 20.

[235] BVerfG 7 giugno 2005, in «StraFo», 2005, p. 338 e ss.: per ulteriori considerazioni sul punto cfr. *infra* par. 9.

[236] BVerfG 14 giugno 2004, 2 BvR 1136/03, in www.bundesverfasungsgericht.de, e in «StrV», 2004, 409 e ss.

seguito, come in quest'ultimo caso, ad un ricorso individuale fondato su ragioni condivise dal BVerfG.

Nell'affrontare il tema del sequestro di valori corrispondenti (ai beni destinati alla confisca o all'acquisizione pubblica) il BVerfG prende le mosse dal *Grundgesetz* che, secondo la giurisprudenza costituzionale consolidata, tutela il patrimonio come diritto elementare vivente in unità con il diritto alla libertà personale. Ogni aggressione al patrimonio – continua la Corte – deve confrontarsi con il perimetro di tale garanzia, che si estende non solo alla esistenza del diritto di proprietà, ma anche al suo utilizzo (par. 40).

Tra i limiti di tale diritto va annoverata l'acquisizione dei beni di origine criminosa, che opera come conseguenza accessoria di una condanna penale. La sentenza ribadisce quanto già statuito nelle precedenti pronunce, ovvero che in tale contesto la disciplina delle misure ablative prevista dal § 73 e ss. StGB appare conforme al principio di *Verhältnismäßigkeit,* poiché grava il titolare di posizioni patrimoniali di origine criminosa di un vincolo non eccessivo, e quindi (non) inesigibile.

Per contro, è inconfutabile che la misura cautelare reale del *dinglicher Arrest* (§ 111d StPO), che riguarda valori corrispondenti a quelli oggetto di apprensione ai sensi dei §§ 73a e 74c StGB, pur essendo priva del carattere della definitività, compromette in modo decisivo e per un tempo indeterminato le possibilità di uso e di disponibilità dei beni da parte della persona colpita dal provvedimento.

Ma la conformità alla Legge Fondamentale della ablazione come conseguenza accessoria di una sentenza penale che limita il patrimonio rende la disciplina delle corrispondenti misure cautelari reali, *in linea di principio,* non incompatibile con essa (par. 43).

Naturalmente l'ammissibilità ed il procedimento attraverso il quale esse vengono inflitte deve corrispondere a specifici requisiti, imposti dall'ovvio presupposto che nel momento in cui la misura aggredisce i beni di presumibile origine criminosa sussiste soltanto la presunzione della commissione di un reato, senza che la rilevanza penale del fatto sia stata ancora accertata. Proprio in considerazione di tali premesse la tutela del diritto fondamentale di proprietà esige che venga effettuato un giudizio comparativo tra l'interesse all'applicazione delle misure cautelari dello Stato e i diritti patrimoniali del singolo: quanto più lo

Stato, con la sola ablazione cautelare, incide sull'ambito di libertà patrimoniale del singolo, circoscrivendolo, tanto più rigorosi devono essere i confini di tale ablazione (par. 44). Soprattutto quando la misura cautelare aggredisce in tutto o in gran parte il patrimonio del singolo, il principio di *Verhältnismäßigkeit* esige che il provvedimento contenga una rigorosa analisi dei principali presupposti di fatto e di diritto, al fine di assicurare al soggetto colpito dal provvedimento l'esercizio del diritto di difesa. La tutela del diritto di proprietà può essere garantita soltanto dalla correttezza del procedimento, che non può porsi in rotta di collisione con i diritti fondamentali. Anzi, il giudice è tenuto a optare per quella interpretazione, tra le tante compatibili con il caso *de quo,* che consente il primato e lo sviluppo di tali diritti. In particolare, il fondamentale diritto di proprietà di cui all'art. 14, comma 1 GG esclude che possa trionfare un provvedimento ablativo basato sulla (mera) applicazione delle corrispondenti norme processuali, ma privo di idonea legittimazione, sicché a riguardo il giudice è tenuto ad un autonomo accertamento in fatto ed in diritto, a prescindere dagli esiti portati alla sua attenzione (par. 46 e s.).

Il perno della decisione giudiziale consiste nella dettagliata argomentazione dei presupposti sostanziali e giuridici che *nel caso concreto* rendono idonea ed adeguata l'ablazione: ne consegue che risultano inconciliabili col dettato costituzionale provvedimenti stereotipati, caratterizzati da formule di stile, che si limitano alla riproduzione di rilievi meramente formali (par. 47)[237].

---

[237] In tal senso già BVerfG 12 marzo 2003, 1 BvR 330/96, in «BVerfGE», 107, p. 299 e ss., 325.

Alla luce delle premesse poste il BVerfG ritiene non corretti i provvedimenti assunti dal Tribunale di Amburgo, contro i quali era stato sollevato il ricorso da cui scaturisce la decisione in commento. In particolare, tali decisioni, che riguardano un caso di *Kursbetrug* (§ 88 BörsG a.F.) e di truffa aggravata dalla posizione professionale dell'autore, non trovano fondamento né nel codice penale né in quello processuale, poiché esse non tracciano alcuna linea di demarcazione tra la posizione del ricorrente, presidente del consiglio di amministrazione, e quella della persona giuridica che ha partecipato alla vendita, e non dimostrano che il primo abbia conseguito i profitti comuni in qualità di coautore. Al contrario, tale valutazione è imprescindibile per decidere se ed in che misura il ricorrente, in qualità di autore o di compartecipe, abbia ottenuto profitti dal reato. Ne consegue che il provvedimento del Tribunale di Amburgo non soddisfa le pretese costituzionali (par. 48).

Il BVerfG aggiunge una ulteriore maglia alla rete che deve imbrigliare l'ablazione dei beni del singolo, evidenziando che in fase istruttoria la valutazione del giudice non può prescindere dalla attenta valutazione degli interessi soggetti a compressione (sicurezza dello Stato per un verso, diritto di proprietà, dall'altro).

Il secondo profilo di interesse che emerge dalla pronuncia è la conferma dell'estensione alle misure cautelari reali del principio di *Verhältnismäßigkeit* (par. 45), in materia di ablazione espressamente stabilito soltanto in ordine al provvedimento definitivo di confisca (§ 74b StGB) e (parzialmente) a quello della acquisizione pubblica (§ 73c StGB)[238].

B) Sui medesimi principî insiste la successiva decisione del 3 maggio 2005[239], nella quale il BVerfG torna ad esprimersi sull'ambito della ablazione patrimoniale in sede cautelare. Nel caso di specie il sequestro cautelare era stato disposto in applicazione dei presupposti sostanziali (§ 73, comma 1, prima parte StGB) e processuali (*Rückgewinnungshilfe*) della tutela dei diritti dei "danneggiati" dal reato di truffa.

Anche la sentenza in commento annulla il provvedimento di merito in considerazione della violazione della garanzia patrimoniale. La Corte torna ad affermare che l'art. 14, comma 1 GG non tollera la privazione definitiva dell'(intero) *Eigentum*, ma consente soltanto determinate e circoscritte delimitazioni dell'utilizzo e della disponibilità di esso. Il "conflitto di interessi" è risolto alla stregua del principio di *Verhältnismäßigkeit*, da cui scaturisce l'imprescindibilità di una valutazione comparativa tra incidenza della ablazione e necessità del provvedimento.

Infatti, atteso che la parte di patrimonio ritenuta proveniente da un fatto presumibilmente punibile viene sequestrata nel momento in cui sussiste soltanto un sospetto, e non vi è ancora alcuna decisione circa la responsabilità penale del soggetto, è indispensabile – come già sostenuto nella sentenza del 14 giungo 2004 – che gli essenziali

---

[238] Per alcune considerazioni sul punto si rinvia al paragrafo precedente.

[239] BVerfG 3 maggio 2005, 2BvR 1378/04, in www.bundesverfassungsgericht.de e in «wistra», 2005, 335 e ss.

elementi di fatto e di diritto su cui si fonda il provvedimento ablativo vengano verificati in modo particolarmente rigoroso (par. 17).

La garanzia costituzionale del patrimonio esige in tal caso che vengano posti a confronto gli interessi di assicurazione del bene dello Stato e la posizione patrimoniale dell'interessato.

Il principio di proporzionalità impone una valutazione comparativa della gravità dell'intervento ablativo e delle esigenze che giustificano il provvedimento: quanto più la misura incide sull'ambito di libertà che si manifesta nel diritto di proprietà, tanto più si rafforza l'esigenza che tale aggressione sia legittima.

Se attraverso la misura cautelare reale il soggetto colpito viene privato della possibilità di disporre della quasi totalità del suo patrimonio, l'osservanza del principio di proporzionalità impone una verifica particolarmente attenta ed una precisa ricostruzione dei presupposti di fatto e giuridici decisivi per l'adozione del provvedimento.

Non si deve escludere, se dal caso, l'arretramento delle esigenze di tutela della collettività a vantaggio di quelle del singolo.

A riprova della rilevanza di un simile giudizio è appositamente prevista la riserva di competenza del giudice (§ 111e StPO), che permette a questi di esprimere una valutazione autonoma e attagliata alla adeguatezza del provvedimento al singolo caso concreto. La decisione deve quindi essere motivata ed argomentata sulla base di rilievi fattuali e giuridici che non si limitino, come purtroppo accade spesso nell'esperienza processuale, alla mera adesione alle formulazioni del pubblico ministero e della polizia giudiziaria (par. 19).

L'ablazione del profitto presuppone che l'autore del reato da cui esso proviene abbia ottenuto un incremento patrimoniale economicamente valutabile, che non può essere oggetto di presunzione, ma deve essere accertato. Tale verifica è necessaria anche quando l'autore del reato abbia la qualifica di mandatario, rappresentante o organo di una persona giuridica: in ipotesi simili, stante la distinzione – di regola – del patrimonio sociale da quello privato del mandatario, rappresentante o organo della persona giuridica, non si deve presumere che l'acquisizione al patrimonio sociale contestualmente determini anche acquisizione di vantaggi per il patrimonio privato del dirigente, ma è necessario applicare il terzo comma del § 73 StGB, il quale prevede che l'ablazione riguardi direttamente il

soggetto per il quale l'autore o il partecipe ha agito, ovvero la società (par. 21). Il provvedimento di acquisizione pubblica e la misura cautelare a fine di ausilio per la restituzione dei vantaggi che colpisce l'autore in quanto organo della società è giustificato se sussiste la prova che egli ha conseguito qualche profitto e che il suo bilancio patrimoniale ha subito una variazione. Naturalmente è altresì possibile che la persona giuridica costituisca uno schermo fittizio, e che nella realtà non sussista alcuna separazione tra la sfera del patrimonio privato dell'autore e quello della società, o che i proventi del reato rimpinguino il patrimonio tanto dell'uno quanto dell'altra. Ma se i vantaggi patrimoniali vengono incassati dalla società, non è possibile presumere che il corrispettivo economico dell'affare sia confluito nel patrimonio dell'autore o che l'incremento sempre incida sull'entità di un successivo prelevamento dal patrimonio sociale: in tali casi, infatti, il provvedimento di confisca e le misure cautelari rispetto a questo devono essere rivolte contro la società (e non contro l'autore) (par. 22).

Il vizio della decisione impugnata – rileva la Corte – è la mancata valutazione della separazione tra il patrimonio della ricorrente e quella della società, di cui la stessa è dirigente. A fronte dell'affermazione del giudice di merito, secondo cui "vi è il sospetto che il vantaggio patrimoniale sia stato trasferito alla condannata in qualità di soggetto contitolare dal punto di vista economico, cosicché in definitiva è stata questa ad ottenere il vantaggio", il BVerfG replica che tale asserzione ancora non giustifica l'aggressione al patrimonio della ricorrente (in luogo di quello della società): infatti non si capisce da che cosa si ricavi la prova della "trasmissione" del "vantaggio pecuniario" alla ricorrente e come ciò sia stato realizzato. Altrettanto immotivata appare la rinuncia alla applicazione di una misura cautelare destinata a colpire il patrimonio della società (par. 23).

Affiora a chiare lettere, dai passaggi del BVerfG, l'esigenza di richiamare i giudici alla attenta analisi del fatto, in considerazione, per un verso, della precocità della fase di accertamento della responsabilità penale in cui l'ablazione interviene, e, quindi, della inevitabile incompletezza degli accertamenti effettuati; per l'altro, della pluralità degli strumenti predisposti dal sistema normativo e delle relative garanzie.

Dal punto di vista generale, va rimarcata la perseveranza con cui il BVerfG sottolinea la necessità della autonomia della valutazione discrezionale del giudice rispetto agli elementi raccolti dagli organi inquirenti.

Nelle due decisioni richiamate la Corte di Karlsruhe non mette in discussione la legittimità della disciplina sostanziale e processuale in materia di ablazione, ma denuncia l'errata applicazione della stessa da parte dei giudici del caso concreto.

Il BVerfG enuncia il "catalogo" dei canoni ermeneutici cui l'interprete deve attenersi perché i provvedimenti ablativi siano conformi al dettato costituzionale, rinnovando l'appello alla rigorosa valutazione degli elementi di fatto e di diritto a tutela della garanzia patrimoniale del singolo anche nel caso in cui – in quello che ha dato luogo alla sentenza del 3 maggio 2005 – la misura cautelare sia disposta a garanzia dei diritti dei terzi[240].

Ancora. Entrambe le pronunce riguardano l'attribuzione della responsabilità penale per reati economici.

L'osservazione non è superflua, poiché conferma che i profili maggiormente problematici delle misure ablative attengono al contesto della criminalità economica e sono trasversali a tutti gli ordinamenti giuridici, nei quali questa si propaga[241].

Nel sistema tedesco, pur in assenza di una disciplina relativa alla responsabilità "da reato" degli enti del tipo di quella stabilità dal d.lgs. n. 231/2001, è contemplata una serie di norme che tengono conto della reale connessione tra fatti criminosi e attività d'impresa.

Per quanto qui più da vicino interessa, va evidenziata la puntuale analisi che la Corte riserva alla necessità di individuare il patrimonio rispetto al quale valutare l'incremento costituito dai proventi criminosi. Lo si comprende a ben riflettere sulla funzione che lo stesso BVerfG assegna alla acquisizione pubblica, e della quale si è detto: e cioè la natura non già di una sanzione penale, ma piuttosto

---

[240] In merito alla duplice valenza del "*dinglicher Arrest*" – a vantaggio della confisca statale e a tutela dei terzi – cfr. *infra* nel testo.

[241] Per alcuni significativi riferimenti sul punto cfr. K.-D. Bussmann, S. Salvenmoser, *Internationale Studie zur Wirtschaftskriminalität*, in «NStZ», 2006, 4, 203 e ss.

di uno strumento destinato a riequilibrare la situazione dei diritti patrimoniali rispetto allo stato precedente alla commissione del reato, con perdita dei vantaggi economici da quest'ultimo prodotti.

In questo senso diventa decisivo, nella prospettiva costituzionale, che i beni oggetto di ablazione (anche cautelare) siano proprio gli stessi (o l'equivalente degli stessi, nel caso della confisca di valore corrispondente) che provengono dal reato, e che quindi il patrimonio nel cui ambito essi vanno ricercati sia quello che in conseguenza del reato si è arricchito.

Ma è proprio la misura cautelare patrimoniale *in sé*, o meglio, gli ampi margini di discrezionalità che la sua operatività in concreto aprono, a generare fondate perplessità: si giustifica in tal senso l'elevato numero di ricorsi al BVerfG, nelle cui decisioni non si manca di dare rilievo al fatto che il *dinglicher Arrest*, per quanto provvisorio, compromette in modo decisivo la libertà economica di azione del soggetto colpito dal provvedimento, producendo danni irreparabili, ad esempio, in relazione all'attività lavorativa o alla solvibilità[242]. Appare evidente infatti che, dal punto di vista economico, il soggetto viene punito dalle conseguenze dello stesso procedimento istruttorio, prima ancora che contro di lui sia richiesto il rinvio a giudizio (sicché, ad esempio, l'indagato, privato di una parte consistente del proprio patrimonio, può essere costretto ad alienare beni a prezzi inferiori a quelli di mercato, oppure ad accontentarsi di una difesa poco adeguata alle accuse da cui deve difendersi)[243].

La riflessione sugli effetti invasivi della sfera privata del soggetto colpito dal provvedimento ablativo cautelare sono alla base di alcune considerazioni del BVerfG sul fondamento dei limiti di operatività di tale intervento, che deve risultare compatibile non solo con i presupposti e la disciplina positiva, ma anche e soprattutto con le pretese costituzionali connesse allo "stato di diritto".

A riguardo le recenti pronunce della Corte evidenziano la necessità del superamento di qualunque presunzione, facendo leva sia

---

[242] BVerfG 5 maggio 2004, 2 BvR 1012/02, in www.bundesverfassungsgericht.de.

[243] J. Borggräfe, M. Schütt, *Grundrechte und dinglicher Arrest*, in «StraFo», 2006, p. 133.

sul principio "*in dubio pro reo*", sia attraverso il *rechtliches Gehör*. In tale direzione la Corte esige che il giudice del caso concreto accerti l'osservanza delle garanzie processuali che riflettono il principio della tutela giuridica (*Rechtsschutz*), a partire dal diritto al contraddittorio che promana dall'art. 103, comma 1 GG. In particolare, viene sottolineata la rilevanza del *rechtliches Gehör* ai fini della disposizione non solo del provvedimento definitivo di ablazione, bensì anche di quello cautelare (par. 26): essa infatti costituisce, oltre che un diritto processuale supremo per il singolo, un principio costitutivo e fondamentale irrinunciabile per il processo nello stato di diritto (par. 22), assicurando il contraddittorio tra le parti, e quindi il diritto alla informazione, alla esternazione ed alla valutazione degli elementi di prova[244]. Vero è che, come statuito nella pronuncia del 15 gennaio 2004[245], la visione dei documenti può essere preclusa alla difesa sino alla chiusura della fase istruttoria, quando ciò sia reso necessario dalle esigenze dell'indagine (§ 147 StPO); tuttavia, alla stregua delle caratteristiche del *dinglicher Arrest*, dall'art. 103 GG discende che, laddove il provvedimento sia stato adottato in fase istruttoria *inaudita altera parte,* il principio del contraddittorio deve comunque essere garantito (almeno) nel procedimento d'appello (BVerfG 5 maggio 2004, par. 22).

Nella sentenza del 19 gennaio 2006[246], che prosegue il cammino intrapreso dalla citata pronuncia del 5 maggio 2004, il BVerfG spiega che il singolo deve essere non solo *oggetto* della decisione del giudice, ma, a fronte di una pronuncia che riguarda i suoi diritti, è chiamato in questione come *soggetto* che incide sul procedimento e sul suo esito (par. 24). In particolare, la violazione, da parte della pubblica accusa, del diritto dell'interessato di prendere visione dei documenti sui quali si fonda il convincimento del giudice, che rende

---

[244] Così BVerfG 5 maggio 2004, cit.

[245] Proc. 2 BvR 1895/03, par. 2, in www.bundesverfassungsgericht.de. Per una analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di diritto alla consultazione degli atti cfr. E. Kempf, *Zur verfassungsgerichtlichen Entwicklung des Akteneinsichtsrechts*, in «StraFo», 2004, p. 299 e ss.

[246] Proc. 2BvR 1075/05, in www.bundesverfassungsgericht.de, e in «NJW»,, 2006, p. 1048 e ss.

concreto il diritto al *rechtliches Gehör*[247], rappresenta motivo di illegittimità costituzionale[248].

La regola non può soffrire eccezioni, nemmeno se il provvedimento cautelare viene disposto, come nel caso da cui è germogliata la pronuncia del 19 gennaio 2006, in ragione dell'istituto del *Rückgewinnungshilfe,* che viene attivato nell'interesse del soggetto danneggiato.

Anche in relazione a tale ipotesi, infatti, il principio di *Verhältnismäßigkeit* deve costituire il parametro di comparazione delle contrapposte pretese, ovvero: da un lato, quella di colui che subisce il provvedimento ablativo, dall'altro, quella di chi verso costui avanzi pretese civilistiche. Sul punto il BVerfG sottolinea che l'interesse alla misura cautelare del danneggiato, legittimante il *Rückgewinnungshilfe,* deve essere messo a confronto con la garanzia patrimoniale invocata dal soggetto colpito, senza che però debba darsi per scontata la sua prevalenza. Così, nella pronuncia del 7 giugno 2005[249] la Corte, facendo proprie le argomentazioni già sviluppate nella decisione del 14 gennaio 2004 sulla acquisizione pubblica come conseguenza accessoria della condanna penale e sulla rigorosa applicazione del principio di proporzionalità in ordine alla misura cautelare patrimoniale (parr. 34 ss.), osserva che quest'ultima, a differenza della custodia cautelare, non è vincolata ad alcune limite temporale massimo quando sussistano gravi motivi ("*dringende Gründe*").

Per contro, non è ammissibile che l'istituto del *Rückgewinnungshilfe* possa operare nei confronti del soggetto senza termini di scadenza (par. 53). Anche la tutela dei diritti dei terzi deve arretrare a fronte della minaccia di violazione dei diritti fondamentali dell'accusato sottoposto a provvedimento ablativo: sicché l'esigenza di assi-

---

[247] Cfr. E. Kempf, *Zur verfassungsgerichtlichen Entwicklung des Akteneinsichtsrechts*, cit., p. 301.

[248] Diffusamente sul punto cfr. J. Borggräfe, M. Schütt, *Grundrechte und dinglicher Arrest*, cit., 135 e ss., che ricordano come le sentenze del 5 maggio 2004 e del 19 gennaio 2006 si allineino all'orientamento espresso dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nei confronti dell'ordinamento tedesco nei casi *Lietzow*, *Schöps* e *Grascia Alva* del 13 gennaio 2001 (si veda il testo di tali pronunce nel sito echr.coe.int).

[249] BVerfG 7 giugno 2005, 2 BvR 1822/04.

curare i beni a vantaggio della tutela degli interessi del danneggiato si riduce proporzionalmente al grado di inerzia di colui per il quale la misura cautelare è disposta. Nel giudizio di bilanciamento che il giudice del merito compie devono refluire, oltre alle valutazioni di fatto e giuridiche relative alla possibilità di riconoscimento del diritto invocato, il numero dei danneggiati, e le circostanze relative al danno (par. 55).

Va segnalato che la procura viene con grande frequenza sollecitata a richiedere il sequestro dei proventi in ottemperanza al *Rückgewinnungshilfe* da danneggiati che non hanno debitamente né tempestivamente coltivato le proprie pretese civilistiche nella opportuna sede.

In particolare, con riguardo alla delimitazione dello spazio temporale entro il quale il danneggiato deve far valere i propri diritti, le statuizioni della giurisprudenza oscillano da pochi mesi[250] a due anni[251]. Il termine viene fissato in considerazione della entità del danno rivendicato e della tipologia di danneggiato (con relativa distinzione tra impresa e soggetto privato)[252].

I rilievi della Corte non sono caduti nel vuoto, atteso che proprio la sentenza in commento ha incoraggiato l'approvazione del Progetto di legge che contiene la riforma dell'istituto dell'ausilio alla restituzione dei profitti[253].

Ancora. In una recente decisione del 7 luglio 2006 il BVerfG si è sinteticamente pronunciato anche sulla durata del sequestro in presenza di quei "gravi motivi" che consentono di derogare i termini temporali fissati dal § 111b, comma 3 StPO.

Il perdurare della misura cautelare reale deve essere comunque orientato dal canone della proporzionalità, che esige la comparazione tra la gravità del sospetto di responsabilità penale per il fatto (e quindi la cogenza del provvedimento di acquisizione pubblica che

---

250 LG Hildesheim 11 dicembre 2002, in «StraFo», 2003, p. 166 e ss.; LG Düsseldorf 13 dicembre 2000, in «StrV», 2001, p. 446.

251 OLG Düsseldorf 20 febbraio 2002, in «StrV», 2003, p. 547 e ss.

252 J. Borggräfe, M. Schütt, *Grundrechte und dinglicher Arrest*, cit., p. 137.

253 Si veda il successivo paragrafo.

successivamente dovrà essere disposto), per un verso, e le restrizioni che dalla misura derivano al soggetto nonché la durata del procedimento, per l'altro[254].

Va tuttavia considerato – continua la Corte – che se il sequestro cautelare è funzionale alla assicurazione del bene ai fini della successiva acquisizione pubblica *ex* §§ 73 ss. StGB, agli interessi dello Stato spetta un peso maggiore di quello che ha il sequestro nel caso del *Rückgewinnungshilfe*, perché la misura è diretta alla apprensione definitiva dei proventi patrimoniali e non è finalizzata alla mera assicurazione in via transitoria delle pretese civilistiche dei terzi (par. 6). In tal senso la Corte richiama l'attenzione sul fatto che, nel caso del sequestro assistito dal *Rückgewinnungshilfe*, alla funzione strumentale della apprensione dei beni a favore del soddisfacimento delle pretese privatistiche deve essere riconosciuto un peso minore di quello che riveste l'ablazione a fini di (successiva) acquisizione pubblica: nel giudizio di proporzionalità si dovrà quindi tenere conto anche delle esigenze sottese al provvedimento ablativo (acquisizione pubblica, ovvero garanzia dei diritti dei terzi), sicché l'esito dello stesso procedimento di comparazione potrà essere condizionato (anche a vantaggio della garanzia dei diritti patrimoniali del soggetto colpito) dalla finalità concreta del sequestro.

Attraverso gli interventi cui si è accennato si va gradualmente componendo il *puzzle* delle garanzie che il BVerfG ritiene imprescindibili per assicurare la conformità della ablazione dei "proventi" da reato al tessuto della Legge Fondamentale.

Ricapitolando.

La Corte non è disposta ad avvallare l'idea che le esigenze contingenti della politica criminale debbano *ad ogni costo* prevalere sulle tutele costituzionali, e negli ultimi anni ha conquistato un ruolo fondamentale nel recupero dei capisaldi del sistema costituzionale-penale.

---

[254] Così la decisione del BVerfG 7 luglio 2006, 2 BvR 583/06, parr. 5 e 6, in www.bundesverfassungsgericht.de, che richiama i precedenti del 7 giugno 2005 e 19 gennaio 2006.

Il BVerfG, da un lato, esclude la compatibilità con l'ordinamento costituzionale di una "pena patrimoniale" il cui limite edittale massimo coincida con la totalità del patrimonio dell'autore del reato sul modello della confisca generale (BVerfG 20 marzo 2002); dall'altro, ribadisce che la perdita di parte del patrimonio come conseguenza accessoria non penale di una sentenza di condanna penale è entrata a far parte dei limiti della garanzia patrimoniale (art. 14 GG). L'acquisizione pubblica, infatti, anche nell'ipotesi c.d. allargata, è ritenuta costituire non sanzione penale, ma strumento finalizzato a "rimuovere un vantaggio, che se continuasse a rimanere nelle mani del *Täter* porterebbe alla commissione di ulteriori reati" (BVerfG 14 gennaio 2004).

La Corte affronta anche la questione della ablazione provvisoria dei beni provenienti da reato. Se infatti il *Verfall* è disposto da un provvedimento definitivo conseguente all'accertamento giudiziale della responsabilità del soggetto (con l'osservanza di tutte le garanzie che ciò comporta), la misura cautelare reale consente di aggredire il bene sin dalla fase istruttoria, quando sussiste soltanto un mero sospetto circa la responsabilità per il fatto di reato (BVerfG 3 maggio 2005). In tal caso i requisiti di applicabilità del sequestro devono essere valutati dal giudice con particolare rigore in considerazione delle conseguenze, talora irreparabili (nonostante la provvisorietà dell'intervento), che determinano per i diritti patrimoniali del colpito, per cui anche il diritto al contraddittorio deve essere pienamente assicurato, affinché il colpito possa valere le proprie ragioni (BVerfG 5 maggio 2004 e BVerfG 19 gennaio 2006).

Le pretese statali ed i diritti patrimoniali del colpito vanno comunque commisurati alla luce del principio di *Verhältnismäßigkeit* (BVerfG 14 gennaio 2004), che presiede altresì la valutazione circa la durata del sequestro dovuto a "gravi motivi" (BVerfG 7 luglio 2006).

Entro i limiti consentiti per l'applicazione della misura cautelare devono trovare tutela anche i diritti dei terzi, al soddisfacimento dei quali è preposto l'istituto del *Rückgewinnungshilfe,* la cui applicabilità è altrettanto vincolata dal principio di proporzionalità (BVerfG 7 giungo 2005).

La spada di Damocle non può comunque definitivamente pendere sul capo del titolare dei beni assoggettabili ad ablazione: né le finalità di assicurazione dei proventi statali (BVerfG 19 gennaio 2006) né tanto meno le pretese satisfattorie dei terzi possono prevalere a priori sui diritti patrimoniali di tale soggetto (BVerfG 7 luglio 2006), rispetto ai quali, sin dalla fese istruttoria, la connessione col reato resta presupposto fondamentale della legittimità della ablazione (BVerfG 3 maggio 2005).

Il giudizio del BVerfG in caso di inosservanza dei parametri indicati è rigoroso, e conduce senza eccezioni all'annullamento del provvedimento giudiziale oggetto del ricorso.

9. *(segue) La riforma avente ad oggetto il rafforzamento dell'ausilio al recupero dei profitti ed il prelevamento patrimoniale in caso di reato*

Le sollecitazioni della dottrina e dell'esperienza giurisprudenziale costituiscono il perno attorno al quale si è sviluppata una tradizione di progetti di riforma orientati al "miglioramento" della disciplina vigente[255], che ha portato alla promulgazione del "*Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten*" (*RückgVermabschStG)*[256], approvato il 24 ottobre 2006[257] ed entrato in vigore il 1° gennaio 2007.

La riforma, che opportunamente ha raccolto le indicazioni della Corte costituzionale, è protesa a rafforzare lo strumento dell'"ausilio al recupero dei profitti", nell'intento di risolvere anche il punto nevralgico della normativa, che lasciava sussistere il rischio che la misura cautelare venisse paralizzata dalla inerzia del *Verletzter*.

---

[255] Si ricordi, ad esempio, il "*Gesetzentwurf zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten (VAVGE)*", del 3 febbraio1998, BT-Dr 13/9742.

[256] Il Progetto della legge oggi in vigore reca la data del 21 febbraio 2006 (cfr. in *Bundesrat-Drucksache* 16/700); è stato preceduto dalle versioni pubblicate il 30 dicembre 2005 (in *Bundesrat-Drucksache* 940/05) ed il 28 aprile 2004 (su cui T. Rönnau, *Vermögenabschöpfung im Wandel*, in «ZRP», 2004, p. 191 e ss.).

[257] Cfr. in BGBl. 2006, I, 49, p. 2350 e ss.

Si tratta di una rivisitazione della disciplina processuale che determina ampi riflessi di carattere anche sostanziale.

Vero è che la riforma *in fieri* ritocca solo alcune norme dello StPO, lasciando impregiudicato, come precisa la *Presentazione* del Progetto[258], l'ordito del sistema della ablazione patrimoniale. Tuttavia è di tutta evidenza che la novella, incidendo *di fatto* sulla tutela dei diritti e regolando la "destinazione" dei beni costituenti profitto del reato, finisca in parte per ridefinire i confini della *Gewinnabschöpfung*.

La nuova disciplina segue due direttrici principali: per un verso, il fine di impedire che, a causa dell'inerzia del *Verletzter*, i proventi del reato permangano nella disponibilità del *Täter*; per l'altro, il consolidamento della tutela della "vittima" del reato[259], anche a fronte della tutela degli altri terzi creditori.

Oltre ad alcune modifiche relative al termine massimo di prolungamento della durata della misura cautelare (rilevante al di fuori dei casi di sequestro d'urgenza)[260], il testo approvato dal Parlamento prevede che il *Verletzter* debba essere informato non già della emissione del decreto, bensì della esecuzione della ablazione (nuovo § 111e, comma 3 StPO): e ciò al duplice fine di non compromettere l'esito della misura, e, al contempo, di impedire che i "danneggiati" si procurino (troppo) frettolosamente titoli che si possono rivelare privi di utilità laddove le misure di sequestro "a fini di confisca" restino senza effetto[261].

A tutela della posizione del *Verletzter* si prevede che la comunicazione relativa al sequestro venga diramata rapidamente e con la

---

[258] Cfr. in *Bundesrat-Drucksache* 16/700, *sub* B, p. 2.

[259] Si è già detto del diverso contenuto delle nozioni di *Verletzter*, *Opfer* e *Rechtsgutträger*: cfr. D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 308 e ss.

[260] In tal caso l'applicazione del principio di proporzionalità all'ulteriore prolungamento esige che il sospetto circa la responsabilità per il reato debba basarsi sulla valutazione di determinati elementi di fatto, come evidenziato dal nuovo § 111b, comma 3. Inoltre, al fine di assicurare una più rapida ed efficace apprensione di determinati beni, si introduce una competenza generale della procura nell'ambito della esecuzione del *dinglicher Arrest*, senza che tuttavia sia escluso l'intervento del tribunale (§ 111f, comma 3, terza parte StPO).

[261] *Bundesrat-Drucksache* 16/700, p. 9, par. 2.

massima pubblicità (e preferibilmente tramite strumenti di informazione elettronici con diffusione a livello federale), onde consentire a tutti i soggetti interessati, inclusi quelli allo stato non identificabili, di far valere i propri diritti (§ 111e, comma 4 StPO).

La novella affronta anche un ulteriore nodo problematico.

Sino ad ora, a fronte del rischio che l'inattività del *Verletzter* cagioni, successivamente alla disposizione del sequestro, la restituzione dei beni all'autore del reato (come la giurisprudenza dimostra avvenire di frequente, ad esempio, con riguardo ai c.d. danni di massa conseguenti a reati seriali quali le truffe al sistema telefonico), nella prassi applicativa, confortata dalla Cassazione[262], che ha attinto (anche) alle *Direttive per il processo penale e per il procedimento in materia di sanzioni pecuniarie*[263], si è estesa l'operatività di alcune disposizioni civilistiche, consentendo la conservazione dei beni sequestrati a vantaggio dello Stato. In alcuni casi, tuttavia, l'*escamotage* interpretativo non è riuscito ad impedire che l'autore del reato rientrasse nella disponibilità dei beni sequestrati, sicché in tali ipotesi, per così dire, "il crimine ha pagato"[264].

Poste tali premesse, la nuova disciplina muove da alcune considerazioni.

In primis il rafforzamento dell'istituto dell'"ausilio" deve filtrare attraverso l'estensione esplicita della ammissibilità del procedimento ai casi di sequestro di beni di *valore equivalente* (§ 111g StPO).

---

[262] Cfr. BGH 15 marzo 1984, in «NStZ», 1984, p. 409; si veda altresì BGH 26 luglio 2006, 4 StR 223/06, nel sito www.hrr-strafrecht.de.

[263] In particolare, secondo il comma 5 del n. 75 (in materia di "restituzione") delle *Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV)* – cfr. in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München, 5. Aufl., 2003, 2622 – è applicabile il § 983 BGB e norme richiamate (contenenti la disciplina relativa alla consegna obbligatoria di cose il cui legittimato a ricevere sia ignoto) quando nel corso dell'istruttoria emerge con chiarezza che la cosa è giunta illegittimamente nelle mani del detentore, ma il *Verletzter* non si trova.

[264] Si aggiunga che il tenore delle previgenti disposizioni in materia di *dinglicher Arrest* (§ 111g, comma 3 StPO) lasciava aperta la questione della possibilità di successione dello Stato nel diritto ipotecario del terzo, così come, dal momento dell'esecuzione dell'*Arrest*, incerta appariva la regolamentazione del subentro del *Verletzter* allo Stato e, quindi, l'eventuale privilegio accordato al primo rispetto agli (altri) terzi creditori.

L'art. 2 della legge del 24 ottobre 2006 modifica il testo del § 73d StGB, estendendo all'ipotesi di acquisizione pubblica allargata la clausola di salvaguardia a favore del *Verletzter* di cui al § 73, comma 1, seconda parte StGB[265].

Il primato dei diritti di quest'ultimo rispetto agli altri creditori è assicurato, accogliendo l'interpretazione analogica dei §§ 111g e 111h StPO emersa nell'ambito del contrasto giurisprudenziale che ha animato il dibattito sul punto[266].

Infine, attraverso la riformulazione del § 111i StPO, si è introdotto il principio della successiva apprensione da parte dello Stato nei casi in cui la disposizione dell'acquisizione pubblica sia recessiva rispetto alle pretese del *Verletzter,* ma quest'ultimo non agisca. Premesso infatti che l'acquisizione pubblica (anche nella forma per equivalente) è esclusa quando il fatto di reato fondi le pretese del "danneggiato" ai sensi del § 73, comma 1, seconda parte StGB, la riforma attribuisce al giudice il potere di stabilire entro quali limiti la tutela garantita da quest'ultima disposizione possa impedire l'ablazione a favore dello Stato.

Al contempo viene protratto a tre anni (decorrenti dalla formazione del giudicato) il termine per la richiesta dell'ausilio statale al recupero dei profitti.

La modifica della disciplina risponde alle osservazioni della dottrina che ha segnalato l'eccessiva contrazione del termine precedentemente previsto dal codice[267].

In tal modo – precisa la *Relazione al Progetto* (par. 8) – (e non sotto il profilo del diritto di informazione nel processo penale) viene consolidata la tutela del *Verletzter* nella cornice del completamento e miglioramento della disciplina introdotta dalla normativa in materia di diritti della "vittima" – *rectius*: *Opfer* – e del radicamento dell'istituto della costituzione di parte civile.

Se, infatti, entro i termini fissati il *Verletzter* non promuove il procedimento di esecuzione forzata sui beni sequestrati (che può in-

---

265 Cfr. *supra* par. 7.

266 *Relazione al Progetto*, par. 7.

267 In tal senso, ad esempio, G. Schäfer, *§ 111i*, cit., p. 813, Rn. 4; W. Schmidt, *Gewinnabschöpfung*, cit., Rn. 1216; K. Lohse, *§ 111i*, cit., Rn. 1.

tervenire sulla base di un procedimento cautelare civilistico), né altrimenti ottiene soddisfazione delle proprie pretese, i beni "congelati" vengono devoluti allo Stato.

Nessun rilievo viene attribuito alla circostanza che il *Verletzter*, prima dello spirare del (nuovo) termine triennale, non riesca ad ottenere – quanto meno in via provvisoria – il titolo esecutivo: le esigenze di celerità delle decisioni nella materia in esame, infatti, impongono la valutazione del prevedibile esito dell'azione civile sin dal momento della verifica del fondamento del provvedimento ablativo.

Il complesso delle nuove disposizioni è funzionale all'obiettivo di cui si diceva in apertura, *id est* impedire che i proventi del reato o il loro valore equivalente ritornino nella disponibilità dell'autore del reato stesso per effetto della impossibilità di identificare i "danneggiati", ovvero in conseguenza del disinteresse di questi ultimi rispetto alla tutela dei propri diritti.

Secondo gli auspici espressi nella *Relazione al Progetto,* con l'estensione dei principî richiamati (§ 111i StPO) ai casi dell'acquisizione pubblica allargata *ex* § 73d StGB e del procedimento autonomo di confisca di cui al § 76a StGB[268], la nuova regolamentazione della apprensione dei beni nel procedimento penale dovrebbe rimuovere ogni eventuale difformità della disciplina rispetto alla Legge Fondamentale ed alle linee di politica criminale orientate alla tutela dei diritti individuali.

Quest'ultima prospettiva, inserendosi nel solco dell'indirizzo accolto dal *BVerfG* e dal legislatore tedesco, rimarca il divario (al momento non colmabile) tra il "modello" d'oltralpe e quello – pletorico, parcellizzato e fortemente censurabile sotto il profilo della legittimità costituzionale – tratteggiato nell'ordinamento italiano dalle ipotesi speciali di confisca.

---

[268] Il § 76a StGB stabilisce che si debba o possa disporre autonomamente l'acquisizione pubblica o la confisca dell'oggetto o del valore equivalente, ovvero l'inutilizzabilità dello stesso, quando sussistono tutti i presupposti che impongono o consentono la misura, ma per motivi di fatto (*aus tatsächlichen Gründen*) nessuna persona determinata possa essere perseguita o condannata per il reato.

BIBLIOGRAFIA GENERALE

Aa.Vv., *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, Cacucci, Bari, 1988.

Aa.Vv., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Ipsoa, Milano, 2002.

Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, a cura di A. Alessandri, Ipsoa, Milano, 2002.

Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002.

Aa.Vv., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, Cedam, Padova, 2003 (II ed. in corso di pubblicazione).

Aa.Vv., *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, a cura di G. Lancellotti, Torino, 2003.

Aa.Vv., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. Palazzo, Cedam, Padova, 2003.

Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, a cura di L. Stortoni e L. Foffani, Giuffrè, Milano, 2004.

Aa.Vv., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. De Francesco, Giappichelli, Torino, 2004.

Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Cedam, Padova, 2005.

Aa.Vv., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Atti del III Convegno Internazionale promosso dal Centro Studi Giuridici "Francesco Carrara" Lucca (Lucca, 24-25 maggio 2002), Giuffrè, Milano, 2005.

Aa.Vv., *I modelli organizzativi,* a cura di C.Monesi, Giuffrè, Milano, 2005.

Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, Milano, 2005.

Aa.Vv., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Cedam, Padova, 2006.

Aa.Vv., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di A. Bernardi, Giuffrè, Milano, 2006.

Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Giuffrè, Milano, 2006.

Aa.Vv., *La Costituzione Italiana. Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini. Commento agli artt. 1-54*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Utet, Torino, 2007.

Albanese A., *Il pagamento dell'indebito*, Cedam, Padova, 2004.

Albrecht P.-A., *Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik*, in Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (a cura di), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M., 1995, p. 429 e ss.

Alessandri A., voce *Confisca nel diritto penale*, in «Dig. disc. pen.», III, 1989, p. 39 e ss.

Alessandri A., *La confisca*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Ipsoa, Milano, 2002, p. 104 e ss.

Alessandri A., *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 25 e ss.

Alessandri A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2005, p. 534 e ss.

Alessandri A., *Presentazione*, in Aa.Vv., *I modelli organizzativi "ex" d.lgs 231/2001*, a cura di C. Monesi, Giuffrè, Milano, 2005, p. XXV e ss.

Alessandri A., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2103 e ss.

Alessi G., *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

Allegrezza S., *Il caso "Pupino": profili processuali*, in Atti del Convegno "L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale" (Bologna, 31 marzo 2006), in corso di pubblicazione.

Amati E., *Infedeltà patrimoniale*, in *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Utet, Torino, 2005, p. 400 e ss.

Amati E., *La disciplina degli abusi di mercato*, in Aa.Vv., *La legislazione penale compulsiva*, cit., p. 203 e ss.

Amodio E., *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in «Cass. pen.», 2005, p. 321 e ss.

Annunziata F., *Il recepimento della "market abuse directive"*, in «Corr. giur.», 2005, 6, p. 75 e ss.

Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, a cura di C.F. Grosso, Giuffrè, Milano, 2007[13].

Aprile E., *Le Sezioni Unite definiscono i contorni del regime di impugnabilità oggettiva dei provvedimenti in materia di sequestro preventivo*, in «Cass. pen.», 2006, p. 168 e ss.

Assmann H.-D., Schneider U.H. (a cura di), *Wertpapierhandelsgesetz. Kommentar*, O. Schmidt, Köln, 3. Aufl., 2003.

Astrologo A., *"Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione nella responsabilità dell'ente nel D.Lgs. 231/2001*, in «Ind. Pen.», 2003, p. 656.

Astrologo A., *La nozione di "reato commesso" ex art. 3 della l. 146/2006 e i riflessi sul d.lgs. 231/2001*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, fasc. 3, p. 111 e ss.

Astrologo A., *Brevi note sull'interesse e il vantaggio nel D.Lgs. 231/2001*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 1, p. 187 e ss.

Astrologo A., *Prime riflessioni sulla definizione di reato transnazionale nella L. 146/2006*, in «Cass. pen.», 2007, 4, p. 353 e ss.

Balducci P., *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1991.

Balsamo A., *Nuove prospettive per il sequestro e la confisca antimafia nel contesto europeo*, in «Il merito-Il Sole 24 ore», 2005, 2, p. 54 e ss.

Balsamo A., *La destinazione delle somme di denaro fa scattare il finanziamento del terrore*, in «Guida al diritto. Comunitario e internazionale», 2006, 1, p. 37 e ss.

Balsamo A., De Amicis G., *L'art. 12- quinquies della l. n. 356/1992 e la tutela del sistema economico contro le nuove strategie delle organizzazioni criminali: repressione penale «anticipata» e prospettive di collaborazione internazionale*, in «Cass. pen.», 2005, 6, p. 2075 e ss.

Barazzetta A., *La confisca nei reati societari (art. 2641)*, in *I nuovi reati societari*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Cedam, Padova, 2002, p. 185 e ss.

Barbato G., *Tassati tutti i proventi da reato*, in «Guida al diritto», 2006, 34, p. 127 e ss.

Barberini R., *Entrata in vigore della Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale e disegno di legge di ratifica*, in «Cass. pen.», 2003, p. 3254 e ss.

Barone A., *L'efficacia delle direttive Cee nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale*, in «Foro it.», 1991, IV, c. 130 e ss.

Bartolomucci S., *Market abuse e "le" responsabilità amministrative degli emittenti*, in «Le Società», 2005, 7, p. 909 e ss.

Barton S., *Läßt sich die Vermögensstrafe (§ 43a StGB) verfassungskonform anwenden?*, in *Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung - 20. Strafverteidigertag*, Ed. Der Andere Buchladen, Köln, 1996, p. 155 e ss.

Bassi Al., *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, a cura di A. Bassi, T.E. Epidendio, Giuffrè, Milano, 2006, p. 275 e ss.

Bassi Al., Epidendio T.E. (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2006.

Bassi Am., *I gruppi di imprese,* in V. Monocore (a cura di), *Manuale di diritto commerciale,* Giappichelli, Torino, 2006[7].

Bastia P., *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in Aa.Vv., *Societas puniri potest*, cit., p. 35 e ss.

Battaglio S., *"Indizio" e "prova indiziaria" nel processo penale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1995, p. 375 e ss.

Bauccio L., *L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005.

Beck U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1986.

Belfiore E.R., *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1997.

Belfiore E.R., voce *Criminalità organizzata*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F.C. Palazzo e C.E. Paliero, Cedam, Padova, 2003 (II ed. in corso di pubblicazione).

Belfiore E.R., *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Giuffrè, Milano, 2005.

Berliri A., *Corso istituzionale di diritto tributario*, II, Giuffrè, Milano, 1978.

Bernardi A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004.

Bernardi A., *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in Aa.Vv., *Il diritto penale nella prospettiva europea*, a cura di S. Canestrari e L. Foffani, Giuffrè, Milano, 2005, p. 377 e ss.

Bernardi A., *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino, 2006.

Bernasconi P., *Il nuovo diritto europeo sul sequestro e il depistaggio di valori patrimoniali provento di reato transanazionale*, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 1992, p. 1 e ss.

Bernasconi A., *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002, p. 299 e ss.

Bevere A., *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, Giuffrè, Milano 2001[2].

Biscardi G., *Sequestro preventivo e dichiarazione di fallimento*, in «Giur. it.», 2006, p. 209 e ss.

Bognetti G., voce *Diritti dell'uomo*, in «Dig. disc. priv. sez. civ.», V, Torino, 1989, p. 383 e ss.

Bongiorno G., *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia,* in «Riv. dir. proc.», 1988, p. 443 e s.

Bonsignori A., *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, IX, 1986.

Borggräfe J., Schütt M., *Grundrechte und dinglicher Arrest*, in «StraFo», 2006, p. 133 e ss.

Bricchetti R., *Anticipo sulla "pena" con il sequestro preventivo*, in «Guida al diritto», 2001, n. 26, p. 91 e ss.

Bricchetti R., *Le misure cautelari*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 267 e ss.

Bricchetti R., *La confisca nel procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 2, p. 7 e ss.

Bricola F., *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1970, p. 951 e ss., e in Id., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, II/2, Giuffrè, Milano, 1997, p. 2975 e ss.

Bricola F., *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in «Pol. Dir.», 1974, p. 351 e ss., e oggi in Id., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, I/2, Giuffrè, Milano, 1997, p. 871 e ss.

Bricola F., *Premessa ai commenti alla l. 13/9/1982, n. 646. Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alle leggi 27/12/1956 n. 1423, 10/2/1962 n. 57 e 31/5/1965 n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia*, in «Legisl. pen.», 1983, p. 237 e ss., oggi anche in Id., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, II/1, Giuffrè, Milano, 1997, p. 2721 e ss.

Bruno L.G., *Misure di prevenzione patrimoniali e congelamento di beni per reati di terrorismo: problemi sostanziali e processuali*, in «Dir. pen. proc.», 2007, p. 99 e ss.

Bussmann K.-D., Salvenmoser S., *Internationale Studie zur Wirtschaftskriminalität*, in «NStZ», 2006, 4, p. 203 e ss.

Busson E., *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 183 e ss.

Cafaggi F. (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto e economia*, Il Mulino, Bologna, 2004.

Callaioli A., *Art. 240*, in Aa.Vv., *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Giuffrè, Milano, 2005[3], p. 1087 e ss.

Canestrari S., *Laicità e dritto penale nelle democrazie costituzionali*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Giuffrè, Milano, 2006, I, p. 139 e ss.

Canevelli, *L'esecuzione delle sanzioni*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 393 e ss.

Caprioli F., *Art. 579*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 1994 e ss.

Caraccioli I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2005[2].

Cardarelli M.C., *L'azione dematerializzata*, Giuffrè, Milano, 2001.

Carinci A., *L'invalidità del contratto nelle imposte sui redditi. Profili sostanziali*, Giuffrè, Milano, 2003.

Carli L., *Le indagini processuali nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2005[2].

Carmignani G., *Elementi del diritto criminale*, Tipografia Anglo-Maltese, Malta, I, p. 1847.

Carnelutti F., *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1930.

Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, 1886, rist. Il Mulino, Bologna, 1993[6].

Carriero G., *La legge sulla dematerializzazione degli strumenti finanziari: tecniche giuridiche e obiettivi*, in «Foro it.», 1998, V, c. 309 e ss.

Casaroli G., *Le misure di prevenzione patrimoniali tra accertamento del fatto e valutazione degli indizi*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Giuffrè, Milano, 2006, III, p. 2223 e ss.

Caselli Lapeschi A., *Art. 676*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Cedam, Padova, 2005, p. 2309 e ss.

Cassano F., *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, in «Cass. pen.», 2005, p. 2155 e ss.

Castellaneta M., *Norme applicabili direttamente nello Stato*, in «Guida al diritto», 2006, n. 17, p. 62 e ss.

Cataliotti L., *Art. 2641,* in A. Lanzi e A. Cadoppi (a cura di), *I reati societari,* Cedam, Padova, 2007, p. 325 e ss.

Cavaliere A., *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Esi, Napoli, 2003.

Cercone R., *Art. 1992*, in Aa.Vv., *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, I, Giuffrè, Milano, 2006[6].

Ceresa-Gastaldo M., *Il "processo alle società" nel D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, Torino, 2002.

Cerqua L.D., *Il trattamento sanzionatorio*, in Aa.Vv., *I modelli organizzativi "ex" d.lgs 231/2001*, a cura di C. Monesi, Giuffrè, Milano, 2005, p. 209 e ss.

Cerqua L.D., *La responsabilità amministrativa degli enti collettivi: principi generali e prime applicazioni giurisprudenziali*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 2, p. 149 e ss.

Cerqua L.D., *Responsabilità degli enti: si amplia la categoria dei reati presupposto*, in «Diritto e pratica delle società», 2006, 10, p. 6 e ss.

Cherchi I., *La tassazione dei proventi da reato*, in «Dir. e prat. trib.», 2005, p. 417 e ss.

Cisterna A., *Una retrocessione di beni incamerati che aveva suscitato molte polemiche*, in «Guida al diritto», 2007, 7, p. 76 e ss.

Civoli C., voce *Confisca (diritto penale)*, in «Dig. it.», VIII-I, 1896, p. 892 e ss.

Cordero F., *Procedura penale,* Giuffrè, Milano, 2006[8].

Corvi P., *Attribuzioni del giudice penale in materia di responsabilità degli enti*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 199 e ss.

Crespi A., Stella F., Zuccalà G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 2003[4].

Curi F., *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali*, in Aa.Vv., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola, V. Zagrebelsky, *Mafia e criminalità organizzata*, coord. da P. Corso, G. Insolera e L. Stortoni, Utet, Torino, 1995, I, p. 167 e ss.

Curi F., "La fretta, che l'onestade ad ogni atto dismaga*": alcune osservazioni sulla recente legislazione in tema di violenza negli stadi*, in «Cass. pen.», 2007, p. 380 e ss.

D'Onofrio M., *Il sequestro preventivo*, Cedam, Padova, 1998.

Dal Canto F., *La responsabilità disciplinare: aspetti sostanziali*, in «Foro it.», 2006, V, c. 43 e ss.

Dambruoso S., *Cenni sullo stato attuale del dibattito sulla compatibilità dei due momenti derivati dai recenti fatti terroristici: diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in L. Bauccio, *L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005.

Dannert M.A.M., *Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Eigentumsentziehung zur Verfolgung und Verhinderung von Straftaten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

De Maglie C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002.

De Amicis G., *Reati transnazionali nel mirino dell'Onu. Roma: sì alla Convenzione. Cosa cambia*, in «Diritto e Giustizia», 2006, n. 20, p. 94 e ss.

De Angelis L., *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente (trasformazione, fusione, scissione, cessione d'azienda)*, in «Le Società», 2001, 11, p. 1326 e ss.

De Cristofaro M., *Art. 2901*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice civile*, diretto da G. Cian e A. Trabucchi, Cedam, Padova, 2007[8].

De Cristofaro M., *Art. 2902*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice civile*, diretto da G. Cian e A. Trabucchi, Cedam, Padova, 2007[8].

De Donno G., *Le quote delle "s.r.l." tra sequestro preventivo, confisca e tutela del terzo*, in «Giur. it. », 1993, II, p. 575 e ss.

De Francesco G., *Le misure di sicurezza patrimoniali*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, *Codice penale. Parte generale*, III, Utet, Torino, 1984, p. 1550 e ss.

De Francesco G., *Disciplina penale societaria e responsabilità degli enti: le occasioni perdute dalla politica criminale*, in «Dir. pen. proc. », 2003, p. 929 e ss.

De Francesco G., *Introduzione*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. De Francesco, Giappichelli, Torino, 2004, p. 7 e ss.

De Francesco, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti di precetti normativi?*, in «Dir. pen. proc.», 2005, p. 753 e ss.

De Gennaro A., Querqui M., *Il contrasto al finanziamento del terrorismo. Il congelamento dei fondi e delle risorse economiche*, in «Fisco», 2006, 33, 11, p. 5097 e ss.

De Gregorio G.G., *Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*, in «Legisl. pen.», 2002, p. 613 e ss.

De Liguori L., *Fattispecie preventiva ed associazione mafiosa: realtà e simbolismo della nuova emergenza*, in «Cass. pen.», 1990, p. 691 e ss.

De Marzo G., *Il d.lgs. n. 231/2001: responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in «Corr. giur.», 2001, p. 1527 e ss.

De Nardis E., *La responsabilità amministrativa*, in «Diritto e pratica delle società», 2005, p. 20 e ss.

De Santis A.M., voce *Sequestro preventivo,* in «Dig. Disc. pen.», XIII, 1997, p. 264 e ss.

De Simone G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 57 e ss.

De Simone G., *La responsabilità da reato dell'impresa nel sistema italiano: alcune osservazioni rapsodiche e una preliminare divagazione comparatistica*, in Aa.Vv., *Societas puniri ipotest*, cit., p. 217 e ss.

De Vero G., *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 3 e ss.

De Vero G., *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità "ex crimine" degli enti collettivi*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2003, p. 720 e ss.

De Vero G., *Il sistema sanzionatorio di responsabilità "ex crimine" degli enti collettivi*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 2, p. 173 e ss.

Dean G., *Le norme sull'esecuzione*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 387 e ss.

Dell'Anna T., *Applicabilità e limiti del sequestro preventivo di un immobile abusivo ultimato*, in «Cass. pen.», 2004, p. 1332 e ss.

Delmas-Marty M., *L'intégration du droit pénal en Europe*, in Aa.Vv., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di A. Bernardi, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1 e ss. (trad. it. *L'integrazione del diritto penale in Europa*, a cura di E. Borsetti), *ivi*, p. 17 e ss.

Di Chiara G., *Modelli e standard probatori in tema di confisca dei proventi di reato nello "spazio giudiziario europeo": problemi e prospettive*, in «Foro it.», 2002, II, c. 263 e ss.

Di Geronimo P., *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi* post factum *ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari*, in «Cass. pen.», 2004, p. 254 e ss.

Di Giovine O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, Milano, 2005, p. 3 e ss.

Di Giovine O., *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006.

Di Lena S., *Giudice dell'esecuzione e confisca di valori ingiustificati: un princpio di diritto "non innocuo" dal punto di vista costituzionale*, in «Ind. pen.», 2003, p. 1205 e ss.

Di Lena S., *Le misure di sicurezza patrimoniali nell'ottica del giusto processo*, in «Ind. pen.», 2005, p. 649 e ss.

Di Martino A., *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Giappichelli, Torino, 2006.

Di Martino A., *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia dalla cd. Convenzione di Palermo*, in «Dir. pen. proc.», 2007, p. 15 e ss.

Doğan S., *Ad-hoc-Publizitätshaftung*, Nomos, Baden-Baden, 2005.

Dolcini E., Paliero C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006.

Donini M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004.

Dreier H. (a cura di), *Grundgesetz Kommentar,* Mohr, Tübingen, 2. Aufl., 2004.

Dürig G., Klein H., *Art. 18* (1997), in T. Maunz, G. Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, München, Lfg. 2004.

Epidendio T.E., *L'illecito dipendente da reato*, in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, a cura di A. Bassi, T.E. Epidendio, Giuffrè, Milano, 2006, p. 169 e ss.

Epidendio T.E., *Manipolazione del mercato e sequestro preventivo delle azioni*, in «Corr. mer.», 2006, p. 638 e ss.

Epidendio T.E., *Le misure cautelari e i gruppi di impresa: teoria e prassi applicativa dai casi concreti*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 2, p. 123 e ss.

Epidendio T.E., *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, p. 73 e ss.

Epidendio T.E., *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, in A. Bassi, T.E. Epidendio (a cura di), *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 309 e ss.

Erbani S., *Art. 445*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di D. Carcano, S. Erbani, G. Leo e E. Perusia, VI, Milano, 2003[9], p. 402 e ss.

Eser A., *Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum: dogmatische und rechtspolitische Untersuchungen zu Einziehung, Unbrauchbarmachung und Gewinnverfall,* Mohr, Tübingen, 1969.

Eser A., *Vorbem § 73, §§ 73-75*, in A. Schönke, H. Schröder (a cura di), *StGB Kommentar*, C.H. Beck, München, 27. Aufl., 2006, p. 1022 e ss.

Fantozzi A., *Corso di diritto tributario*, Utet, Torino, rist. agg., 2004.

Faure M., *Gewinnabschöpfung und Verfall auf ökonomischem Prüfstand*, in J. Arnold, B. Burkhardt, W. Gropp, G. Heine, H.-G. Koch, O. Lagodny, W. Perron e S. Walther (a cura di), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser*, C.H. Beck, München, 2005, p. 1311 e ss.

Ferlazzo Natoli L., *Lineamenti di diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 2004[2].

Ferola L., *Il riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005.

Fiandaca G., *Commento all'art. 1 della l. 1/9/198, n. 646. Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alle leggi 27/12/1956 n. 1423, 10/2/1962 n. 57 e 31/5/1965 n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia*, in «Legisl. pen.», 1983, p. 256 e ss.

Fiandaca G., voce *Misure di prevenzione,* in «Dig. Disc. pen.», VIII, 1994, p. 108 e ss.

Fiandaca G., *Confisca dei patrimoni illeciti*, in Aa.Vv., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Atti del III Convegno Internazionale promosso dal Centro Studi Giuridici "Francesco Carrara" Lucca (Lucca, 24-25 maggio 2002), Giuffrè, Milano, 2005, p. 151 e ss.

Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2007[5].

Fiandaca G., Visconti C., *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in «Foro it.», 2006, II, c. 86 e ss.

Fidelbo G., *Le misure cautelari*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 455 e ss.

Fidelbo G., *Misure cautelari nei confronti delle società: primi problemi applicativi in materia di tipologie delle "sanzioni" e limiti dell'operatività del commissario giudiziale*, in «Cass. pen.», 2004, p. 276 e ss.

Fidelbo G., *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 389 e ss.

Filippi L., *La confisca di prevenzione: un'anomalia tutta italiana*, in «Dir. pen. proc.», 2005, p. 269 e ss.

Fiorella A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni interdittive*, in A. Fiorella, G. Lancellotti, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 39 e ss.

Fiorella A., Lancellotti G., *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Giappichelli, Torino, 2004.

Flechter G.P., *Basic Concepts of Criminal Law*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1998, trad. it. *Grammatica del diritto penale*, a cura di M. Papa, Il Mulino, Bologna, 2004.

Flora G., *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in «Dir. pen. proc.», 2003, p. 1398 e ss.

Foffani L., *Art. 2641*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, Cedam, Padova, 2003, p. 1923 e ss. (II ed. in corso di pubblicazione).

Foffani L., *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in Aa.Vv., *Societas puniri potest*, cit., p. 243 e ss.

Fondaroli D., *Il "gruppo di società" tra lacune legislative ed esigenze di riforma*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale - Diritto penale commerciale*, I, coord. da E. Carletti, Utet, Torino, 1990, p. 205 e ss.

Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano, 1999.

Fondaroli D., *Art. 164*, in *Codice penale ipertestuale*, a cura di S. Ardizzone e M. Ronco, Utet, Torino, agg. 2006.

Fornari L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Cedam, Padova, 1997.

Fornari L., *Art. 240*, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 2003[4], p. 727 e ss.

Fornari L., *La criminalità del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2005, p. 63 e ss.

Fornasari G., *L'introduzione della pena patrimoniale nel codice penale tedesco*, in «Riv. trim. dir. pen. econ.», 1993, p. 162 e ss.

Fornasari G., *Strategie sanzionatorie e lotta alla criminalità organizzata in Germania e in Italia*, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 1994, p. 743 e ss.

Fornasari G., *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12*-sexies *della legge n. 356 del 1992*, in «Crit. Dir.», 1994, p. 11 e ss.

Fornasari G. (a cura di), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato,* Cedam, Padova, 2002.

Fùrfaro S., voce *Confisca*, in «Dig. Disc. pen.», Agg.***, I, 2005, p. 201 e ss.

Fùrfaro S., voce *Misure di prevenzione patrimoniali*, in «Dig. disc. pen.», Agg. ***, I, 2005, p. 876 e ss.

GAITO A., *Sui rapporti tra fallimento e sequestro antimafia in funzione di confisca*, in «Riv. dir. proc.», 1996, p. 393 e ss.

GALGANO F., *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, a cura di G. Branca, II, Zanichelli, Bologna-Roma, 1982, p. 1 e ss.

GALLO E., *Misure di prevenzione*, in «Enc. Giur. Treccani», XX, 1990.

GALLO P., *Art. 2041*, in *Codice civile ipertestuale*, a cura di G. Bonilini, M. Confortini e C. Granelli, II, Utet, Torino, 2000, p. 3117 e ss.

GALLO P., *Arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 2003.

GALLUCCI E., *L'esecuzione*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 625 e ss.

GARAVELLI M., *Il sequestro nel procedimento penale*, Utet, Torino, 2002.

GARAVELLI M., *Artt. 321-325*, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Cedam, Padova, 2005, p. 1091 e ss.

GARGANI A., *Le conseguenze indirette della corresponsabilizzazione degli enti collettivi*, in AA.VV., *Societas puniri ipotest*, cit., p. 235 e ss.

GARUTI G., *I profili soggettivi del procedimento*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 269 e ss.

GERACI V., *L'associazione di tipo mafioso nella l. 13 settembre 1982, n. 646*, in «Legisl. pen.», 1986, p. 569 e ss.

GIALANELLA A., *Patrimoni di mafia. La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Esi, Napoli, 1998.

GIALANELLA A., *Il punto su misure di prevenzione patrimoniale e tutela dei terzi: nuovi passi della "lunga marcia" verso un orizzonte di riforma*, in «Crit. dir.», 2002, p. 41 e ss.

GIARDA A., *Un sistema ormai a triplo binario: la giurisdizione penale si amplia*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 193 e ss.

GIARDA A., *Azione civile di risarcimento e responsabilità "punitiva" degli "enti"*, in «Corr. mer.», 2005, p. 579 e ss.

GIARDA A., SEMINARA S. (a cura di), *I nuovi reati societari*, Cedam, Padova, 2002.

GIORDANENGO G., *La confisca*, in AA.VV., *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Utet, Torino, 2005, p. 505 e ss.

GOETTE W., *Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Aktienrecht (Teil I)*, in «DStr», 2005, p. 561 e ss.

GOLINELLI G.M., *L'approccio sistemico al governo dell'impresa,* Cedam, Padova, 2000.

GRASSO G., *Art. 240*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Giuffrè, Milano, 1994, p. 521 e ss.

GRASSO G., *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in «Riv. trim. dir. pen. econ.», 1995, p. 1180.

GRASSO G., *Il "Corpus Juris" e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 1 e ss.

GRASSO G., *Diritti fondamentali e pena nel diritto dell'Unione europea*, in AA.VV., *Multiculturalismo, diritti umani e pena*, cit., p. 85 e ss.

GROSCHNER R., *Art. 18*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, Mohr, Tübingen, 2.Aufl., 2004, p. 1506 e ss.

GROSSO C.F., *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2004, p. 1335 e ss.

HÄRTER K., *Negoziare sanzioni e norme: la funzione e il significato delle suppliche nella giustizia penale della prima età moderna*, in *Suppliche e "gravamina". Politica, amministrazione, giustizia in Europa (secoli XIV-XVIII)*, a cura di C. Nubola, A. Würgler, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 263 e ss.

HASSEMER W., *Vermögen im Strafrecht: Zu neuen Tendenzen der Kriminalpolitik*, in «Wertpapier Mitteilungen-Sonderbeilage», n. 3/1995, p. 1 e ss.

HASSEMER W., *Vor § 1*, in U. NEUMANN, I. PUPPE, W. SCHILD (a cura di), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 3. Lfg. 1995.

HASSEMER W., *Variationen der positiven Generalprävention* (1998), in Id. *Strafen in Rechtsstaat*, Nomos, Baden-Baden, 2000, p. 199 e ss.

HASSEMER W., *Introduzione*, in AA.VV., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit.

HASSEMER W., REEMTSMA I.P., *Verbrechenopfer: Gesetz und Gerechtigkeit*, C.H. Beck, München, 2002.

HERZOG F., *Gewinnabschöpfung und Vermögenssanktionen: Verbrechensbekämpfung durch Kostenmaximierung des Normbruchs?*, in *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 241 e ss.

HERZOG F., *§§ 73 e ss.*, in U. NEUMANN, I. PUPPE, W. SCHILD, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch,* Nomos, Baden-Baden, 14. Lfg. 2003.

HERZOG F., *Gewinnabschöpfung unter der Flagge der positiven Generalprävention*, in «JR», 2004, p. 494 e ss.

HERZOG F., *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in AA.VV., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., p. 357 e ss.

von HIRSCH A., *L'esistenza dell'istituzione della pena: rimprovero e prevenzione come elementi di una giustificazione*, in AA.VV., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, a cura di L. Stortoni e L. Foffani, Giuffrè, Milano, 2004, p. 121 e ss.

HORN E., *§ 43a*, in H.-J, RUDOLPHI, E. HORN, E. SAMSON, H.-L. GÜNTHER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin, 35. Lfg., 7. Aufl. (2001).

HUTTER S., STÜRWALD F., *EM.TV und die Haftung für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen*, in «NJW», 2005, p. 2429 e ss.

IACOVIELLO F.M., *Fallimento e sequestri penali*, in «Fall.», 2005, p. 1273 e ss.

INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Il Mulino, Bologna, 1996.

INZITARI B., LIMITONE G., *Tendenze riduzionistiche della revocatoria fallimentare nel progetto di riforma: effetti sulla concorrenza e sulla libertà di mercato*, in «Dir. Fall.», 2005, p. 170 e ss.

IRTI N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004[3].

IUZZOLINO G., *Per conformarsi agli standards europei leggi di attuazione entro il 15 giugno 2006*, in «Guida al diritto. Comunitario e Internazionale», 2005, 3, p. 35 e ss.

IUZZOLINO G., *Principio del mutuo riconoscimento esteso a tutti i proventi di reato*, in «Guida al diritto. Comunitario e internazionale», 2007, 1, p. 74 e ss.

JESCHECK H.-H., WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 5. Aufl., 1996.

JULIUS K.P., *Einziehung, Verfall und Art. 14 GG*, in «NStW», 1997, p. 58 e ss.

KATHOLNIGG O., *Die Neuregelungen beim Verfall*, in «JR», 94, p. 353 e ss.

KEMPF E., *Zur verfassungsgerichtlichen Entwicklung des Akteneinsichtsrechts*, in «StraFo», 2004, p. 299 e ss.

KIETHE K., *Strafrechtlicher Anlagerschutz durch §400 Nr. 1 AktG*, in «NStZ», 2004, 2, p. 73 e ss.

KÖHLER M., BECK W., *Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktionen*, in «JZ», 1991, p. 797 e ss.

KÖNIG P., *§ 17*, in E. GÖHLER, P. KÖNIG, H. SEITZ, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, C.H. Beck, München, 14. Aufl., 2006, p. 140 e ss.

KORT M., *Die Haftung von Vorstandsmitgliedern für falsche Ad-hoc-Mitteilungen*, in «(Die) Aktiengesellschaft», 2005, p. 21 e ss.

KOWALEWSKY J., HELLGARDT A., *Der Stand der Rechtsprechung zur deliktrechtlichen Haftung für vorsätzlich falsche Ad-hoc-Mitteilungen*, in «Der Betrieb», 2005, p. 1839 e ss.

KREKELER W., LÖFFELMANN M. (a cura di), *AnwaltKommentar StPO*, Deutscher Anwaltverlag Gm, Bonn, 2007.

KREY V., DIERLAMM A., *Gewinnabschöpfung und Geldwäsche*, in «JR», 1992, p. 353 e ss.

KRÜGER H., PAGENKOPF M., *Art. 18*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, München, 3.Aufl., 2003, p. 743 e ss.

KÜMPEL S., *Bank-und Kapitalmarktrecht*, O. Schmidt, Köln, 2004.

LAMANNA F., *La presunzione di onerosità delle garanzie contestuali nella novellata disciplina dell'azione revocatoria*, in «Fall.», 2006, p. 402 e ss.

Langenbucher K., *Kapitalerhaltung und Kapitalmarkthaftung*, in «ZIP», 2005, p. 239 e ss.

Langer O., *Vermögensstrafe (§ 43a StGB): die neue Rechtsfolge zur Bekämpfung organisierter Kriminalität unter Berücksichtigung des erweiterten Verfalls (§ 73d StGB)*, Cuvillier, Göttingen, 1997.

Lanzi A., *Falso in bilancio: difficile provare il danno ai risparmiatori*, in «Dir. prat. soc.», 2006, 3, p. 6 e ss.

Lanzi A., Cadoppi A. (a cura di), *I reati societari: commentario aggiornato alla Legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Cedam, Padova, 2007.

Lattanzi F., *Art. 321*, in Aa.Vv., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi e E. Lupo, IV, tomo II, Giuffrè, Milano, 2003[9], p. 1590 e ss.

Lattanzi F., *Art. 322-bis*, in Aa.Vv., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., p. 1640 e ss.

Lattanzi F., *Sequestri*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 527 e ss.

Lattanzi G., Lupo E. (a cura di), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, IV, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2003[9].

Laudati A., *I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione europea*, in «Dir. pen. proc.», 2006, p. 401 e ss.

Laudati A., *Nasce la confisca per equivalente*, in «Guida al diritto», 2006, n. 17, p. 69 e ss.

Leccese M., *Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico (art. 25* quater *d.lgs. n. 231 del 2001)*, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 2003, p. 1191 e ss.

Leipold K., *Der dingliche Arrest im Strafverfahren*, in «NJW-Spezial», 2006, n. 1, p. 39 e ss.

Leo M., *Le imposte sui redditi nel testo unico*, I, Giuffrè, Milano, 2006.

Lohse K., *Vorbem § 111b, §§111b-111p*, in W.Krekeler, M. Löffelmann (a cura di), *AnwaltKommentar StPO*, Deutscher Anwaltverlag Gm, Bonn, 2007.

Lorusso S., *Arriva dalla Corte costituzionale il* placet *alla giurisdizione penale "acognitiva"*, in «Dir. pen. proc.», 2005, p. 627 e ss.

Lottini R., *Il sistema sanzionatorio*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 127 e ss.

Löwe E., Rosenberg W. (a cura di), *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, De Gruyter Recht, Berlin, 25. Aufl., 2003.

Lunghini G., *Responsabilità amministrativa degli enti: soggetti, interessi infragruppo e requisiti di idoneità e di attuazione di modelli*, in «Corr. mer.», 2005, p. 89 e ss.

Macario F., *Art. 42*, in Aa.Vv., *La Costituzione Italiana. Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini. Commento agli artt. 1-54*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Utet, Torino, 2007, p. 864 e ss.

Maccari, *Art. 2641*, in Aa.Vv., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società*, a cura di F. Giunta, Giappichelli, Torino, 2002, p. 229 e ss.

Macrì C., Macrì V., *La legge antimafia*, Jovene, Napoli, 1987.

Maisano A., *Misure patrimoniali antimafia e tutela dei creditori*, in «Giur. comm.», 1986, II, p. 889 e ss.

Manacorda S., *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in «Riv. dir. it. proc. pen.», 2004, p. 789 e ss.

Mancuso E.M., *Autonomia di accertamento e* simultaneus processus, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 211 e ss.

Manes V., *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in «Cass. pen.», 2006, p. 1150 e ss.

Mangione A., *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, Padova, 2001.

Manna A., *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Giuffrè, Milano, 2006, I, p. 957 e ss.

Mantovani F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2007[5].

Mantovani M., *Le misure di sicurezza*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola, V. Zagrebelsky, *Codice penale. Parte generale*, III, Utet, Torino, 1996[2], p. 577 e ss.

Manzini V., *Trattato di diritto penale italiano*, III, Utet, Torino, 1981[5].

Manzione D., *I procedimenti speciali e il giudizio*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 565 e ss.

Manzoni F., *La responsabilità sociale dell'impresa: analisi del fondamento etico*, in Aa.Vv., *I modelli organizzativi "ex" d.lgs. 231/2001*, a cura di C. Monesi, Giuffrè, Milano, 2005, p. 3 e ss.

Marcheselli A., *Le attività illecite tra fisco e sanzione*, Cedam, Padova, 2001.

Marcolini S., *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, Giuffrè, Milano, 2005.

Marel K., *Anmerkung an OLG Köln, 10 febbraio 2004*, in «StV», 2004, p. 414 e ss.

Marinucci G., *Relazione di sintesi*, in Aa.Vv., *Societas puniri potest*, cit., p. 297 e ss.

Martini A., *La nuova definizione di terrorismo. Il d.l. n. 144 del 2005 come convertito con modificazioni in l. 31 luglio 2005, n. 155*, in «Studium Iuris», 2006, p. 1217 e ss.

MARZADURI E., *Artt. 1-3 L. 12.6.2003, n. 134. Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti*, in «Legisl. pen.», 2004, p. 241 e ss.

MASSA M., voce *Confisca (dir e proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, VIII, 1961, 980 e ss.

MASSARI F., *Commento agli artt. 253 ss.*, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Cedam, Padova, 2005, p. 749 e ss.

MASTROIANNI R., *Art. 220 TCE*, in AA.VV., *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, a cura di A. Tizzano, Giuffrè, Milano, 2005, p. 1018 e ss.

MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001.

MAUGERI A.M., *Commento alla l. 31 maggio 1965, n. 575, sub Misure di prevenzione patrimoniali*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F.C. PALAZZO e C.E. PALIERO, Cedam, Padova, 2003, p. 1323 e ss. (II ed. in corso di pubblicazione).

MAUGERI A.M., *Commento alla l. 13 settembre 1982, n. 646, sub Misure di prevenzione patrimoniali, Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F.C. PALAZZO e C.E. PALIERO, Cedam, Padova, 2003, p. 1403 e ss. (II ed. in corso di pubblicazione).

MAUNZ T., DÜRIG G., *Grundgesetz Kommentar,* C. H. Beck, München, Lfg. 2004.

MAYER H., *§§111b-111p,* in *KMR. Kommentar zur Strafprozeßezordnung*, Luchterhand, Neuwied-Frankfurt a.M., I, 2003.

MAZZA L., *Le misure di prevenzione: un passato nebuloso, un futuro senza prospettive*, in «Riv. pol.», 1992, p. 385 e ss.

MAZZA, *Commento agli artt. 1 e 2 d.l. 20 giugno 1994, n. 399, conv. con mod. dalla l. 8 agosto 1994, n. 501*, in «Legisl. pen.», 1995, p. 32 e ss.

MELCHIONDA A., *Brevi appunti sul fondamento "dogmatico"della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in AA.VV., *Societas puniri ipotest*, cit., 227 e ss.

MELILLO G., *Il congelamento dei beni a fini di confisca o di prova nel sistema della cooperazione europea*, in «Quest. Giust.», 2002, p. 99 e ss.

MEYER-GOSSNER L., *Strafprozeßordnung*, C.H. Beck, München, 48. Aufl., 2005.

MEZZETTI E., *La tutela penali degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 1994.

MICHELI G.A., *Corso di diritto tributario*, Utet, Torino, 1981[6].

MICHELINI G., *Il Progetto di Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in «Quest. Giust.», 1999, p. 947 e ss.

MILITELLO V., *Partecipazione all'organizzazione criminale e "standards" internazionali d'incriminazione. La proposta del Progetto comune euro-*

peo di contrasto alla criminalità organizzata, in «Cass. pen.», 2003, p. 184 e ss.

Militello V., *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., p. 45 e ss.

Militello V., Huber B. (a cura di), *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime*, Ed. Iuscrim., Freiburg i. Br., 2001.

Minna R., *Profili penali in tema di tassazione dei proventi da attività illecita*, in «Ind. Pen.», 2002, p. 195 e ss.

Mirri M.B., *Riflessioni sulla confisca per equivalente*, in Aa.Vv., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Jovene, Napoli, 2003, p. 577 e ss.

Mitsch W., *§ 17*, in L. Senge (a cura di), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, C.H. Beck, München, 3. Aufl., 2006.

Mitsch W., *§ 29a*, in L. Senge (a cura di), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, C.H. Beck, München, 3. Aufl., 2006, p. 470 e ss.

Moavero Milanesi E., *La disciplina delle ammende nel diritto comunitario della concorrenza: spunti e riepilogo a proposito di una sentenza della Corte di Giustizia,* in «Riv. dir. ind.», 1983, II, p. 387 e ss.

Moccia S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Esi, Napoli, 1995.

Molinari P.V., *Un passo avanti nella tutela dei terzi di buona fede titolari di un diritto reale di garanzia sui beni oggetto di confisca antimafia*, in «Cass. pen.», 2006, p. 634 e ss.

Molinari P.V., Papadia U., *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge antiviolenza nelle manifestazioni sportive*, Giuffrè, Milano, 2002[2].

Möllers T.M.J., *Das Verhältnis der Haftung wegen sittenwidriger Schädigung zum gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsgrundsatz – EM.TV und Comroad*, in «Betriebs-Berater», 2005, p. 1637 e ss.

Möllers T.M.J., *Der Weg zu einer Haftung für Kapitalmarktinformationen*, in «JZ», 2005, 2, p. 75 e ss.

Montagna M., voce *Sequestri*, in «Dig. disc. pen.», Agg. ***, 2, 2005, p. 1543 e ss.

Montagna M., *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Cedam, Padova, 2005.

Monteleone G., *Effetti* " ultra partes" *delle misure di prevenzione antimafia. Profili di diritto processuale civile e fallimentare*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1988, p. 575 e ss.

Morosini P., *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del "concorso esterno" in associazione*, in «Dir. pen. proc.», 2006, p. 585 e ss.

Moscarini A., *Sussidiarietà e libertà economiche*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. I "vincoli" alla funzione legislativa*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 245 e ss.

Mosiek M., *Anmerkung an OLG Köln 18 giugno 2003*, in «StV», 2004, p. 122 e ss.

Musco E., *Verso un nuovo codice penale?,* in «Dir. pen. proc.», 1999, p. 1497 e ss.

Musco E., *Nasce il nocumento al risparmio. Una inutile "norma spettacolo"*, in «Dir. e giust.», 2004, 6, p. 8 e ss.

Musco E., *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2007[3].

Nack A., *§§ 111b-111p*, in G. Pfeiffer (a cura di), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, C.H. Beck, Berlin, 5. Aufl. 2003 .

Nania R., *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in Aa.Vv., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, I, Giappichelli, Torino, 2006[2], p. 193 e ss.

Napoleoni V., *Art. 2641*, in Aa.Vv., *Codice commentato delle nuove società*, a cura di G. Bonfante, D. Corapi, G. Marziale, R. Rordorf e V. Salafia, Ipsoa, Milano, 2004, p. 1884 e ss.

Naucke W., *Strafrecht: Eine Einführung*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel, 10. Aufl., 2002.

Neumann U., Puppe I., Schild W., *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 14. Lfg. 2003.

Niro R., *Art. 41*, in Aa.Vv., *La Costituzione Italiana*, cit., p. 846 e ss.

Novi C., *La politica di sicurezza esterna dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2005.

Nubola C., *La "via supplicationis" negli stati italiani della prima età moderna (secoli XV-XVIII)*, in *Suppliche e "gravamina". Politica, amministrazione, giustizia in Europa (secoli XIV-XVIII)*, a cura di C. Nubola, A. Würgler, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 21 e ss.

Nunziata M., *La confisca penale: dal Codice Rocco al Progetto della "Commissione Nordio"*, in «Cass. pen.», 2006, p. 1216 e ss.

Odenthal H.-J., *Gewinnabschöpfung und illegales Glückspiel*, in «NStZ», 2006, p. 14 e ss.

Pacileo V., *Sui rapporti tra procedimento penale e procedura fallimentare*, in «Cass. pen.», 2005, p. 2437 e ss.

Padovani T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in «Riv. it. proc. pen.», 1992, p. 419 e ss.

Padovani T., *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, cit., p. 13 e ss.

Padovani T., *Una introduzione al Progetto di parte generale della Commissione Nordio*, in «Cass. pen.», 2005, p. 2843 e ss.

Pajardi P. (a cura di), *Codice del fallimento*, Giuffrè, Milano, 2004[5].

Palandt O., *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H. Beck, München, 66. Aufl., 2007.

Palazzo F., *Bene giuridico e tipi di sanzioni,* in «Ind. Pen.», 1992, p. 209 e ss.

Palazzo F., *Conclusioni*, in Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 440 e ss.

Palazzo F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2006[2].

Palazzo F., Paliero C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, Padova, 2003 (II ed. in corso di pubblicazione).

Paliero C.E., *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1985, p. 902 e ss.

Paliero C.E., *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine delle incriminazioni,* in «Guida al diritto», 2002, n. 16, p. 37 e ss.

Paliero C.E., *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in Aa.Vv., *Societas puniri potest*, a cura di F. Palazzo, Cedam, Padova, 2003, p. 17 e ss.

Paliero C.E., *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., p. 239 e ss.

Paliero C.E., *"Market abuse" e legislazione penale: un connubio tormentato*, in «Corr. mer.», 2005, p. 809 e ss.

Paliero C.E., Piergallini C., *La colpa di organizzazione,* in *Resp.amm.soc. enti*, 2006, 3, p. 167 e ss.

Papier H.-J.; *Art. 14*, in T. Maunz, G. Dürig (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, München, 40. Lfg., 2002.

Patti A., *Azione revocatoria fallimentare tra depotenziamento e dubbi di legittimità costituzionale*, in «Fall.», 2006, p. 281 e ss.

Patti S. (a cura di), *Codice civile tedesco. Bürgerliches Gesetzbuch*, Giuffrè, Milano, 2005.

Pelissero M., *Commento alla Legge 29 settembre 2000, n. 300*, in «Legisl. pen.», 2001, p. 991 e ss.

Pelissero M., *La responsabilità degli enti,* in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari,* cit., p. 845 e ss.

Peroni F., *Il sistema delle cautele*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 243 e ss.

Perron W., *Vermögensstrafe und erweiterter Verfall*, in «JZ», 1993, p. 918 e ss.

Pertile A., *Storia del diritto italiano*, Arnaldo Forni Editore, Bologna, V, II ed., 1892.

Petrillo L., *La tutela del terzo creditore ipotecario sui beni confiscati: prime aperture*, in «Il Merito», 2006, 1, p. 48 e ss.

Petrone M., *Art. 2901*, in Aa.Vv., *Codice civile ipertestuale*, a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli, Utet, Torino, II, 2005[2].

Pfeiffer G. (a cura di), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, C.H. Beck, Berlin, 5. Aufl. 2003, 578.

Piemontese C., *Ragioni della forza e ragioni del diritto nelle norme in materia di terrorismo internazionale*, in «Dir. pen. proc.», 2006, 8, p. 1032 e ss.

Piergallini C., *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in «Dir. pen. proc.», 2001, p. 1353 e ss.

Pignatone R., *Il possesso dei redditi prodotti in forma associata*, in «Dir. prat. trib.», 1982, I, p. 630 e ss., p. 630 e ss.

Pistorelli L., *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 1, p. 11 e ss.

Platania F., *L'evidenziazione contabile delle sanzioni "ex" D.lgs. n. 231 del 2001 e vicende modificative dell'ente*, in «Le Società», 2002, 5, p. 543 e ss.

Prittwitz C., *Società del rischio e diritto penale*, in Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., p. 371 e ss.

Pulitanò D., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2002, p. 415 e ss.

Pulitanò D., *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in «Cass. pen.», 2003, p. 7 e ss.

Pulitanò D., *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Giuffrè, Milano, 2006, I, p. 657 e ss.

Rescigno P., voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, 1968, p. 1223 e ss.

Risicato L., *I riflessi sostanziali del c.d. patteggiamento"allargato": negoziale, funzioni della pena e tutela della vittima,* in «Legisl. pen.», 2004, p. 871 e ss.

Roberti M., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prove di personalità giuridica e le vicende modificative*, in «Nuove leggi civ. comm.», 2001, p. 1127 e ss.

Rocco A., Art., *Opere giuridiche*, I, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Foro italiano, Roma, 1932 .

Rogall K., *§ 30*, in L. Senge (a cura di), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, C.H. Beck, München, 3. Aufl., 2006, p. 482 e ss.

Romano M., *Art. 322-ter*, in *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, Giuffrè, Milano, 2006[2], p. 247 e ss.

Romolotti T.E., *Recepimento della direttiva "Market Abuse" e nuove linee guida del CESR*, in «Le Società», 2005, 10, p. 1309 e ss.

Rönnau T., *Die Vermögensabschöpfung in der Praxis*, C.H. Beck, München, 2003.

Rönnau T., *Vermögensabschöpfung im Wandel*, in «ZRP», 2004, p. 191 e ss.

Rordorf R., *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in «Le Società», 2005, 7, p. 813 e ss.

Rosi E., *Sulla configurazione dei delitti. Passo falso del legislatore nazionale*, in «Guida al diritto», 2006, n. 17, p. 58 e ss.

Rossetti A., *Commento alla l. 16 marzo 2006, n. 146*, in Aa.Vv., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, Cedam, Padova, II ed. in corso di pubblicazione.

Rossi A., *Responsabilità "penale-amministrativa" delle persone giuridiche (profili sostanziali)*, in *Reati societari*, a cura di A. Rossi, Utet, Torino, 2005, p. 511 e ss.

Rossi A., *"Market Abuse" e "insider trading": l'apparato sanzionatorio*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 1, p. 83 e ss.

Rossi A., *Reati ed illeciti amministrativi e societari,* in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari,* cit., p. 3 e ss.

Rudolph H., *"Rendersi degni della somma clemenza". Le suppliche della prima età moderna come strumento di interazione simbolica tra sudditi e autorità*, in *Suppliche e "gravamina". Politica, amministrazione, giustizia in Europa (secoli XIV-XVIII)*, a cura di C. Nubola, A. Würgler, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 517 e ss.

Ruvolo M., *Il giudice nazionale a confronto con la nozione di interpretazione conforme e con la sua "particolare" applicazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in Atti del Convegno "Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti ed il ruolo del giudice" (Enna, 21-22 ottobre 2005), in «Nuove Autonomie», 2006, fasc. 1, p. 221 e ss.

Sachs M. (a cura di), *Grundgesetz Kommentar,* C. H. Beck, München, 3. Aufl., 2003.

Sandrelli G.G., *I reati di "market abuse"*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 1, p. 63 e ss.

Sandulli M., *La nuova disciplina della revocatoria*, in «Fall.», 2006, p. 611 e ss.

Sanna A., *Art. 444*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 1596 e ss.

Sanna A., *Art. 445*, in *Commentario breve del codice di procedura penale*, cit., 1604 e ss.

Santi F., *La responsabilità delle "persone giuridiche" per illeciti penali e per illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in «Banca e borsa», 2006, p. 81 e ss.

Santi F., *La responsabilità delle società e degli enti*, Giuffrè, Milano, 2004.
Santoriello C., *Le garanzie processuali dell'accertamento e le misure cautelari*, in Aa.Vv., *I modelli organizzativi "ex" d.lgs. 231/2001*, a cura di C. Monesi, Giuffrè, Milano, 2005, p. 158 e ss.
von Savigny F.C., *Le obbligazioni*, trad. it. a cura di G. Pacchioni, II, Unione tipografica-editrice torinese, Torino, 1915.
Schäfer G., *§§ 111b-111p*, in E. Löwe, W. Rosenberg (a cura di), *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, De Gruyter, Berlin, 25. Aufl., 2003.
Scella A., *Art. 653*, in *Commentario breve del codice di procedura penale*, cit., p. 2212 e ss.
Schiavano G., *Art. 185*, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 2003[4], p. 640 e ss.
Schmidt W., *Gewinnabschöpfung im Straf- und Bußgeldverfahren*, C.H. Beck, München, 2006.
Schneider S., *Die Weitergabe von Insiderinformationen*, in «*NZG*», 2005, 17, p. 702 e ss.
Schönke A., Schröder H. (a cura di), *StGB Kommentar*, C.H. Beck, München, 26. Aufl., 2001, e 27. Aufl., 2006.
Schulte M., *Die Informatec-Rechtsprechung des BGH im Lichte des geplanten Kapitalmarktinformationshaftungsgesetzes*, in «Verbraucher und Recht», 2005, p. 121 e ss.
Schultehinrichs F., *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten - Zur Problematik der geplanten Vorschrift über den erweiterten Verfall*, Univ. Diss., Mainz, 1991, p. 174 e ss.
Selvaggi E., De Amicis G., *La legge sul mandato europeo d'arresto tra inadeguatezze attuative e incertezze applicative*, in «Cass. pen.», 2005, p. 1813 e ss.
Selvaggi N., *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Jovene, Napoli, 2006.
Seminara S., *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, in «Dir. pen. proc.», 2004, p. 503 e ss.
Seminara S., *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in «Dir. pen. proc.», 2005, p. 233 e ss.
Seminara S., *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in «Dir. pen. proc.», 2006, p. 549 e ss.
Sfameni P., *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 151 e ss.
Sfameni P., *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 65 e ss. .

SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e "reati contro il patrimonio"*, Giuffrè, Milano, 1980.

SGUBBI F., voce *Diritto penale comunitario*, in «Dig. disc. pen.», IV, 1990, p. 89 e ss.

SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, Bologna, 1990.

SGUBBI F., *L'art. 12 quinquies della legge n. 356 del 1992 come ipotesi tipica di anticipazione: dalla Corte costituzionale all'art. 12 sexies*, in *Atti del IV Congresso nazionale di diritto penale: diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 26 e ss.

SGUBBI F., *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in «Giur. comm.», 2005, p. 340 e ss.

SGUBBI F., *Alcuni riflessi della riforma sulla pratica penale*, in «Foro it.», 2006, V, c. 8 e ss.

SGUBBI F., *Delitti contro il patrimonio. Parte prima: profili generali*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, a cura di S. Canestrari, A. Gamberini, G. Insolera, N. Mazzacuva, F. Sgubbi, L. Stortoni, F. Tagliarini, Monduzzi, Bologna, 2006[4], p. 516 e ss.

SGUBBI F., *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 1, p. 7 e ss.

SGUBBI F., *Presentazione*, in AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Cedam, Padova, 2006, p. XI e ss.

SIRACUSANO D., *Commento all'art. 14 della l. 1/9/198, n. 646. Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alla leggi 27/12/1956 n. 1423, 10/2/1962 n. 57 e 31/5/1965 n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia*, in «Legisl. pen.», 1983, p. 296 e ss.

STOPPATO A., *Diritto penale*, Hoepli, Milano-Pisa-Napoli, 1887.

STORTONI L., *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, in «Crit. dir.», 1996, p. 172 e ss.

STORTONI L., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Monduzzi, Bologna, 2006[4], p. 88 e ss.

STORTONI L., *Quali soggetti?*, in L. STORTONI, D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? quali soggetti?*, in «Ind. Pen.», 2006, p. 22 e ss.

STREE W. *Deliktsfolgen und Grundgesetz: zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen*, Mohr, Tübingen,1960, p. 91 e ss.

STREE W., *§ 43a*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *StGB Kommentar*, C.H. Beck, München, 26. Aufl., 2001, p. 708 e ss.

Tafi F., *Brevi note sui presupposti del sequestro preventivo*, in «Cass. pen.», 1991, p. 285 e ss.

Tanda T., *Ancora sull'ammissibilità del sequestro preventivo di immobile abusivo ultimato*, in «Cass. pen.», 2004, p. 438 e ss.

Tavilla E., *"L'attributo più prezioso della sovranità": il potere di grazia nell'ordinamento penale ticinese di primo Ottocento*, in *Codice penale della Repubblica e Cantone del Ticino (1816)*, a cura di S. Vinciguerra, Cedam, Padova, 2006, LI e ss.

Tessitore G., *Emergenza e garantismo nella legislazione antimafia. Profili storici: dall'unità al fascismo*, in «Nuovi quaderni del meridione», 1985, p. 399 e ss.

Tiedemann K., *L'europeizzazione del diritto penale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1998, p. 3 e ss.

Tiedemann K., *Tecnica legislativa nel diritto penale economico*, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 2006, p. 1 e ss.

Tiedemann K., *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, Heymanns, Köln-Berlin-München, 2006.

Tomassini A., *I redditi diversi accolgono sempre i proventi da illecito*, in «Corr. trib.», 2006, 40, p. 3163 e ss.

Tona G, *La confisca nella legislazione in materia di criminalità organizzata: normativa italiana e diritto europeo*, in «Il Merito», 2005, 9, p. 50 e ss.

Tona G, *L'omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali dell'associato mafioso e la prova del dolo*, in «Il Merito », 2006, 4, p. 48 e ss.

Tröndle H., Fischer T., *Strafgesetzbuch*, C. H. Beck, München, 50. Aufl., 2001, e 53. Aufl., 2006.

Tutinelli V., *Il ruolo del profitto nel sistema della responsabilità degli enti (prima parte)*, in «Resp. amm. soc. enti», 2006, 4, p. 79 e ss.

Urbani A., *Dei titoli di credito*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. Cian, 2004[7], p. 1967 e ss.

Vandelli L., *Psicopatologia delle riforme quotidiane. Le turbe delle istituzioni: sintomi, diagnosi e terapie*, Il Mulino, Bologna, 2006.

Vassallo A., *Art. 667*, in Aa.Vv., *Commentario al codice di procedura penale*, cit., p. 2284 e ss.

Vellani M., *Competenza per attrazione e fallimento*, Cedam, Padova, 1996.

Viganò F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in «Dir. pen. proc.», 2005, p. 1433 e ss.

Viganò F., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2006, p. 648 e ss.

Vinciguerra S. (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Cedam, Padova, 2003[2].

Vinciguerra S., Ceresa-Gastaldo M., Rossi A., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D. lgs. n. 231/2001)*, Cedam, Padova, 2004.

VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2003.

VIZZARDI M., *Manipolazione del mercato: un "doppio binario" da ripensare?*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2006, p. 704 e ss.

VOLK K., *Sistema penale e criminalità economica*, Esi, Napoli, 1998.

VOLPONI C., *Il sequestro preventivo ai sensi della legge 575/1965 e fallimento nella prospettiva della riforma*, in «Dir. fall.», 2006, I, p. 192 e ss.

WEBER W., *Zur Problematik von Enteignung und Sozialisierung nach neuem Verfassungsrecht*, in «NJW», 1950, p. 401 e ss.

WEHNERT A., MOSIEK M., *Untiefen der Vermögensabschöpfung in Wirtschaftsstrafsachen aus Sicht des Strafverteidigers*, in «StV», 2005, p. 568.

WEIGEND T., *Bewältigung von Beweisschwierigkeiten durch Ausdehnung des materiellen Strafrechts?*, in K. SCHOMOLLER (a cura di), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Springer, Wien-New York, 1996, p. 695 e ss.

WENDT R., *Art. 14*, in M. SACHS, *Kommentar zum Grundgesetz*, C.H. Beck, München, 3. Aufl., 2003, p. 607 e ss.

WEßLAU E., *Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? Vermögensstrafe, Beweislastumkehr*, in «StV», 1991, p. 226 e ss.

WEßLAU E., *Verfassungsrechtliche Probleme der Vorschrift über den Erweiterter Verfall (§ 73d StGB)*, in *Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung-20. Strafverteidigertag*, Ed. Der Andere Buchladen, Köln, 1996, p. 141 e ss.

WESTERMANN H.P., *§ 817*, in W. ERMAN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, O. Schmidt, Köln, 11. Aufl., 2004, p. 3006 e ss.

WIELAND J., *§ 14*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, Mohr, Tübingen, 1996, I, p. 831 e ss.

WINDOLPH J., *Vermögens- und Gewinnabschöpfung aus der Sicht der Strafverfolgungsbehörden (Polizei)*, in «StV », 2003, p. 115 e ss.

ZANCHETTI M., *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Giuffrè, Milano, 1997.

ZANOTTI M., *Le disposizioni di cui all'art. 12-quinquies del d.l. n. 306 del 1992, convertito nella l. n. 356/1992 in materia di trasferimento fraudolento e possesso ingiustificato di valori*, in «Giurisprudenza sistematica di diritto penale», diretta da F. Bricola, *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di P. Corso, G. Insolera, L. Stortoni, II, Utet, Torino, 1995, p. 882 e ss.

ZAPPALÀ E., *I procedimenti speciali,* in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale,* Giuffrè, Milano, 2006.

ZULIANI D., *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, Giuffrè, Milano, 1995.

SOMMARIO

Elenco delle abbreviazioni IX
Indice ragionato XI

CAPITOLO I
LE IPOTESI SPECIALI DI CONFISCA:
UN PERCORSO "À REBOURS"

1. Il duplice ruolo del patrimonio nel diritto penale. L'ablazione di beni dalla "confisca speciale" alle "ipotesi speciali di confisca". 1
2. Dal principio del "prelievo dei profitti" alla "confisca del patrimonio". I Progetti di riforma del Codice Rocco (cenni) 8
3. (segue) La sanzione patrimoniale e la crisi del vincolo di "pertinenzialità" 15
4. Natura giuridica e polivalenza funzionale delle ipotesi speciali di confisca: la configurabilità della sanzione patrimoniale come "pena". La pena della confisca nel contesto del "diritto penale del rischio". 22
5. (segue) La "staffetta" tra confisca (anticipata dal sequestro) e tassazione dei proventi da reato 39
6. L'"oggetto" del provvedimento ablativo: dalla confisca dei beni alla confisca del profitto 51
7. I "beni" suscettibili di confisca: un universo in espansione. Gli strumenti finanziari dematerializzati (o "decartolarizzati") 66

CAPITOLO II
LA NORMATIVA SOVRANAZIONALE IN MATERIA
DI "PROVVEDIMENTI ABLATIVI":
DALLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA AGLI STRUMENTI
DI CONTRASTO ALLA "CRIMINALITÀ ORGANIZZATA"
E AL "REATO TRANSNAZIONALE"

1. Cooperazione, armonizzazione, unificazione europea. I provvedimenti in tema di congelamento, blocco dei beni e confisca tra principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e disciplina sostanziale (rinvio) 79
2. Dalle Convenzioni in materia di riciclaggio (quale antecedente storico delle nuove misure patrimoniali) e di strategie di contrasto alla corruzione, alle Risoluzioni dell'ONU in ordine al congelamento dei beni di soggetti ed enti "compromessi" con il terrorismo internazionale 89

3. La decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio 106
4. (segue) La eterointegrazione delle norme comunitarie 110
5. (segue) I reati presupposti 114
6. (segue) Il "prodotto", l'"equivalente del prodotto", lo "strumento" o l'"oggetto" dei reati 115
7. (segue) La funzione ablativa della nuova misura di cooperazione giudiziaria. 117
8. La decisione quadro 2005/212/GAI relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato 120
9. La decisione quadro 2006/783/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca. La confisca come oggetto di amnistia e grazia 128
10. La Convenzione del Consiglio d'Europa n. 198/2005 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo 135
11. La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale e la legge 16 marzo 2006, n. 146. 138

Capitolo III
LA RELAZIONE SOGGETTIVA QUALE FONDAMENTO DELLE IPOTESI SPECIALI DI CONFISCA PREVISTE DALL'ART. 2 *TER* LEGGE N. 575/1965 E DALL'ART. 12 *SEXIES* LEGGE N. 356/1992

1. Ipotesi speciali di confisca e rilevanza della "relazione soggettiva". La normativa "antimafia" 155
1.1. L'introduzione della misura di prevenzione patrimoniale e del sequestro *ex* art. 2 *ter* della Legge 31 maggio 1965, n. 575. 160
1.2. I presupposti: a) gli "indizi (di appartenenza)" 171
1.3. (segue) b) l'"appartenenza" ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso 175
1.4. La titolarità o disponibilità di beni in capo all'indiziato 183
1.5. Il "frutto di attività illecite" e il "reimpiego" 186
1.6. La mancata giustificazione dell'origine dei beni 189
1.7. La confisca come sanzione punitiva per "tipo d'autore": a) la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo; b) la questione della revoca *ex tunc* ai sensi dell'art. 7, comma 2, Legge n. 1423/1956 191

2.1. L'art. 12 *sexies* D.l. 8 giugno1992, n. 306, conv. nella Legge 7 agosto 1992, n. 356. Una ipotesi "particolare" di confisca 201
2.2. Struttura della figura prevista dall'art. 12 *sexies*. 209
2.3. I presupposti di applicazione: a) la sentenza penale di condanna. 214
2.4. (segue) b) Il denaro, i beni e le altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e che risultano "in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica". 216
2.5. Natura giuridica della confisca *ex* art. 12 *sexies* 223

Capitolo IV
LE IPOTESI SPECIALI DI CONFISCA: DA "DEROGA" A "REGOLA"

1. Le ipotesi speciali di confisca: "deroghe" e "regole". La funzione ulteriormente sanzionatoria della confisca: a) il principio di "obbligatorietà". . . . 227
2. b) Il regime di applicazione con particolare riferimento al c.d. patteggiamento 234
3. c) La confisca per equivalente: funzione sanzionatoria e indeterminatezza del *secundum comparationis*. Sequestro preventivo e lesione della garanzia patrimoniale *ex* art. 2740 c.c. 249
4. (segue) Estensione della confisca per equivalente e principio di interpretazione conforme al diritto comunitario: prevedibili punti di frizione tra diritto sovranazionale e categorie penalistiche (sostanziali e processuali) nazionali 265

Capitolo V
L'AFFIEVOLIMENTO DEL NESSO DI DERIVAZIONE TRA FATTI ILLECITI E BENI SOTTOPOSTI A SEQUESTRO PREVENTIVO E CONFISCA

1. Sequestro preventivo e confisca: l'*iter* di ablazione dei beni (anche) non provenienti da reato (artt. 321 c.p.p. e 53 D.lgs. n. 231/2001). Cenni al sequestro per equivalente (rinvio) e al sequestro d'urgenza. . 282
2. (segue) Revoca del sequestro, riesame, appello, ricorso per cassazione: ovvero "della definitività dei provvedimenti provvisori" 294
3. Il sequestro-confisca nel contesto sovranazionale: l'"anomalia italiana" e la nuova frontiera della cooperazione giudiziaria (rinvio). 301
4. I proventi illeciti rilevanti: la polverizzazione del rigore probatorio. . . 306

Capitolo VI
ABLAZIONE DI BENI E INTERDIZIONE "DI FATTO" DALL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ D'IMPRESA

1. La confisca applicabile ai reati societari previsti dal codice civile (art. 2641 c.c.). Il caso dei "gruppi d'impresa" (rinvio) 311
2. La confisca prevista in materia di responsabilità degli enti: la pena principale di cui agli artt. 9 e 19 D.l. n. 231/2001 e le altre previsioni normative 315
3. (segue) La specifica ipotesi *ex* art. 6, comma 5 D.lgs. n. 231/2001. . . 325
4. La confisca relativa ai c.d. abusi di mercato (Legge 18 aprile 2005, n. 62) 340
5. La questione del concorso di norme in tema di confisca e i limiti alle strategie di contrasto alla c.d. criminalità del profitto. La direttiva *ex* art. 40, lett. e) Legge 28 dicembre 2005, n. 262 contenente "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari" 345
6. Attività d'impresa, sequestro preventivo e confisca dei beni: l'interdizione "di fatto" dall'esercizio dell'attività d'impresa 351

Capitolo VII
LA TUTELA DELLA PERSONA ESTRANEA AL REATO E DEI TERZI A FRONTE DEI PROVVEDIMENTI ABLATIVI

1. Tutela dei diritti della persona estranea al reato e dei "terzi" *versus* funzione sanzionatoria della confisca 363
2. La scarnificazione del concetto di "persona estranea al reato". "Appartenenza" e "disponibilità" dei beni 371
3. (segue) Estraneità al reato e diritti dei terzi come pseudolimiti alla disposizione del sequestro preventivo a fini di confisca. 382
4. Il "terzo" avente diritto: soggetti diversi dall'indiziato nell'ambito delle misure di prevenzione e "buona fede" 384
5. (segue) Concorrenza tra procedura concorsuale e sequestro 397
6. (segue) Il terzo "di buona fede". Suggestioni tratte dalla disciplina dell'azione revocatoria 406
7. (segue) La tutela "condizionata" dei terzi di buona fede per i reati di contrabbando 412
8. Il diritto (dei terzi) alla restituzione e al risarcimento 420
9. La tutela dei terzi nel D.lgs. n. 231/2001: a) la previsione dell'art. 19 D.lgs. 231/2001. Cenni agli effetti della responsabilità nell'ambito dei "gruppi societari" e alla costituzione di parte civile nei confronti dell'ente. 423
10. (segue) b) I limiti della responsabilità patrimoniale dell'ente. 435

Capitolo VIII
LA "TIRANNIA" DELLE NUOVE MISURE ABLATIVE E LE GARANZIE COSTITUZIONALI. IL PERCORSO INTRAPRESO DALLA CORTE DI KARLSRUHE

1. Le nuove misure ablative "al cospetto" delle tutele costituzionali e dei diritti fondamentali: guarentigie penali e libertà economiche. Le ragioni di una incursione nella giurisprudenza costituzionale tedesca (rinvio) 443
2. Gi incerti passi della giurisprudenza costituzionale italiana (Corte cost. n. 455/1988; n. 48/1994; n. 190/1994; n. 18/1996; n. 78/2001; n. 442/2001; n. 143/2002; le pronunce in materia di contrabbando: rinvio) 453
3. L'acquisizione pubblica e la confisca nel codice penale tedesco. I confini delle *Eigentumssanktionen* 465
4. Il percorso intrapreso dalla Corte costituzionale tedesca per (ri)costruire i limiti dell'intervento ablativo 471
5. La sentenza del BVerfG 20 marzo 2002 relativa alla pena patrimoniale (*Vermögensstrafe*) 475
6. La decisione della Corte costituzionale tedesca del 14 gennaio 2004 in tema di acquisizione pubblica allargata (*erweiterter Verfall*) 484
7. La salvaguardia dei diritti del "*Verletzter*" a fronte delle misure cautelari reali nel sistema tedesco. L'istituto del *Rückgewinnungshilfe* e le sollecitazioni del *BVerfG* ad una più efficace tutela dei terzi nei confronti del sequestro di beni di valore equivalente 506
8. (segue) Le decisioni del *BVerfG* relative alle misure cautelari reali e agli istituti concernenti la garanzia dei diritti dei terzi 520
9. (segue) La riforma avente ad oggetto il rafforzamento dell'ausilio al recupero dei profitti ed il prelevamento patrimoniale in caso di reato. . . . 533

Bibliografia generale 539

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.
47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.

48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.
101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.

103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenza - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.
150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.

153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.
234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.

Finito di stampare nel mese di agosto 2007
presso Aslay Fotocomposizione srl – www.aslay.com