

I MODELLI DI SANZIONE PATRIMONIALE NEL DIRITTO COMPARATO.

Sommario: Premessa. - 1. La nozione di profitto della confisca ex art. 240 c.p. alla luce della giurisprudenza delle Sezioni Unite. - 2. La confisca contro le persone giuridiche contemplata dal d.lgs. 231/2001 (la nozione di profitto e la confisca per equivalente). - 3. La confisca generale dei beni (pena). - 4. La confisca dei beni aventi destinazione illecita. - 5. La confisca dei beni di sospetta origine illecita. - 6. Verso un procedimento autonomo. - 7. *Actio in rem*. - 8. Dalla confisca dei beni di presunta origine illecita alla confisca dei beni di presunta destinazione illecita nell'ordinamento italiano. - 8.1. La sospensione dell'amministrazione dei beni ex artt. 3 *quater* e la confisca 3 *quinqies*- - 8.1. (Segue) L'oggetto della confisca. - 9. Le prospettive di armonizzazione (il rapporto della Commissione delle Comunità Europee (8 COM(2007) 805 final)).

Premessa.— La peculiarità dell'ordinamento italiano e statunitense in materia di lotta contro il crimine organizzato è quella di essere stati i primi paesi a prendere coscienza dell'emergere di una particolare fenomenologia di associazione criminale volta ad acquisire potere e ricchezza attraverso il perseguimento di fini leciti con mezzi illeciti: *l'impresa criminale*; si tratta di organizzazioni che non perseguono come primaria finalità la consumazione di delitti, ma piuttosto delle finalità in se lecite, come l'arricchimento e la gestione di attività economiche, ma attraverso un metodo illecito.

La fattispecie di associazione mafiosa ex art. 416 *bis*, si diversifica dalle classiche fattispecie associative (dalla generica associazione a delinquere ex art. 416 c.p. alle diverse fattispecie di associazioni finalizzate al terrorismo o altre finalità illecite), in quanto non si tratta di ga-

rantire una forma di tutela anticipata agli stessi beni giuridici colpiti dai reati scopo dell'associazione, ma piuttosto di tutelare dei beni fondamentali, come l'ordine pubblico, l'economia pubblica, la libertà di esercizio dell'iniziativa privata contro quelle aggressioni che derivano da associazioni criminali che si pongono come obiettivo non tanto l'esecuzione in forma organizzata di determinati delitti, ma piuttosto il perseguimento di fini di per sé leciti, come l'arricchimento economico, attraverso l'esercizio di attività imprenditoriali, ma con metodi illeciti: il metodo mafioso caratterizzato dallo sfruttamento della forza di intimidazione del vincolo associativo e della conseguente condizione di assoggettamento e di omertà.

Nel 1970 negli Stati Uniti il titolo IX dell'*Organized Crime Control Act*, comunemente detto *RICO*, ha introdotto due nuovi concetti nella legge penale federale: "*pattern of racketeering activity*" e "*enterprise*". La sezione 1962 della normativa in esame proibisce di usare o investire fondi derivanti da uno schema di attività di *racket* in un'attività d'impresa (1962 (a)); di acquistare il controllo di un'impresa attraverso l'attività di organizzazioni criminali (1962 (b)); di condurre gli affari di un'impresa attraverso uno schema di attività di *racket* (1962 (c)); di cospirare per commettere uno di questi tre reati (1). In particolare l'ultima fattispecie, e cioè quella più generica consistente nel condurre gli affari di un'attività imprenditoriale attraverso uno schema di attività di *racket*, ha rappresentato la valvola di espansione dell'ambito di applicazione della disciplina in esame (la violazione di tale disciplina comporta l'applicazione della pena della confisca di tutti gli interessi nell'impresa, *criminal forfeiture*).

Uno degli aspetti più preoccupanti nella lotta contro la criminalità organizzata attiene, infatti, proprio alla sua infiltrazione nell'economia. "La frontiera fra economia legale e economia mafiosa è sempre meno netta, fino a configurare un processo di tendenziale unificazione su scala anche internazionale. Si tratta allora di protegge-

1) Tra gli altri cfr. FORD, *Criminal Forfeiture and the Sixth Amendment's right to jury trial post-booker*, in *Northwestern University Law Rev.* 2007, 101, 1371 sull'introduzione di tale disciplina per combattere l'impresa criminale. Sono stati confiscati i profitti di un'impresa usati per facilitare un'attività di riciclaggio, cfr. *U.S. v. Eleven Vehicles*, 21 ottobre 1993, DC EPa, No. 91-6779, in 54 *CrL* 1993, 112.

re l'economia pulita e di reprimere gli interessi mafiosi che vogliono condizionarla prima che riescano a occultarsi completamente. E poiché la potenza economica acquisita spinge la mafia ad assumere un ruolo politico che le consenta di utilizzare tutte le risorse e le leve possibili, è evidente che questo progressivo inquinamento della economia e della politica influisce sul destino stesso della democrazia in Italia e nel mondo" ⁽²⁾: questo discorso vale non solo per la c.d. mafia tradizionale, cioè quella caratterizzata dalla capacità di controllo del territorio, ma più in generale per tutte quelle forme di criminalità organizzata, presenti in Italia e all'estero, finalizzate alla realizzazione di profitti attraverso il controllo del mercato ⁽³⁾. Si tratta di associazioni che "non solo delinquono", ma che attraverso la pratica "seriale del delitto devastano il tessuto istituzionale, politico e sociale" ⁽⁴⁾, nonché economico.

Per combattere tale inquietante fenomeno criminale, che ha ormai assunto delle dimensioni *macroscopiche*, allora, il legislatore moderno ha elaborato degli strumenti diretti all'ablazione degli illeciti profitti accumulati nel tempo dall'organizzazione criminale al fine di perseguire due fondamentali scopi: l'*incapacitazione economica* delle organizzazioni criminali e la *lotta contro l'infiltrazione criminale nell'economia lecita* - prodromica all'infiltrazione nei gangli decisionali della politica -; si tratta sicuramente di scopi costituzionalmente rilevanti in quanto funzionali alla garanzia delle condizioni essenziali non solo dell'ordine pubblico e di un corretto funzionamento del mercato, ma, innanzitutto, di una civile e democratica convivenza. L'impresa mafiosa, infatti, con la forza dell'intimidazione supera in maniera violenta le regole del mercato, a partire da quelle della concorrenza, usando la violenza per condizionare i normali rapporti economici e la corruzione per orien-

²⁾ Cfr. CASELLI, in *La giustizia e i suoi nemici, Dialogo* tra BORRELLI, CASELLI, FLICK, SCARPINATO, in *MicroMega* n. 4, 1995, 278 — 279; cfr. PATANÈ, *Legislazione antimafia e misure di prevenzione*, in *Mafia vecchia, mafia nuova*, Milano 1985, 36.

³⁾ Si fa riferimento esplicito alla mafia in quanto costituisce "una delle più importanti (se non la più importante) forma di manifestazione" del "crimine organizzato", così FIANDACA-COSTANTINO, *Introduzione*, in *La mafia, le mafie*, a cura di FIANDACA - COSTANTINO, Bari 1994, XII.

⁴⁾ DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1998, 385.

tare quelli istituzionali e politici (si inserisce nei circuiti finanziari, nell'accesso alle risorse erogate dallo Stato e da enti pubblici), disarticolando così l'economia legale e le istituzioni ⁵⁾. Occorre allora colpire in sé l'elemento patrimoniale, "che orienta le strutture criminali secondo criteri di razionalità imprenditoriale, conferisce loro stabilità e determina, in particolare, quell'impulso al reinvestimento che costituisce al tempo stesso condizione di sviluppo e di sopravvivenza delle c.d. economie criminali" ⁶⁾; è necessario, insomma, intervenire con le sanzioni patrimoniali per ripristinare le regole economiche di mercato e di competitività imprenditoriale ⁷⁾. La lotta all'aspetto economico può, del resto, essere considerata la principale strategia di lotta contro le moderne organizzazioni criminali, se si considera che è in atto un progressivo processo di "finanziarizzazione" del fenomeno e della struttura mafiosa che relega la struttura militare ad un ruolo strumentale e di complementarità ⁸⁾, e che allorquando l'organizzazione criminale non gode più del suo gettito di profitti crescente perde potere

⁵⁾ Cfr. CENTORRINO, *Mafia ed economie locali: un approfondimento dei tradizionali modelli d'analisi*, in *La mafia, le mafie*, op. cit., 251 ss.; conforme COSTANTINO, *I provvedimenti patrimoniali del Tribunale di Palermo: spunti per un'analisi sociologica*, in *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di FIANDACA - COSTANTINO, Milano 1986, 171; FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.* 1991, 8. Cfr. UFFICIO STUDI E DOCUMENTAZIONE (a cura di), *Il problema dell'attività organizzata all'attenzione del C.S.M.*, in *Quad. del C.S.M.* 2000, n. 110, 49, 50, 65 ss.; DE LISI, *Riciclaggio ed impresa mafiosa*, in DE LEO, STRANO, PEZZUTO, DE LISI, *Evoluzione mafiosa e tecnologie criminali*, Milano 1995, 195 ss.; CARINGELLA, *Lo status di sottoposto a misura di prevenzione. Riflessi amministrativi, con particolare riferimento alla legislazione in tema di appalti pubblici*, in AA. VV., *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, Bari 1998, 31; FANTÒ, *L'impresa a partecipazione mafiosa — Economia legale ed economia criminale*, Bari 1999, 53 ss.; SAVONA, "L'uso delle sanzioni patrimoniali contro le organizzazioni criminali" — *Rapporto dell'Unità di Ricerca dell'Università degli Studi di Trento diretta dal Prof. Ernesto U. Savona*, 1 febbraio 2001, in <http://www.transcrime.unitn.it>, 20.

⁶⁾ FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova 1997, 5; cfr. CENICCOLA, *Il giudice e le misure patrimoniali: indagine statistica e problemi interpretativi*, in *La legge antimafia tre anni dopo*, op. cit., 100.

⁷⁾ SAVONA, *Condizioni e limiti all'efficacia della legislazione antimafia*, in *La legge antimafia tre anni dopo*, op. cit., 212.

⁸⁾ Cfr. DE LISI, *L'accumulo primario di ricchezza*, in *Evoluzione mafiosa*, op. cit., 190 — 191.

contrattuale e competitività, diventa più vulnerabile nei rapporti con il controllo sociale delle istituzioni, tende ad entrare nel raggio di influenza di altre organizzazioni criminali, la sua conflittualità interna può facilmente assumere caratteri violenti ed autodistruttivi della stessa organizzazione ⁽⁹⁾.

Lo scopo del presente lavoro è quello di esaminare i diversi modelli di confisca allargata elaborati dal legislatore moderno, evidenziandone meriti e limiti, sia in termini di efficienza sia in termini di compatibilità con i fondamentali principi di uno Stato di diritto; il tutto nella prospettiva della cooperazione internazionale che rappresenta lo strumento indispensabile per garantire realmente la lotta contro l'infiltrazione criminale nell'economia, soprattutto in considerazione del carattere finanziario che tende ad assumere oggi la ricchezza (la criminalità organizzata reinveste i capitali illeciti mediante moderne e sofisticate speculazioni finanziarie ⁽¹⁰⁾), o mediante veloci transazioni a livello internazionale, dando luogo alla c.d. tesorerizzazione dei capitali, per lo più nei c.d. paradisi fiscali ⁽¹¹⁾).

1. *La nozione di profitto della confisca ex art. 240 c.p. alla luce della giurisprudenza delle Sezioni Unite (surrogati e utilità).*— Prima di esaminare i diversi modelli di confisca allargata, siano consentite alcune battute in relazione alla nozione di profitto quale oggetto della confisca, che è

⁹⁾ Così DE LEO, *Identità e cambiamento nella criminalità organizzata — Premessa*, in *Evoluzione mafiosa*, op. cit., 7.

¹⁰⁾ Così HANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig delle Disc. Pen.*, vol. VIII, Torino 1994, 123; conforme TRAVAGLINO, *Il sequestro e la confisca antimafia, inconstituzionalità dell'art. 12 quinquies D.L. 306.92*, in *Giust. pen.* 1995, c. 380; FORNARI, *Criminalità del profitto*, op. cit., 245; VISCONTI, in HEINE - VISCONTI, *I proventi illeciti ed il loro contrasto in Italia*, in MILITELLO, PAOLI, ARNOLD (a cura di), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Forme di manifestazione, Prevenzione e Repressione in Italia, Germania e Spagna*, Programma Falcone U.E., Freiburg-Milano 2000, 328.

¹¹⁾ Cfr. DE LISI, *Ipersviluppo delle strutture finanziarie*, in *Evoluzione mafiosa*, op. cit., 209; SAVONA, "L'uso delle sanzioni patrimoniali...", op. cit., 82, che denuncia che il 54% dei beni confiscati dal 1994 al 2000 è rappresentato da beni immobili, solo il 22% da titoli; l'autore si rifà ai dati forniti dal Ministero della Giustizia, Direzione generale affari penali, ufficio V - ricerche, documentazione e monitoraggio, agosto 2000.

stata oggetto recentemente di importanti pronunce della Suprema Corte a Sezioni Unite; quest'ultime, nello svolgimento della loro funzione di nomofilachia, hanno tentato di fissare dei punti fermi nel coacervo di interpretazioni contrastanti.

In relazione alla confisca del profitto prevista dall'art. 240 c.p. era già stata esaminata in altra sede, oltre alla necessità di superare l'obsoleta distinzione tra il carattere obbligatorio della confisca del prezzo e quella facoltativa della confisca del profitto, la necessità di un intervento legislativo per chiarire se e in che limiti far rientrare nella nozione di profitto anche i beni in cui erano stati reimpiegati i profitti o le utilità ricavate dall'impiego dell'immediato profitto del crimine.

Si può ricordare a tal proposito che rientrano nel concetto di prodotto quei beni che costituiscono il risultato empirico dell'esecuzione criminosa ⁽²⁾, "il risultato" del reato, "cioè il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita" ⁽³⁾, mentre il profitto del reato è costituito dalle cose che ne costituiscono il prodotto indiretto, cioè qualsiasi vantaggio economico che si trae dall'illecito penale, costituendo per lo più elemento essenziale di fattispecie ⁽⁴⁾ (ad es. denaro ricavato dalla vendita di cose rubate; il denaro ricavato dalla vendita di terreni abusivamente lottizzati ⁽⁵⁾). Si è cercato di circoscrivere questi concetti parlando di "immediata conseguenza materiale" del reato e di "utilità economica immediatamente ricavata

¹²⁾ Così ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. III, Torino 1989, 52; cfr. DE FRANCESCO, *Le misure di sicurezza patrimoniali*, in *Codice penale parte generale*, III, *Giurisprudenza sistematica*, diretta da BRICOLA e ZAGREBELSKY, Torino 1984, 1559; SANTORO, *Manuale di diritto penale*, I, Torino 1958, 388.

¹³⁾ Cass., sez. un., 3 luglio 1996, Chabruì, in *Ced. Cass.*, rv. 205707 e in *Foro it. Rep.* 1996, voce *Confisca* n. 3.

¹⁴⁾ Cfr. TRAPANI, voce *Confisca - Diritto penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma 1988, 2.

¹⁵⁾ Cfr. Cass., 25 gennaio 1984, Mazzotta e altro, in *Giur. it.* 1985, II, 482; Cass., 30 giugno 1980, Cirelli, in *Cass. pen.* 1981, 1863; anche il bene incautamente acquistato ex art. 712 c.p. rappresenta profitto del reato, cfr. Cass. 24 settembre 1998, Asselitti, in *Ced. Cass.*, rv. 211662 e in *Foro it. Rep.* 1999, voce *Ricettazione*, n. 21.

dal fatto di reato" ⁽⁶⁾. In tale direzione la Corte di Cassazione ha richiesto una diretta correlazione col reato e una stretta affinità con l'oggetto di questo, mentre è irrilevante ogni altro nesso di derivazione meramente indiretto o mediato ⁽⁷⁾, o, comunque, secondo un più recente orientamento si deve trattare del "vantaggio di natura economica o beneficio aggiunto di tipo patrimoniale di diretta derivazione causale dall'attività del reo", "senza che possa addivenirsi a un'estensione indiscriminata ed una dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, indiretto o mediato, che possa comunque scaturire da un reato" (anche se in questo caso si ammette la possibilità di confiscare i conti bancari o i titoli in cui sia stato investito il denaro ⁽⁸⁾, trattandosi di un bene fungibile) ⁽⁹⁾.

In base a queste interpretazioni restrittive non sarebbe possibile applicare l'art. 240 c. 1 né ai beni in cui sono stati investiti i diretti profitti, i *surrogati* (l'appartamento acquistato con il denaro rubato), né alle *utilità* derivanti dall'impiego del profitto (ad esempio non dovrebbero essere confiscabili gli interessi bancari ottenuti dal deposito della somma rubata o il canone di locazione ottenuto dall'affitto dell'appartamento acquistato con il denaro rubato).

Contro simili interpretazioni restrittive sembra, però, pronunciarsi la Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale, laddove afferma che "le utili trasformazioni dell'immediato prodotto del reato, gli impieghi redditizi del denaro di provenienza delittuosa non debbono né possono impedire che al colpevole venga sottratto ciò che era precisamente oggetto del disegno criminoso e che egli sperava di convertire in mezzo di maggior lucro e di illeciti

¹⁶⁾ Cfr. ALESSANDRI voce *Confisca nel diritto penale*, *op. cit.*, 52; FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993, 569.

¹⁷⁾ Cass., 2 aprile 1979, Cipriani, in *Riv. pen.* 1979, 867; conforme Cass., Sez. VI penale, 2 aprile 1979 - 31 ottobre 1979, n. 9091, Milanese, rv. 143304; Cass., Sez. VI penale, 23 giugno 2006 - 2 ottobre 2006, n. 32627, La Fiorita società cooperativa arl, CED 235636, in *Guida al dir.* 2006, 42, 61.

¹⁸⁾ Si richiama Cass., Sezione sesta, 23773/03, Madaffari.

¹⁹⁾ Cass. Sez. un. , 24 maggio 2004, *Curatela Fall. in proc.p. Focarelli*, n. 29951, in *Il Fisco* 2004, 7355; conforme Cass., sez. un., 25 ottobre - 22 novembre 2005, Muci, n. 41936, in *Guida al diritto* 2005, 54.

egli sperava di convertire in mezzo di maggior lucro e di illeciti guadagni" ⁽²⁰⁾.

Un'interpretazione ampia di profitto emerge anche dal confronto con gli ordinamenti stranieri. Ad esempio nell'ordinamento tedesco è espressamente prevista la confisca degli *Originalobjekte* nel primo comma dell'art. 73 che disciplina l'ablazione pubblica dei profitti, il *Verfall* ⁽²¹⁾, e la confisca dei *Surrogaten* ⁽²²⁾ e dei *Nutzungen* (utilità) ⁽²³⁾ nel secondo comma. Non vengono colpiti dal *Verfall*, però, i profitti indiretti, come la vincita alla lotteria o i profitti derivanti dagli investimenti in un'azienda o da una speculazione in borsa. Il loro accer-

²⁰⁾ Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale, I, n. 240, p. 280.

²¹⁾ Se si tratta per contro di vantaggi patrimoniali, che non si concretizzano in oggetti determinati ma in favori, risparmi, investimenti, vantaggi in un concorso, o profitti simili che devono essere calcolati, può mancare un oggetto originale da sottoporre al *Verfall*; in questo caso si prende in considerazione il *Wertersatzverfall* ai sensi del § 73 a., così ESER, § 73, *op. cit.*, 1988, p. 797.

²²⁾ L'infrazione della confisca in relazione ai *Surrogaten* è affidata alla discrezionalità del giudice, come si deduce dall'uso dell'espressione "*kann*" (*Abs. 2 S. 2*); il giudice, però, deve scegliere se applicare la confisca dei surrogati o la confisca di valore, *ex § 73 a* (il *Wertersatzverfall*). Rientrano nella categoria dei *Surrogaten* sottoponibili a *Verfall*: il ricavato della vendita (anche l'oggetto realizzato attraverso la vendita di una cosa o di un diritto ottenuti dal fatto); il compenso per la distruzione, il danneggiamento o la privazione dell'oggetto originale (ad esempio da parte di un'assicurazione), essendo indifferente se il *Surrogat* consiste in una cosa corrispondente all'oggetto originale (una nuova auto in sostituzione di quella distrutta nell'incidente) o in una pretesa al risarcimento economico; ciò che viene acquisito in base ad un diritto conseguito, ad esempio attraverso la confisca di un credito, cfr. DREHER-TRÖNDLE, § 73, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47 ed., München 1995, 542; ESER, § 73, *op. cit.*, 1997, p. 872 § 32.

²³⁾ I *Nutzungen* (utilità) sono, così come il vantaggio ottenuto direttamente, obbligatoriamente sottoposti al *Verfall*. Qualora sia presente un oggetto, che non può essere sottoposto al *Verfall* perché, ad esempio, l'autore del fatto non ne è diventato il proprietario e lo ha restituito, possono essere confiscate le utilità indirettamente ricavate, cfr. DREHER-TRÖNDLE, § 73, *op. cit.*, 542; HORN, § 74 *Voraussetzungen der Einziehung*, in *StGB Systematischer Kommentar*, 18 ed., parte I, *Allgemeiner Teil*, a cura di RUDOLPHI, HORN, SAMSON, dicembre 1992, p. 12, il quale precisa che possono essere confiscati anche i profitti derivanti dal funzionamento della cosa, purché non siano dovuti alle prestazioni o alle capacità di colui, al quale viene confiscata la cosa; sono confiscabili gli interessi bancari, non quelli più elevati.

tamento imporrebbe, infatti, al giudice dei problemi irrisolvibili (basti pensare ai profitti ottenuti attraverso l'investimento del ricavato del delitto nell'azienda del reo o in una speculazione) ⁽²⁴⁾. Anche nell'ordinamento svizzero l'oggetto della confisca, *Vermögenseinziehung* ex art. 72 StGB, rappresentato dal *Vermögensvorteil* - profitto patrimoniale, ricomprende, non solo l'aumento delle entrate o la diminuzione delle passività, ma anche, ad avviso della dottrina, gli eventuali ricavi tratti dall'investimento di tale profitto dal momento in cui è stato percepito sino al momento della pronuncia del provvedimento di confisca, come ad esempio interessi o dividendi di azioni; più in generale si fa riferimento sia ad eventuali dirette *utilità* (*Nutzungen*), sia ad indiretti *surrogati* (*Surrogaten*) dell'originario profitto ⁽²⁵⁾. Anche il *comiso* dell'ordinamento spagnolo, previsto dall'art. 127 *Código penal* tra le "*consecuencias accesorias*" della pena ⁽²⁶⁾ può essere applicato al profitto proveniente dal delitto (*ganancias provenientes del delito*), indipendentemente dalle trasformazioni subite ⁽²⁷⁾.

In tale direzione una concezione ampia di profitto è stata sostenuta dalla stessa Suprema Corte, che ha affermato che "il concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca e quindi nelle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p., il suddetto sequestro, deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa" ⁽²⁸⁾. Nel caso di specie si ammette l'applicabilità del

²⁴⁾ Cfr. DREHER-TRÖNDLE, § 73, *op. cit.*, 631; LACKNER, § 73, in *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München 1995, 471; HILDENSTAB, *Die Gewinnabschöpfung im Umwelstrafverfahren*, Köln 1990, 43 ss.

²⁵⁾ Su tale nozione nell'art. 59, cfr. SCHMID, *Einziehung*, (StGB Art. 58—60), in *Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei*, Band I, Zürich 1998, 117 ss.

²⁶⁾ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, MANZANARES SAMANIEGO, *Comiso* (art. 7), in COBO DEL ROSAL, *Comentarios a la legislación penal - Delitos monetarios*, Tomo IV, 1985, 253.

²⁷⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN - BOLDOVA PASAAMAR - ALASTUEY DOBON, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, Valencia 1996, 442 - 443.

²⁸⁾ Cass., 25 gennaio 1995, Giacalone, in *Riv. pen.* 1995, 1531. In tale direzione Cass., Sez. un., 3 luglio 1996 - 17 ottobre 1996, n. 9149;

sequestro preventivo *ex art.* 321, finalizzato alla confisca *ex art.* 240 c.p., in relazione ai beni, siano essi di natura fungibile o infungibile, in cui è stato investito il denaro profitto del reato (un appartamento acquistato con i proventi del reato di concussione).

L'estensione espressa alle utilità e ai surrogati della confisca del profitto si pone, del resto, in linea con quanto previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottata con la risoluzione n. 55/25 del 15 dicembre 2000 a Palermo⁽²⁹⁾.

L'applicazione della confisca anche ai vantaggi indiretti del profitto potrebbe, del resto, rivelarsi criminal-politicamente opportuna e, in certi limiti, legittima in quanto si tratta, pur sempre, di vantaggi derivanti comunque dal reato, che non costituisce una fonte legittima di arricchimento. Anche se non si negano i rischi di un'estensione indiscriminata e sproporzionata della nozione di utilità che renderebbe auspicabile che fosse il legislatore a precisare i limiti della confiscabilità del profitto indiretto; non sorgono dubbi, infatti, circa l'opportunità della confisca dei surrogati, cioè dei beni in cui i profitti siano stati direttamente investiti, *maggiormente problematica appare la confisca delle utilità derivanti dal reimpiego dei profitti, laddove tali profitti derivino anche da un'ulteriore attività lecita del soggetto*. Simili utilità, come esaminato, non rientrano nella nozione di *Nutzungen* ai fini dell'inflizione del *Verfall* tedesco.

In mancanza dell'auspicato intervento legislativo è intervenuta in materia la Suprema Corte a sezioni unite che, superando ogni esitazione, ha accolto una nozione ampia di profitto ricomprensiva anche i surrogati e le utilità derivanti dall'impiego dell'originario profitto: *“ Il bene costituente profitto è confiscabile ai sensi degli articoli 240 e 322 ter, comma I, prima parte c.p. ogni qualvolta sia ricollegabile causalmente in modo*

Cass., 21 ottobre 1994 - 25 gennaio 1995, n. 4114, in cui si stabilisce che la trasformazione che il denaro, profitto del reato, abbia subito in beni di altra natura, fungibili o infungibili, non è di ostacolo al sequestro preventivo, il quale può avere ad oggetto il bene di investimento così acquisito.

²⁹⁾ In *International Criminal Law - A Collection of international and European Instruments*, a cura di VAN DEN WYNGAERT, Second Revised Edition, The Hague-London-Boston 2000, 559.

preciso alla attività criminosa posta in essere dall'agente. E' necessario, pertanto, che siano indicati in modo chiaro gli elementi indiziari sulla cui base determinare come i beni sequestrati possano considerarsi in tutto o in parte l'immediato prodotto di una condanna penalmente rilevante o l'indiretto profitto della stessa, siccome frutto di reimpiego da parte del reo del denaro o di altre utilità direttamente ottenuti dai concussi (ne consegue che anche l'immobile acquistato con il danaro ottenuto dai concussi deve considerarsi profitto del reato)" ⁽³⁰⁾.

Per argomentare la sua decisione le Sezioni Unite riprendono testualmente le osservazioni, sopra esaminate, della relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale ⁽³¹⁾ e quelle della stessa Suprema Corte (Cass., Sez. VI, 21 ottobre 1994 - 25 gennaio 1995, n. 4114, Giacalone, rv. 200855), in base alle quali "la nozione di profitto o provento deve essere riguardata in rapporto all'arricchimento complessivo", in quanto "il bene frutto dell'investimento del denaro frutto della illecita condotta, siccome univocamente collegato alla esecuzione del crimine mantiene l'idea e costante l'attrattiva del reato in misura maggiore e più a lungo di quanto continuerebbe a fare il denaro stesso".

Tale interpretazione sembra alla Corte condivisibile in quanto espressione di un'interpretazione sistematica dell'art. 240 c.p. e conforme alla "ratio dell'istituto", che "è certamente quella di consentire la confisca di tutto ciò che sia qualificabile come frutto, o meglio come provento, del reato commesso. Insomma qualsiasi trasformazione che il danaro illecitamente conseguito subisca per effetto di investimento dello stesso deve essere considerata profitto del reato quando sia collegabile causalmente al reato stesso ed al profitto immediato - il danaro - conseguito e sia soggettivamente attribuibile all'autore del reato, che quella trasformazione abbia voluto. Una diversa e più restrittiva interpretazione non sembra, infatti, compatibile con la finalità dell'istituto che è quella di rendere l'illecito penale improduttivo e, quindi, scoraggiare la commis-

³⁰⁾ Cass., Sez. Un., 6 marzo 2008, n. 10280, in www.cortedicassazione.it.

³¹⁾ Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale, I, n. 240, 280.

sione di ulteriori illeciti. La funzione general - preventiva che la confisca, quale misura di sicurezza, sta sempre più assumendo nella legislazione italiana e comunitaria non può, infatti, essere frustrata da una interpretazione restrittiva dell'articolo 240 c.p., che renderebbe difficilmente aggredibile il bene oggetto della trasformazione del danaro frutto dell'illecito commesso”.

La Corte cita a sostegno della sua interpretazione una ricca giurisprudenza che ha qualificato come profitto del reato “tutte le utilità comunque ottenute, e, quindi, *medio tempore* trasformate in altri beni”, sia “i cd. surrogati del profitto, ovvero i beni acquistati con danaro di cui risulti accertata la concreta provenienza da reato (nel senso indicato vedi Cass., Sez. VI penale, 14 aprile 1993 - 22 settembre 1993, n. 1041, Ciarletta, rv. 195683, che nello stabilire il principio che non costituiscono ostacolo alla confisca le trasformazioni e modifiche che il prodotto del reato abbia subito, ha ritenuto profitto del reato titoli di stato acquistati con il danaro ricevuto direttamente dai concussi)”; sia “*la trasformazione che il danaro abbia subito in beni di altra natura, purché la trasformazione abbia i caratteri della certezza e della esatta corrispondenza di valori* ⁽³²⁾”; sia “ogni altra utilità o bene che questi ottenga anche indirettamente dall'utilizzo dei medesimi (Cass., Sez. II penale, 18 giugno 2004 - 23 luglio 2004, n. 32381, che ha ritenuto per tale ragione legittimo il sequestro in forma specifica ex articolo 640 *quater* c.p. di impianti aziendali, in luogo delle somme indebitamente percepite in relazione al reato di cui all'articolo 640 *bis* c.p.)”.

Le Sezioni Unite precisano, inoltre, che la confisca dei surrogati o delle utilità derivanti dal profitto non costituisce una forma di confisca per equivalente come già affermato dalla VI sezione della Su-

³²⁾ Corsivo aggiunto. Cass., Sez. II penale, 14 giugno 2006 - 27 settembre 2006, n. 31988, Chetta, rv. 235357; Cass., Sez. II penale, 14 giugno 2006 - 27 settembre 2006, n. 31990, Italinvest srl e altro, rv. 235129; Cass., Sez. I penale, 27 maggio 1994, 30 giugno 1994, n. 2551, Sorrentino, rv. 198347 in ordine ad un immobile, anche se erroneamente qualificato prodotto del reato, acquistato con il denaro peculato; Cass., Sez. VI penale, 19 dicembre 1997, 10 marzo 1998, n. 5185, Nardelli, rv. 210676 in ordine a certificati di deposito e autovettura acquistati con denaro, del quale risultava accertata la concreta provenienza da reato, ricavato dal reato di concussione.

prema Corte ⁽³³⁾. Sembra assolutamente opportuna tale precisazione perché la confisca dei surrogati o delle utilità rappresenta una forma di sottrazione di beni o altre utilità *derivanti* dall'originario profitto, causalmente connessi ad esso; la confisca per equivalente, invece, consentendo l'ablazione di beni nella disponibilità del soggetto di valore equivalente al profitto accertato, si riferisce alle ipotesi in cui non è rintracciabile né l'originario profitto del reato né i derivati da tale profitto, pur essendo stato provato che un profitto è stato tratto dal reato e il suo ammontare. Chiaramente laddove si accoglie una nozione ristretta di profitto come il bene direttamente derivante dal crimine, escludendo i surrogati in cui i profitti sono stati reimpiegati o le utilità da essi derivanti, la confisca per equivalente diventa lo strumento per sottrarre tali vantaggi.

Le Sezioni Unite precisano, infine, che l'interpretazione affermata è in linea anche con la normativa internazionale che ha sempre considerato come oggetto della confisca il provento illecito, ovvero ogni vantaggio economico derivato dal reato: "è sufficiente ricordare la Convenzione di Vienna del 20 dicembre 1988 in materia di traffico illecito di stupefacenti che prevede la confisca per i proventi da reato definiti come qualsiasi bene proveniente direttamente o indirettamente attraverso la commissione di un reato. Gli stessi concetti sono espressi dalla Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (Parigi, OCSE del 17 dicembre 1997). Infine anche con la decisione - quadro relativa alla confisca dei beni, strumenti e proventi di reato del 24 febbraio 2005 della UE per provento del reato si è ritenuto ogni vantaggio economico derivato da reati".

Le Sezioni Unite sono chiaramente consapevoli dell'orientamento più rigoroso sopra delineato; anzi si evidenzia che "sul carattere immediato e diretto della pertinenza della cosa da con-

³³⁾ Cass., 14 giugno 2007 - 30 luglio 2007 n. 30966, Puliga, rv. 236984, che "nello stabilire che, quando il profitto del reato di concussione sia costituito da danaro, è legittimamente operato in base alla prima parte dell'articolo 322 *ter* comma I c.p. il sequestro preventivo di disponibilità di conto corrente dell'imputato, ha chiarito in motivazione che in casi siffatti non si tratta di confisca per equivalente, ma di una ipotesi di confisca in forma specifica".

fiscare con il reato hanno fatto leva le Sezioni Unite”, nella celebre sentenza Montella ⁽³⁴⁾, “anche per tratteggiare i caratteri distintivi della confisca di cui all'articolo 240 c.p. da quella prevista dall'articolo 12 *sexies*” del d.l. 306/1992, nonché la VI Sezione ⁽³⁵⁾ “che ha individuato la *ratio* del nuovo istituto della confisca per equivalente nel superamento di quegli ostacoli o difficoltà per la individuazione dei beni in cui si incorpora il profitto iniziale, nonché nella necessità di ovviare ai limiti che incontra la confisca dei beni di scambio o di quelli che ne costituiscono il reimpiego, potendo riguardare beni che non hanno neanche un collegamento diretto con il singolo reato”.

Nella decisione in esame, tuttavia, le Sezioni Unite non ritengono condivisibile l'orientamento più restrittivo in quanto non giustificato dalla lettera della norma “che... pretende soltanto un rapporto di pertinenzialità tra il bene da confiscare o sequestrare ed il reato commesso”, anche alla luce della funzione sempre più general-preventiva e sanzionatoria della confisca; si tratterebbe di un'interpretazione in contrasto con la *ratio* che oggi si attribuisce alla confisca come moderno strumento di lotta contro l'arricchimento illecito e l'infiltrazione criminale nell'economia, alla luce delle direttive comunitarie e internazionali in materia.

È importante evidenziare, però, che la Corte sottolinea, opportunamente, la necessità che siano indicati in modo chiaro “*gli elementi indiziari sulla cui base determinare come i beni sequestrati possano considerarsi in tutto o in parte l'immediato prodotto di una condanna penalmente rilevante o l'indiretto profitto della stessa, siccome frutto di reimpiego da parte del reo del denaro o di altre utilità direttamente ottenuti dai concussi*”; l'accusa deve fornire la prova del nesso di pertinenzialità che lega, anche attraverso successivi passaggi, i beni da confiscare al reato, così ponendo un freno ad un'eccessiva dilatazione della nozione di profitto indiretto.

Fermo restando ciò sarebbe auspicabile, come già suggerito, un intervento risolutore del legislatore che nell'ambito di una più ampia riforma della disciplina dell'art. 240 c.p. chiarisca la nozione di profit-

³⁴⁾ Cass. Sez. un., 17 dicembre 2003 (19 gennaio 2004), Montella, in *Cass. pen.*, 2004, 1188.

³⁵⁾ Cass., Sez. VI penale, 29 marzo 2006 - 17 luglio 2006, n. 24633, Lucci ed altro, rv. 234729.

to evitando di rimettere la scelte politico criminali sottese all'accoglimento delle diverse nozioni di profitto alla mera discrezionalità del giudice, così compromettendo la certezza del diritto e le connesse esigenze di tutela dei cittadini, nonché la stessa tutela dei beni giuridici protetti dalle disposizioni violate.

In relazione alla nozione di profitto, infatti, altre due questioni sono oggi oggetto di discussione: la determinazione del carattere lordo o netto del profitto; la possibilità di ricomprendere nella nozione di profitto anche i vantaggi immateriali (e futuri). Tali problematiche, già esaminate in altra sede, sono riprese nel paragrafo successivo alla luce della più recente giurisprudenza e con particolare riferimento alla confisca nei confronti delle persone giuridiche.

2. *La confisca contro le persone giuridiche contemplata dal d.lgs. 231/2001 (la nozione di profitto e la confisca per equivalente).*— La recente giurisprudenza, nell'applicare il d.lgs. 231/2001, ha posto al centro dell'attenzione la problematiche relative all'interpretazione della nozione di profitto quale oggetto della confisca, prevista, innanzitutto, dall'art. 19 che consente anche la confisca per equivalente ⁽³⁶⁾.

L'aspetto che più inquieta è determinato da alcune sentenze che consentono di applicare la confisca contro le persone giuridiche in base al principio del profitto lordo, senza alcuna considerazione di eventuali spese a favore della collettività, e, anche attraverso la *confisca per equivalente*, in relazione ai vantaggi immateriali e futuri, nozione piuttosto ampia e indeterminata, tanto più in sede cautelare (si ritiene indispensabile anche il sequestro per equivalente).

A tal proposito si deve ricordare, innanzitutto, che la confisca per equivalente, pur rappresentando il primo fondamentale modello che consente di sottrarre i profitti illeciti senza dover accertare il nesso di pertinenzialità con uno specifico reato, dovrebbe costituire una mera forma di esecuzione della confisca laddove non è possibile l'ablazione del profitto originario (rimanendo una forma di riequili-

³⁶⁾ Cfr. tra gli altri MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001 (nel prosieguo MAUGERI, *op. cit.*), 153 ss.; PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, in *Reati e responsabilità degli enti – Guida al d. lgs. 8 giugno 2001*, n. 231, a cura di G. LATTANZI, Milano 2005, 217 ss.

brio economico), come esaminato in altra sede ³⁷⁾. Tale forma di confisca, invece, tende oggi ad assumere delle caratteristiche allarmanti laddove una parte della giurisprudenza, in relazione alla confisca di cui all'art. 322 *ter* c.p., ammette l'applicabilità della confisca *per intero* nei confronti di ciascun concorrente proprio in virtù della sua natura sanzionatoria e non recuperatoria ³⁸⁾; oppure, poiché la confisca per equivalente “viene ad assumere un carattere eminentemente sanzionatorio”, nell'ipotesi di concorso di persone si ritiene che la confisca in questione può attingere uno qualsiasi dei concorrenti, pur se l'intero importo del ritenuto prezzo o profitto dello stesso reato sorgente non sia affatto transitato, o sia transitato in minima parte, nel patrimonio del concorrente onerato dalla confisca ³⁹⁾.⁽⁴⁰⁾. In tale

³⁷⁾ Sia consentito il rimando a MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 489 ss., per una breve disamina della confisca di valore nel nostro ordinamento. Sul carattere sanzionatorio, invece, della confisca ex art. 19 d.lgs. 231/2001 cfr. EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio cautelare*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, Milano 2006, 305 – 308, il quale ritiene che “proprio la circostanza che la messa a disposizione del profitto ai fini della confisca sia considerato elemento costituente condotta riparatoria conferma la natura retributiva e di emenda che si attribuisce alla confisca, così da ulteriormente rafforzarne la riconosciuta natura di sanzione”; cfr. altresì LUGHINI, *Il commento*, in *Il Corr. del merito* 2008, n. 1, 90.

³⁸⁾ Cass. 1 ottobre 2002, n. 32797; Cass. 16 gennaio 2004 (2 aprile 2004), n. 15455, Napolitano G., in *Foro it.* 2004, II, 685, e in *Impresa c.p.i. - Diritto e pratica commerciale* 2004, 1444; Cass. 2 dicembre 2004, Ricciotti. Cfr. altresì Cass., 6 luglio 2006 – 15 settembre 2006, n. 30729, Carere, in *Guida al dir.* 2006, n. 40, 117, in cui si afferma che “qualora mancando la possibilità di sottoporre a confisca (e quindi a preventivo sequestro) i beni che costituiscono il profitto o il prezzo di taluno dei reati cui si riferisce l'art. 322 *ter* c.p., si prospetti la necessità di dar luogo alla confisca “per equivalente” ed il reato per il quale tale misura è prevista sia addebitato a più persone, è legittimo che il sequestro preventivo sia esteso per ciascuna di esse fino a coprire l'intero importo del profitto o del prezzo del medesimo reato, trovando ciò giustificazione, peraltro, non nell'ipotetica assimilabilità della confisca ad una sanzione penale, ma nella scelta legittimamente operata dal legislatore nel senso della configurabilità di una “responsabilità per intero” in capo a ciascuno dei singoli concorrenti nel reato”.

³⁹⁾ Cass. 16 gennaio 2004 (2 aprile 2004), n. 15455, Napolitano G., *cit*; parla di carattere sanzionatorio Cass. 10 gennaio 2007, n. 316, G.s.r.l., in *www.reatisocietari.it*. Non parla di carattere sanzionatorio, ma conferma l'applicabilità della confisca per equivalente ai concorrenti nei medesimi termini, Cassazione, Sezioni Unite, 25 ot-

direzione si è da ultimo pronunciata la Suprema Corte a Sezioni Unite nel celebre caso Impregilo: “*Di fronte ad un illecito plurisoggettivo deve applicarsi il principio solidaristico che informa la disciplina del concorso nel reato e che implica l'imputazione dell'intera azione delittuosa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente. Più in particolare, perduta l'individualità storica del profitto illecito, la confisca di valore può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato (entro logicamente i limiti quantitativi dello stesso), non essendo esso ricollegato, per quello che emerge allo stato degli atti, all'arricchimento di uno piuttosto che di un altro soggetto coinvolto, bensì alla corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito, senza che rilevi il riparto del relativo onere tra i concorrenti, che costituisce fatto interno a questi ultimi (cfr. Cass. sez. II 14/6/2006 n. 31989, Troso; 20/9/2007 n. 38599, Angelucci; 21/2/2007 n. 9786, Alfieri; 20/12/2006 n. 10838, Napoletano; 6/7/2006 n. 30729, Carere).*”⁽⁴¹⁾.

tobre – 22 novembre 2005, n. 41936, Muci, *cit.*, 52; Cass. 27 settembre 2006, n. 31989, in in *Giur. it.* 2007, 7, 1751. Da ultimo conferma il carattere sanzionatorio di tale forma di confisca Tribunale di Trento, 12 febbraio 2008, Ufficio del giudice per le udienze preliminari, ordinanza di legittimità costituzionale.

⁴⁰⁾ Cass. 16 gennaio 2004 (2 aprile 2004), n. 15455, Napolitano G., *cit.*, 685; parla di carattere sanzionatorio Cass., 10 gennaio 2007, n. 316, G.s.r.l., in *www.reatisocietari.it*. Non parla di carattere sanzionatorio, ma conferma l'applicabilità della confisca per equivalente ai concorrenti nei medesimi termini, Cassazione, Sezioni Unite, 25 ottobre – 22 novembre 2005, n. 41936, Muci, *cit.*, 52; Cass. 27 settembre 2006, n. 31989, in in *Giur. it.* 2007, 7, 1751; Cass., 3 maggio 2007, n. 21138, in cui si afferma che “se il reato per il quale tale misura è prevista è addebitato a più persone, è legittimo che il sequestro preventivo sia esteso per ciascuna di esse fino a coprire l'intero importo del profitto o del prezzo del medesimo reato, trovando ciò giustificazione, peraltro, non nell'ipotetica assimilabilità della confisca ad una sanzione penale ma nella scelta legittimamente operata dal legislatore nel senso della configurabilità di una responsabilità per l'intero? in capo a ciascuno dei singoli concorrenti nel reato (Cass., Sez. II Pen., 6 luglio 2006 n. 30729, dep. 15 settembre 2006, in *Ced Cass. rv. 234849*)”. Da ultimo conferma il carattere sanzionatorio di tale forma di confisca Tribunale di Trento, 12 febbraio 2008, Ufficio del giudice per le udienze preliminari, ordinanza di legittimità costituzionale.

⁴¹⁾ Cass., 20 settembre – 9 novembre 2007, n. 41499, *cit.*, che precisa: “E' chiaro quindi che, ove la natura della fattispecie concreta e dei rapporti economici ad essa sottostanti non consenta d'individuare, allo stato degli atti, la quota di profitto concretamente attribuibile a ciascun concorrente o la sua esatta quantificazione, il sequestro preventivo deve essere disposto per

In tale direzione parte della dottrina ritiene che l'affievolimento del rapporto di pertinenzialità tra il bene e il reato attribuisce carattere sanzionatorio alla confisca per equivalente, “una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti” ⁽⁴²⁾, poco sensibile al principio di personalità della responsabilità ⁽⁴³⁾. Tale posizione sembra, in realtà, discutibile perché la confisca per equivalente dovrebbe essere una modalità di realizzazione della confisca del profitto accertato, connesso al reato ⁽⁴⁴⁾. La confisca per equivalente, piuttosto, finisce per assumere carattere punitivo nella misura in cui il profitto o il prezzo non sia effettivamente pervenuto al concorrente al quale si applica la misura, costretto a un sacrificio economico per soddisfare le pretese statuali (salva la possibilità di riparto del relativo onere nei rapporti interni tra i vari concorrenti) o addirittura si pretende che ciascun concorrente subisca una pena patrimoniale per l'ammontare dell'intero profitto.

La stessa Cassazione, tuttavia, ha rigettato tale orientamento in altre sentenze affermando che “il prezzo o il profitto del reato ovvero il valore ad essi corrispondente delimita l'importo massimo della confisca ed impedisce la moltiplicazione dello stesso per il numero dei concorrenti nel reato, che non subiscono la confisca per l'intero ammontare del provvedimento ablatorio, ma solo *pro quota*. Ciò deriva dalla stessa lettera dell'art. 322 *ter* c.p., che prevede l'assoggettabilità dei beni nella disponibilità dell'imputato per un valore corrispondente a quello del profitto del reato, intendendosi per reato quello commesso dal singolo imputato” ⁽⁴⁵⁾. Anzi si precisa che “non appare con-

l'intero importo del profitto nei confronti di ciascuno, logicamente senza alcuna duplicazione e nel rispetto dei canoni della solidarietà interna tra i concorrenti”.

⁴²⁾ Cass. 29 marzo 2006, n. 24633, in *Guida al dir.* 2006, 32, 90 ss., 92 (par. 1).

⁴³⁾ Così FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale – Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche*, Bologna 2007, 258; parla di carattere sanzionatorio CORATELLA, *Confisca per equivalente, sì alla linea Ue. Il dictum degli ermellini guarda ai nuovi metodi antiriciclaggio*, in *Diritto e giustizia* 14 gennaio 2006, n. 2, 48 ss.

⁴⁴⁾ Cass. 16 gennaio 2004, (2 aprile 2004), n. 15455, Napolitano G., *cit.*; Cass. 3 luglio 2002, n. 32797, Silletti, in *Ced. Cass. rv.* 222741.

⁴⁵⁾ Cass. 23 giugno 2006, n. 25880, Maniglia D.; Cass. 23 giugno 2006, n. 32627, Maniglia P.; cfr. Cass. 30 luglio 2007, n. 30966, secondo la quale il sequestro

gruo sottoporre a sequestro somme costituenti un multiplo della somma da confiscare, pari al numero dei concorrenti del reato, in quanto in tal modo si avrebbe una misura cautelare ablatoria eccedente quella definitiva ed una conseguente compressione della sfera patrimoniale dei soggetti attinti dal sequestro, che potrebbero essere privati per l'intera durata del processo della disponibilità di somme che poi verrebbero restituite in quanto la confisca non potrebbe eccedere il valore del prezzo o del profitto del reato" ... "altrimenti si introdurrebbe surrettiziamente nell'ordinamento penale una sanzione pecuniaria non prevista" ⁽⁴⁶⁾.

Circa l'interpretazione della nozione di *profitto*, ancora, appare emblematica e inquietante una recente ordinanza del Tribunale di Napoli nel caso Impregilo ⁽⁴⁷⁾, che ha sancito che il profitto confiscabile ai sensi dell'art. 19, primo e secondo comma, è costituito dalla totalità dei ricavi realizzabili dall'aggiudicatario in conseguenza del reato e non assumono alcuna rilevanza i costi contestualmente sostenuti nello svolgimento del rapporto contrattuale; si precisa, inoltre, che il "sequestro per equivalente del profitto del reato può essere disposto per l'intero importo nei confronti di tutte le società rispetto alle quali è astrattamente ipotizzabile una responsabilità da reato, a prescindere dall'effettivo conseguimento di un profitto da parte di ciascuna di esse". Da ultimo le stesse Sezioni Unite hanno ribadito tale principio di solidarietà tra le imprese del gruppo: "Va aggiunto, per quanto specificamente qui interessa, che è postulata la responsabilità di ciascuna impresa partecipante al raggruppamento temporaneo per reati commessi da soggetti apicali o sottoposti, che funzionalmente hanno operato nell'interesse dell'ente di rispettiva appartenenza, sicché è innegabile la convergenza di responsabilità, da inquadrarsi nell'ottica del concorso. Di fronte ad un illecito plurisoggettivo deve applicarsi il principio solidaristico che informa la disciplina del concorso nel reato e che implica l'imputazione dell'intera azione delittuo-

per l'intero importo è possibile solo laddove non sia possibile individuare con chiarezza la quota di prezzo o profitto attribuibile a ciascun concorrente.

⁴⁶⁾ Trib. Bari, 5 marzo 2007, in *Juris data online*, in particolare 4 – 5.

⁴⁷⁾ Tribunale di Napoli, sez. riesame, ord., 6 ottobre 2007, ud. 24 luglio 2007, I. S.p.a. ed altri, in *Dir. pen. e proc.* 2007, 1638 – 1640.

sa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente", con la conseguenza, come sopra esaminato, che "la confisca di valore può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato" ⁽⁴⁸⁾.

Riprendendo la giurisprudenza in materia di utile del reato di truffa si osserva che rientra nella nozione di profitto il vantaggio patrimoniale comprensivo del mero risparmio (si riprende la posizione delle S.U. n. 299952 del 2004), ottenuto senza averne diritto, ovvero senza che trovi giustificazione in un valido titolo giuridico; collegato direttamente e immediatamente all'illecito penale ⁽⁴⁹⁾; che non è utile netto o reddito; che è possibile che non assuma un attuale profilo di patrimonialità, potendo consistere anche in un'altra situazione di utile, eventualmente propedeutica al conseguimento di un vantaggio economico; che può essere conseguito anche da chi non ha posto in essere l'attività delittuosa.

La dottrina denuncia i rischi di tale interpretazione in relazione al sequestro, consentendo sequestri di porzioni smisurate che possono determinare l'immediata cessazione dell'attività sociale (basti pensare a contratti di appalto di notevole valore, in relazione ai quali il mero *fumus* risultante dall'astratta configurabilità di un reato determinerebbe l'immediata interruzione dell'attività sociale); si rischia, inoltre, nell'estendere la nozione di profitto a voci attive immateriali, di confondere il profitto con il danno invocato dalla persona offesa (si tratta di una fattispecie di truffa), laddove manca un' "attenta delimitazione causale delle voci attive derivate dall'illecito" ⁽⁵⁰⁾. Non sembra assolutamente accettabile, inoltre, l'ammissibilità di solidarietà passiva tra le diverse imprese, già criticata tra i concorrenti del reato, in contrasto con il principio della responsabilità autonoma di ciascun soggetto per cui la sanzione non può essere commisurata all'utilità

⁴⁸⁾ Cass., 20 settembre – 9 novembre 2007, n. 41499, *cit.*

⁴⁹⁾ Il discrimine tra ciò che è confiscabile e ciò che non lo è va ricercato nella collegabilità diretta ed immediata del vantaggio patrimoniale con l'illecito penale, con esclusione, quindi, di tutti gli effetti mediati e indiretti del reato stesso (né tale nozione può essere confusa con quella di prodotto – l'oggetto materiale derivato al reo come conseguenza del reato – o con quella di prezzo, corrispettivo).

⁵⁰⁾ COMPAGNA, *Commento a Trib. Napoli*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 1645.

conseguita da un soggetto diverso, e in violazione del principio dell'autonomia patrimoniale che caratterizza l'intera disciplina dei rapporti commerciali ⁽⁵¹⁾ (salva la possibilità di stabilire una responsabilità dell'altro ente e il relativo profitto, questione che si è posta in giurisprudenza in relazione ai gruppi societari ⁽⁵²⁾). Una simile interpretazione trasforma la confisca in una pena patrimoniale, che viene applicata, però, al di là di criteri commisurativi conformi al principio della responsabilità penale personale.

Addirittura, poi, in una sua pronuncia la Suprema Corte, ribaltando un precedente orientamento ⁽⁵³⁾, ha ammesso la possibilità di applicare retroattivamente il sequestro e la confisca, anche per equivalente, previsti dal d.lgs. 231 ⁽⁵⁴⁾.

⁵¹⁾ *Ibidem*.

⁵²⁾ Cfr. DE NARDIS, *La responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Dir. e Prat. delle Società* 2005, 20; Trib. Milano, ord. 20 settembre 2004, in *Guida al dir.* 2004, n. 47; Trib. Milano, 20 dicembre 2004, in *www.reatisocietari.it* e in *Dir. e prat. soc.* 2005, 6, 69, con nota di CERQUA G: "Perché possa configurarsi la responsabilità dell'ente discendente da reato è necessario, come si desume da una lettura sistematica degli art. 5 e 12 del d.lg. 8 giugno 2001 n. 231, che il reato presupposto sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, trattandosi di criteri ascrittivi di responsabilità di carattere alternativo. Nei gruppi di società è da escludere, per gli inevitabili riflessi che le condizioni della società controllata riverberano sulla società controllante, sia che i vantaggi conseguiti dalla controllata, in conseguenza dell'attività della controllante, possano considerarsi conseguiti da un terzo, sia che l'attività di quest'ultima possa dirsi compiuta nell'esclusivo interesse di un terzo". Cfr. DIGIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, op. cit., 117.

⁵³⁾ Cass. 21 dicembre 2006, n. 316, in *Ced. Cass.* 2007, rv. 235363, in cui si afferma che "Non è applicabile la confisca "per equivalente" prevista per le persone fisiche dall'art. 322 ter c.p. e, per le persone giuridiche, dall'art. 19 d.lg. 8 giugno 2001 n. 231, in relazione a somme che siano state percepite anteriormente all'entrata in vigore di dette norme; il che esclude anche l'operatività, in tale ipotesi, del sequestro preventivo previsto, rispettivamente, dall'art. 321 c.p.p. e dall'art. 53 del citato d.lg. n. 231 del 2001 (principio affermato, nella specie, in relazione al reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, pur essendosi tenuto conto, trattandosi di erogazioni effettuate in più rate, della sua natura di reato a consumazione cosiddetta "prolungata", iniziata con la percezione della prima rata, anteriormente all'entrata in vigore delle norme summenzionate, e conclusasi successivamente).

⁵⁴⁾ Cass. 10 gennaio 2007, n. 316, G., cit.

La giurisprudenza, insomma, rischia di trasformare la confisca e, ancor prima, il sequestro in uno strumento punitivo ⁽⁵⁵⁾ sproporzionato, che si aggiunge alle sanzioni pecuniarie e interdittive, in contrasto con la logica del d.lgs. 231 che non sembra essere una logica punitiva, ma piuttosto rieducativa, nel senso che tutto il sistema punitivo non sembra destinato ad *affliggere* gli enti, ma piuttosto ad indurli (per ottenere l'affievolimento della sanzione pecuniaria o per sottrarsi alla sanzione interdittiva) a comportamenti virtuosi, che vanno dalla restituzione del profitto illecito, al risarcimento dei danni, sino e soprattutto all'adozione o al miglioramento di quei modelli organizzativi che possono consentirle di prevenire nel futuro la consumazione di illeciti (per lo meno del tipo di quello realizzato); comportamenti che dovrebbero denotare la volontà dell'ente di "rieducarsi" realizzando la funzione special-preventiva della pena ⁽⁵⁶⁾.

Sia consentito il rimando a recenti lavori in relazione alla questione relativa al carattere lordo o netto del profitto in cui, pur ribadendo la generale legittimità della confiscabilità del profitto lordo, senza considerare i costi connessi ad attività illecite, si è confermata l'opportunità di limitare la nozione di profitto laddove l'ente realizzi delle prestazioni a favore della collettività (ad esempio i servizi resi o

⁵⁵⁾ Parte della dottrina ritiene che la confisca ex art. 19 sia una misura con carattere punitivo (atipico): cfr. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Leggi complementari*, Milano 2007, 898; G. PECORELLA, *Responsabilità amministrativa degli enti* (I Parte), in *Contabilità e bilancio* 2006, n. 13, 1 – 7. Cfr. Cass. 14 giugno 2006, n. 31989, *cit.*, con nota di BONZANO in *Dir. e giust.* 2006, 40, 65, che definisce la confisca in esame come "pena principale"; Cass., sez. II, 14 giugno 2006, n. 31989, *cit.*, 1751: "La confisca ... ha natura sanzionatoria rappresentando la pena principale da applicare all'ente collettivo in caso di sua responsabilità, mentre laddove tale dichiarazione di responsabilità manchi ma a carico della persona giuridica sia disposta comunque la confisca, tale provvedimento in questo caso è privo di contrassegni punitivi ed è finalizzato esclusivamente al ristoro dell'equilibrio economico alterato".

⁵⁶⁾ Cfr. a tal proposito VALLINI, *Alcune riflessioni sulla natura delle sanzioni previste dal d. lgs. n. 231/2001*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio? – Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova 15 novembre 2006*, a cura di PISA, Torino 2008, 44, il quale parla di modello "correzionalista"; VENAFRO, *Funzione e disciplina delle sanzioni interdittive previste dal d. lgs. n. 231/2001*, *ivi*, 57; GARGANI, *La tendenza "eccentrica" della disciplina sanzionatoria di cui al d. lgs. n. 231/2001*, *ivi*, 87; PIERGALLINI, *op. cit.*, 189 – 190, 225 ss.

le opere eseguite in base ad un appalto ottenuto attraverso la corruzione), tenendo conto, in conformità al principio di proporzionalità, delle spese a tal fine realizzate in un contesto lecito⁽⁵⁷⁾. In tale direzione

⁵⁷⁾ Parla di profitto netto Cass., S.U., 25 ottobre – 22 novembre 2005, Muci, n. 41936, *cit.*; Cass. 23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita, Ced 235636, in cui si precisa che la nozione di profitto non è la stessa in tutte le disposizioni di legge ma muta a seconda del contenuto e delle finalità della normativa che la contempla; in particolare le disposizioni in materia di confisca - art. 19 e 15, c. 4 - “si preoccupano di assicurare allo Stato quanto illecitamente conseguito...attraverso la commissione degli illeciti”; ne consegue che “oggetto del provvedimento ablativo non può che essere il profitto inteso in senso stretto, cioè come immediata conseguenza economica della azione criminosa, che può corrispondere all’utile netto ricavato”; Tribunale di Milano prima sentenza di condanna in materia di responsabilità degli enti, 20 marzo 2007, My Chef, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2008: “Nel silenzio della legge, e al fine di salvaguardare il principio di proporzionalità della sanzione, la confisca del profitto del reato prevista dall’art. 19 D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 deve intendersi come riferita al profitto netto, cioè all’utilità effettivamente conseguita. Pertanto, qualora il reato presupposto sia quello di corruzione, commesso per l’aggiudicazione di un appalto, oggetto di confisca non possono essere gli importi (ad es. costi di gestione e imposte) che non afferiscono in modo diretto alla condotta illecita, bensì ad un rapporto contrattuale che ha avuto concreta attuazione”; *contra* Cass., S.U., 24 maggio 2004, n. 299952, *Curatela del Fallimento della Srl Cgp*, CED 228166, in cui si precisa che per profitto si intende il “vantaggio di natura economica che deriva dall’illecito”, che «non significa “utile netto”, né “reddito” ma sta ad indicare un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, che non deve essere necessariamente conseguito da colui che ha posto in essere l’attività delittuosa” per “profitto del reato”»; Cass., Cass., 6 luglio 2006 – 15 settembre 2006, n. 30729, Carere, *cit.*, che ha affermato che con riferimento alla fattispecie di cui all’art. 640 *bis* c.p. il profitto coincide con l’importo dei finanziamenti indebitamente conseguiti, senza che possano rilevare, in deduzione, gli eventuali costi sostenuti per detti finanziamenti (“gli eventuali oneri economici sopportati dall’autore del reato per la realizzazione del fatto delittuoso”).

La più recente dottrina ritiene che nel d.lgs. 231 del 2001 l’oggetto della confisca sia rappresentato dal profitto netto, utilità direttamente ricavata dal reato in mancanza di una diversa presa di posizione del legislatore in considerazione della complessiva *ratio* “riequilibratrice” posta alla base della confisca nella disciplina in questione, e in considerazione di indicazioni sistematiche e comparatistiche; per lo meno si ritiene che si dovrebbe restringere la confisca al profitto netto nell’ipotesi in cui emergano spese lecite (come nella corruzione). Tale interpretazione è considerata maggiormente conforme alle finalità preventive di tale misura, che devono essere ravvisate nell’esigenza di assicurare che dal delitto non residuino conseguenze redditizie per l’ente, FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2005, 83; ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCI-

la Suprema Corte ha precisato, anche se con riferimento alla confisca ex art. 322 *ter*, che in conformità alla nozione di profitto accolta dalle Sezioni Unite come “vantaggio di natura economica” o “beneficio aggiunto di tipo patrimoniale di diretta derivazione causale” dalla attività del reato ⁽⁵⁸⁾, il profitto nel caso di contratto acquisito attraverso la corruzione, consiste “nell’utile derivato, nella redditività di impresa, e non nel valore della commessa, ottenuta per effetto dell’accordo corruttivo”; si ritiene, però, che il vantaggio patrimoniale di diretta

NI-PALIERO, III, Milano 2006, 2153; ANTOLISEI, *op. cit.*, 898. Solo tale interpretazione è considerata conforme al principio di proporzione perché altrimenti, la confisca del valore dell’intera operazione, ad esempio un appalto, darebbe vita ad un intervento punitivo non consentito dalla legge con violazione del principio di determinatezza, ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, 2153 ss. Il profitto viene definito come l’utile operativo dell’impresa, ottenuto sottraendo ai ricavi i costi sostenuti per l’acquisto dei beni e dei servizi necessari alla produzione, al netto dei costi e dei rapporti obbligatori riconducibili comunque all’attività d’impresa, anche in relazione alle condotte illecite; ciò si deduce anche dalla circostanza che l’art. 19 antepone espressamente alla confisca la tutela dei terzi danneggiati (e dunque il risarcimento del danno) e la tutela dei diritti dei terzi estranei in buona fede (categoria che appare più ampia dei semplici titolari di diritti reali, fino ad abbracciare i creditori chirografari, tra cui i dipendenti e, tra i soggetti esterni all’impresa, gli istituti di credito), così ACQUAROLI, *Confisca e tassazione. Proposte di riforma e ipotesi di un modello integrato di disciplina della ricchezza “di origine illecita”*, in *La riforma del sistema sanzionatorio fiscale*, a cura di ACQUAROLI, Macerata 2007, 170 – 171; LUGHINI, *op. cit.*, 90 il quale propone il principio dell’inaccettabilità di una doppia ablazione per discernere i costi deducibili, piuttosto che la loro natura (ad esempio il prezzo della tangente come costo deducibile presso il corruttore).

Un’altra parte della dottrina, invece, ritiene che il profitto debba essere calcolato al lordo, non essendo autorizzata un’ “interpretazione che voglia attribuire al profitto, anche ai fini della confisca, un significato e una valenza di tipo aziendalistico, si da ricondurre la confiscabilità solo all’utile netto ricavato dall’attività illecita”, AMATO, *Precisati i requisiti e le condizioni per sostenere la responsabilità degli enti*, in *Guida al dir.* 2006, n. 42, 69 (anche laddove manchi la colpevolezza dell’ente); EPIDENDIO, *op. cit.*, 314 ss., ritiene che va inteso come profitto lordo ai sensi dell’art. 19 (sanzione principale) anche se limitato a ciò che è legato da un rapporto di pertinenzialità (escludendo le maggiorazioni conseguenti ad attività ulteriori), proprio in considerazione della funzione sanzionatoria della sanzione in esame, netto ai sensi dell’art. 6, quinto comma e 15, quarto comma; conforme FUSCO, *La sanzione della confisca in applicazione del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2007, I, 65.

⁵⁸⁾ Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, *Curatela Fall. in proc. p. Focarelli*, cit., 7355.

derivazione dal reato viene calcolato depurando i ricavi “*dai costi legati alla operazione che non fossero di natura illecita*”. La Corte esclude che si possa considerare come posta in detrazione «anche l'importo della tangente pagata, costituendo la stessa “un costo” per la società non deducibile sotto il profilo fiscale né suscettibile di essere valorizzato – proprio per la sua illiceità – nella determinazione delle poste passive idonee ad individuare l'utile conseguito»⁽⁵⁹⁾. Il Tribunale di Milano ha recentemente accolto tale distinzione precisando che, sempre alla luce della definizione di profitto fornita dalle Sezioni Unite⁽⁶⁰⁾, il profitto confiscabile non può essere il profitto netto calcolato detraendo “*anche quelle [le spese compiute] a fronte di attività illecite*”, perché così si consente di fatto “all'autore del reato di trarre vantaggio (dal momento che ottiene uno sconto sul profitto confiscabile) da un'attività intrinsecamente illecita e posta in essere per esclusive finalità criminali”⁽⁶¹⁾; ciò risulta contrario alla *ratio* sottesa alla confisca, che “è volta ad evitare che il reo possa in alcun modo trarre utilità..da un'attività in contrasto con l'ordine pubblico e con le norme penali dell'ordinamento”. Si evidenzia che tali spese non sono documentabili in modo certo e sono spesso sottaciute da parte dello stesso autore. La Corte esclude, inoltre, la possibilità di considerare detraibili i costi che siano sostenuti a fronte di attività di per sé lecite che, in concreto, siano state dispendiate e finalizzate alla realizzazione del reato. Si può, invece, tenere conto dei “costi sostenuti dall'impresa per dare attuazione all'appalto che abbia ottenuto dietro il pagamento di tangenti”; “se il profitto si sostanzia nel guadagno conseguito dal reo attraverso la condotta illecita, esso non può che commisurarsi al valore del contratto, cioè *al ricavo meno i costi d'impresa sostenuti per l'attuazione della commessa*: solo rispetto a tale differenza è possibile affermare che il reo abbia tratto una utilità economicamente valutabile costituente conseguenza in-

⁵⁹⁾ Cass. 27 settembre 2007, D.P.M.M.G., n. 37556, *Juris data online*. *Contra* ritiene che si dovrebbe considerare come costo deducibile la tangente per evitare una doppia ablazione, considerando che essa rappresenta il prezzo da confiscare al corrotto.

⁶⁰⁾ Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, *Curatela Fall. in proc. p. Focarelli, cit.*, 7355.

⁶¹⁾ Cfr. Trib. Di Milano, sez. riesame, 22 ottobre 2007, P., in *Il Corr. del merito* 2008, 84.

mediata e diretta del reato” (nel caso di specie vengono decurtati gli oneri fiscali già trattenuti alla fonte) ⁽⁶²⁾.

Sempre in tale direzione la Suprema Corte, sezione II, dinanzi alla quale sono stati presentati i ricorsi dell'imputati contro la sentenza del Tribunale di Napoli nel caso Impregilo, ha ritenuto opportuno rimettere la questione di diritto alle Sezioni Unite ai fini della determinazione della nozione di profitto come ricavo o profitto netto ⁽⁶³⁾. In tale ordinanza la Corte sembra accogliere una nozione ampia di profitto, ma in realtà leggendo attentamente le argomentazioni emerge chiaramente come si ritenga inaccettabile solo la deduzione dei costi realizzati per l'attività intrinsecamente illecita, così come avviene, afferma la Corte, per la confisca ex art. 240 c.p., ad esempio “*in tema di cessione di sostanze stupefacenti è profitto del reato la somma ricavata dalla vendita della droga...*” ⁽⁶⁴⁾; *allo stesso modo, in tema di lottizzazione abusiva, le somme ricavate dalla vendita dei terreni lottizzati abusivamente costituiscono il profitto del reato...*” ⁽⁶⁵⁾. In entrambe le ipotesi non sono ammessi in deduzione, rispetto alla somma da confiscare, i costi sostenuti ⁽⁶⁶⁾. Correttamente, come osservato in altra sede, la Corte rileva che “*se si accetta la tesi secondo la*

⁶²⁾ Corsivo aggiunto. *Ibidem*, in cui si ritiene che sono scomputabili gli oneri fiscali, in quanto la loro confisca si tradurrebbe in una doppia ablazione (nel caso di specie è stato ammesso il sequestro di interessi e commissioni bancarie, ma non delle somme già trattenute alla fonte ai sensi della legge n. 461/1997); cfr. LUGHINI, *op. cit.*, 88.

⁶³⁾ Cass., Sez. II penale, ordinanza 23 – 24 gennaio 2008, n. 4018, Fibe Spa ed altri.

⁶⁴⁾ Cass. Sez. VI sent. n. 6131 del 10.3.1994 dep. 25.5.1994 rv 199714.

⁶⁵⁾ Cass. Sez. III sent. n. 1630 del 15.10.1984 dep. 6.11.1984 rv 166552.

⁶⁶⁾ “Ad esempio, in materia di stupefacenti non vale a diminuire il profitto derivato dalla vendita, cioè il ricavo, quanto speso per acquistare la droga poi rivenduta. Oppure, in ipotesi di ricettazione di beni rubati non può essere dedotto dal profitto di reato quanto pagato da costui agli autori del furto”. “A sostegno dell'argomento svolto è sufficiente pensare, richiamando gli esempi sopra indicati, che l'attività di cessione di sostanze stupefacenti potrebbe essere realizzata da organi o dipendenti di una società per azioni che operi nell'industria chimica o farmaceutica ovvero che la ricettazione sia riferita, anziché ad una persona fisica ad una società a responsabilità limitata. Non si comprende allora per quale ragione, in queste ultime ipotesi, i costi relativi alla perpetrazione del reato dovrebbero diventare deducibili, mentre non lo sarebbero se l'attività delittuosa, del pari a base lecita e solo episodicamente illecita, fosse realizzata da un imprenditore persona fisica”.

quale il profitto di reato ex art. 19 D.Lgs. 231/2001 coincide con l'utile netto del reato, si perviene all'azzeramento di rischi economici conseguenti alla perpetrazione di illeciti penali, dal momento che in ipotesi di confisca l'ente si limiterà a non guadagnare nulla (salve le sanzioni ed il risarcimento dei danni)".

Si ritiene, invece, opportuno dedurre i costi per l'attività lecita dell'impresa o, comunque, si reputa opportuno che tale questione venga decisa dalle Sezioni Unite: *"Diversa ed ulteriore questione è, come si è detto, quella relativa alla concreta distinzione tra ciò che è profitto di reato (e che deriva da attività illecite i cui costi non sono, ad avviso di questo Collegio, deducibili) e quanto deriva invece dalla attività lecita svolta dall'impresa".* Tanto è vero che in relazione alle ipotesi di cui all'art. 15, c. 4 d. lgs. 231/2001, di attività proseguita sotto la direzione di un commissario giudiziale, il giudice di legittimità precisa che non si tratta della confisca del profitto del reato, bensì della confisca del "profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività", *"concetto del tutto diverso da quello di profitto di reato, in relazione al quale può essere giustificata l'interpretazione secondo la quale tale profitto sia determinabile in base ai ricavi dedotti i costi. Ciò in quanto si tratta di attività lecite e non di attività finalizzata alla perpetrazione del reato"*.

Tale posizione è stata in parte accolta dalle Sezioni Unite che hanno annullato con rinvio al Tribunale di Napoli l'ordinanza del Gip che aveva disposto la misura cautelare; nel dispositivo presentato il 27 marzo 2008 hanno accolto una nozione di profitto più limitata rispetto a quella accolta dal Gip, stabilendo il principio per cui *"il profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca, disposto -ai sensi degli art. 19 e 53 del d. lgs. n. 231/'01- nei confronti dell'ente collettivo, è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato ed è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente"* ⁽⁶⁷⁾.

La Suprema Corte argomenta citando, innanzitutto, il passaggio della Relazione (al d.l. 231/2001) che chiarisce il disegno sotteso alle condotte riparatorie di cui all'art. 17 e il ruolo svolto in tale contesto dalla messa a disposizione del profitto da parte dell'ente (*"come terzo concorrente requisito, si prevede che l'ente metta a disposizione il*

⁶⁷⁾ Cfr. Dichiarazione dell'Avv. Prof. Stile, in *Processo rifiuti. Impreglio, la Cassazione allenta il sequestro*, in <http://www.lanuovaecologia.it/rifiuti/ecoreati/9511.php>.

profitto conseguito. La ratio della disposizione è trasparente: visto che il profitto costituisce, di regola, il movente che ispira la consumazione dei reati, l'inapplicabilità della sanzione interdittiva postula inevitabilmente che si rinunci ad esso e lo si metta a disposizione dell'autorità procedente... In definitiva le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa"). Tale esplicito riferimento alla natura "compensativa" delle condotte riparatorie accredita, ad avviso delle Sezioni Unite, una funzione della confisca del profitto come strumento di riequilibrio dello *status quo* economico antecedente alla consumazione del reato, il che contrasta con la tesi del profitto quale "utile netto". In tale direzione deporrebbe anche la parte della Relazione dedicata alla confisca di valore che richiama la necessità di evitare l'illegittimo godimento da parte dell'ente dei "proventi del reato", inducendo a ritenere che con tale espressione si sia inteso evocare quanto complessivamente percepito dall'ente in seguito alla consumazione del reato, prescindendo da qualunque raffronto tra profitto lordo e profitto netto. Tale posizione è poi argomentata citando gli Atti internazionali ai quali la legge delega n. 300 del 2000 ha inteso dare esecuzione (Convenzione 26/7/1995 sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e relativi protocolli; Convenzione 26/5/1997 relativa alla lotta contro la corruzione; Convenzione OCSE 17/12/1997⁶⁸), decisione quadro 2005/212/GAI), che impegnano gli Stati aderenti ad adottare misure idonee alla confisca o comunque alla "sottrazione" dei "proventi" dei reati di cui si occupano. ("proceeds").

Si richiama la legge 25/2/2008 n. 34, con cui si è conferita delega al Governo per l'attuazione della decisione quadro della U.E. e l'art. 31, primo comma lett. b) n. 1, chiarisce che per "proventi del reato" do-

⁶⁸) Nel Rapporto esplicativo alla Convenzione OCSE si precisa che con quest'ultimo termine devono intendersi "i profitti o gli altri benefici derivanti al corruttore dalla transazione o gli altri vantaggi ottenuti o mantenuti attraverso la corruzione" e, quindi, tutti i vantaggi ricavati dalla commissione dei reati.

vranno intendersi il prodotto e il prezzo del reato, nonché il “profitto derivato direttamente o indirettamente dal reato” o il suo impiego; la stessa disposizione, al n. 3, impone la previsione della confisca per equivalente dei beni costituenti il prodotto, il prezzo o il profitto del reato; la lett. f) del primo comma dell’art. 31, infine, delega il Governo ad adeguare anche le disposizioni del d. lgs. n. 231/’01 alle medesime direttive. Si richiama l’esempio esaminato della legislazione tedesca in materia. Si ribadisce, infine, che “il profitto del reato, in definitiva, va inteso come complesso dei vantaggi economici tratti dall’illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere, per dare concreto significato operativo a tale nozione, l’utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico”. Si sottolinea che “il crimine non rappresenta in alcun ordinamento un legittimo titolo di acquisto della proprietà o di altro diritto su un bene e il reo non può, quindi, rifarsi dei costi affrontati per la realizzazione del reato. Il diverso criterio del “profitto netto” finirebbe per riversare sullo Stato, come incisivamente è stato osservato, il rischio di esito negativo del reato ed il reo e, per lui, l’ente di riferimento si sottrarrebbero a qualunque rischio di perdita economica”. Sposato l’orientamento favorevole ad una nozione di profitto lordo, si distingue l’ipotesi in cui il profitto “*specialmente nel settore della responsabilità degli enti coinvolti in un rapporto di natura sinallagmatica*” derivi da “*l’attività lecita d’impresa nel cui ambito occasionalmente e strumentalmente viene consumato il reato*”, proprio in virtù della “diversità strutturale tra l’impresa criminale - la cui attività economica si polarizza esclusivamente sul crimine (si pensi ad una società che opera nel solo traffico di droga) - e quella che opera lecitamente e soltanto in via episodica deborda nella commissione di un delitto”. “*Più nel dettaglio, nel caso in cui la legge qualifica come reato unicamente la stipula di un contratto a prescindere dalla sua esecuzione, è evidente che si determina una immedesimazione del reato col negozio giuridico (c.d. “reato contratto”) e quest’ultimo risulta integralmente contaminato da illiceità, con l’effetto che il relativo profitto è conseguenza immediata e diretta della medesima ed è, pertanto, assoggettabile a confisca. Se invece il comportamento penalmente rilevante non coincide con la stipulazione del contratto in sé, ma va ad incidere unicamente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale (c.d. “reato in contrat-*

to”), è possibile enucleare aspetti leciti del relativo rapporto, perché assolutamente lecito e valido *inter partes* è il contratto (eventualmente solo annullabile ex artt. 1418 e 1439 c.c.), con la conseguenza che il corrispondente profitto tratto dall’agente ben può essere non ricollegabile direttamente alla condotta sanzionata penalmente.

E’ il caso proprio del reato di truffa di cui si discute, che non integra un “reato contratto”, considerato che il legislatore penale non stigmatizza la stipulazione contrattuale, ma esclusivamente il comportamento tenuto, nel corso delle trattative o della fase esecutiva, da una parte in danno dell’altra. Trattasi, quindi, di un “reato in contratto” e, in questa ipotesi, il soggetto danneggiato, in base alla disciplina generale del codice civile, può mantenere in vita il contratto, ove questo, per scelta di carattere soggettivo o personale, sia a lui in qualche modo favorevole e ne tragga comunque un utile, che va ad incidere inevitabilmente sull’entità del profitto illecito tratto dall’autore del reato e quindi dall’ente di riferimento. Sussistono, perciò, ipotesi in cui l’applicazione del principio relativo all’individuazione del profitto del reato, così come illustrato al punto che precede, può subire, per così dire, una deroga o un ridimensionamento, nel senso che deve essere rapportata e adeguata alla concreta situazione che viene in considerazione. Ciò è evidente, in particolare, come si è detto, nell’attività d’impresa impegnata nella dinamica di un rapporto contrattuale a prestazioni corrispettive, in cui può essere difficile individuare e distinguere gli investimenti leciti da quelli illeciti.”

“In sostanza, non può sottacersi che la genesi illecita di un rapporto giuridico, che comporta obblighi sinallagmatici destinati anche a protrarsi nel tempo, non necessariamente connota di illiceità l’intera fase evolutiva del rapporto, dalla quale, invece, possono emergere spazi assolutamente leciti ed estranei all’attività criminosa nella quale sono rimasti coinvolti determinati soggetti e, per essi, l’ente collettivo di riferimento. Più concretamente, in un appalto pubblico di opere e di servizi, pur acquisito a seguito di aggiudicazione inquinata da illiceità (nella specie truffa), l’appaltatore che, nel dare esecuzione agli obblighi contrattuali comunque assunti, adempie sia pure in parte, ha diritto al relativo corrispettivo, che non può considerarsi profitto del reato, in quanto l’iniziativa lecitamente assunta interrompe qualsiasi collegamento causale con la condotta illecita. Il corrispettivo di una prestazione regolarmente eseguita dall’obbligato ed accettata dalla controparte, che ne trae comunque una concreta utilitas, non può costituire una componente del

profitto da reato, perché trova titolo legittimo nella fisiologica dinamica contrattuale e non può ritenersi sine causa o sine iure” ⁽⁶⁹⁾.

Le Sezioni Unite, insomma, non si limitano a richiedere che laddove vengano eseguite delle prestazioni a favore del danneggiato o della collettività occorre tener conto delle spese realizzate per tali prestazioni, che devono essere decurtate al guadagno ottenuto, ma più monte ritiene che laddove si svolga un'attività sinallagmatica in base ad un contratto, che rimane valido, il profitto non può essere sottratto *tout court*, anche se il contratto non sarebbe stato stipulato in mancanza della truffa (quest'ultima ha compromesso la libera formazione della volontà contrattuale). Tale posizione non sembra condivisibile perché si finisce per escludere la confisca del profitto del crimine che in questo caso si identifica con il guadagno derivante dall'esecuzione del contratto; discorso diverso se nell'ambito di un più ampio rapporto contrattuale, il crimine ha riguardato solo un settore o una parte del rapporto contrattuale.

La limitazione dell'ambito di applicazione della confisca al profitto *netto*, nei limiti sopra evidenziati, sembra, poi, indispensabile in relazione alla confisca del profitto prevista dall'art. 6, c. 5 e 15, c. 4. Nel

⁶⁹⁾ D'altra parte, non va sottaciuto che, in base alla previsione di cui all'art. 19 del d. lgs. n. 231/'01, la confisca del profitto del reato non va disposta per quella "parte che può essere restituita al danneggiato". Costui quindi ha diritto di riottenere, fatte salve le ulteriori pretese risarcitorie, ciò di cui è stato privato per effetto dell'illecito penale subito. Nella peculiarità che caratterizza il rapporto sinallagmatico, si verifica una situazione speculare alla citata previsione normativa, nel senso che la parte di utilità eventualmente conseguita ed accettata dalla vittima va inevitabilmente ad incidere, per l'equivalenza oggettiva delle prestazioni, sulla destinazione da riservare al relativo corrispettivo versato alla controparte, la quale, proprio per avere fornito una prestazione lecita pur nell'ambito di un affare illecito, non ha conseguito, in relazione alla medesima, alcuna *iniusta locupletatio*, con la conseguenza che anche in questo caso deve essere sottratta alla confisca (e quindi alla cautela reale) la controprestazione ricevuta, perché non costituente profitto illecito. Diversamente opinando, vi sarebbe un'irragionevole duplicazione del sacrificio economico imposto al soggetto coinvolto nell'illecito penale, che si vedrebbe privato sia della prestazione legittimamente eseguita e comunque accettata dalla controparte, sia del giusto corrispettivo ricevuto, dal che peraltro conseguirebbe, ove la controparte fosse l'Amministrazione statale, un'ingiustificato arricchimento di questa.

primo caso la persona giuridica non è responsabile, la confisca del profitto si giustifica solo in quanto sia limitata alla mera ablazione di quanto la persona giuridica non ha diritto a detenere in quanto ottenuto tramite il reato (che non è un legittimo titolo di acquisto di beni); naturalmente si dovrebbe tenere conto solo delle spese per attività lecite. Nel secondo caso la confisca del profitto *lecito* conseguito durante il commissariamento, come sottolineato in altra sede, è una vera e propria pena che dovrebbe essere delimitata al profitto netto, se non si vuole violare il principio di proporzionalità e provocare il fallimento dell'impresa che oltre a non conseguire profitti, non potrebbe neanche recuperare le spese (impresa già in difficoltà a causa della gestione commissariale, che potrebbe non rivelarsi positiva sotto un profilo manageriale) ⁽⁷⁰⁾. Anche la confisca del profitto prevista dall'art. 17 quale forma di riparazione dovrebbe consentire di tener conto delle spese lecite in un'ottica di riequilibrio economico, piuttosto che afflittiva.

La disposizione dell'art. 6, c. 5 conferma, anzi, che la confisca dovrebbe essere considerata come uno strumento di compensazione dell'equilibrio economico violato, una misura che non assume un carattere punitivo e pertanto può essere applicata indipendentemente dalla responsabilità dell'ente ⁽⁷¹⁾. Altra parte della dottrina ritiene che

⁷⁰⁾ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 156; MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, 2526; ALESSANDRI, *Criminalità economica*, *op. cit.*, 2134; LOTTINI, voce *Responsabilità delle persone giuridiche art. 15*, in *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, II ed., Padova 2007, 2334; EPIDENDIO, *op. cit.*, 310 – 311, 314, il quale parla in questo caso di sanzione sostitutiva; *contra* AMATO, *op. cit.*, 71. Non solo, ma si teme che laddove il profitto diventa non più un bene materiale da rimuovere per “assumere la veste di specifico parametro commisurativo dell'intervento sanzionatorio” (in particolare ciò emerge in relazione all'art. 15, c. 4), il dato relativo al ricavo lordo si rivela assolutamente insensato in quanto scarsamente significativo sul piano economico e giuridico, COMPAGNA, *op. cit.*, 1644.

⁷¹⁾ Con riferimento a quest'ipotesi, parla di forma di riequilibrio economico MAUGERI, *op. cit.*, 156; ANTOLISEI, *op. cit.*, 876; LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova 2002, 168; Cass., 14 giugno 2006, n. 31989, *at.* Cfr. DI GIOVINE, *op. cit.*, 96, la quale ritiene che “questa confisca vive in una dimensione squisitamente preventiva e si lega al concetto di pericolosità reale, a sua volta desunta dalla provenienza cri-

l'applicazione della forma di confisca in questione dimostrerebbe come nonostante l'ente riesca a provare le condizioni di cui all'art. 6 l'esonero di responsabilità sia solo parziale, o comunque dimostrerebbe che la clausola di esonero inciderebbe solo sulla sanzione e non sulla responsabilità ⁽⁷²⁾; tale interpretazione, pur possibile, sembra discutibile se vuole fondare una valutazione di responsabilità dell'ente sul presunto carattere punitivo di una tale forma di confisca (chiaramente un'interpretazione ampia della nozione di profitto rischierebbe, invece, di fondare una simile interpretazione o, viceversa, l'eventuale permanenza di una valutazione di responsabilità dell'ente giustificerebbe l'applicazione di una forma di confisca punitiva).

Come già sottolineato in altra sede, sarebbe auspicabile, inoltre, che il legislatore chiarisse e limitasse la possibilità di far rientrare nella nozione di profitto anche i vantaggi immateriali ⁽⁷³⁾ e gli ancor più incerti e vaghi, vantaggi futuri; se si può valutare positivamente la possibilità infatti di tener conto di taluni vantaggi economicamente valutabili e direttamente derivanti dal crimine come i risparmi di spese ⁽⁷⁴⁾, la valutazione indiscriminata di eventuali vantaggi immateriali e futuri sembra rimettere la disposizione all'eccessiva discrezionalità del

minale della cosa"; FONDAROLI, *op. cit.*, 328 – cfr. 325 ss. la quale, invece, parla di "funzione *lato sensu* sanzionatoria".

⁷²⁾ PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino 2007, 715; ID., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione; Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. D. Agg.*, VI, 960; *contra* definisce la clausola di esonero come una scusante DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova 2002, 14; 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 *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, *op. cit.*, 107; PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA - SEMINARA, Padova, 2002, 76.

⁷³⁾ Cfr. GIP Trib. Milano, ord. 27 aprile 2004, Siemens AG, in *Foro it.* 2004, II, 434; GIP Trib. Salerno, ord. 28 marzo 2003, *ivi*, 449, che estendono la nozione di profitto confiscabile ai profitti immateriali. Cass., S.U., 25 ottobre 2005, Muci, n. 41936, *cit.*, limita il campo ai vantaggi patrimoniali come utile ottenuto in seguito alla commissione del reato. Cfr. MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione*, *op. cit.*, 514.

⁷⁴⁾ Cfr. Cass. 7 novembre 1991, Cerciello, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce Truffa, n. 8, 3481.

giudice ⁽⁷⁵⁾. Tale questione andrebbe chiarita, in particolare, dopo che le Sezioni Unite, in delle precedenti pronunce, hanno affermato che la nozione di profitto si riferisce solo al “vantaggio di natura economica o beneficio aggiunto di tipo patrimoniale di diretta derivazione causale dall’attività del reo”, “senza che possa addivenirsi a un’estensione indiscriminata ed una dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, indiretto o mediato, che possa comunque scaturire da un reato” ⁽⁷⁶⁾, mentre nella recentissima pronuncia del 6 marzo 2008, sopra esaminata, si accoglie una nozione ampia di profitto ricomprensiva “l’indiretto profitto... , siccome frutto di reimpiego da parte del reo del denaro o di altre utilità direttamente ottenuti dai concussi..” ⁽⁷⁷⁾. In realtà sembra che quest’ultima pronuncia consenta esclusivamente di ricomprensione nella nozione di profitto i surrogati (i beni in cui il profitto è stato reimpiegato) e, al limite, le utilità causalmente connesse al profitto del crimine (ad esempio i tassi di interesse del conto aperto con il profitto). Proprio quest’ultima ipotesi, però, pur distinta, potrebbe essere strumentalizzata per aprirsi a interpretazioni ancora più ampie e onnicomprensive.

⁷⁵⁾ In tale direzione LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, op. cit., 170 osserva che il ricorso a tale forma di confisca 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). *Contra* FORNARI, *La confisca del profitto*, op. cit., 90, dubita che sia possibile utilizzare tale forma di confisca per sottrarre importi corrispondenti a utilità immateriali economicamente valutabili, come ad esempio il miglioramento della posizione di mercato, in quanto a tal fine sarebbe necessaria un’espressa previsione; conforme ALESSANDRI, *Criminalità economica*, op. cit., 2123 – 2155. Cfr. Trib. Milano 27 aprile 2004, S., cit., in cui si afferma che il profitto dell’attività corruttrice non è costituito solo da componenti materiali ma anche “nell’altissimo valore del monopolio raggiunto a discapito dei concorrenti, monopolio destinato a proiettarsi nel tempo con ingenti profitti”; Trib. Milano, 11 dicembre 2006, parla di ogni conseguenza vantaggiosa collegabile all’attività illecita. Cfr. ancora Cass. 23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita, cit.

⁷⁶⁾ Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, *Curatela Fall. in proc. p. Focarelli*, cit., 7355; conforme Cass., sez. un., 25 ottobre – 22 novembre 2005, n. 41936, Muci, cit..

⁷⁷⁾ Cass. pen., Sez. un., 6 marzo 2008, n. 10280.

⁷⁷⁾ Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale, I, n. 240, 280.

Pur non condividendo, allora, la valutazione della confisca per equivalente come una forma di pena *tout court*, si riconosce che può assumere un carattere punitivo laddove si estenda eccessivamente la nozione di profitto e si ritiene legittimo il timore che si trasformi la confisca del valore equivalente in un *escamotage* per superare l'onere della prova, consentendo di ricorrere sbrigativamente all'equivalente nell'incapacità o impossibilità di circoscrivere esattamente tipologia e quantità del bene da aggredire ⁽⁷⁸⁾, come sottolineato del resto dalla stessa Suprema Corte ⁽⁷⁹⁾. La sostituibilità del bene concretamente aggredibile non può costituire lo schermo che consente di "eludere la questione della necessità, tuttora imposta normativamente, dell'accertamento del rapporto di derivazione tra il provento (prodotto, profitto o prezzo indicato in prima istanza come oggetto dell'ablazione) e il reato"; tanto più se si riflette sulla possibile efficacia dirompente della misura in considerazione della stretta connessione tra la confisca e il sequestro preventivo ⁽⁸⁰⁾.

Da evidenziare che anche la pronuncia della Suprema Corte che consente di tener conto del profitto lordo e dei vantaggi immateriali e

⁷⁸⁾ Il fondamento della misura non sta nell'impossibilità di stabilire se e che cosa costituisca prodotto, profitto, prezzo del reato, che sempre deve essere oggetto a commisurazione, ma nell'inafferabilità e irrintracciabilità del bene precisamente individuato, così FONDAROLI, *op. cit.*, 250 – 251.

⁷⁹⁾ Cass. 3 luglio 2002, n. 32797, Silletti, in *Ced. Cass. rv. 222741, cit.*, che richiede, ai fini della confisca per equivalente, il "preliminare accertamento circa l'esistenza obiettiva di un bene costituente profitto o prezzo, la cui confisca sia impedita da un fatto sopravvenuto che ne abbia determinato la perdita o il trasferimento irrecuperabile"; "ne consegue l'esigenza di un rigoroso accertamento in merito alla sussistenza del profitto o del prezzo del reato", così Trib. Bari, 27 novembre 2006, in *Juris data online*, 3.

⁸⁰⁾ FONDAROLI, *op. cit.*, 263, la quale evidenzia che l'art. 53 d.lgs. n. 231/2001 in tema di misure cautelari patrimoniali si limita a richiamare la disposizione relativa alla sanzione della confisca (art. 19), senza pretermettere il c. 2 che estende la misura ai beni di valore equivalente: per cui è possibile nel silenzio della legge il sequestro preventivo (art. 321, c.p.p.) per equivalente a prescindere dalla provenienza dei beni; anche se non mancano le perplessità di altra parte della dottrina, cfr. F. LATTANZI, *Sequestri*, in *Reati e responsabilità degli enti, cit.*, 530, che evidenzia il carattere problematico dell'accertamento demandato al giudice. Cass., S.U., 22 novembre 2005, Muci, in *Riv. pen.* 2006, 42 ritiene pienamente legittimo il sequestro preventivo prodromico e funzionale alla obbligatoria confisca per equivalente.

futuri in relazione alla valutazione della rilevante entità del profitto previsto dall'art. 13, come presupposto per l'applicazione delle sanzioni interdittive, sembra preferire la nozione di profitto netto in relazione alla confisca ⁸¹⁾. La valutazione più ampia del profitto lordo e dei vantaggi immateriali (anche eventuali future posizioni di monopolio) si legittima laddove, ai fini dell'art. 13, non si tratta di commisurare il profitto da confiscare, ma di valutare l'importanza dell'operazione economica nell'ambito della quale si realizza il crimine e quindi anche l'impatto sul bene tutelato ⁸²⁾. Tale posizione è stata confermata dalle Sezioni unite che hanno sottolineato che *“Il profitto di rilevante entità richiamato nell'art. 13 (ma anche negli art. 16, 24/2°, 25/3°, 25ter/2°, 25sexies/2°), che ha tradotto il criterio di delega (“casi di particolare gravità”) contenuto nella direttiva di cui all'art. 11 lett. L) della legge 29/9/2000 n. 300, evoca un concetto di profitto “dinamico”, che è rapportato alla natura e al volume dell'attività d'impresa e ricomprende vantaggi economici anche non immediati (cfr. Cass. sez. VI 23/6/2006 n. 32627, La Fiorita) ma, per così dire, di prospettiva in relazione alla posizione di privilegio che l'ente*

⁸¹⁾ Cass., 23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita, *cit.* : *“Ai fini dell'applicazione delle misure interdittive nei confronti di società di capitali, previste dall'art. 13 d.lg. 231/01, il requisito di cui all'art. 13, lett. a) (e cioè l'aver la società tratto dall'illecito un profitto di rilevante entità), va inteso in senso ampio, come comprensivo non solo dell'utile netto dell'ente, ma anche dei vantaggi economici, anche non immediati, comunque conseguiti attraverso la realizzazione dell'illecito”*. In questo caso il Tribunale di Bari, 18 aprile 2005, spiega che è proprio il ricavo, al di là di quello che sarà l'utile, a costituire la spinta motivazionale alla commissione del reato; il giudice del riesame precisa che per calcolare il profitto occorre fare riferimento anche al vantaggio di posizione sul mercato che le due società avevano acquisito facendo ricorso a condotte illecite, fino ad assumere un ruolo di sostanziale monopolio. La Suprema Corte, nel concludere che la nozione di profitto non può essere limitata all'utile netto, quantomeno in fase cautelare, sottolinea la distinzione del concetto di profitto di cui all'art. 13 con quello delineato dagli artt. 6, 15, 17 e 19, lasciando desumere che in questi ultimi casi il profitto suscettibile di apprensione debba essere calcolato facendo invece riferimento al criterio del netto.

⁸²⁾ Cass. 23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita, Ced 235636, in cui si precisa che il concetto di profitto ha natura dinamica e si riferisce sia ai vantaggi economici attuali che a quelli non immediati, precisando però che il profitto non coincide automaticamente con il valore del contratto o dell'importo del fatturato ottenuto a seguito del reato, seppure tali importi, qualora consistenti, siano indizio della rilevanza.

collettivo può acquisire sul mercato in conseguenza delle condotte illecite poste in essere dai suoi organi apicali o da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di questi” ⁽⁸³⁾.

Sembra legittima, inoltre, la posizione della giurisprudenza quando precisa che non è possibile in sede di sequestro la valutazione dell'esatta entità del profitto in considerazione dei tempi veloci di accertamento, come ribadito in altre sentenze ⁽⁸⁴⁾. Tale posizione, assolutamente corretta in sé, evidenzia, però, drammaticamente la pericolosità di quell'orientamento giurisprudenziale che considera imprescindibile il sequestro preventivo, anche per equivalente, ai fini della successiva confisca ⁽⁸⁵⁾, perché fa emergere quanto possa diventare ampio l'oggetto del sequestro con il rischio di paralizzare o, comunque, compromettere l'attività dell'ente (o di un suo ramo); rischio aggravato dalla considerazione che in sede cautelare si ritiene sufficiente la mera confiscabilità del bene (senza richiedere l'accertamento dei

⁸³⁾ Cass., 20 settembre – 9 novembre 2007, n. 41499, *cit.*

⁸⁴⁾ Cfr. Cass., 21 dicembre 2006, n. 316, *G. e altri*, in *Guida al diritto* 2007, 7, 82, in cui si afferma che “Il sequestro per equivalente (nella specie, finalizzato alla confisca ex art. 19 d.lg. 8 giugno 2001 n. 231) implica una comparazione di massima fra il valore dei beni confiscabili e di quelli da sottoporre al sequestro, giacché una stima accurata del valore di questi ultimi non può evidentemente precedere il sequestro degli stessi, dal momento che, altrimenti, si renderebbe possibile la sottrazione dei beni alla successiva esecuzione del provvedimento cautelare”. In tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche la disposizione di cui all'art. 13 d.lg. n. 231 del 2001 richiede, ai fini della configurabilità della violazione, la certezza e la rilevanza del profitto, ma non l'esatta quantificazione di esso, per cui la rilevante entità può essere legittimamente dedotta dalla natura e dal volume dell'attività di impresa, non occorrendo che i singoli introiti che l'ente ha conseguito dall'attività illecita posta in essere siano specificamente individuati, né che se ne conoscano gli importi liquidati. Può pertanto essere ritenuto di rilevante entità il profitto della società per il fatto della sua partecipazione a numerose gare con assegnazione di appalti pubblici avuto riguardo alle caratteristiche e alle dimensioni dell'azienda, Cass., 19 ottobre 2005, n. 44992. ⁽⁸⁵⁾ Cfr. Cass., 20 dicembre 2006, n. 316, *cit.*, “la possibilità o meno di confiscare direttamente il prezzo o il profitto del reato (nella specie, ex art. 19 d.lg. 8 giugno 2001 n. 231) presuppone che gli stessi siano stati prima sequestrati preventivamente”, o, ancora, Cass., 10 gennaio 2007, n. 316, *G.*, *cit.*, “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”.

presupposti previsti per l'applicazione delle altre misure cautelari)⁽⁸⁶⁾.

Proprio la possibilità di applicare la confisca per equivalente dovrebbe invece consentire di non considerare imprescindibile il sequestro preventivo, perché in ogni caso, anche laddove non è più possibile la sottrazione del diretto profitto del crimine, sarà possibile confiscare beni di valore equivalente. Un'applicazione diffusa di forme ampie di sequestro per equivalente rischia di trasformarsi in una minaccia per la tenuta dell'economia, se si considera il pericolo di compromettere le condizioni economiche dell'ente a causa della gestione custodiale.

A proposito della tendenza della giurisprudenza ad applicare retroattivamente la confisca per equivalente si può ricordare che è stata

⁸⁶⁾ Cfr. Cass., 16 febbraio 2006, n. 9829, *Ced. Cass. rv. 233373*, in *www.realtisocietari.it*: "In tema di responsabilità dipendente da reato degli enti e persone giuridiche, per il sequestro preventivo dei beni di cui è obbligatoria la confisca, eventualmente anche per equivalente, e quindi, secondo il disposto dall'art. 19 d.lg. 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*". Cfr. FONDAROLI, *op. cit.*, 263 ss., la quale osserva criticamente che tale forma di sequestro finisce per colpire beni non necessariamente definibili come proventi di reato, destinati a costituire la garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., con possibile lesione dei diritti dei terzi; critico anche F. LATTANZI, *op. cit.*, 529, il quale evidenzia che la giurisprudenza in materia di sequestro preventivo tende a non accertare il *fumus* come probabilità che si giunga ad una sentenza di condanna e che il bene costituisca il prezzo o il profitto del reato, ma come mera configurabilità astratta del reato: "*ciò equivarrebbe a negare la necessità del fumus stesso*" (corsivo aggiunto). In relazione all'applicazione delle sanzioni interdittive in sede cautelare, invece, cfr. Cass., sez. II, 26 febbraio 2007, n. 10500, D'A., che richiede il *fumus delicti* e il *periculum in mora* circoscritto all'esigenza specialpreventiva, sulla falsa riga della lett. c. dell'art. 274 c.p.p.; in questa sentenza si precisa che non può essere applicata "in via provvisoria, una sanzione interdittiva la cui applicazione non sia prevista, in sede di condanna, in relazione al tipo di illecito contestato". Cass. civ., 2 ottobre 2006, n. 32626, *Dir. e prat. soc.* 2007, 6 58 in cui si afferma che l'art. 45 d.lg. n. 231/2001, richiede per l'applicazione delle misure cautelari, oltre alla presenza del *fumus commissi delicti*, l'esistenza di un concreto pericolo di commissione di analoghi illeciti, derivante da elementi "fondati e specifici". In questa direzione cfr. Cass. 23 giugno 2006, n. 32626, Du., in *Cass. pen.* 2007, 1, 91.

recentemente mossa la questione di legittimità costituzionale da parte del Tribunale di Trento per contrasto dell'art. 200 c.p., dell'art. 322 *ter*, 1 c. e dell'art. 143 l. 244/2007 (laddove consentono l'applicazione retroattiva della confisca per i reati tributari commessi precedentemente alla sua entrata in vigore) con l'art. 117 Cost., c. 1⁽⁸⁷⁾, in quanto l'applicazione retroattiva della confisca per equivalente si porrebbe in contrasto con l'art. 7 CEDU trattandosi di sanzione penale; pur ritenendo che la confisca per equivalente, laddove costituisca una mera forma di sottrazione del profitto accertato costituisca una forma di riequilibrio economico e non assuma un carattere afflittivo⁽⁸⁸⁾, per cui anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea sull'autonoma qualificazione della nozione di materia penale (che indica anche la "natura della sanzione", che deve avere carattere *repressivo* e perseguire finalità di prevenzione generale e speciale, tra i criteri⁽⁸⁹⁾), richiamata dall'ordinanza, non sarebbe una sanzione punitiva, si ritiene, tuttavia, che in considerazione della tendenza della giurisprudenza ad allargare l'ambito di applicazione di tale forma di confisca attribuendole un carattere punitivo, sarebbe opportuno prevederne l'irretroattività (in maniera analoga a quanto più volte ribadito in rela-

⁸⁷⁾ Si richiama tale norma costituzionale in base all'interpretazione offerta dalla Corte Cost. con la sentenza 348/2007 (in senso analogo 349/2007), in virtù della quale il nuovo testo dell'art. 117, c. 1, da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto alle leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione di leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale.

⁸⁸⁾ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 481 ss. sulla distinzione tra la sanzione riparatoria o reintegratrice volta ad eliminare il danno derivante dall'illecito o il profitto che l'autore ne ha conseguito, e la sanzione punitiva, che rappresenta uno strumento preventivo per la tutela di beni giuridici e presenta un contenuto afflittivo (tende ad infliggere una sofferenza, una limitazione di un diritto o un bene giuridico); distinzione recepita dal rapporto conclusivo del gruppo ad hoc "*Droit communautaire et droit pénal*", creato nell'ambito della cooperazione politica tra gli stati membri, Doc. 8859/91, 7 - 8.

⁸⁹⁾ Sia consentito il rimando a cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 487 ss. e giurisprudenza *ivi* citata.

zione alle forme di confisca allargata, che sicuramente assumono un carattere punitivo ⁽⁹⁰⁾).

La stessa Suprema Corte ha applicato il principio di irretroattività, richiamando l'art. 7 della CEDU e la sentenza *Welch* in relazione alla confisca per equivalente ex art. 322 *ter applicata ai reati tributari* (art. 1, comma 143, L. 24 dicembre 2007, n. 244), ritenendo inapplicabile a tale fattispecie l'art. 200 c.p. in considerazione del carattere sanzionatorio della confisca per equivalente e non di misura di sicurezza fondata sulla pericolosità sociale ⁽⁹¹⁾).

⁹⁰⁾ Sia consentito il rimando a cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 532 ss.; ID., *La lotta contro l'accumulo*, *op. cit.*, 552 ss.

⁹¹⁾ Cass. Pen., 8 maggio 2008, n. 21566: "La circostanza, infine, che la L. 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato) abbia disposto, nell'art. 1, comma 143, la applicabilità dell'art. 322 *ter* cod. pen., e dunque dell'istituto della confisca "per equivalente", ai reati di cui al D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10 bis, 10 *ter*, 10 quater e 11, non produce conseguenze di sorta agli effetti dell'odierno scrutinio, giacchè -, nessuna portata retroattiva potrebbe annettersi, ad avviso di questo Collegio, alla intervenuta recente estensione anche ai reati fiscali della confisca e del conseguente sequestro "per equivalente", avuto riguardo alla giurisprudenza di questa Corte, più volte espressasi nel senso della natura eminentemente sanzionatoria dell'eccezionale istituto qui in esame (Cass., Sez. 2[^], 9 novembre 2006, Quarta, n. 38803; Cass., Sez. 2[^], 14 giugno 2006, Ghetta, n. 31988; Cass., Sez. 5[^], 16 gennaio 2004, Napolitano, n. 15445). Al riguardo, tenuto conto della natura del tutto peculiare che caratterizza la confisca "per equivalente", nella quale viene ad essere sostanzialmente "novato" lo stesso titolo in forza del quale si legittima il provvedimento di ablazione (dalla apprensione della res, della quale il legislatore apprezza la pericolosità, o per la natura della cosa in sè o per la relazione che si stabilisce tra l'oggetto della confisca ed il suo titolare - elementi, questi, che individuano la "ragione" della confisca ordinaria - si passa alla apprensione di una "porzione" del patrimonio del soggetto, senza alcuna connotazione di pericolosità dello stesso, ma in funzione essenzialmente sanzionatoria rispetto all'equivalente profitto o prezzo del reato) sembra, infatti, coerente ritenere non estensibile la regola dettata dall'art. 200 cod. pen., in forza della quale le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione. Tale peculiare disposizione, infatti, trova sede nella sezione prima del capo primo (titolo 8[^], libro 1[^]) del codice penale, dedicato alle misure di sicurezza personali, la cui applicazione si fonda sulla pericolosità sociale "attuale" del soggetto, e, quindi, su una condizione che si valuta ed apprezza nel momento in cui le misure devono trovare applicazione. L'estensione di una simile regola ad un provvedimento ablatorio patrimoniale a connotazioni sanzionato-

Le questioni relative alla determinazione della nozione di profitto confiscabile si possono prospettare anche in relazione alla confisca ex art. 240 c.p., in quanto la giurisprudenza consente di applicare tale forma di confisca nei confronti della persona giuridica cui sia pervenuto il profitto; la stessa dottrina, del resto, che prima dell'introduzione della responsabilità da reato delle persone giuridiche, riteneva che ciò non fosse possibile in quanto l'ente sarebbe stato estraneo al reato, tende oggi a superare tale opinione in virtù del rapporto di immedesimazione organica, fondato sull'interesse o sul vantaggio, che consente di imputare l'attività criminale della persona fisica alla persona giuridica⁹²). Si teme che in tal modo si finisca per estendere la responsabilità da reato alla persona giuridica al di là dei limiti previsti dal d.lgs. 231 e cioè in relazione a reati per i quali non è prevista la responsabilità degli enti, in violazione del principio di lega-

rie, senza che sia dato riscontrare alcun elemento di "pericolosità" degli specifici beni da sottoporre a confisca, finirebbe per prestare il fianco a seri dubbi di costituzionalità, considerato, fra l'altro, che la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto in contrasto con i principi sanciti dall'art. 7 della Convenzione proprio una ipotesi di applicazione retroattiva della confisca di beni (v., ad es. Welch c. Gran Bretagna, n. 17440/90, sentenza del 9 febbraio 1995. Sul valore delle disposizioni della CEDU quali norma interposte agli effetti di quanto previsto dall'art. 117, primo comma, Cost. e sulla portata delle sentenze della Corte di Strasburgo, v. Corte cost. sentenze nn. 348 e 349 del 2007). Conforme Cass. Pen., 5 giugno 2008, n. 28685; Cass. 24 settembre (20 ottobre) 2008, n. 39172; Cass. 24 settembre (20 ottobre) 2008, n. 39172.

⁹²) Cass., 8 luglio 1991, Capital Finanziaria Italiana, in *Cass. pen.* 1992, 3035; Cass. 18 novembre 1992, Tappinari, in *Cass. pen.* 1994, 1217; Cass. 11 aprile 2002, Fallimento S.I.T. A.a. in c.p. Bossi, in *Dir. pen. e proc.* 2003, n. 2, 213; Cass., 16 gennaio - 2 aprile 2004, n. 97, N.G., in *Impresa c.p.i.* 2004, 1444; Cass., 3 dicembre 2003 - 9 gennaio 2004, in *Impresa c.p.i.* 2004, 315; Cass. 25 luglio 2006, in www.cortedicassazione.it; Cass. 227220/2003; PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. DE FRANCESCO, Torino 2004, 13 ss. ritiene che l'interesse e il vantaggio di cui all'art. 5 siano presupposti sufficienti per escludere normativamente che l'ente possa beneficiare della qualifica di "persona estranea al reato". Contra LUGHINI, *op. cit.*, 93, osserva che il principio dell'autonomia dell'ente serve a corroborare l'estraneità dell'ente al reato alla luce della disciplina penale della confisca.

lità⁹³), consentendo, addirittura, la confisca degli strumenti del reato⁹⁴). In altra sede era già stata auspicata la sottrazione del profitto presso la persona giuridica che lo avesse percepito, indipendentemente dalla sua responsabilità penale, in base alla considerazione che la confisca del profitto è una forma di riequilibrio economico e non è una pena, considerazione che in alcuni ordinamenti stranieri consente di sottrarre il profitto anche presso i *terzi* cui sia pervenuto, purché nel rispetto della loro buona fede; in ogni caso proprio in tale settore emerge quella logica funzionalista che anche in altri ordinamenti, che non conoscono la responsabilità penale delle persone giuridiche, permette di sottrarre il profitto anche presso l'ente cui sia pervenuto (si pensi al *Verfall* o all'*Erweiterter Verfall* dell'ordinamento tedesco in virtù della *VertreterKlausel*, § 73, c. 3, o del quarto comma del § 73, che si riferisce ai terzi - quasi colpevoli): tali sanzioni contro le persone giuridiche, come si esaminerà anche nel prosieguo, sono introdotte dal legislatore moderno, tralasciando "ogni questione dommatica rela-

⁹³) Sembra considerare l'ente cui sia pervenuto il profitto come una sorta di concorrente Cass. 14 giugno 2006, n. 31989, *cit.*, con nota di BONZANO in *Dir. e giust.* 2006, 40, 65: "Il sequestro preventivo preordinato alla confisca dei beni per un valore equivalente al profitto del reato può essere emesso nei confronti della persona fisica che ha concorso nel reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche pur se il profitto sia stato interamente acquisito dalla società concorrente, dato che non vi è sussidiarietà nella confisca della responsabilità della persona fisica autore del reato e vige invece, data la natura sanzionatoria della confisca per equivalente, il principio solidaristico secondo cui l'intera azione delittuosa e l'effetto conseguente sono imputati a ciascun concorrente". Non sembra accettabile tale orientamento che ritiene che anche nei rapporti tra persone fisiche e persone giuridiche, dovrebbe valere lo stesso principio applicabile a più concorrenti nel reato, "secondo il quale a ciascun concorrente nel reato devono imputarsi tutte le conseguenze dello stesso"; una simile ipotesi contrasta con il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona fisica, in base al quale la confisca contro la persona giuridica e quella contro la persona fisica dovrebbero essere applicate entrambe e separatamente nella misura in cui sia pervenuto un distinto profitto ad entrambe, Cfr. LUGHINI, *op. cit.*, 93 - 94.

⁹⁴) Auspica una simile estensione ALESSANDRI, *Criminalità economica, op. cit.*, 2137, il quale ritiene che le finalità preventive e repressive avrebbero richiesto l'apprensione dei mezzi utilizzati per la commissione del reato; si fa riferimento agli illeciti di *market abuse* per cui è prevista la confisca per equivalente anche dei beni destinati a *insider trading* e manipolazione del mercato; una simile forma di confisca assumerebbe, però, anche un carattere punitivo.

tiva alla colpevolezza o meno della persona giuridica piuttosto che alla scelta di sanzioni penali o amministrative, ovvero di misure di sicurezza, e si cerca di risolvere la questione sul terreno esclusivo dell'effettività", adottando misure confiscatorie - interdittive e sospensive - "che mirino ad incidere sulla politica d'impresa, senza lasciarsi angosciare troppo dal quesito sulla natura di questi modelli strutturali ad alta potenzialità" ⁽⁹⁵⁾.

3. *La confisca generale dei beni (pena)*.— Un primo modello di confisca particolarmente efficiente per sottrarre i profitti illeciti, senza accertare l'origine delittuosa dei proventi da confiscare, è rappresentato dalla confisca concepita come pena contro il patrimonio, indipendentemente dall'origine dei beni: la *Vermögensstrafe* dell'ordinamento tedesco, dichiarata incostituzionale ⁽⁹⁶⁾; la confisca generale dei beni prevista in Francia ⁽⁹⁷⁾; tendenzialmente il *criminal forfeiture* nordamericano ⁽⁹⁸⁾.

⁹⁵⁾ Così PALIERO, *Criminal Liability of Corporations – Italy*, in *Criminal Liability of Corporations*, XIV *International Congress of Comparative Law*, 1994 Atene, a cura di DOELDER & TIEDEMANN, The Hague-London-Boston 1996, 270; MARINUCCI-ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, VII Convegno "Enrico de Nicola" a cura del Centro Nazionale di prevenzione e di difesa sociale 1971, 73; FLICK, *Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 480.

⁹⁶⁾ Per la disamina di tali sanzioni sia consentito il rimando a MAUGERI, *op. cit.*, 167 ss., 194 ss., 247 ss. e ID., *Le moderne sanzioni patrimoniali: profili di legittimità costituzionale*, in "Gli strumenti di contrasto ai patrimoni di mafia", Neldiritto Editore Srl. 2008, in corso di stampa. La *Vermögensstrafe* è stata introdotta con la legge per la lotta al traffico di stupefacenti e alle altre forme di criminalità organizzata (pena patrimoniale - art. 43 a *StGB*), insieme con l'*Erweiterter Verfall* (acquisizione pubblica allargata - art. 73 d *StGB*), una forma di acquisizione pubblica applicabile ai beni patrimoniali di origine sospetta. L'infrazione di questa sanzione presupponeva la condanna ad una pena detentiva superiore ai due anni, o all'ergastolo; la sua applicazione non era obbligatoria, ma discrezionale.

⁹⁷⁾ L'art. 450-5 prevede la pena complementare della confisca di tutti o parte dei beni, di qualunque natura, mobili o immobili, divisibili o indivisibili nei confronti delle persone fisiche o morali condannate per i reati previsti dagli artt. 450-1 sino a 450-2-1, partecipazione in "association de malfaiteurs" (L. n° 2001-420 del 15 maggio 2001); la stessa pena è prevista dall'art. 213-1, c. 4, per le persone fisiche e dall'art. 213-3, c. 2, per le persone giuridiche per il reato di genocidio e crimini contro

l'umanità (211-1 ss.); art. 222-49 c. 2 per il reato di riciclaggio (di fondi provenienti dal traffico di stupefacenti) (art. 222-38), Art. 324-7, n. 12 C.P. (L. n° 20001-420 del 15 maggio 2001) per il riciclaggio previsto dall'art. 324-1, sia per le persone fisiche sia per le persone giuridiche; l'art. 431-21 prevede la confisca sia per le persone fisiche sia per le persone giuridiche responsabili del crimine previsto dall'art. 431-13 costituzione di un "gruppo combattente o di movimenti dissidenti"; sfruttamento della prostituzione 225-22, c. 3 e 225-24, c. 1 per i reati previsti dagli artt. 225-5 a 225-10; art. 222-49, c. 2 per i reati di traffico di sostanze stupefacenti o connessi, 222-34, 22-36, 22-38; 225-25 per la tratta di esseri umani.

⁹⁸⁾ Su altri ordinamenti cfr. FORLATI (collaboratori GHINA-GRASSO-MAUGERI), *Final Report – Production of Study Report on The Reversal of the burden of proof regarding the apparently illicit derivation of profits and assets in the context of the fight against the criminal economy*, UNOV/ISPAC Contract No. 97/548.

Dopo essere scomparso per circa due secoli, nel 1970 il Congresso ha introdotto in alcuni statuti federali penali il *criminal forfeiture*, la confisca concepita come pena: nel *Continuing Criminal Enterprise Act (CCE)* e nel *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (Rico)* (8 U.S.L. 1963 1) (il cui ambito di applicazione è stato esteso dal *Comprehensive Forfeiture Act 1984* e dal *Anti-Drug Abuse Act 1986*), nonché nel *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act* (nel prosieguo *Comprehensive Drug Abuse Act*) (21 U.S.L. § 853). In particolare, il titolo IX dell'*Organized Crime Control Act*, comunemente detto *RICO*, ha introdotto la confisca in qualità di nuovo strumento di lotta contro la corruzione del mondo degli affari da parte della criminalità organizzata; il *criminal forfeiture* si distingue dalle tradizionali forme di confisca, già conosciute dall'ordinamento americano, perché viene applicato nell'ambito di un procedimento *in personam* e non *in rem*, che ha luogo solo dopo la condanna e può colpire solo la proprietà posseduta dall'imputato al tempo dell'accusa. Il *Rico forfeiture*, proprio in quanto rivolto contro il reo e non contro la proprietà, viene considerato come una pena. L'applicazione del *criminal forfeiture* è concepita come conseguenza della violazione della sezione 1962 della normativa in esame, sopra esaminata, si veda § 1. L'oggetto del *criminal forfeiture* è rappresentato dai proventi del reato (che eccedono i profitti); dagli strumenti del reato, siano essi beni mobili (compresi aerei, navi, auto) e immobili; dagli interessi illeciti nell'impresa; dai guadagni di fonte ignota acquisiti durante la consumazione dell'attività criminale, che in base ad una presunzione si considerano provenienti da tale attività criminale. La dottrina mette in evidenza il rischio di abusi connessi ad un così ampio ambito di operatività della sanzione in esame, cfr. DANTON ASHER BERUBE, *Drug Proceeds Forfeiture and the Right to Counsel of Choice*, in *Van. L. Rev.*, 1990 1384. Da ultimo sull'evoluzione di tale forma di confisca cfr. B. FORK, *The Federal Seizure of Attorneys' Fees in Criminal Forfeiture Actions and the Threat to the American System of Criminal Defense*, in 83 *North Carolina Law Rev.* 2004, 205; FORD, *op. cit.*, 1399 ss. Inoltre anche il *Money Laundering Act 1986* ha introdotto una nuova fattispecie di confisca del profitto del reato, che non viene applicata con un autonomo procedimento, ma in sede di commisurazio-

L'espressa qualificazione della confisca come *pena* presenta sicuramente l'inconveniente di renderla applicabile solo ai soggetti dichiarati colpevoli in un procedimento penale.

Tale "pena" è applicabile, però, senza che sia necessario provare l'origine illecita dei beni da confiscare; tanto è vero che in Francia si è preferito adottare tale soluzione con la *confiscation générale*, invece di introdurre l'inversione dell'onere della prova, circa l'origine dei beni, a carico dell'imputato, proprio per evitare che quest'ultimo riuscisse, in ogni caso, a sottrarsi alla confisca adempiendo fraudolentemente al proprio onere. Tale soluzione, in ogni modo, sarà sicuramente efficace se la sanzione in esame viene concepita *tout court* come confisca generale dei beni (*confiscation générale* francese) ⁸⁹⁾, e non come sanzione graduabile, come era previsto per la *Vermögensstrafe*, perché in questo caso, soprattutto laddove deve essere commisurata alla colpevolezza del reo, potrebbe rivelarsi incapace di sottrarre gli ingenti profitti ottenuti da un reato di scarsa gravità, salvo se si considera tra gli indici della gravità anche l'ammontare dei profitti.

ne della pena; in relazione a tale ipotesi è stata sviluppata la "*facilitation theory*" in base alla quale laddove il denaro derivante da fonti legali è depositato in un conto contenente i profitti di attività illegali, il denaro legale è coinvolto ("*involved in*") nell'attività di riciclaggio (ha facilitato tale attività) e quindi può essere sottratto; la disciplina in materia prevede, infatti, la confisca di "*any property, real or personal, involved in such offense, or any property traceable to such property*", cfr. FORK, *op. cit.*, 214 e giurisprudenza *ivi* citata, 218 – 219. Cfr. WALTHER, *Landesberichte: Vereinigte Staaten von Amerika*, in *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten*, Wiesbaden 1989, 427; REICHEL (NOTE), *Stalking The Enterprise Criminal: State RICO and the Liberal Interpretation of the Enterprise Element*, in *Cornell L. Rev.* 1995, 247 ss..

⁸⁹⁾ Article 222-49:

Dans les cas prévus par les articles 222-34 à 222-40, doit être prononcée la confiscation des installations, matériels et de tout bien ayant servi, directement ou indirectement, à la commission de l'infraction, ainsi que tout produit provenant de celle-ci, à quelque personne qu'ils appartiennent et en quelque lieu qu'ils se trouvent, dès lors que leur propriétaire ne pouvait en ignorer l'origine ou l'utilisation frauduleuse.

Dans les cas prévus par les articles 222-34, 222-35, 222-36 et 222-38, peut également être prononcée.

L'art. 131-39 prevede la confisca degli strumenti e dei prodotti di delitti o di infrazioni, lo stesso per il riciclaggio è previsto dall'art. 324-7. Gli articoli 213-1 per le persone fisiche, e 213-3 per le persone giuridiche, prevedono la confisca di tutto il patrimonio per i crimini contro l'umanità.

Tale forma di confisca, presupponendo una condanna penale, non dovrebbe essere applicabile nei confronti di terzi cui i beni di origine illecita siano pervenuti. Per contro, però, nell'ordinamento francese gli artt. 222-49 e gli art. 225-24 C.P. consentono la confisca di tutti gli strumenti e di tutti i prodotti, rispettivamente, del traffico di sostanze stupefacenti, se il terzo non poteva non sapere, e del reato di sfruttamento della prostituzione, indipendentemente da chi sia il proprietario delle cose in questione e dall'eventuale consapevolezza del terzo. Nell'ordinamento statunitense a partire dal 1984 si consente l'applicazione del *criminal forfeiture* presso i terzi attraverso la *relation back doctrine* (applicata sia in relazione al *criminal* che al *civil forfeiture*), in base alla quale i beni confiscabili divengono proprietà dello Stato a partire dal momento nel quale il reato è compiuto, con la conseguenza che i beni, già divenuti di proprietà del governo, non possono essere sottoposti ad atti di disposizione da parte del reo e nel caso in cui, comunque, il reo alieni il bene, si può procedere all'emanazione di uno speciale ordine di confisca (*special verdict of forfeiture*) (tale disciplina consente di sottrarre anche le somme pagate per la difesa agli avvocati, comportando dei timori in termini di rispetto del diritto alla difesa, VI emendamento) ⁽¹⁰⁰⁾. Il nuovo *Civil Asset Forfeiture Reform Act 2000* ha, però, previsto una più razionale disciplina a tutela del terzo "proprietario innocente", che abbia acquistato il bene in buona fede, in quanto non sapeva e non aveva ragionevolmente motivo di credere che il bene fosse soggetto a confisca, e in cambio di una adeguata controprestazione; si consente di rinunciare all'esecuzione della confisca del bene, anche se acquistato dopo la consumazione del reato senza una valida controprestazione, laddove prevale l'esigenza di garantire la dimora (*primary residence*) o le normali condizioni di vita nei confronti del terzo, purchè non si tratti di profitti del reato.

Tale modello di sanzione viene applicato anche nei confronti delle persone giuridiche. In particolare in Francia è possibile infliggere direttamente alle persone giuridiche, considerate penalmente respon-

¹⁰⁰⁾ Su tale profilo cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 312 ss.; B. FORK, *op. cit.*, 205 ss. Nell'ordinamento svizzero Tribunale federale, 5 maggio 2006, 1S.5/2006, in www.bstger.ch/it/index.htm, che conferma due sentenze 22 aprile 2005, BB. 2004.79 e BB.2004.80, in www.bstger.ch/pubblcazioni.asp?idL=it.

sabili, la confisca generale di tutti o parte dei beni, indipendentemente dalla loro origine (per il traffico di stupefacenti e per i reati contro l'umanità ⁽¹⁰¹⁾); un'altra estrema forma di confisca contro le imprese è la *dissolution*, introdotta dal codice del 1994, anche se solo in relazione a un determinato gruppo di gravi reati puniti con pena detentiva superiore ai cinque anni se realizzati da una persona fisica (come il traffico di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, il riciclaggio, il terrorismo, determinati reati di falso, reati contro lo Stato, crimini contro l'umanità, l'estorsione) e si richiede che la persona giuridica sia stata creata o distolta dal suo scopo per commettere i fatti incriminati (131-39) ⁽¹⁰²⁾.

Nell'ordinamento degli Stati Uniti il *criminal forfeiture*, previsto dal titolo IX del *RICO* ⁽¹⁰³⁾, è rinato proprio per essere applicato in relazione alle "*enterprise*", al fine di stroncare l'infiltrazione criminale nell'economia legale. A tal fine il *criminal forfeiture* si applica a tutti gli interessi dell'imputato nell'impresa e non esclusivamente all'interesse soggetto a confisca in relazione al ruolo che l'attività di criminalità organizzata ha svolto negli affari dell'impresa ⁽¹⁰⁴⁾. Nel caso *Cauble* (e nel caso *Anderson II*), addirittura, la Corte ha osservato che lo scopo del *Rico forfeiture* è quello di privare l'imputato "di tutti i beni che gli permettono di mantenere un interesse nella *RICO* attività, senza riguardo al fatto se questi beni siano in se stessi macchiati in quanto coinvolti nell'attività di arricchimento illecito"; si tratta infatti di un ordine *in personam* e non *in rem*, con la conseguenza che non è necessario distinguere gli interessi coinvolti da quelli non coinvolti (i beni non devono essere "colpevoli"), perché è necessario ottenere una sorta di divorzio

¹⁰¹⁾ Rispettivamente art. 222-49 e art. 225-10, 22. Cfr. BOIZARD, *Amende, confiscation, affichage ou communication de la décision*, in *Revue des Sociétés* 1993, 327.

¹⁰²⁾ Cfr. PRADEL, *Le nouveau Code pénal, Livre I, Dispositions générales*, in *Rev. sc. crim.* 1993, 455; BORRICAND, *Commentaire de la loi n.° 87-1157 du 31 décembre 1987 relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants et modifiant certaines dispositions du Code pénal*, in *J.C.P.* 1988, 3337. Questa sanzione non può essere applicata alle persone morali di diritto pubblico, ai sindacati o alle istituzioni rappresentative di personale, cfr. PRADEL, *ibidem*, 455.

¹⁰³⁾ 18 U.S.L. 1963.

¹⁰⁴⁾ Sezione 1963. Cfr. TAYLOR, *Forfeiture under 18 U.S.C. § 1963 - Rico's Most Powerful Weapon*, in *Am. Crim. L. Rev.* 1980, 389.

tra il reo e l'impresa che ha corrotto ⁽¹⁰⁵⁾. E' evidente il rischio di simili forme di confisca, che possono colpire un'intera impresa, magari lecitamente creata e gestita per anni, in quanto in un dato momento è stata coinvolta in un crimine.

Parte della giurisprudenza e della dottrina, inoltre, ammette la possibilità di colpire con la fattispecie in esame direttamente un'impresa in qualità di imputato, in quanto l'articolo 18 U.S.C. §§ 1961 e ss. 18 U.S.C. §§ 1961(3) definisce "person" ogni individuo o "entity capable of holding a legal or beneficial interest in property". Se si tratta di *serious criminal activity* non è necessario che la persona fisica o giuridica fosse al corrente dell'attività antiggiuridica ⁽¹⁰⁶⁾; altrimenti qualora una persona agisce direttamente o indirettamente per la persona giuridica, la confisca può colpire anche interamente il patrimonio della persona giuridica, se quest'ultima ha espresso acquiescenza alla consumazione del reato, lo ha ratificato, è stata alquanto negligente nel prevenirlo o scoprirlo, o è rimasta volontariamente all'oscuro della sua commissione ⁽¹⁰⁷⁾.

Tale modello di confisca, quindi, può rivelarsi particolarmente efficace, consentendo addirittura di sottrarre i beni presso i terzi e di colpire le persone giuridiche.

Una misura come la confisca generale dei beni comporta, però, dei problemi di legittimità costituzionale in termini di rispetto del principio di proporzionalità, nel senso che pur potendo essere individuato un valido interesse pubblico che giustifica l'inflizione di simili sanzioni e pur potendo ammettersi la loro idoneità al perseguimento dello scopo, la loro applicazione non sembra né necessaria né proporzionata in senso stretto allo scopo.

¹⁰⁵⁾ 5th Cir., *United States v. Caubel*, 706 F.2d 1322, 1983; *United States v. Anderson ("Anderson II")*, 782 F.2d 908 (11th Cir. 1986); cfr. SMITH, *The scope of real property forfeiture for drug-related crimes under the comprehensive forfeiture act*, in *Univ. of Penn. L. Rev.* 1989, vol. 137, 318.

¹⁰⁶⁾ Cfr. BLAKESLEY, *Risposte al questionario On the reversal of the onus of proof Looking for an answer to the criminal economy - Production of Study Report on The Reversal of the burden of proof regarding the apparently illicit derivation of profits and assets in the context of the fight against the criminal economy UNOV/ISPAC Contract No. 97/548*, n. 2107.

¹⁰⁷⁾ THAMAN, *Risposte al questionario, op. ult. cit.*, n. 2107.

Laddove la sanzione patrimoniale è concepita espressamente come pena criminale, come in relazione alla *Vermögensstrafe*, al *criminal forfeiture*, alla *confiscation général*, almeno in prima istanza l'interesse pubblico perseguito dovrebbe essere, in un'ottica di diritto penale funzionalizzato, lo scopo general e special preventivo, per lo meno in termini di neutralizzazione; questi sono considerati oggi, infatti, gli scopi della pena nell'ambito di uno Stato laico che mira alla tutela di beni giuridici. In un'ottica di superamento delle teorie retributive in contrasto con i principi costituzionali dello Stato sociale, l'effetto repressivo, insito in tali sanzioni, è, invece, un effetto dell'uso della sanzione penale, non uno scopo in sé ⁽¹⁰⁸⁾.

Si tratta, poi, di verificare in relazione alle singole fattispecie penali la cui violazione comporta la comminatoria della pena patrimoniale, quale sia lo specifico bene giuridico tutelato. In linea di massima le pene in esame vengono previste nei confronti di gravi reati contro la criminalità organizzata, che ledono o pongono in pericolo beni fondamentali come l'ordine pubblico (inteso in senso materiale ⁽¹⁰⁹⁾), la sicurezza collettiva o l'economia pubblica.

In particolare la *confiscation général* è prevista per i crimini contro l'umanità (art. 213-1, N.C.P.) e per i casi più gravi di traffico di stupefacenti (art. 222-49, al. 2, N.C.P); gravissime fattispecie di cui non è possibile negare la meritevolezza di tutela del bene giuridico tutelato. Si tutela, inoltre, l'economia pubblica dall'infiltrazione di capitali illeciti, nonché il corretto funzionamento del mercato, laddove si estende la confisca generale dei beni alla fattispecie di riciclaggio dei proventi del traffico di stupefacenti.

La volontà di tutelare l'economia pubblica, intesa come corretto funzionamento del mercato e della concorrenza, prevale in relazione

¹⁰⁸⁾ Cfr. MOCCIA, *La funzione normativa della pena. Aporie tra teorie e prassi*, in *Il vaso di Pandora. — Carcere e pena dopo le riforme*, Roma 1997, 69 ss.; cfr. per la *Vermögensstrafe*, THIELE, *Vermögensstrafe und Gewinnabschöpfung. Ein spagat zwischen Verfassungsrecht und effektiver Kriminalpolitik*, Gottingen 1999, 45 ss., il quale attribuisce alla pena funzione polivalente: di compensazione-retribuzione della colpevolezza e di prevenzione generale e speciale, citando a sostegno BverfG, in *NJW* 1970, 1731, 1972, 327 (330).

¹⁰⁹⁾ Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale – Parte speciale*, Tomo I, Bologna 1999, 460.

al *criminal forfeiture*, che è destinato a colpire il coinvolgimento di un'attività economica nello svolgimento di determinati reati o lo svolgimento di un'attività economica attraverso la realizzazione di certi reati. Da notare, però, che proprio in relazione al *criminal forfeiture* sorge qualche dubbio circa la meritevolezza di tutela dei beni giuridici garantiti da alcune delle fattispecie la cui consumazione, nell'ambito di una *pattern of racketeering activity*, comporta l'applicazione della pena in questione. Con la sezione 1962(c) è stata, infatti, enormemente ampliata la categoria dei comportamenti incriminabili in base al *RICO* ⁽¹¹⁰⁾ e, in conformità all'espressa volontà del legislatore, è stata ampliata in sede interpretativa la lista dei reati elencati sino a ricomprendere i *mail o wire frauds* ⁽¹¹¹⁾, che possono non giustificare in considerazione del bene tutelato l'applicazione di una così grave sanzione. Emerge, allora, come al di là dello specifico bene tutelato dalla norma violata, si persegua comunque il pubblico interesse ad impedire l'infiltrazione criminale nell'economia lecita. Nel caso *Walsh* si afferma, infatti, che lo statuto in esame ha lo scopo di sradicare le basi economiche della criminalità organizzata ⁽¹¹²⁾. Tale scopo, però, di per sé meritevole di tutela, rischia di essere sovradimensionato laddove si intende perseguirlo colpendo con il *criminal forfeiture a pattern of racketeering activity* di reati non tipici della criminalità organizzata, né particolarmente gravi, il cui bene tutelato non giustifica un simile intervento repressivo.

La *Vermögensstrafe* dell'ordinamento tedesco (§ 43a StGB), originariamente concepita come sanzione nei confronti dei soli reati connessi al traffico di stupefacenti, era stata in seguito estesa nei confronti di reati tipicamente connessi alla criminalità organizzata, di fattispecie aggravate in quanto realizzate in forma organizzata (in cui il reo agisce come membro di una *Banda*) e alle quali, in ogni caso, il legislatore attribuisce un particolare disvalore applicando una pena detentiva su-

¹¹⁰⁾ Cfr. LYNCH, *A conceptual, practical and political guide to RICO reform*, in *Vand. L. Rev.* 1990, 773 - 774.

¹¹¹⁾ Cfr. ABRAMS, *Crime Legislation and the Public Interest: Lessons from Civil Rico*, in *SMU Law Rev.* 1995, 61.

¹¹²⁾ 2d Cir., 700 F.2d 846, 1983; riformata 464 U.S. 826, 1983.

periore ai due anni ⁽¹¹³⁾ (come la falsificazione di monete e valori, la falsificazione di carte di credito e la stampa di euro, le più gravi forme di furto o rapina realizzate in forma organizzata, l'estorsione, la tratta di esseri umani, il riciclaggio e la ricettazione, i reati contro l'ambiente ⁽¹¹⁴⁾). Proprio la connessione con l'attività delle organizzazioni criminali rappresentava il criterio-guida per il legislatore nella scelta delle fattispecie cui applicare la pena patrimoniale ⁽¹¹⁵⁾. E, inoltre, con la legge per la lotta alla corruzione del 1997 ⁽¹¹⁶⁾, era stata prevista la possibilità di infliggere tale pena nei più gravi casi di corruzione (§ 338 *StGB*) ⁽¹¹⁷⁾, di cui è indiscutibile il carattere costituzionalmente orientato del bene tutelato. Tale sanzione veniva concepita come un ulteriore strumento dell'armamentario repressivo nei confronti di certe tipologie criminali, come affermato dalla Suprema Corte tedesca ⁽¹¹⁸⁾.

Le pene patrimoniali sono, quindi, generalmente utilizzate per tutelare un interesse pubblico rilevante.

¹¹³⁾ Cfr. ESER, § 43 a, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di SCHÖNKE-SCHRÖDER, 23 ed., München 1988; 25^a ed., München 1997, 625 § 3. Si deve considerare che nell'ordinamento tedesco la pena detentiva è utilizzata con maggiore parsimonia dell'ordinamento italiano. Cfr. THIELE, *Vermögensstrafe und Gewinnabschöpfung*, op. cit., 50, il quale ritiene che la pena patrimoniale ben si presti a retribuire la colpevolezza espressa nei delitti cui è applicabile la sanzione in esame.

¹¹⁴⁾ O ancora i reati previsti dalla *Asylverfahrensgesetz*, il gioco clandestino, la falsificazione di documenti; cfr. RIES, *Die Vermögensstrafe. Eine kriminologische, rechtsdogmatische und rechtspolitische Analyse*, Baden-Baden 1999, 77 ss. sull'ambito di applicazione delle fattispecie in questione; critico nei confronti dell'ambito di applicazione della fattispecie, cfr. PARK, *Vermögensstrafe und "modernes" Strafrecht. Eine verfassungsrechtliche, strafrechtsdogmatische und Kriminalpolitische Untersuchung zur § 43 a StGB*, Berlin 1998, 108 ss.

¹¹⁵⁾ LANGER, *Vermögensstrafe (§ 43a StGB). Die neue Rechtsfolge zur Bekämpfung organisierter Kriminalität unter Berücksichtigung des erweiterten Verfalls (§ 73d StGB)*, Göttingen 1997, 37 — 38, ampiamente sui beni giuridici tutelati e sulla gravità delle corrispondenti fattispecie (soprattutto in termini di colpevolezza), cfr. 66 ss..

¹¹⁶⁾ La legge del 13 agosto 1997, entrata in vigore il 20 agosto, BGBl. I, 2038.

¹¹⁷⁾ Cfr. KORTE, *Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit den Mitteln des Strafrechts*, in *NZtS* 1997, 513.

¹¹⁸⁾ *BGH*, 8 febbraio 1995 - 5 StR 663/94 (*LG Hamburg*), in *NJW* 1995, 1367; in *MDR* 1995, 618; in *NStZ* 1995, 333, con nota critica di DIERLAMM.

Nel perseguire tale interesse adempiono sicuramente alla funzione retributiva della pena, in quanto non si discute sul carattere afflittivo della perdita del patrimonio; si può solo precisare che la pena patrimoniale può svolgere la particolare funzione di reprimere quello stimolo a delinquere rappresentato dal desiderio di profitto ⁽¹¹⁹⁾, funzione che solo indirettamente può essere svolta dalla pena detentiva.

Dubbi, invece, sono sorti in dottrina sulle capacità preventive di simili pene e più in generale degli strumenti confiscatori del profitto del reato, in quanto si rileva che il criminale che non teme di subire la pena detentiva, difficilmente sarà distolto dal crimine dalla minaccia di una sanzione che colpisce il patrimonio ⁽¹²⁰⁾. Nell'ordinamento nordamericano, ad esempio, è stata messa in discussione la capacità deterrente del *criminal forfeiture* nei confronti della criminalità organizzata, come dimostra il fatto che la condanna dei capimafia è stata resa possibile, per lo più, grazie alle delazioni degli affiliati, indotti a parlare attraverso la minaccia di un lungo periodo di prigione; né si ritiene che un tale tipo di criminalità possa prendere in considerazione l'opportunità di godere dei profitti dei reati dopo l'esecuzione della pena detentiva e quindi considerare la confisca come un deterrente. E, dall'altra parte, la minaccia della prigione costituisce sicuramente il più forte deterrente nei confronti dei c.d. colletti-bianchi; in genere, infatti, è possibile scoprire i beni, frutto del riciclaggio di profitti illeciti, solo grazie alla collaborazione degli imputati, che magari si ottiene attraverso la minaccia di un lungo periodo di carcere (per paradosso la minaccia della pena detentiva diventa il più efficace strumento per implementare l'applicazione del *forfeiture*) ⁽¹²¹⁾.

¹¹⁹⁾ *Ibidem*, 96 ss.

¹²⁰⁾ Cfr. KAISER, *Gewinnabschöpfung als kriminologisches Problem*, in *Festschrift für H.Tröndle*, Berlin — New York 1989, 688 - 689; PERRON, *Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall im Spannungsfeld zwischen öffentlichen Strafverfolgungsinteressen und privaten Eigentumsrechten*, tesi di dottorato riassunta in *Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall*, in *JZ* 1993, 920 ss.; REBSCHER - VAHLENKAMP, *Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, Wiesbaden 1988; HUND, *Ist die Sicherung illegaler Gewinne die "Achillesferse" der Organisierten Kriminalität?*, in *ZRP* 1996, 1; più in generale sulla scarsa efficacia della pena patrimoniale, PARK, *op. cit.*, 109 ss.

¹²¹⁾ Cfr. RIED, *Rationalizing criminal forfeiture*, in *Journ. Crim. Law & Crim.*, 1988, 367 ss.

Se queste osservazioni possono rivelarsi nel caso concreto vere, occorre però osservare che l'*homo economicus* ⁽¹²²⁾ nel decidere di delinquere compie un'analisi costi-benefici, in cui il rischio di perdere tutto il patrimonio rappresenta un costo, la cui attitudine deterrente, anche parziale, ma sicuramente non secondaria, è innegabile, innanzitutto perché se non si sottrae il profitto illecito, il delinquente può considerare accettabile il rischio di subire un'eventuale pena detentiva in quanto, poi, in ogni caso potrà godere del profitto conseguito con il delitto (queste considerazioni valgono soprattutto in settori come la criminalità economica, la corruzione, la criminalità ambientale) ⁽¹²³⁾. E, inoltre, il rischio non solo di non conseguire il profitto sperato, ma di perdere anche il patrimonio posseduto, sia esso o meno frutto di altri crimini, difficilmente non sarà preso in considerazione da chi delinque proprio allo scopo di conseguire un lucro e "tende a *praticare* un sistema di vita e investire la propria professionalità nelle attività di produzione di ricchezza antiggiuridica, obiettivo per cui è disposto a mettere in preventivo la sofferenza di consistenti periodi di privazione della libertà personale" ⁽¹²⁴⁾. Chiaramente tale rischio di perdere non solo il profitto illecito ma anche tutto o parte del patrimonio, avrà maggiore efficacia deterrente nei confronti di coloro che hanno un patrimonio lecitamente conseguito; ad esempio un imprenditore, il quale deve decidere se intraprendere rapporti con un'organizzazione criminale, non può non considerare il rischio non solo di non conseguire l'illecito profitto, ma di intaccare quanto onestamente guadagna-

¹²²⁾ Cfr. MASCIANDARO, *Analisi economica della criminalità, teoria della regolamentazione e riciclaggio finanziario*, in *Mercati illegali e mafie*, a cura di ZAMAGNI, Bologna 1993, 262 ss.; POSNER, *Economic analysis of Law*, Boston 1977, 167.

¹²³⁾ Cfr. HUSBERG, *Verfall bei Bestechungsdelikten. Eine Untersuchung über die Voraussetzungen und Auswirkungen der Verfalls - anordnung gemäß §§ 73 ff. StGB unter besonderer Berücksichtigung des *lucrum ex crimine* bei den Bestechungsdelikten*, Augsburg 1999, 62; HILDENSTAB, *Die Gewinnabschöpfung im Umwelstrafverfahren*, Köln 1990, 11.

¹²⁴⁾ Così FORNARI, *Criminalità del profitto*, *op. cit.*, 8; cfr. nell'ordinamento tedesco in relazione alla *Vermögenstrafe*, THIELE, *Vermögenstrafe und Gewinnabschöpfung*, *op. cit.*, 56, ss., il quale afferma che come in relazione ad ogni pena, non è possibile negare un qualche spazio d'azione alla finalità general preventiva della pena in questione.

to⁽¹²⁵⁾. Tale rischio può assumere un carattere meno incisivo, ma non indifferente, in relazione alle tradizionali tipologie di confisca che colpiscono solo i profitti di accertata origine illecita, in quanto in quest'ipotesi, si rischia solo di non conseguire quanto sperato⁽¹²⁶⁾.

La parziale efficacia deterrente della confisca di tutto il patrimonio, o di tutto il patrimonio di origine sospetta, può essere affermata, però, non solo per i c.d. colletti bianchi, tipici autori di crimini collegati al mondo dell'economia, ma rileva oggi anche in relazione agli esponenti delle associazioni criminali di stampo mafioso, in quanto anche "la mafia" si è evoluta, adeguandosi ai parametri delle moderne multinazionali⁽¹²⁷⁾, nel senso che non è rappresentata, purtroppo, solo dagli esponenti di una subcultura radicata ad un contesto territoriale di appartenenza, ma anche da gruppi politico-affaristici-criminali operanti all'interno stesso dell'alta finanza e dei centri di potere politico-istituzionale⁽¹²⁸⁾. Non solo, ma in termini più generali nei confronti dell'organizzazione mafiosa o criminale è indiscutibile l'efficacia general preventiva di una simile sanzione, in quanto "che qualcuno, ... venga sporadicamente punito può anche essere un costo accettabile per la delinquenza organizzata ..., ove il sistema penale prometta di *non incidere* sui presupposti che consentono e rendono produttiva una cer-

¹²⁵⁾ Cfr. LANGER, *op. cit.*, 101 - 102.

¹²⁶⁾ Cfr. FRIED, *op. cit.*, 367 ss.; LANGER, *op. cit.*, 102.

¹²⁷⁾ DI DONNI, *La criminalità organizzata come freno allo sviluppo economico*, in *La mafia, le mafie*, *op. cit.*, 235; in tale direzione sull'internazionalizzazione della criminalità organizzata cfr. SAVONA, *Le mafie, la mafia, una prima lettura del rapporto tra forme organizzate di criminalità e strategie di contrasto*, in *La mafia, le mafie*, *op. cit.*, 158 ss.

¹²⁸⁾ Così FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, *op. cit.*, 9; CATANZARO, *Il delitto come impresa*, Padova 1988, 260 ss.; MUSCATIELLO, *Associazione per delinquere e riciclaggio: funzione e limiti della clausola di riserva*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1996, 115; SAVONA, *Le mafie, la mafia*, *op. cit.*, 171; DE LEO, STRANO, PEZZUTO, DE LISI, *Evoluzione mafiosa e tecnologie criminali*, Milano 1995, in particolare 189 ss., ritengono che "per definizione i soggetti dediti ad attività di criminalità organizzata incarnano a pieno titolo il modello dell'*homo oeconomicus*"; KLINGEMAN, *Anwendung und Konsequenzen der Kosten-Nutzen-Analyse zu der Kriminalpolitik*, in *MschKrim* 1978, 249; FURNARI, *Criminalità del profitto*, *op. cit.*, 7; SAVONA, "L'uso delle sanzioni patrimoniali...", *op. cit.*, 17; HETZER, *Gewinnabschöpfung durch Beweislastumkehr?*, *op. cit.*, 374.

ta attività criminosa" ⁽¹²⁹⁾; occorre, allora *incidere* sul sistema produttivo della ricchezza ⁽¹³⁰⁾.

Nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata, in ogni caso, l'idoneità delle sanzioni in esame dovrebbe emergere soprattutto in termini di incapacitazione economica dell'organizzazione criminale ⁽¹³¹⁾; in questo senso, nei confronti dell'intera organizzazione, si può parlare di significato special-preventivo neutralizzatore. La pena patrimoniale, ad esempio, potrebbe rivelarsi particolarmente efficace in termini neutralizzatori laddove colpisce un capo dell'organizzazione, al quale si sottrae il patrimonio fonte di sostegno dell'organizzazione; in questo caso la sanzione agisce come misura di lotta *contro la criminalità organizzata* ⁽¹³²⁾, in un'ottica macro-preventiva, piuttosto che individual-preventiva.

Laddove la confisca è concepita come una pena, occorre distinguere, però, l'ipotesi in cui la confisca-pena è commisurabile, per cui la lesione del diritto di proprietà dovrebbe essere graduata alla gravità del fatto e della colpevolezza, come sarebbe dovuto avvenire per la *Vermögensstrafe*, dall'ipotesi in cui la pena patrimoniale è concepita *tout court* come confisca generale dei beni, destinata a sottrarre tutto il patrimonio, annientando completamente il diritto di proprietà. Anche se si deve precisare che generalmente anche laddove si parla di "confisca generale dei beni", come nell'ordinamento francese, si fa riferimento alla confisca *parziale* o *totale* dei beni, consentendo quindi di graduare tale sanzione; il problema che rimaneva per la *Vermögensstrafe* e rimane per le altre forme di confisca generale dei beni è che non sono determinati i parametri per una tale commisurazione. Nell'ordinamento tedesco la commisurazione della *Vermögensstrafe* rimaneva affidata alla discrezionalità del giudice, con l'unico limite costituito dall'entità del patrimonio dell'autore del reato; il giudice, inoltre, doveva predeterminare, al momento dell'inflizione della pena patrimoniale, la misura

¹²⁹⁾ Così EUSEBI, *Brevi note sul rapporto fra anticipazione della tutela in materia economica, extrema ratio ed opzioni sanzionatorie*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1995, 742.

¹³⁰⁾ RIES, *Die Vermögensstrafe*, *op. cit.*, 74 — 76, 145; cfr. LANGER, *op. cit.* 126 ss.; KAISER, *Gewinnabschöpfung als kriminologische Problem*, *op. cit.*, 685 ss.; RIES, *op. cit.*, 77.

¹³¹⁾ FORNARI, *Criminalità del profitto*, *op. cit.*, 12 - 71.

¹³²⁾ Cfr. in materia RIES, *op. cit.*, 78.

dell'eventuale pena detentiva sostitutiva (*Ersatzfreiheitsstrafe*) che il condannato avrebbe dovuto scontare al posto della pena patrimoniale, nel caso in cui quest'ultima non potesse essere riscossa. Tale pena detentiva doveva essere determinata nella misura massima di due anni e minima di un mese ⁽¹³³⁾; anche in relazione a tale profilo non erano determinati i parametri per stabilire tale sostituzione.

Al di là del diritto di proprietà, le sanzioni in esame ledono la *dignità* della persona umana, comportando un effetto stigmatizzante, in quanto la loro inflizione viene collegata alla consumazione di reati; anzi, le moderne sanzioni patrimoniali sono state concepite, per lo più, come reazione nei confronti di delitti particolarmente gravi e allarmanti, nei confronti dei quali la società esprime un giudizio di assoluto disvalore.

In conclusione, dall'analisi svolta emerge una certa efficacia general preventiva della confisca generale dei beni; ciò nondimeno tale pena presenta il fondamentale problema di non essere commisurabile, la sua entità dipende solo dal valore del patrimonio. In tal modo tale sanzione rischia di essere criminogena, inducendo il reo a consumare reati di maggiore gravità, per perseguire i maggiori benefici possibili da bilanciare con quell'elevato rischio, che è sempre lo stesso indipendentemente dalla gravità del fatto, rappresentato dalla confisca totale del patrimonio.

Non solo, ma soprattutto in un sistema penale ispirato a criteri di solidarietà sociale e di rispetto della dignità umana, proprio di uno Stato di diritto, sarebbe preferibile che si abbandonassero delle pene - dalle reminiscenze storiche poco gradevoli ⁽¹³⁴⁾ - che esprimono un giudizio di disvalore assoluto e sono legate ad un concetto di giustizia commutativa, come la confisca generale dei beni.

¹³³⁾ Cfr. HORN, *Vermögensstrafe*, in *SK StGB I* 22. Lfg., settembre 1993, 27; FORNASARI, *L'introduzione della pena patrimoniale nell'ordinamento penale tedesco*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1993, 163; MITSCH, *Die Vermögensstrafe*, in *Juristische Arbeitsblätter* 1994, 426 - 428 ss. Cfr. BT-Dr 11/5461), BGH, 20 settembre 1995, 3 StR 267/95 (LG Krefeld), in *NJW* 1996, 136.

¹³⁴⁾ Cfr. PARK, *op. cit.*, 105 ss.; KREY-DIERLAMM, *Gewinnabschöpfung und Geldwäsche*, in *JR*, 1992, 335; MEYER, *Gewinnabschöpfung durch Vermögensstrafe?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1990, 87.

La *Vermögensstrafe*, infatti, è stata dichiarata incostituzionale dalla sentenza del *BverfGE* 105, 135 per violazione del principio di tassatività (art. 103, c. 2 *GG*) della pena, che richiede che sia chiaramente determinata la cornice edittale della pena, accogliendo le critiche in materia della dottrina ⁽¹³⁵⁾.

La Corte ritiene che il § 43a StGB prevedeva una vera e propria sanzione penale e non uno strumento di sottrazione dei profitti; la pena patrimoniale, che comportava la limitazione particolarmente intensa di un diritto fondamentale, avrebbe richiesto, però, che il giudice potesse disporre di parametri certi, tali da rendere prevedibile la sua decisione e, in particolare, la scelta e la commisurazione della pena. L'applicazione cumulativa della sanzione detentiva e della pena patrimoniale comportava, inoltre, una limitazione particolarmente restrittiva dei diritti fondamentali, per la quale si deve pretendere un elevato grado di determinatezza della legge ⁽¹³⁶⁾.

Mancava, invece, la determinazione della cornice edittale, era stabilita solo la soglia superiore, il valore del patrimonio che poteva essere oggetto di apprezzamento giudiziale, attribuendo al giudice il ruolo di creatore del diritto. Inoltre la mancanza dei parametri in base ai quali calcolare la conversione, da concedere, di pena detentiva in sanzione patrimoniale, e, in caso di insolvenza del reo, la sostituzione della pena patrimoniale in pena detentiva, da un mese a due anni, contrastava con il principio di legalità ⁽¹³⁷⁾. Anche la clausola che con-

¹³⁵⁾ Cfr. BGH, 15, novembre 2002, 2 StR 302102 (LC Frankfurt a.M.), in *NStZ* 2003, 198; DESSECKER, *Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis*, Freiburg 1992, 350 - 351; KREY-DIERLAMM, *op. cit.*, 357; DREHER-TRÖNDLE, § 43a, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., 492; KÖRNER, *Betäubungsmittelgesetz*, München 1985, 235; PARK, *op. cit.*, 64. Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 170 ss., 664 - 725; FONDAROLI, *op. cit.*, 465 ss.

¹³⁶⁾ Cfr. BGH, 15, novembre 2002, 2 StR 302102 (LC Frankfurt a.M.), cit., § 74 ss. - 87.

¹³⁷⁾ Cfr. MEYER, *op. cit.*, 86; MITSCH, *op. cit.*, 431; in giurisprudenza cfr. *LG BAD Kreuznach*, Urt. v. 10 settembre 1993 - 3 Js 5877/93 KLS, in *StV* 1994, 140. *Contra* THIELE, *Vermögensstrafe und Gewinnabschöpfung*, *op. cit.*, 109, ritiene che il principio di determinatezza è rispettato laddove viene determinato dal legislatore il tipo di sanzione, in maniera tale che il cittadino può sapere preventivamente a quale tipo di conseguenze va incontro realizzando un determinato reato; LIEDKE, *Die Vermögensstrafe gemäß § 43a StGB in ihrer kriminalpolitischen Bedeutung* Frankfurt am Main - Ber-

sentiva al giudice di stimare il valore del patrimonio rappresentava un ulteriore fattore di insicurezza in contrasto con il principio di tassatività, attribuendo un'eccessiva discrezionalità al giudice; una valutazione, precisa la Corte, per quanto possa essere determinata la base del giudizio e sia possibile l'accertamento della reale situazione, comporta, comunque, dei rischi in quanto può condurre alla quantificazione di un valore che supera il valore reale del patrimonio.

La pena patrimoniale si poneva, infine, in contrasto con il principio di colpevolezza in quanto non veniva commisurata al grado di colpevolezza espressa nel fatto di reato, ma all'entità, peraltro da valutare, del patrimonio del reo; non era, quindi, graduabile. Non solo, ma il cumulo di pena detentiva non sospensibile e di pena patrimoniale sembrava in contrasto con il principio di colpevolezza per il singolo fatto ⁽¹³⁸⁾.

Anche in relazione al *criminal forfeiture* è stata contestata la violazione dell'ottavo emendamento, che vieta le pene "inusuali" e "crudeli" ⁽¹³⁹⁾. Si è così messa in dubbio la costituzionalità della confisca in esame come pena che non rientra nelle categorie di "routine use"; sin dall'introduzione della *Magna Carta* nel 1215, si osserva, la società civilizzata ha considerato la confisca del patrimonio come una punizione ingiusta, eccessiva, e inusuale. Si fa l'esempio, in dottrina, di una per-

lin – Bern – New York – Paris – Wien 1999, 138, il quale considera salvaguardato il principio di determinatezza laddove è chiaramente determinato l'ambito di applicazione di una sanzione.

¹³⁸⁾ Cfr. KÖHLER-BECK, *Gerechte Geldstrafe statt Konfiscatorischer Vermögenssanktionen*, in *Juristenzeitung*, 1991, 797 ss.

¹³⁹⁾ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 710 ss. Una pena è considerata crudele qualora sia eccessivamente sproporzionata, tale da sembrare ingiustificatamente severa; mentre una sanzione è inusuale quando è talmente originale da non garantire che venga accettata da parte dei cittadini o, comunque, considerata aderente alla concezione prevalente della "giusta punizione", cfr. sull'emendamento in esame NEVARES-MUNIZ, *The eighth amendment revisited: a model of weighted punishments*, in *Jour. Crim. L. & Crimin.*, 1984, I, 272 ss.; da ultimo VAN CLEAVE, "Death is different", is money different? *Criminal punishments, forfeitures, and punitive damages. Shifting constitutional paradigms for assessing proportionality*, in *Southern California Interd. Law Journ.* 2003, 12, 217, 245 ss. con particolare riferimento al *forfeiture*; sul rapporto tra il *criminal* e il *civil forfeiture*, e il principio di proporzione, cfr. GRAMCKOW, *Einziehung bei Drogendelikten in den USA*, Köln 1994, 239 ss.

sona che ha lavorato molti anni per sviluppare con successo e profitto i suoi affari, ma ad un tratto realizza due *mail fraud violations*, nell'ambito di un "*pattern of racketeering activity*", per ottenere specifici contratti. Sebbene le entrate, che derivano dai contratti procurati attraverso la frode, possono essere di scarso rilievo in proporzione alle entrate globali e al lavoro totale netto della compagnia, niente nella sezione 1963 proibisce la confisca di tutti i suoi affari. Questo risultato pone dubbi di costituzionalità ai sensi del quinto e dell'ottavo emendamento ⁽¹⁴⁰⁾.

Queste argomentazioni, però, non sono state accolte dalla Corte d'Appello degli Stati Uniti, la quale ha affermato che il *Rico forfeiture* non comporta il "*forfeiture of estate*" (*la confisca dell'intero patrimonio*), proibito dalla Costituzione ⁽¹⁴¹⁾, e che non vi è alcuna sostanziale differenza tra un procedimento *in rem*, già precedentemente ammesso nell'ordinamento nordamericano, e un procedimento destinato all'applicazione della confisca, ma diretto contro il proprietario ⁽¹⁴²⁾. Non solo, ma non viene considerato in contrasto con il principio di proporzione il fatto che l'applicazione della sanzione in questione sia obbligatoria e che non venga riconosciuta alcuna discrezionalità al giudice di mitigare gli effetti della sua applicazione ⁽¹⁴³⁾. Anzi la giurisprudenza precisa che la determinazione dell'ammontare da confiscare non rappresenta un'operazione di commisurazione della pena, che deve essere compiuta nel rispetto di limiti edittali e di criteri prestabiliti (o, comunque, si parla di "*indeterminate sentencing*" ⁽¹⁴⁴⁾); non viene in rilievo il sesto emendamento che garantisce il diritto a un processo rapido e pubblico, da parte di una giuria, e il diritto alla difesa e al contraddittorio (i testimoni debbano assistere al processo e testimoniare in presenza dell'accusato) ⁽¹⁴⁵⁾.

¹⁴⁰⁾ TAYLOR, *op. cit.*, p. 390; LYNCH, *Rico: the crime of being a criminal*, part III & IV, in *Col. L. R.* 1988, vol. 88, p. 980.

¹⁴¹⁾ *United States v. Thevis*, 474 F. Supp. 134 (N.D. Ga. 1979).

¹⁴²⁾ *United States v. Huber*, 603 F. 2d 387, 397 (2d Cir. 1979), citata in TAYLOR, *op. cit.*, 383.

¹⁴³⁾ *United States v. L'Hoste*, 609 F. 2d 796, 809 (5th Cir.).

¹⁴⁴⁾ *United States v. Fruchter*, 411 F. 3d 377, 383 (2d Cir. 2005).

¹⁴⁵⁾ Cfr. da ultimo FORD, *op. cit.*, 1376 ss. – 1406 ss. e giurisprudenza *ivi* citata; in particolare l'autore citando la sentenza *Libretti v. United States*, 516 U.S. 29 (1995),

Parte della giurisprudenza e della dottrina osserva che la finalità perseguita, in particolare laddove viene in considerazione la lotta contro la violenza e la corruzione che accompagna il traffico di droga, giustifica una confisca non proporzionata alla gravità del reato ⁽¹⁴⁶⁾. In alcuni casi si è negata la violazione del principio di proporzione *tout court* perché il valore dei beni confiscati era inferiore al massimo della pena pecuniaria prevista dalle *Sentencing Guidelines* per quel crimine (si deve considerare, infatti, che in relazione al traffico di stupefacenti a livello federale, le pene pecuniarie previste sono molto alte, da 2 a 4 milioni di dollari, e, quindi, difficilmente il *forfeiture* supera tale ammontare) ⁽¹⁴⁷⁾.

In talune decisioni, invece, le Corti hanno ritenuto eccessiva la richiesta di confisca dell'accusa e hanno circoscritto l'entità dei beni da confiscare o hanno in ogni modo riconosciuto la violazione dell'ottavo emendamento ⁽¹⁴⁸⁾. In particolare, poi, parte della giurispru-

ripresa in *United States v. Leahy*, 438 F.3d. 328, 331 (3d Cir. 2006), rileva criticamente come in base a questa giurisprudenza il criminal forfeiture è «an “aspect of sentencing” and the “defendant does not enjoy a constitutional right to a jury determination of guilt or innocence” into the sentencing context»; ancora negano la rilevanza del sesto emendamento in relazione al criminal forfeiture *United States v. Tedder*, 403 F.3d. 836, 841 (7th Cir. 2005); *United States v. Hall*, 411 F.3d. 651, 655 (6th Cir. 2005).

¹⁴⁶⁾ SMITH, *The scope of real property forfeiture*, op. cit., 333; *United States v. Huber*, 603 F.2d 387, 397 (2d Cir. 1979).

¹⁴⁷⁾ Cfr. per tutte *United States v. Bajakajian's*, 118 S. Ct., 2039, 141 L. Ed. 2d 314 (1998). La decisione in appello *United States v. Bajakajian's*, 6 febbraio 1996, 84 F. 3d 334, è pubblicata anche in *Money Laundering, Asset Forfeiture and International Financial Crimes*, IV, op. cit., Release 98-3, Aprile 1998.

¹⁴⁸⁾ *United States v. Busher*, 817 F.2d 1409 (9th Cir. 1987); *United States v. Horak*, 833 F. 2d 1235, 1241 n. 4 (7th Cir. 1987); *United States v. Walsh*, 2d Cir., 700 F. 2d 846, 1983, riformata 464 U.S. 826, 1983; *Alexander v. U.S.*, No. 91-1526, 6/28/93, in 53 CrL (6-23-93), 2270 ss., 2281 ss., dove si riconosce che il *criminal forfeiture* è come un *fine* sottoposto all'ottavo emendamento divieto di *excessive fines*. Nel caso *United States v. Thevis*, ad esempio, l'accusa contro l'imputato era di condurre un'impresa di produzione pornografica attraverso attività di *racketeering*. Il governo chiedeva la confisca dell'intera impresa, con tutto il suo patrimonio e i suoi beni, nonostante l'assenza di prove che l'attività di estorsione avesse contribuito al suo successo. La Corte si è rifiutata di pronunciare un ordine di confisca, e si è limitata a sottrarre specificamente i beni usati per realizzare gli scopi illegali imputati, N.D. Ga., *United States v. Thevis*, 474 F. Supp. 134, 143, 1979.

denza ha affermato che, per impedire risultati incostituzionali, soprattutto quando l'impresa dell'imputato comprende attività legali e attività illegali, è necessario commisurare il *RICO forfeiture "with the crime involved"* ⁽¹⁴⁹⁾, considerando la gravità della condotta dell'imputato, il grado di coinvolgimento dei suoi affari nel crimine, il suo stato di mente e se i suoi affari siano essenzialmente legittimi ⁽¹⁵⁰⁾.

La giurisprudenza, però, distingue tra la confisca dei proventi del reato, che non viene considerata una sanzione e quindi non sottostà all'ottavo emendamento, e la confisca dei beni che hanno facilitato o permesso di esercitare un'influenza sull'impresa illecita, che invece deve rispettare il principio di proporzione; a tal fine si dà rilievo al rapporto tra "l'estensione e la durata dell'attività criminale..con l'ammontare dei beni confiscati" ⁽¹⁵¹⁾, tenendo conto del rapporto tra quanto confiscato e quanto non costituisce il frutto delle violazioni *RICO* ⁽¹⁵²⁾.

In conclusione, qualora in ogni caso non si volesse rinunciare a tale strumento punitivo, il principio di proporzione e le connesse valutazioni in termini di idoneità e necessità della sanzione impongono di delimitare l'adozione della pena patrimoniale solo contro le reali manifestazioni della criminalità organizzata e in relazione a reati particolarmente gravi, nei confronti dei quali sanzioni patrimoniali meno invadenti si rivelano inadeguate all'incapacitazione economica dell'organizzazione (ad esempio il narcotraffico, la tratta di esseri umani, il traffico di armi): la pena patrimoniale dovrebbe essere concepita, insomma, come sanzione contro l'organizzazione criminale, ne-

¹⁴⁹⁾ *United States v. L'Hoste*, 609 F.2d 796 (5th Cir.), cert. denied, 449 U.S. 883 (1980); DENNIS, *Current RICO*, op. cit., 662.

¹⁵⁰⁾ Così *United States v. Busher*, 817 F.2d 1409 (9th Cir.1987); conforme *United States v. Horak*, 833 F.2d 1235, 1246 (7th Cir. 1987); cfr. BRICKEY, *Corporate Criminal Liability*, second edition, New York 1992, vol. I, 397; SMITH, *Criminal Forfeiture, Part. II Prosecution and Defense of Forfeiture Cases*, Alexandria - Virginia, ultimo aggiornamento 1999, 13.05 — 13.88.3.

¹⁵¹⁾ *United States Court of Appeals for the Eighth Circuit 108 F.3d853, United. States v. Alexander*, Plaintiff — Appellee, v. Ferris Alexander, Defendant-Appellant, N. 90-5417, Certiorari denied October 6, 1997, in *Money Laundering, Asset Forfeiture and International Financial Crimes*, IV, op. cit., 1998. Cfr. da ultimo VAN CLEAVE, op. cit., 217.

¹⁵²⁾ *Ibidem*, 5.

cessaria solo in un'ottica di macrocriminalità (o macro -preventiva⁽¹⁵³⁾).

4. *La confisca dei beni aventi destinazione illecita.*— Un altro modello di confisca introdotto dal legislatore moderno è rappresentato dall'ablazione dei beni aventi una destinazione illecita; in particolare si tratta della confisca dei beni di cui si presume la disponibilità in capo ad un'organizzazione criminale e quindi destinati a perseguire gli scopi illeciti dell'organizzazione. In tale direzione la confisca prevista dal § 72 *StGB* nell'ordinamento svizzero (ex 59, 3 c.)⁽¹⁵⁴⁾ e dal § 20 b dello *StGB* austriaco (*Verfall*)⁽¹⁵⁵⁾ (direttamente contro i beni dell'organizzazione criminale o terroristica), nonché la confisca contro l'organizzazione terroristica ai sensi della sezione 13 del *Prevention of Terrorism (Temporary provisions) Act 1989* inglese. Tale sanzione viene

¹⁵³⁾ FIANDACA - VISCONTI, *Presupposti teorici e politico criminali di una proposta di modello europeo di confisca "allargata" nell'ambito della criminalità organizzata*, in MILITELLO-HUBER, *Towards a european criminal law against organised crime*, Freiburg 2001, 221.

¹⁵⁴⁾ Art. 72:

Confisca di valori patrimoniali di una organizzazione criminale

Il giudice ordina la confisca di tutti i valori patrimoniali di cui un'organizzazione criminale ha facoltà di disporre. I valori appartenenti a una persona che abbia partecipato o sostenuto un'organizzazione criminale (art. 260^{ter}) sono presunti sottoposti, fino a prova del contrario, alla facoltà di disporre dell'organizzazione.

Nell'ordinamento svizzero la confisca in esame è applicabile a tutti coloro che realizzano la fattispecie prevista dall'Art. 260, organizzazione criminale, e anche a tutti coloro che, in base al par. 2 di questa fattispecie, si limitano a sostenere l'organizzazione, cfr. SCHMID, *Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff.*, in *Schw. Zeit. für Strafrecht*, 1995, 347; GASSER, *Von der vermuteten Unschuld des Geldes - Die Einziehung von Vermögenswerten Krimineller Herkunft*, in *Bekämpfung der Geldwäscherei*, a cura di PIETH, Stuttgart 1992, 169 ss.

¹⁵⁵⁾ Tale forma di *Verfall* colpisce tutti i valori patrimoniali che si trovano nel potere di disposizione di un'organizzazione criminale (§ 278a, c. 1 *öStGB*), o che, pur traendo origine da una fatto punibile all'estero, si trovano in Austria, anche se il reo non sottostà alla giurisdizione austriaca, cfr. SCHICK, *Landesbericht Österreich*, in *Tagung für Rechtsvergleichung vom 24. bis 27. September 1997 in Granz - Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung "Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht"*, *ZStW*, 1998, 475.

concepita anche direttamente come sanzione contro le persone giuridiche.

Due mutamenti del classico modo di concepire la confisca sono stati recepiti in tale modello di confisca: la confisca deve colpire il patrimonio non per la sua origine, ma per la sua destinazione; non si deve richiedere un rapporto tra la cosa da confiscare e un reato, ma si deve dirigere la confisca direttamente contro l'organizzazione criminale⁽¹⁵⁶⁾.

Tale forma di confisca si fonda sulla presunzione della destinazione illecita dei beni di un soggetto condannato per partecipazione, o concorso, in un'organizzazione criminale, introducendo una presunzione con relativa inversione dell'onere della prova; l'appartenenza ad un'organizzazione criminale fa sorgere la presunzione che il soggetto abbia ottenuto il suo patrimonio in collegamento con l'attività punibile dell'organizzazione e che quest'ultima possa disporre di quei beni per il futuro. Spetta all'imputato l'onere di confutare tale presunzione dimostrando che i beni non sono sottoposti al controllo dell'organizzazione⁽¹⁵⁷⁾. Il legislatore vuole così alleviare il giudice dalla difficoltà di dimostrare il rapporto tra il patrimonio e dei reati specifici⁽¹⁵⁸⁾. Tale normativa rappresenterebbe, ad avviso della dottrina, una sorta di compromesso tra le tendenze della prassi all'introduzione di facilitazioni probatorie nella lotta contro la criminalità organizzata e l'esigenza di garantire la tutela del diritto di proprietà⁽¹⁵⁹⁾, anche se si riconosce che in questo settore, molto più che negli altri ambiti dell'ordinamento giuridico, la confisca assume dei connotati penalistici,

¹⁵⁶⁾ Cfr. MÜLLER, *Welche Rechte des Verletzten hindern den Verfall? Oder: Gnadenfrist für einen Totengräber*, in *MschKrim* 84. Jahrgang – 3, 2001, 102.

¹⁵⁷⁾ Cfr. *Botschaft des Bundesrates*, del 30 giugno 1993, 318 ss.

¹⁵⁸⁾ Cfr. SCHMID, *Das neue Einziehungsrecht*, *op. cit.*, 348; ID., *Einziehung*, (*StGB Art. 58—60*), *cit.*, 186; PIETH-NATTERER, relazione per la Svizzera, in *MPI Freiburg: Gewinnabschöpfung im Internationalen Vergleich - Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung für Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Settembre 1996, 113; FORNARI, *Criminalità del profitto*, *op. cit.*, 205, evidenza che attraverso la clausola presuntiva, una volta emerso un collegamento tra il prestanome e l'organizzazione, tutto il suo patrimonio può essere colpito in quanto presunto nella disponibilità dell'organizzazione.

¹⁵⁹⁾ Cfr. PIETH, *Das zweite Paket gegen das Organisierte Verbrechen*, *die Überlegungen des Gesetzgebers*, in *ZStrR (RPS)* 1995, 237; PIETH-NATTERER, *op. cit.*, 111.

assomigliando ad una vera e propria pena patrimoniale (*Vermögensstrafe*)⁽¹⁶⁰⁾.

Il *Verfügungsmacht* in capo all'organizzazione criminale, richiesto per l'applicazione della norma, e cioè il potere di disposizione dei beni da confiscare, viene identificato, in base ad un'interpretazione di carattere penalistico, nel fatto che l'organizzazione criminale, attraverso i suoi esponenti contro cui concretamente si dirige la confisca, eserciti un potere di disposizione fattiva sui valori patrimoniali rilevanti e in ogni momento li possa utilizzare per i suoi scopi⁽¹⁶¹⁾. Non si richiede una titolarità formale dei beni (e cioè che tale potere di disposizione abbia un fondamento giuridico⁽¹⁶²⁾), ma si fa riferimento al concetto di *Gewahrsam* utilizzato nell'ambito dei delitti contro il patrimonio: si deve trattare, cioè, dell'esercizio di una "signoria concreta sulle cose in base alle regole della vita sociale"; se sussiste la possibilità e la volontà di esercitare tale signoria sulle cose si avrà il *potere di disposizione*, di cui parla la norma⁽¹⁶³⁾. Il potere di disposizione su dei beni immateriali, viene riconosciuto laddove l'organizzazione o i suoi esponenti possano decidere giuridicamente, o fattivamente, o attraverso degli intermediari (in buona o in cattiva fede), sul modo di investire questi valori. Nel potere di disposizione dell'organizzazione criminale possono trovarsi anche dei beni che rientrano nel patrimonio di terze persone (ad esempio dei beni su cui dei terzi rivendicano dei diritti obbligazionari)⁽¹⁶⁴⁾.

Il *potere di disposizione* dell'organizzazione criminale sul complesso patrimoniale da confiscare, viene riconosciuto anche quando l'organizzazione criminale esercita il suo controllo sul "prestanome", che

¹⁶⁰⁾ Cfr. PIETH, *op. cit.*, 237; PIETH-NATTERER, *op. cit.*, 111; SCHMID, *Einziehung*, *op. cit.*, 158.

¹⁶¹⁾ SCHMID, *Das neue Einziehungsrecht*, *op. cit.*, 347; ID., *Einziehung* *op. cit.*, 159.

¹⁶²⁾ SCHMID, *Einziehung*, *op. cit.*, 159.

¹⁶³⁾ Cfr. PIETH-NATTERER, *op. cit.*, 112.

¹⁶⁴⁾ SCHMID, *Einziehung*, *op. cit.*, 159. Per la tutela dei diritti dei terzi prevista nell'art. 70, c. 2 si veda MAUGERI, *op. cit.*, 85 ss.; in relazione alla confisca contro le organizzazioni criminali cfr. PIOTET, *Les effets civils de la confiscation pénale*, Berne 1995, 1 ss., il quale osserva che il carattere sanzionatorio della misura in esame non ne giustifica l'applicazione in relazione ai terzi, i quali non abbiano partecipato alla realizzazione del reato.

appare come titolare dell'azienda, mentre, per contro, non è sufficiente che un organo della persona giuridica appartenga o sostenga un'organizzazione criminale ⁽¹⁶⁵⁾. Si ritiene, però, che se l'autore dell'illecito appartiene al gruppo dirigente dell'azienda, la persona giuridica non può contestare di essere in buona fede: la mala fede dei membri della persona giuridica è equivalente alla mala fede della stessa. Se il gruppo direttivo è in buona fede ma non è stata fornita una controprestazione adeguata in cambio del prodotto dell'infrazione, i proventi del crimine possono essere confiscati qualunque sia il legame tra la persona giuridica e il reo (se la controprestazione è adeguata, la persona giuridica, in qualità di terzo, può invocare la sua buona fede per sottrarsi alla confisca) ⁽¹⁶⁶⁾.

Questa forma di confisca si rivela particolarmente efficace perché consente di superare la difficoltà di ricostruire se e in che misura i beni investiti in un'attività legale abbiano origine illecita ⁽¹⁶⁷⁾; il classico parametro della sproporzione per individuare i patrimoni di origine illecita si rivela particolarmente inidoneo proprio in relazione alle imprese, per la difficoltà di distinguere i beni di origine illecita da quelli di origine lecita. Si consente così di colpire tutto il patrimonio dell'organizzazione che realizza i suoi profitti attraverso un'attività imprenditoriale illecita e non attraverso un singolo specifico reato; è possibile colpire dei complessi patrimoniali come persone giuridiche, imprese, banche ⁽¹⁶⁸⁾. Anche in relazione alle persone giuridiche è possibile applicare l'inversione dell'onere della prova circa la destinazione illecita del patrimonio.

Con l'art. 72 StGB svizzero o con l'art. 20 b StGB austriaco, insomma, si è voluta dirigere l'attenzione non tanto sull'origine dei beni, in prospettiva di lotta al riciclaggio, ma piuttosto sulla disponibilità di

¹⁶⁵⁾ SCHMID, *Einziehung*, op. cit., 160. Per l'ordinamento austriaco cfr. FORRENGER, § 20 StGB, *Abschöpfung der Bereicherung*, in *StGB und ausgewählte Nebengesetze. Manzsche Kurzkommentar*, 7 ed., 106.

¹⁶⁶⁾ TRECCANI, *Relazione On the reversal of the onus of proof*, 35.

¹⁶⁷⁾ Cfr. PIETH, "Das zweite Paket gegen das Organisierte Verbrechen", op. cit., 237; PIETH-NATTERER, relazione per la Svizzera, op. cit., 111; SCHMID, *Das neue Einziehungrecht*, op. cit., 346; ID., *Einziehung* op. cit., 158.

¹⁶⁸⁾ SCHMID, *Einziehung*, op. cit., 157 - 160.

tali beni da parte di un'organizzazione criminale, in prospettiva di lotta contro il pericoloso accumulo di capitali imprenditoriali da parte della criminalità organizzata; si è così creato uno strumento efficace che consente di colpire non solo colui che ricicla il denaro sporco, ma anche il manager dell'alta finanza che gestisce denaro di origine legale, qualora se ne consenta la disponibilità da parte di un'organizzazione criminale ⁽¹⁶⁹⁾.

Tale modello di confisca si rivela, insomma, particolarmente efficiente in quanto offre un ambito di applicazione più esteso della confisca dei beni di origine illecita e non si pone il problema di provare l'origine delittuosa dei proventi da confiscare; rappresenta uno strumento idoneo a combattere l'infiltrazione criminale nell'economia. Questo modello di confisca presenta, però, il problema di porsi in contrasto con la presunzione d'innocenza in quanto normalmente si fonda sulla presunzione della destinazione illecita dei beni; tale debolezza potrebbe comportare la violazione dello stesso principio di proporzionalità comportando il rischio di confiscare un intero patrimonio, magari di origine lecita, in base al mero sospetto della sua destinazione illecita.

In tale direzione nell'ordinamento svizzero la dottrina evidenzia il rischio che l'applicazione pratica dell'inversione dell'onere della prova presenti delle difficoltà, poiché vengono equiparati dalla formula normativa i capi e i meri complici (*Mitläufer*), che magari sono costretti a collaborare. Secondo la dottrina, e come emerge del resto dai lavori preparatori, proprio in considerazione di tali difficoltà, l'inversione dell'onere della prova dovrebbe essere applicata diversamente in relazione a chi è effettivamente membro del nucleo interno dell'organizzazione rispetto a chi, invece, si limiti a sostenerla ⁽¹⁷⁰⁾; si auspica, cioè, un'interpretazione restrittiva della norma in considerazione delle difficoltà che oggettivamente nel caso concreto possono sorgere per confutare la presunzione in esame ⁽¹⁷¹⁾.

¹⁶⁹⁾ Cfr. PIETH, *op. cit.*, 237 - 238.

¹⁷⁰⁾ Cfr. SCHMID, *Das neue Einziehungsrecht*, *op. cit.*, 349.

¹⁷¹⁾ Cfr. PIETH-NATTERER, *op. cit.*, 114 - 115; ARZT, *Der Einfluß von Beweisschwierigkeiten auf das materielle Strafrecht*, in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, Refera-

Per adempiere a tale onere della prova, del resto, non si ritiene sufficiente dimostrare che i beni siano stati acquisiti legalmente e al di fuori del rapporto dei proprietari con l'organizzazione delittuosa ⁽¹⁷²⁾. La prova dell'origine lecita dei beni non è sufficiente perché lo scopo della norma è quello di sottrarre all'organizzazione l'intero capitale di cui dispone, colpendola in un aspetto vitale, indipendentemente dall'origine dei beni ⁽¹⁷³⁾.

La dottrina, però, proprio in applicazione di quell'interpretazione restrittiva della norma cui si accennava, ritiene che mentre la prova dell'origine lecita del patrimonio non sarebbe rilevante per chi è membro dell'organizzazione criminale, si dovrebbe attribuire un significato positivo a tale prova per chi si è semplicemente limitato a sostenerla. Il giudice, insomma, dovrebbe decidere discrezionalmente se la prova dell'origine lecita è sufficiente, tenendo conto però del diverso ruolo svolto nell'organizzazione dal proprietario dei beni. Altrimenti, ad esempio, anche se il proprietario di un autonoleggio si limita a sostenere l'attività criminale mettendo a disposizione le auto, potrebbe subire la confisca di tutta la sua attività commerciale e del suo personale patrimonio attraverso l'inversione dell'onere della prova ⁽¹⁷⁴⁾.

Per quanto riguarda lo *standard* di questa contro-prova, poiché ci si rende conto che è più difficile fornire una prova negativa e che si tratta di un'eccezione rispetto alle normali regole processuali, si ritiene che non si debba pretendere "una verosimiglianza confinante con la certezza" (come si pretende, ad esempio, per la prova della colpevolezza), ma piuttosto accontentarsi di una *prima facie* prova, e cioè di un

te des 8., von der VEREINIGUNG ~OSTERREICHISCHER RICHTER, Ottenstein 1980, 1192.

¹⁷²⁾ Cfr. SCHMID, *Das neue Einziehungsrecht*, op. cit., 352.

¹⁷³⁾ SCHMID, *Einziehung*, op. cit., 192.

¹⁷⁴⁾ Chiaramente se si prova, però, che il bene, pur di origine lecita e di proprietà di un soggetto che non è membro dell'organizzazione, viene utilizzato da quest'ultima (ad esempio un'auto o l'appartamento adoperato per riunirsi) è possibile procedere alla confisca *ex Art. 72*; laddove manca il potere di disposizione dell'organizzazione è sempre possibile applicare la confisca *ex Art. 70*, se ne sussistono i presupposti, cfr. SCHMID, *Das neue Einziehungsrecht*, op. cit., 352 - 353; ID., *Einziehung*, op. cit., 193.

alto grado di credibilità che l'organizzazione criminale non disponga dei beni in questione ⁽¹⁷⁵⁾. Anche in relazione allo *standard* della contro-prova si dovrebbe, inoltre, considerare il ruolo svolto dal proprietario nell'organizzazione criminale: tanto più il proprietario è vicino ai centri di potere dell'organizzazione, tanto più convincente deve essere la contro-prova da lui fornita; mentre in relazione ad un mero sostenitore dell'organizzazione ci si accontenterà tendenzialmente della semplice verosimiglianza ⁽¹⁷⁶⁾.

Ad avviso della *Botschaft*, in ogni caso, anche la confisca contro le organizzazioni criminali (art. 72), fondata su un'inversione dell'onere della prova, sarebbe conforme alla garanzia costituzionale del diritto di proprietà, in quanto soddisfa le tre condizioni richieste per giustificare la limitazione di una libertà fondamentale: la limitazione deve essere basata su un fondamento giuridico; deve essere giustificata dal perseguimento di un interesse pubblico; e deve avvenire nei limiti imposti dal principio di proporzione ⁽¹⁷⁷⁾. Il rischio di un'ingiustificata violazione del diritto di proprietà potrebbe derivare, però, dalla presunzione circa la disponibilità dei beni da parte dell'organizzazione, posta in capo a chi è condannato di partecipazione in un'associazione criminale o, addirittura, di mero favoreggiamento della stessa; si rischia di fondare una sanzione estremamente incisiva in un diritto fondamentale su dei meri sospetti.

5. *La confisca dei beni di sospetta origine illecita.* — Il modello di confisca allargata più diffuso nel panorama europeo è quello fondato sulla presunzione dell'origine illecita dei beni. Il legislatore moderno, cioè, per superare la difficoltà connessa all'accertamento del rapporto tra i beni da confiscare e specifici reati, nonché la difficoltà di colpire i cespiti patrimoniali consolidati ha introdotto delle forme di confisca fondate sulla presunzione dell'origine illecita dei beni posseduti da un soggetto condannato per determinati reati, per lo più connessi alla criminalità organizzata. In questa direzione, ad esempio, l'*Erweiterter*

¹⁷⁵⁾ Cfr. SCHMID, *Das neue Einziehungsrecht*, op. cit., 352.

¹⁷⁶⁾ SCHMID, *Einziehung*, op. cit., 195.

¹⁷⁷⁾ Cfr. *Botschaft des Bundesrates*, del 30 giugno 1993, 321; PIETH - NATTERER, op. cit., 116.

Verfall tedesco (§ 73d *StGB*), il *confiscation* inglese, la confisca ex art. 12 *sexies* l. 356/'92 nell'ordinamento italiano. Anche la confisca misura di prevenzione antimafia, ex art. 2 *ter* l. 575/'65, è fondata su una tale presunzione ma prescinde da una condanna, richiedendo, invece, l'applicazione di una misura di prevenzione personale fondata sul giudizio di pericolosità attuale del prevenuto, in quanto indiziato di appartenere ad un'organizzazione mafiosa o terroristica (o altre ipotesi previste); tale ipotesi non presupponendo una condanna si avvicina, in parte, al modello dell' *actio in rem*, che sarà esaminato nel prossimo paragrafo, soprattutto in seguito alla riforma introdotta con il decr. n. 92/'2008 (convertito in l. n. 125/'08) che ha introdotto il nuovo comma 6 *bis* dell'art. 2 *bis* l. 575/'65 (art. 10 del decreto n. 92/2008), che prevede che le «misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente»⁽¹⁷⁸⁾.

Tali presunzioni possono essere distinte in due tipi a seconda se si considera di origine illecita tutto il patrimonio del reo, o, piuttosto, tutto ciò che è stato ottenuto dal reo in un determinato lasso di tempo precedente la commissione del reato o l'inizio del procedimento volto all'applicazione della confisca; nella prima ipotesi la presunzione si estende a tutto il patrimonio del reo, nella seconda ipotesi viene temporalmente determinata.

Nella prima direzione in Germania l'*Erweiterter Verfall*, § 73d *StGB*, consente di sottrarre anche i profitti la cui origine illecita sia solo "sospettata", e non provata⁽¹⁷⁹⁾; in Italia l'art. 12 *sexies* (l'art. 2 *ter* e l'art. 3 *quinquies* l. 575/65) estendono l'ambito di applicazione della confisca a tutto il patrimonio di presunta origine illecita a causa del suo valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività economica (o del soggetto sottoposto a misure di prevenzione personale o del proprietario dell'attività agevolatrice)⁽¹⁸⁰⁾.

¹⁷⁸⁾ Sulla riforma cfr. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem ?*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica* (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125), a cura di MAZZA-VIGANO, Giappichelli 2008, 129 - 136 ss.

¹⁷⁹⁾ Cfr. DREHER-TRÖNDLE, § 73d, 46 ed., *op. cit.*, 639.

¹⁸⁰⁾ In Olanda quando una persona fisica o giuridica è stata condannata per un grave reato (traffico di droga, furto, rapina, reati di falso...) tutti gli illeciti profitti

Nella seconda direzione si orientano il *confiscation* inglese (o irlandese in relazione al traffico di stupefacenti), che colpisce tutti i beni ottenuti o, addirittura, regalati dal reo nei sei anni precedenti l'inizio del procedimento in quanto si presume uno stile di vita criminale (anche il *criminal forfeiture* nordamericano, che è stato inquadrato come pena patrimoniale, sia ai sensi del *Comprehensive Drug Abuse Act 1970* ⁽¹⁸¹⁾ che del *RICO* ⁽¹⁸²⁾), è applicabile in base ad una presunzione confutabile, che ciascun bene dell'imputato condannato per uno dei reati elencati, è confiscabile se acquistato durante il periodo della consumazione del reato in quanto si considera proveniente dal reato ⁽¹⁸³⁾). In Australia ai sensi del *Proceeds of Crime Act 1987* riformato dal *POC 2002* (e in termini corrispondenti si pronuncia il *Crime Confiscation of Profits Act 1989*) opera una presunzione, sino a prova contraria, che la proprietà posseduta dall'imputato al tempo, o immediatamente dopo, la commissione del reato, è stata utilizzata in quest'ultimo, o è comunque ad esso collegata e nel caso di reati gravi ("*serious offences*") tutti i beni, acquistati dall'imputato dopo la consumazione del primo reato (o entro i cinque anni precedenti, se il primo reato è stato realizzato prima dei cinque anni), sono considerati, in base ad una presunzione, ricavato del reato. In tale ambito si colloca anche la restituzione dei profitti estesa (art. 20, c. 2 *StGB*) dell'ordinamento austriaco ⁽¹⁸⁴⁾, che si estende ai proventi ricevuti dal delinquente in "connessio-

possono essere confiscati, e non solo quelli rispetto ai quali il nesso causale con uno specifico reato è stato dimostrato, ma tutti quelli che si suppone essere stati ottenuti da reati simili o anche da altri reati; in tal modo il fatto che gli illeciti profitti sono stati ottenuti illegalmente non deve essere provato ma è sufficiente che sia "*plausible in court*", con la conseguenza che in pratica spetta all'imputato provare che i suoi profitti non sono stati ottenuti illegalmente (§ 36e DPC - la misura volta a sottrarre gli illeciti profitti è stata introdotta dal 1° marzo 1993 nel Codice Penale Olandese - § 3:4 *Algemene wet bestuursrecht, Rico* del 10 dicembre 1992, Stb. 1993, 11), cfr. DOELDER, *Criminal Liability of corporations — Netherlands*, in *Criminal Liability of Corporations op. cit.*, 308.

¹⁸¹⁾ Sezione 21 U.S.C. § 853(d).

¹⁸²⁾ § 18 U.S.C. 1963.

¹⁸³⁾ Cfr. FRIED, *op. cit.*, p. 374.

¹⁸⁴⁾ WORATSCH, Risposte al questionario, *op. cit.*, 25, n. 2102. Tale disciplina è stata riformata nel 1996 (*StRÄG 1996*) prevedendo la "*Abschöpfung der Bereicherung*", art. 20 *öStGb*, come "conseguenza giuridica di tipo particolare"; cfr. FORRENGER,

ne temporale" con il reato commesso, qualora il reo ha intenzionalmente commesso un crimine (*Verbrechen*) in maniera ripetuta o continuativa punito con una pena detentiva superiore ai tre anni (§ 17 *öStGB*); nella determinazione dell'ammontare degli illeciti profitti si prendono in considerazione le entrate del reo ottenute in un periodo nell'ambito del quale si può presumere (*die Annahme maheliegt*) che tali proventi siano derivati da illeciti di eguale natura (di quello accertato) e la loro lecita origine non può essere credibile. Tale presunzione presenta, quindi, una duplice limitazione, richiedendo, da una parte, la connessione temporale; dall'altra parte, la stessa natura dell'attività illecita presunta ⁽¹⁸⁵⁾. Tale regola si applica anche in relazione ai beni ottenuti dal reo in "connessione temporale" con la sua partecipazione ad un'organizzazione criminale o terroristica (art. 20, c. 3 *StGB*) ⁽¹⁸⁶⁾.

Le presunzioni in esame, quindi, si fondono sul sospetto che l'imputato non abbia commesso solo il delitto oggetto del procedimento, ma ne abbia commessi anche altri, dai quali deriverebbero i beni posseduti. La delimitazione temporale di talune delle presunzioni esaminate dovrebbe avere lo scopo di garantire il rispetto del principio di proporzionalità e di tassatività, rendendo non eccessivamente onerosa per il proprietario la prova dell'origine lecita del suo patrimonio (provare l'origine lecita di tutto il patrimonio, anche di quello risa-

op. cit., 102. Cfr. in materia FUCHS, *Gewinnabschöpfung und Geldwäscherei*, in *ÖJZ*, 1990, 544; SCHMOLLER, *Irrgarten der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung*, in *ÖJZ*, 1990, 257; ID., *Landesberichte: Österreich*, in *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten*, Wiesbaden 1989, 329 ss.; ZIPF, *Kriminalpolitische Schwerpunkte der Strafrechtsreform 1987*, in *ÖJZ* 1988, 439;

¹⁸⁵⁾ Cfr. FORRENGER, *op. cit.*, 103.

¹⁸⁶⁾ Cfr. WORATSCH, *op. cit.*, 25, n. 2102. Quest'ultima disposizione presuppone l'accertamento della partecipazione (*Beteiligung*) ad un'organizzazione criminale; i beni dell'organizzazione, anche se trovati presso il reo, sono confiscati applicando l'art. 20 b, la confisca contro l'organizzazione. Tale fattispecie è, infatti, considerata sussidiaria rispetto a quella prevista dal primo e dal secondo comma del § 20 (così come quella prevista dal secondo comma ha carattere sussidiario rispetto a quella prevista dal primo comma), cfr. FORRENGER, *op. cit.*, 103. Il giudice dovrà innanzitutto cercare di accertare l'origine illecita, quindi estendere l'ambito di applicazione della misura ai profitti sospetti temporalmente connessi e in relazione a reati di eguale natura, e quindi in relazione ai profitti temporalmente connessi alla partecipazione del reo ad un'organizzazione criminale.

lente nel tempo, può dimostrarsi, infatti, impossibile¹⁸⁷⁾), circoscrivendo gli effetti della conseguente confisca; ma in realtà se in tal modo si vuole preservare il principio di proporzione inteso in senso stretto, non sembra essere sufficientemente garantito lo stesso principio inteso come concetto superiore, *Oberbegriff* - per cui il giudice esamina se lo scopo perseguito dalla legge consiste in un pubblico interesse, e quindi se la disposizione sia conforme ai criteri dell'idoneità, della necessità e dell'adeguatezza¹⁸⁸⁾ -, in quanto la scelta del periodo di estensione della presunzione finisce per essere assolutamente arbitraria e casuale, non essendo fondata su alcun elemento giustificativo. Un giudizio diverso si può, invece, esprimere in relazione alla presunzione adottata nell'ordinamento austriaco, in quanto appare fondata su elementi in qualche modo idonei a far desumere l'origine illecita dei beni nel periodo considerato; mentre negli altri ordinamenti è sufficiente la prova della commissione di un singolo delitto per desumere che il reo ha commesso altri delitti e che i beni ottenuti dal reo in un dato periodo precedente sono di origine illecita, con l'art. 20 *StGB* si presuppone la prova di un'attività illecita di carattere *continuativo* e si considerano di origine illecita solo i beni temporalmente connessi (concomitanti e contigui) a tale attività illecita; una simile presunzione potrebbe porre, però, maggiori problemi in termini di tassatività in quanto si affida alla discrezionalità del giudice la determinazione del periodo di "connessione temporale" con l'attività illecita, periodo i cui confini, al di là del periodo in cui si è accertata la continuazione nel reato, non sono predeterminati. In maniera ancora più garantistica opera, allora, la presunzione relativa al *criminal forfeiture*, che pure presume un'attività criminale di carattere continuativo, due reati in dieci anni e uno schema di attività di *racket*, ma anche la *concomitanza* tra l'acquisto dei beni e la consumazione dell'attività illecita.

Tali presunzioni, inoltre, si distinguono a seconda se si tratti di una forma di inversione dell'onere della prova, in quanto la sua appli-

¹⁸⁷⁾ Cfr. sul punto DI LENA, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *Ind. Pen.* 1999, 1222.

¹⁸⁸⁾ Cfr. HELLER, *Judicial self-restraint in der Rechtsprechung des Supreme Court und des Verfassungsgerichtshofes*, in *Ost. Zeit. für Offentl. Recht und Völlrecht* 1988, 117, il quale cita *Erkenntnis* 23.6.1986, G 14/86 u.a..

cazione è una mera conseguenza della condanna, oppure si tratti di una presunzione la cui applicazione sia subordinata all'adempimento di un, pur ridotto, onere probatorio in capo all'accusa che deve dimostrare la sussistenza dei presupposti su cui si fonda la presunzione.

Nella prima direzione, ad esempio, nell'ordinamento tedesco l'*Erweiterter Verfall*, § 73d StGB, si fonda su una mera presunzione di origine illecita di tutto il patrimonio di un soggetto condannato per determinati reati collegati al crimine organizzato ⁽¹⁸⁹⁾. Nell'ordinamento inglese la pronuncia del provvedimento di confisca si fonda su delle *presunzioni* che devono essere assunte obbligatoriamente dalla Corte, salvo se ritiene che non siano corrette nel caso di specie o sussista un serio rischio di ingiustizie quale conseguenza della loro applicazione (sez. 10 (6)) ⁽¹⁹⁰⁾: se la Corte ritiene che il soggetto ha uno "*stile di vita criminale*" - determinato in base a presunzioni connesse alla natura del reato o dei reati per cui è stato condannato nel procedimento in corso o in procedimenti precedenti, sezione 75, Schedule 2 ⁽¹⁹¹⁾ -, l'ammontare da confiscare viene stabilito, a sua volta, in base ad una serie di presunzioni, con relativa inversione

¹⁸⁹⁾ Cfr. DREHER-TRÖNDLE, § 73d, 46^a ed., *op. cit.*, 639.

¹⁹⁰⁾ Sulla precedente disciplina in materia di presunzioni cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 217, 232 ss.

¹⁹¹⁾ In base alla disposizione dell'art. 75 POCA, l'autore ha uno stile di vita criminale se il reato di cui viene accusato rientra in almeno uno dei seguenti casi:

- si tratta di un reato ricompreso tra quelli elencati nell'allegato 2 del POCA, e cioè traffico di stupefacenti, riciclaggio (art. 327 e 328 POCA), la direzione dell'attività di un'organizzazione terroristica (art. 56 Terrorism Act 2000, c. 11), la tratta di esseri umani (assistenza all'ingresso illegale ...), il traffico di armi, il falso nummario, certe infrazioni contro la proprietà intellettuale, l'induzione alla prostituzione e l'estorsione. E' sufficiente la consumazione di uno solo tra questi reati.

- il reato consumato è parte di una serie di almeno tre illeciti ("*a course of criminal activity*"), giudicati simultaneamente o è stato preceduto da almeno due condanne nei sei anni precedenti il procedimento in corso (art. 75 parte 2 (b), parte 3 e 4 POCA); tutti i crimini presi in considerazione devono aver procurato un beneficio all'autore, per cui l'ammontare totale deve essere di almeno £ 5000;

- è stato consumato in maniera permanente per almeno sei mesi, e l'autore ha conseguito un profitto di almeno £ 5000 (art. 75 parte 2 (c) e 3 POCA).

dell'onere della prova ⁽¹⁹²⁾. Nella nota esplicativa si giustifica il ricorso a presunzioni affermando che “lo stile di vita criminale è basato sul principio che a un autore che dà ragionevoli motivi per credere che si mantenga attraverso il crimine, dovrebbe essere richiesto di dar conto del proprio patrimonio, e dovrebbe essere soggetto a confisca nei limiti in cui è incapace di giustificare l'origine lecita dello stesso” ⁽¹⁹³⁾. Lo standard della prova è quello *civilistico*, al di sopra del bilancio delle probabilità, sia in relazione alla decisione circa lo stile di vita criminale, sia in relazione alla decisione se l'imputato ha tratto benefici da tale stile di vita, e circa l'ammontare degli stessi.

Nella seconda direzione, invece, nell'ordinamento italiano la presunzione di origine illecita presuppone l'accertamento da parte dell'accusa di taluni presupposti: la titolarità o la disponibilità dei beni in capo al condannato e “*la sproporzione*” tra il loro valore e il suo reddito o la sua attività economica (oppure ai fini della confisca antimafia ex art. 2 *ter* l. 575/65 deve fornire indizi dell'origine illecita dei beni), oppure, come accennato, nell'ordinamento austriaco deve fornire indizi circa l'origine dei beni da un'attività criminale della stessa natura (art. 20, c. 2 *öStGB*).

Tale forma di confisca allargata prevede generalmente una disciplina che ne consente l'applicazione presso terzi. Ciò si realizza attra-

¹⁹²⁾ CASSANI, *La “Proceeds of Crime Act 2002” du Royaume – Uni: présentation générale, confiscation, recouvrement civil et taxation des Profits illicites, première partie*, in *ZStrR*, 2004, 294.

La prima presunzione stabilisce che ogni bene trasferito all'imputato in qualunque momento dopo il giorno rilevante è stato ottenuto da lui come a) risultato della sua condotta criminale generale, e b) sin dal primo momento in cui sembra che egli lo abbia avuto (sez. 10 (2)). La seconda presunzione stabilisce che ogni bene posseduto dall'imputato in qualunque momento dopo la data della condanna, è stato ottenuto da lui a) come risultato della sua condotta criminale generale e b) sin dal primo momento in cui sembra che egli lo abbia avuto (sez. 10 (3)); la terza presunzione stabilisce che ogni spesa dell'imputato in qualunque momento dopo il giorno rilevante è stata fatta con beni ottenuti da lui come risultato della sua condotta criminale generale (sez. 10 (4)); in base alla quarta presunzione, al fine di calcolare il valore di ogni bene ottenuto (o che si assume sia stato ottenuto) dall'imputato, questo viene presunto libero da ogni altro interesse. La data rilevante è sei anni prima della data di inizio del procedimento, come accennato.

¹⁹³⁾ Explanatory Notes POCA (n. 10), § 135.

verso delle specifiche disposizioni che si limitano ad estendere l'applicabilità della misura patrimoniale nei confronti dei terzi: il § 73, c. 3 (*VertreterKlausel*) dell'ordinamento tedesco - che consente l'applicazione del *Verfalls* e dell'*Erweiterten Verfalls* nell'ipotesi in cui il vantaggio patrimoniale è pervenuto a un terzo, per conto del quale l'autore ha agito - e il § 73 *StGB*, c. 4, in base al quale è possibile recuperare il profitto presso il terzo (*Drittverfall*), purché questi lo abbia ottenuto per il fatto, o nonostante fosse a conoscenza delle circostanze del fatto, all'infuori delle ipotesi di concorso ⁽¹⁹⁴⁾; la sezione 228 o 229 del *Customs Act* australiano che consente anche la confisca della proprietà di terzi innocenti, purché i beni in questione siano stati utilizzati nel reato; in Austria è espressamente prevista la possibilità di acquisire i profitti ottenuti per o attraverso un reato presso i terzi (anche persone giuridiche o società), ai quali siano pervenuti direttamente o illecitamente (§ 20, c. 4). La confisca presso i terzi viene realizzata anche attraverso delle *presunzioni*, come avviene nell'ordinamento inglese, in cui si deve obbligatoriamente presumere che costituisca profitto del reato ogni regalo (cioè ogni trasferimento di un bene) fatto dall'imputato nei sei anni precedenti l'inizio del procedimento ⁽¹⁹⁵⁾ o in qualunque momento, qualora il bene sia stato ricevuto dall'imputato direttamente o indirettamente in connessione con il traffico di droga (se si nega lo stile di vita criminale la presunzione si applica solo alle donazioni compiute successivamente alla consumazione del crimine, art. 77, parte 2 e 3 POCA); o *tout court* attraverso *l'inversione dell'onere della prova*, spettando ai terzi l'onere di provare la loro buona fede ⁽¹⁹⁶⁾.

Anche la forma di confisca in esame, basata sulla presunzione di origine illecita dei beni, può essere applicata direttamente nei confronti delle persone giuridiche in alcuni ordinamenti. Rimane interessante, a tal proposito, l'esempio tedesco con la sua *VertreterKlausel* (§ 73, c. 3), in base alla quale il terzo che ha ricevuto la cosa confiscabile può essere una persona fisica o giuridica ed è sufficiente che il parte-

¹⁹⁴ ESER, § 73d, *op. cit.*, 25 ed. 1997, 873 § 36 ss.

¹⁹⁵ MITCHELL, HINTON & TAYLOR, *on Confiscation And The Proceeds of Crime*, First Edition, London 1992, 87.

¹⁹⁶ Ad esempio in Brasile e in Egitto. In Svizzera l'onere della prova in materia spetta all'accusa.

cipante al fatto abbia agito per un altro; a differenza del § 75 *Sondervorschrift für Organe und Vertreter* (Disposizione speciale per organi e rappresentanti) in relazione all'*Einziehung*⁽¹⁹⁷⁾, che richiede quanto più possibile un rapporto di imputazione organica o almeno simile a quello, nel caso in esame è sufficiente ogni tipo di comportamento realizzato per colui che riceve il vantaggio del fatto; non è necessario un rapporto organico, né un reale rapporto di rappresentanza tra l'autore del fatto e il destinatario del vantaggio, né un particolare incarico alla commissione del fatto profittevole, purché non si tratti di un mero interesse di fatto del terzo⁽¹⁹⁸⁾ - una differenza di disciplina ragionevole se si riflette sulla circostanza che l'*Einziehung* assume un carattere punitivo colpendo gli strumenti del reato, mentre il *Verfall* un carattere compensativo sottraendo i profitti⁽¹⁹⁹⁾, anche se la *VertreterKlausel* si applica anche all'*Erweiterten Verfall* (ablazione dei profitti estesa) ed alle persone giuridiche⁽²⁰⁰⁾. E' possibile, inoltre, applicare il *Verfall* alle persone giuridiche anche ai sensi del quarto comma del § 73, che si riferisce ai terzi — quasi colpevoli. Con tale fattispecie è possibile, in particolare, colpire le imprese che in forma associata, con l'aiuto dei loro organi e rappresentanti hanno realizzato dei profitti di origine delittuosa; sul carattere di "anderer" ("altro" - terzo) di una tale impresa si può dubitare, divenendo in tal modo la *Drittklausel* più che uno strumento di sottrazione del profitto del reato, uno strumento sanzionatorio "che colpisce giuridicamente qualunque forma di impresa"⁽²⁰¹⁾, nel senso che le persone giuridiche vengono trattate come se avessero colpevolmente realizzato i comportamenti dei loro organi sui quali si fonda l'applicazione della confisca (nell'ordinamento tedesco, ad avviso della dottrina, si va al di là dei limiti e dei criteri della responsabilità penale individuale e si introduce, sotto il velo dell'applicazione di misure, una forma di responsabilità penale delle persone

¹⁹⁷⁾ Tale disposizione è stata riformata nel 2002 dalla legge BGBl, I S. 3387.

¹⁹⁸⁾ BGH, 19 ottobre 1999, 5 StR 336/99 (LG Kiel), in *Wistra* 2000, 55.

¹⁹⁹⁾ Conforme anche DREHER-TRÖNDLE, § 73, *op. cit.*, 1994, 631.

²⁰⁰⁾ Cfr. HIRSCH, *La criminalisation du comportement collectif - Allemagne*, in *Criminal Liability of Corporations*, *op. cit.*, 52 - 64.

²⁰¹⁾ Cfr. SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte - Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, Gießen 1993, 112.

giuridiche laddove si applica nei loro confronti l'*Einziehung* ex § 75⁽²⁰²⁾).

In Austria è sufficiente che i beni siano pervenuti legalmente o economicamente alla persona giuridica, senza che sia richiesta alcuna specifica relazione legale tra l'autore del reato e la persona giuridica; se la persona giuridica si estingue, è possibile colpire il successore legale, al quale siano pervenuti gli illeciti profitti (art. 20, c. 5 *StGB*)⁽²⁰³⁾. Tale tipologia sanzionatoria, come osserva la dottrina, comporta la rinuncia all'applicazione dei tradizionali principi del diritto penale, in particolare del principio di colpevolezza in senso penalistico tradizionale. La confisca, inoltre, può essere applicata in un autonomo procedimento (come esaminato per le sanzioni individuali); è così possibile la pronuncia di una condanna direttamente contro le persone giuridiche, società (associazioni) e masse patrimoniali con o senza personalità giuridica, senza alcuna considerazione dei criteri di imputazione penalistici (ciò avviene nell'ordinamento austriaco solo in relazione alle nuove tipologie sanzionatorie contro il patrimonio)⁽²⁰⁴⁾.

La confisca ex art. 12 *sexies* l. 356/92, invece, può essere applicata solo nei confronti delle quote societarie della persona fisica condannata.

Rispetto alla confisca generale dei beni o alla confisca dei beni di presunta destinazione illecita, in conclusione, tale modello di ablazione dei profitti opera in maniera meno efficace, ma più conforme al principio di proporzione e al diritto di proprietà in quanto restringe l'ambito di applicazione della confisca allargata solo ai beni di presunta origine illecita. I beni di origine illecita, infatti, non rientrano nell'ambito della tutela derivante dal riconoscimento costituzionale del diritto di proprietà in quanto in tutti gli ordinamenti democratici un crimine non può rappresentare un titolo legittimo di acquisizione di beni.

²⁰²⁾ *Ibidem*, 112 - 113.

²⁰³⁾ WORATSCH, *op. cit.*, 35 - n. 2107. "Ist eine juristische Person oder eine Personengesellschaft bereichert worden, so ist sie zur Zahlung (des Geldbetrages in Höhe der unrechtmäßigen Bereicherung) zu verurteilen" (§ 20 Abs. 4 letzter Satz *StGB*). Cfr. SCHICK, *op. cit.*, 490.

²⁰⁴⁾ SCHICK, *op. cit.*, 490 - 491.

Le sanzioni in esame, però, rischiano di aggredire il diritto di proprietà nella misura in cui possono colpire anche il patrimonio lecitamente acquisito dal reo. Il carattere necessario di tale sanzione può venire giustificato dall'inidoneità della più mite confisca dei profitti di accertata origine illecita a colpire anche i patrimoni pregressi illecitamente accumulati, o a sottrarre alle organizzazioni criminali le disponibilità finanziarie che gli consentirebbero di continuare a delinquere e di infiltrarsi nel mercato. Ma i sospetti in un sistema democratico non dovrebbero costituire un presupposto sufficiente per la delimitazione del diritto di proprietà; in tal modo tali sanzioni comportano, infatti, un sacrificio anche di fondamentali principi costituzionali, come la presunzione d'innocenza o il principio di colpevolezza - quale limite o fondamento della pena ⁽²⁰⁵⁾ -, principi che dovrebbero *presiedere e limitare* l'aggressione statale ai diritti fondamentali.

Tale forma di confisca allargata si fonda, infatti, su una duplice presunzione: la commissione di precedenti delitti da parte dell'imputato; l'origine del patrimonio del condannato da tali delitti. Si trasforma il tema probatorio relativo all'origine illecita (che richiederebbe appunto la prova della commissione di specifici delitti, dai quali siano scaturiti determinati profitti) in un altro tema probatorio, costituito dalle mere circostanze che giustificano il sospetto ⁽²⁰⁶⁾.

Naturalmente, come evidenziato in altra sede, laddove la presunzione sia temporalmente determinata, tale modello è maggiormente

²⁰⁵⁾ Nella prima direzione cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale — Parte generale*, op. cit., 163; nella seconda direzione ROMANO, *Pre art. 39*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, art. 1 - 84, Milano 1995, 304.

²⁰⁶⁾ Cfr. SCHULTEHINRICHS, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Zur Problematik der geplanten Vorschrift über den Erweiterten Verfall*, Mainz 1991, 166; MAUGERI, *La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1996, 884; sull'influsso dei problemi probatori del processo sul diritto materiale, in relazione al principio "*in dubio pro reo*", cfr. ARZT, *Der Einfluß von Beweisschwierigkeiten auf das materielle Strafrecht*, op. cit., 77; l'autore sottolinea la povertà dei mezzi probatori a disposizione del diritto penale, presieduto dal principio "*in dubio pro reo*", rispetto al diritto civile, dove è possibile risolvere le difficoltà probatorie con l'inversione dell'onere della prova o con delle facilitazioni processuali; il legislatore cerca, quindi, di risolvere le difficoltà probatorie in sede processuale attraverso il diritto materiale, e lo stesso fanno il giudice e la pubblica accusa in sede di interpretazione.

conforme al principio di proporzione, soprattutto se si richiede la contestualità tra l'attività criminale accertata e l'acquisto dei beni; la giurisprudenza, inoltre, tenta di negare il conflitto con la presunzione d'innocenza richiedendo il convincimento del giudice circa l'origine illecita dei beni fondato su una prova indiziaria (con onere della prova a carico dell'accusa), salvaguardando la regola "*in dubio pro reo*".

In tale direzione ad esempio nell'ordinamento tedesco, per fornire un'interpretazione della norma conforme alla Costituzione, la Suprema Corte ritiene che *non è sufficiente un alto grado di verosimiglianza* ("*ganz hohe Wahrscheinlichkeit*") dell'origine delittuosa del patrimonio del reo, ma bisogna richiedere che il giudice del fatto, in base a prove esaurienti, abbia raggiunto la piena convinzione che l'imputato ha ottenuto gli oggetti, sottoposti a confisca, attraverso dei fatti illeciti. Se permangono dubbi sull'origine dei beni, non è possibile procedere alla confisca⁽²⁰⁷⁾. Anzi la Corte ha specificato che un alto grado di verosimiglianza non può sostituire la necessaria convinzione del giudice⁽²⁰⁸⁾; anche se si specifica che tale convinzione non presuppone che l'origine illecita dei beni sia stata specificatamente accertata ("*ohne daß diese selbst im einzelnen festgestellt werden müßten*")⁽²⁰⁹⁾. Dall'esame del caso concreto emerge, in realtà, come il giudice non fonda il suo convincimento dell'origine delittuosa dei beni su una pluralità di indizi, come richiederebbe una corretta prova indiziaria, ma esclusivamente sulla sproporzione tra il valore dei beni posseduti dal reo e il suo reddito. E del resto, in una sua successiva pronuncia, la Suprema Corte tedesca, in contrasto con la sentenza esaminata, ha affermato che è sufficiente ai fini dell'applicazione dell'*acquisizione pubblica allargata* che il giudice raggiunga "un grado inferiore di conoscenza in ordine all'ori-

²⁰⁷ BGH, 22 novembre 1994, 4 StR 516/94 (LG Bochum), in *NStZ* 1995, 125 e 470; con commento di SCHMIDT, *Voraussetzungen der Anordnung des erweiterten Verfalls*, in *Jus* 1995, 463, il quale osserva come la Corte non si preoccupa di accertare se la sua interpretazione, conforme alla Costituzione, sia conciliabile con la lettera della norma o non stravolga piuttosto la volontà del legislatore; conforme Urt. V. 17 giugno 1997 - StR 187/97; cfr. BENSELER, *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Freiburg, 1996, 26.

²⁰⁸ BGH, 10 febbraio 1998 — 4 StR 4/98 (LG Bochum), in *NStZ* 1998, 362.

²⁰⁹ *Ibidem*, 362; BGH, 22 novembre 1994, 4 StR 516/94 (LG Bochum), in *NStZ* 1995, 125.

gine dei beni da confiscare" (*ein geringerer Grad richterlicher Gewißheit*)⁽²¹⁰⁾.

Recentemente la Corte Costituzionale tedesca ha ribadito la compatibilità dell'*Erweiterter Verfall* con il principio di colpevolezza, con la presunzione d'innocenza, con la garanzia costituzionale del diritto di proprietà e con il principio di tassatività, non trattandosi di una pena o di una sanzione penale; anche l'alleggerimento dell'onere della prova è considerato conforme al principio di proporzione in considerazione dell'esigenza di disporre di un efficace strumento di lotta contro la criminalità organizzata⁽²¹¹⁾. La Corte ribadisce la posizione più garantista della giurisprudenza, in base alla quale l'applicazione di questa forma di confisca allargata presuppone la convinzione del giudice circa l'origine illecita dei profitti alla luce dei mezzi di prova disponibili⁽²¹²⁾. La Corte, pur precisando che l'applicazione di sanzioni penali o simil-penali presuppone il rimprovero di colpevolezza, ritiene che l'istituto non richiede la responsabilità penale del *Täter*, né la sua colpevolezza per fatti diversi da quelli per cui è stato condannato, in quanto la norma, facendo espressamente riferimento a "circostanze del fatto [che] fanno pensare che questi beni siano stati ottenuti per commettere fatti antigiuridici o da questi traggano origine", presupporrebbe solo un fatto antigiuridico e non necessariamente colpevole, e quindi la norma non prevede una conseguenza giuridica di tipo penale. Il *Verfall* non persegue scopi penali di deterrenza e di risocializzazione, bensì di regolamentazione del patrimonio e di normalizzazione, non costituisce una *Strafe*, ma una *Maßnahme* ai sensi dei §§ 11 comma 1, n. 8, e 61 StGB⁽²¹³⁾.

²¹⁰⁾ BGH, 1 marzo 1995, 2 StR 691/94 (*LG Gießen*), in *NJW* 1995, 2235; sulla compatibilità della misura in esame con il principio di proporzione, di colpevolezza e con la presunzione d'innocenza, cfr. *Verfassungsmäßigkeit des erweiterten Verfalls, Kriminalistik* 2004, 6, 422.

²¹¹⁾ BVerfG, 14. 1. 2004 - 2 BvR 564/95, in particolare § 25 ss. – cfr. 75 in relazione alla presunzione d'innocenza.

²¹²⁾ "Die Annahme der deliktischen Herkunft eines Gegenstands im Sinne des § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB ist gerechtfertigt, wenn sich der Tatrichter durch Ausschöpfung der vorhandenen Beweismittel von ihr überzeugt hat „.

²¹³⁾ BVerfG, 14. 1. 2004 - 2 BvR 564/95, § 58 ss., cfr. § 70 – 72.

Anche nell'ordinamento italiano la giurisprudenza ha negato ripetutamente l'incompatibilità con la presunzione d'innocenza o con la garanzia del diritto di proprietà della confisca ex art. 12 *sexies* l. 356/92, fondata sulla presunzione dell'origine illecita dei beni di valore sproporzionato; si sottolinea, però, la necessità di non accontentarsi di una generica prova della sproporzione del patrimonio rispetto al reddito o all'attività economica del reo, da considerare quale indizio dell'origine illecita di tutto il patrimonio, ma occorre richiedere piuttosto la prova del carattere sproporzionato di ogni singolo bene al momento dell'acquisto ⁽²¹⁴⁾, così delimitando l'ambito di applicazione della misura in termini di maggiore compatibilità con il principio di proporzione e, indirettamente, con la presunzione d'innocenza, laddove si circoscrive il relativo onere probatorio (di allegazione) della difesa ⁽²¹⁵⁾.

Alla luce di tale interpretazione, la Suprema Corte ritiene che la presunzione dell'origine illecita del patrimonio sproporzionato e non giustificato sia ragionevole e non in contrasto con il diritto di proprietà e con il diritto inviolabile di difesa. La confisca ex 12 *sexies*, si precisa, infatti, è basata su « una fondamentale scelta di politica criminale del legislatore, operata con l'individuare delitti particolarmente allarmanti, idonei a creare una accumulazione economica, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti, e quindi col trarne una presunzione, iuris tantum, di origine illecita del patrimonio "sproporzionato" a disposizione del condannato per tali delitti»; la presun-

²¹⁴⁾ Cass. Sez. un., 17 dicembre 2003 (19 gennaio 2004), Montella, in *Cass. pen.*, 2004, 1188, in cui si precisa che «la sproporzione così intesa viene testualmente riferita, non al patrimonio come complesso unitario, ma alla somma dei singoli beni, con la conseguenza che i termini di raffronto dello squilibrio, oggetto di rigoroso accertamento nella stima dei valori economici in gioco, non vanno fissati nel reddito dichiarato o nelle attività al momento della misura rispetto a tutti i beni presenti, ma nel reddito e nelle attività nei momenti dei singoli acquisti, rispetto al valore dei beni volta a volta acquisiti». Conforme Cass., 26 aprile 2007, n. 21250, in *Juris data online*, 4, § 4.

²¹⁵⁾ Cass. Sez. un., 17 dicembre 2003 (19 gennaio 2004), Montella, *cit.*, 1182. Conforme Cass., 26 aprile 2007, n. 21250, in *Juris data online*, 4, § 4; Conforme Cass., 28 novembre 2006, n. 92, *ivi*, 4, § 2. Cfr. FIDELBO, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in *Cass. pen.* 2004, 1189.

zione sarebbe radicata nella nota capacità dei delitti presupposti ad essere perpetrati in forma quasi professionale e a porsi quali fonti di illecita ricchezza, e la sua *congruità* è rafforzata dal fatto che il giudice deve accertare la sproporzione del patrimonio da confiscare rispetto ai redditi e alle attività economiche attraverso una ricostruzione storica della situazione esistente al momento dei singoli acquisti ⁽²¹⁶⁾. Sarebbero così superati, ad avviso della Corte, i dubbi circa la compatibilità della misura con la garanzia della proprietà privata di cui la legge determina i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale; la prevenzione speciale e la dissuasione, perseguite non irragionevolmente dal legislatore attraverso la presunzione in esame, assolvono appunto ad una funzione sociale che è a fondamento dei limiti che il legislatore stesso può imporre.

In relazione a tale forma di confisca, però, la Suprema Corte ⁽²¹⁷⁾ non ritiene accettabile quell'orientamento minoritario che cerca di delimitarne temporalmente l'ambito di applicazione ⁽²¹⁸⁾, né richiede l'accertamento del nesso di pertinenzialità tra i beni da confiscare e l'attività illecita del condannato, in quanto si finirebbe per allargare indefinitamente il *thema decidendum* ⁽²¹⁹⁾, ma si valorizza l'elemento del-

²¹⁶⁾ Cass. Sez. un., 17 dicembre 2003 (19 gennaio 2004), Montella, *cit.*, 1182. Conforme Cass., 26 aprile 2007, n. 21250, in *Juris data online*, 4, § 4; Conforme Cass., 28 novembre 2006, n. 92, *ivi*, 4, § 2.

²¹⁷⁾ “La confisca dei singoli beni non è esclusa per il fatto che essi siano stati acquisiti in epoca anteriore o successiva al reato per cui è intervenuta condanna o che il loro valore superi il provento del medesimo reato”.

²¹⁸⁾ Cass., 23 aprile 1998, Bocca, in *Cass. pen.* 1999, 3551; Cass., 23 aprile 2001, Capomasi, in *Cass. pen.* 2002, 2374; Cass. 14 ottobre 1996, Scarcella, in *Cass. pen.* 1997, 2718; Cass., 5 febbraio 2001, Di Bella e altra, in *Foro it.* 2002, II, 263; *contra* non richiedono la correlazione temporale Cass. 30 ottobre 2008, n. 44940; Cass., 9 luglio 2008, n. 38429, S.; Cass. 13 maggio 2008, n. 21357, E., in *CED Cass. pen.* 2008; Cass., 26 aprile 2007, n. 21250; Cass. n. 45790 del 2003; Cass., 29 maggio 2002 n. 33984; Cass. 25 settembre 2000, Vergano, in *Cass. pen.*, 2001, 3404; Cass., 23 settembre 1998, Simoni, *ivi*, 1999, 3551; Cass., 22 settembre 1998, Sibio, *ivi*, 1999, 3552; Cass. 26 marzo 1998, Bosetti, *ivi*, 1999, 3551; Cass., 15 aprile, Berti, *ivi*, 1996, 3649.

²¹⁹⁾ Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2003, Montella, *cit.*, 1187; Cass., Sez. Un., 30 maggio 2001, Derouach, in *Foro it.*, 2001, II, 502, spec. 504. Conforme Cass. 30 ottobre 2008, n. 44940: “Ne consegue che non è necessaria la sussistenza del nesso di

la sproporzione che va accertata «attraverso una ricostruzione storica della situazione dei redditi e delle attività economiche del condannato al momento dei singoli acquisti» ⁽²²⁰⁾,

Nella sentenza Montella la Suprema Corte, inoltre, ha negato la violazione della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost. *“in quanto nella specie non si tratta di presumere la colpevolezza di un soggetto, ma la provenienza illecita di un patrimonio”*; si accoglie, insomma, quell'orientamento espresso in dottrina in base al quale la presunzione d'innocenza rappresenta una garanzia solo nei confronti della libertà personale, e non nei confronti del patrimonio ⁽²²¹⁾. Orientamento già espresso dalla Suprema Corte a sezioni unite nella sentenza Derouach in cui si evidenzia che *“il diritto al silenzio attiene al momento dell'accertamento della responsabilità penale, sicché non assume rilievo in presenza di una condanna, restando così superata la presunzione di non colpevolezza”* ⁽²²²⁾.

La Corte sottolinea, inoltre, che non può parlarsi di una violazione del diritto di difesa, in quanto *“si tratta di una presunzione iuris tantum ed è applicabile quando sia dimostrata la sproporzione tra il valore dei beni da un lato e i redditi e le attività economiche dall'altro, al momento di ogni acquisto dei beni stessi. Solo dopo una tale dimostrazione il soggetto inciso dovrà, con*

pertinenzialità tra cosa e reato previsto dall'art. 240 c.p., bensì un vincolo pertinenziale, di significato peculiare e più ampio, tra il bene e l'attività delittuosa facente capo al soggetto, connotato dalla mancanza di giustificazione circa la legittima provenienza del patrimonio nel possesso del soggetto (Si vedano Sez. 2, Sentenza n. 45790 del 31/10/2003 Ud. - dep. 26/11/2003 - Rv. 227733; Sez. 1, Sentenza n. 15908 del 19/01/2007 Cc. - dep. 19/04/2007 - Rv. 236430; Sez. 2, Sentenza n. 11720 del 2008); Cass., 9 luglio 2008, n. 38429, S.; Cass. n. 45790 del 2003; Cass., 29 maggio 2002 n. 33984.

²²⁰⁾ Cass., 13 (28) maggio 2008, n. 213572, *Ced Rv.* 240091, che cita testualmente Cass., Sez. Un., Montella, *cit.*, 1187; conforme Cass. 30 ottobre 2008, n. 44940; Cass. 13 maggio 2008, n. 21357, E., in *CED Cass. pen.* 2008.

²²¹⁾ FORNARI, *Criminalità del profitto*, *op. cit.*, 222, il quale ritiene che, in virtù di un nesso teleologico tra l'art. 27, co. 2 e l'art. 13 della Costituzione, l'operatività del principio si esplica in maniera inderogabile solo in relazione alla tutela della libertà personale; in tale direzione cfr. GIALANELLA, *Funzionalità e limiti garantisti dell'ordinamento penale alla difficile “prova” delle misure di prevenzione patrimoniale*, in *Crit. dir.* 1999, 548.

²²²⁾ Cass. Sez. un., 30 maggio 2001, Derouach, *cit.*, 502.

riferimento temporale precisamente determinato, indicare le proprie giustificazioni, le quali dunque potranno anche loro essere specifiche e puntuali. Tale indicazione non va confusa con un'imposizione di onere della prova, ma si risolve nell'esposizione di fatti e circostanze di cui il giudice valuterà la specificità e la rilevanza e verificherà in definitiva la sussistenza. L'onere imposto non trasmoda perciò in una richiesta di prova diabolica, ma è al contrario di agevole assolvimento” ⁽²²³⁾. La Suprema Corte, insomma, nega che si configuri un'inversione dell'onere della prova e continua a parlare di onere di allegazione, in conformità all'orientamento prevalente in materia ⁽²²⁴⁾; sembra interessante, inoltre, l'inciso “*con riferimento temporale precisamente determinato*” che sottolinea da una parte l'impegno dell'accusa di provare la sproporzione in relazione ad ogni singolo bene e alla situazione economica e patrimoniale al momento dell'acquisto del bene, con relativa delimitazione temporale anche per l'onere di allegazione della difesa (potrà limitare “*le sue allegazioni al periodo preso in considerazione dal pubblico ministero*”).

La sentenza in esame sottolinea, però, che la “*giustificazione credibile attiene alla positiva liceità della provenienza e non si risolve nella prova negativa della non provenienza dal reato per cui si è stati condannati. E così, per esempio, 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 libero convincimento*” ⁽²²⁵⁾. L'onere in esame espresso in questi termini, simili a quelli utilizzati dalla sentenza Malasisi nel 1994, diventa particolarmente incisivo in quanto occorre dimostrare sostanzialmente come è stato economicamente possibile compiere gli acqui-

²²³⁾ Cass. Sez. un., 17 dicembre 2003 (19 gennaio 2004), Montella, *cit.*, 1188. Cfr. Cass. 30 ottobre 2008, n. 44940 “una volta fornita tale prova [della sproporzione] sussiste una presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale che può essere superata solo da specifiche e verificate allegazioni dell'interessato (cosa che non si è verificata; si veda Sez. 1, Ordinanza n. 25728 del 05/06/2008 Cc. - dep. 25/06/2008 - Rv. 240471)”; conforme Cass. 5 giugno 2008, n. 25728, C.; Cass. 13 maggio 2008, n. 21357, E., in *CED Cass. pen.* 2008.

²²⁴⁾ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 329 ss. – 377 ss. e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata.

²²⁵⁾ Conforme Cass., 26 aprile 2007, n. 21250, *cit.*, 4, § 4.

sti⁽²²⁶⁾. Se il c.d. "onere di allegazione", infatti, non viene inteso in senso meramente formale, si finisce comunque per violare il diritto al silenzio dell'imputato, il quale, in presenza del mero indizio della sproporzione (la Corte ha precisato che l'accusa non deve fornire una prova indiziaria dell'origine illecita dei beni), dovrà dimostrare l'origine lecita dei suoi beni se non vuole subire la confisca; il silenzio, infatti, darebbe dignità probatoria a degli indizi altrimenti insufficienti, finendo così per assumere una valenza *contra reum*⁽²²⁷⁾.

Le Sezioni Unite si sono limitate, insomma, a valorizzare l'elemento della sproporzione, ma ciò non sembra sufficiente per consentire al c.d. onere di allegazione di rimanere nei limiti del "diritto alla difesa" e di non trasmodare in un'inaccettabile inversione dell'onere della prova; in ogni caso si dovrebbe ribadire che non solo l'accusa deve realmente adempiere il suo onere della prova circa il carattere sproporzionato di ogni singolo acquisto, come proposto dalle Sezioni Unite, ma che si deve rispettare il principio *in dubio pro reo*, in base al quale laddove la prova fornita dall'accusa non sia convincente, il giudice non potrà applicare la confisca in base ad una mera presunzione. Altrimenti, al di là dei giochi di parole, si finirà per applicare una mera inversione dell'onere della prova, come espressamente riconosciuto, del resto, da recenti sentenze della Suprema Corte⁽²²⁸⁾.

²²⁶⁾ Corte di Cassazione, 2 giugno 1994, Malasisi, in *Cass. pen.* 1995, 907, con nota favorevole di CERASE; in questa direzione POTETTI, *Riflessioni in tema di confisca di cui alla legge 501/1994*, in *Cass. pen.* 1995, 1690; FERRAJOLI, *La normativa antiriciclaggio*, Milano 1994, 33, parla di onere di giustificazione che sorge dalla condanna; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale - Parte generale, op. cit.*, 793, ritengono che la norma imponga l'inversione dell'onere della prova in maniera "discutibile alla stregua del principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza"; critico NANULA, *Le nuove norme sul possesso ingiustificato di valori*, in *Il Fisco* 1995, 10137.

²²⁷⁾ Cfr. a tal proposito BERNASCONI, *La "speciale" confisca introdotta dal d.l. 20 giugno 1994 n. 399 conv. dalla l. 8 agosto 1994, n. 501*, in *Dir. pen. e proc.* 1996, 1421, il quale sottolinea che il soggetto non gode comunque appieno della presunzione d'innocenza.

²²⁸⁾ "Sussiste a carico del titolare apparente dei beni, una presunzione di illecita accumulazione patrimoniale, in forza della quale, è sufficiente dimostrare che il titolare apparente non svolga un'attività tale da procurargli il bene per invertire l'onere della prova ed imporre alla parte di dimostrare da quale reddito legittimo proviene l'acquisto e la veritiera appartenenza del bene medesimo", così Corte Cass., 28 gennaio 2003, Scuto e altri, in *Foro it.*, 2003, II, 514; Cass.

In questa direzione, del resto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha negato la violazione della presunzione d'innocenza di simili forme di confisca allargata basate su presunzioni, in base alla considerazione che presunzioni di fatto o di legge sono presenti in molti Stati e non sono, in linea di principio, contrarie alla Convenzione. Sebbene gli Stati contraenti hanno l'obbligo di rimanere entro ragionevoli limiti, che tengano conto dell'importanza degli interessi in gioco e che garantiscano i diritti della difesa, la presunzione d'innocenza e il concetto di *fair trial* non sono violati quando l'imputato ha la possibilità di rigettare la presunzione di colpevolezza fornendo la prova evidente del contrario ⁽²²⁹⁾. In particolare la Corte europea ha elaborato il limite posto all'ammissibilità delle presunzioni, e cioè l'espressione "entro limiti ragionevoli", in relazione alla legislazione inglese in materia di *confiscation*. Nel caso *Phillips c. Royaume-Uni*, infatti, si nega la violazione della presunzione d'innocenza ex art. 6, § 2 della Convenzione, in quanto si ritiene che la presunzione d'innocenza atiene alla dimostrazione della colpevolezza dell'imputato, che nel caso di specie avviene regolarmente, mentre la questione relativa alla misura della sanzione (i beni confiscabili in base alla presunzione

24 ottobre 2000, Boglioni, in *Foro it. Rep.* 2001, voce Confisca, n. 53. In tale direzione Cass., sent. n. 6000 del 16 dicembre 2003 (dep. 20 gennaio 2004), in *Il Fisco* 2004, 3228, in cui si precisa che la confisca attinge "a tutti i beni di valore non proporzionato...", "a meno che (il condannato) ne dimostri la legittima provenienza superando la presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale"; Cass. 10 maggio 2005, n. 22154, in cui si precisa che "l'art. 12...non collega la confisca al provento o al profitto di quel reato, bensì ai beni di cui il condannato non può giustificare la provenienza lecita, indipendentemente dalla loro fonte che si presume derivante dalla complessiva attività illecita del soggetto". Cfr. ACQUAROLI, *Confisca e tassazione*, *op. cit.*, 173, il quale non crede che la sentenza Montella esprima "la volontà di una rilettura dello strumento sanzionatorio in termini maggiormente garantistici"; IZZO, *Confisca della ricchezza sproporzionata al reddito dichiarato*, in *Il Fisco* 2004, 1845, il quale ritiene che l'incremento dell'onere probatorio gravante sul pubblico ministero determinato dalla sentenza Montella "non varrà a riequilibrare le difficoltà di un onere di allegazione dell'imputato riferito a fatti retrodatibili senza limiti di ragionevolezza".

²²⁹⁾ Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Salabiaku v. France*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1988, Série A, vol. 141, 10, 15 - 17; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 settembre 1992, *Pham Hoang v. France*, *ivi* 1992, vol. 243, 21 - 22.

dell'origine illecita) non attiene alla presunzione d'innocenza; la Corte precisa che la procedura volta all'applicazione della confisca in questione non comporta una nuova accusa in materia penale a carico dell'imputato. E, in ogni caso, la presunzione in questione è conforme al principio di proporzione, in quanto sono apprestate opportune garanzie ai diritti della difesa, consentendo all'imputato di confutare la presunzione in esame in base allo standard civilistico della prevalenza delle probabilità⁽²³⁰⁾; si nega, quindi, anche la violazione del più ampio diritto a un giusto processo previsto dal comma 1 dell'art. 6⁽²³¹⁾.

La Corte, però, come emerge dal caso *Geerings*, relativo ad una forma di confisca allargata prevista dall'art. 36e § 2 del codice penale olandese, in relazione a profitti che si presume derivino da offese simili rispetto a quella oggetto di condanna, pur ammettendo la confisca anche nel caso di assoluzione, pretende, pena l'inosservanza della presunzione d'innocenza, che la verifica giurisdizionale sull'origine criminale non si fondi sulla semplice ricezione di risultanze investigative contrastanti con l'esito del giudizio dibattimentale e, comunque, richiede adeguati accertamenti sulla situazione patrimoniale del soggetto; il carattere relativo della presunzione di origine illecita dei proventi "deve trovare una puntuale realizzazione nella prassi applicativa, attraverso un'attenta considerazione delle spiegazioni alternative fornite dall'interessato, cui deve essere offerta una effettiva possibilità di confutazione della tesi dell'accusa"⁽²³²⁾.

²³⁰⁾ Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Phillips c. Royaume-Uni*, 12 dicembre 2001, (Requete n° 41087/98). Cfr. P.ALLDRIGE, *Smuggling, Confiscation and Forfeiture*, in *The Modern Law Review Limited* 2002, 781. Conforme Corte eur. dei dir. dell'uomo, 5 luglio 2005, *Van Offeren v. the Netherlands*, n. 19581/04; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Geerings v. the Netherlands*, 1 giugno 2007 (1 marzo 2007), Application n. 30810/03, § 33 in relazione ad una forma di confisca allargata prevista dall'art. 36e § 2 del codice penale olandese; la Corte rileva che non è una pena, ma il suo scopo è quello di ricreare lo *status quo ante* (oltre a finalità di prevenzione generale dimostrando che il crimine non paga).

²³¹⁾ Interessante a tal proposito la giurisprudenza inglese e in particolare il caso *Attorney General for Hong Kong v. Lee Kwong-Kut*, [1993] A.C. 951. Cfr. ASHWORTH, *Article 6 and the Fairness of Trials*, in *Crim.L.R.* 1999, 266 – 267.

²³²⁾ Così BALSAMO, *Il rapporto tra forme "moderne" di confisca e presunzione d'innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.* 2007, 3936 in commento a Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Geerings v. the Netherlands*, cit..

Si nega, inoltre, la violazione della garanzia del diritto di proprietà in base alla considerazione che la presunzione legale su cui si basa la forma di confisca in questione è proporzionata all'obiettivo da conseguire, e alla difficoltà di stabilire l'ammontare dei profitti derivanti dal traffico di stupefacenti (§ 49); si evidenzia che la pronuncia di un provvedimento di confisca rappresenta un'arma dissuasiva nell'ambito della lotta contro il traffico di droga, e, inoltre, privare una persona dei profitti derivanti da tale crimine significa garantire che i fondi in questione non vengano reinvestiti in quel traffico ⁽²³³⁾.

6. *Verso un procedimento autonomo.*— La tendenza che emerge dall'esame comparatistico, indipendentemente dal modello di confisca adottato - addirittura anche in relazione alla confisca classica fondata sull'accertamento del nesso di causalità tra il bene e uno specifico reato -, è quella della separazione del procedimento volto all'accertamento della responsabilità penale, da quello destinato all'accertamento dei presupposti della confisca, e ciò attraverso la creazione di un procedimento patrimoniale accessorio o, addirittura, di un procedimento autonomo, laddove non sia possibile agire contro la persona, sino ad ammettere in taluni ordinamenti una vera e propria *actio in rem*.

Si può osservare, infatti, che in taluni ordinamenti pur essendo l'applicazione delle tradizionali forme di confisca subordinata all'accertamento della colpevolezza, è possibile sganciare l'applicazione di tali misure dall'accertamento della responsabilità penale per il fatto imputato: ad esempio ciò avviene nell'ordinamento tedesco nell'ambito della disciplina del *Verfalls*.

Nell'ambito delle nuove sanzioni patrimoniali (forme di confisca allargata) mentre in alcune fattispecie l'applicazione della confisca presuppone una condanna penale - sia la confisca concepita come pena (la *Vermögensstrafe*, il *criminal forfeiture*), sia essa concepita come misura di sicurezza (per lo meno ad avviso di certa giurisprudenza, la

²³³⁾ Nel valutare il rispetto del principio di proporzione si evidenzia che la somma confiscata è notevole, ma si tratta, comunque, di profitto del traffico di droga, Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Phillips c.p. Royaume-Uni, cit.*, § 52. Cfr. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino 2006, 168 ss.

confisca ex art. 12 *sexies* l. 356/92) o sanzione civile (il *confiscation* inglese o, secondo certa dottrina, la "*consecuencia accesoria*" ex art. 127 c.p. spagnolo) -, in altri ordinamenti la confisca si applica indipendentemente dall'accertamento della colpevolezza del reo, come per il *Verfall* e per l'*Erweiterten Verfall* tedeschi o per l'*Abschöpfung der Bereicherung* austriaca⁽²³⁴⁾ e addirittura è possibile applicarla anche in un separato procedimento, autonomo dal processo volto all'accertamento della responsabilità per un determinato reato, come avviene per le forme di confisca previste dall'art. 72 del *StGB* svizzero o dall'art. 20 e 20b *StGB* austriaco, che possono essere applicate da una corte penale in un separato e indipendente procedimento di natura penale, anche se non diretto contro la persona (si parla di "procedimento oggettivo")⁽²³⁵⁾.

Nell'ordinamento tedesco "si deve o si può ordinare autonomamente l'acquisizione pubblica o la confisca dell'oggetto o del valore equivalente o l'inutilizzabilità" nell'ambito di un procedimento autonomo quando si verificano i presupposti per l'applicazione di tali sanzioni, ma per ragioni di fatto nessuna persona può essere perseguita o condannata per il reato⁽²³⁶⁾; ovvero, in relazione alla confisca misura

²³⁴⁾ Tale forma di confisca è applicabile anche ad un reo contumace.

²³⁵⁾ Artt. 443 - 445 - 446 del codice di procedura penale austriaco, *öStPO*; WORATSCH, con la collaborazione di esperti in materia, *Risposte al questionario On the reversal of the onus of proof*, *op. cit.*, 23 - n. 2101, 27 - n. 2103; HAUPTMANN, *ivi*, 27, n. 2103; FORREGER, *op. cit.*, 106. Con il *StRÄG* 1996 anche le regole processuali sull'"obiettivo ed autonomo procedimento" sono state ampliate e riformate. I presupposti dell'ablazione dell'arricchimento, del *Verfalls*, dell'*Einziehung* possono essere accertati non nell'ambito di un processo penale, ma in un autonomo procedimento in cui l'accusa deve presentare la proposta per l'applicazione di un simile provvedimento patrimoniale (§ 445 Abs. 1 *StPO*; il legislatore non parla di "*Sanktionen*", ma di "*Vermögensrechtlicher Anordnung*"); la Corte competente decide in un'udienza principale pubblica e orale, se applicare tali tipologie sanzionatorie all'interessato (non si parla di colpevole o di imputato).

²³⁶⁾ § 76a I, § 440, 441 *StPO*. Traduzione tratta da DE SIMONE, FOFFANI, FORNASARI, SFORZI, *Il codice penale tedesco*, Padova 1994, 109. Cfr. DREHER-TRÖNDLE, § 76, *Selbständige Anordnung* in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, *op. cit.*, 1995, 575 — 576. Ad esempio il *Verfall*, inteso come misura di sicurezza, ex art. 76a II 1 può essere applicato autonomamente in caso di mancanza di imputabilità, cfr. ESER, § 76a, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, 25

di sicurezza²³⁷), quando il reato è prescritto e non è possibile per ragioni giuridiche perseguire nessuna persona determinata (e la legge non dispone altrimenti). In questo procedimento il giudice deve accertare tutti i fatti e gli elementi probatori che sono significativi per la decisione finale²³⁸). Tale procedimento autonomo può essere svolto anche dopo l'esaurimento del processo penale, quando ne maturano i presupposti successivamente²³⁹). Qualora si sia concluso l'accertamento della responsabilità, ma la richiesta di applicazione delle sanzioni patrimoniali imporrebbe la continuazione del processo, è possibile, nel rispetto di determinati presupposti, separare il procedimento patrimoniale (§§ 430, 442 I *StPO*)²⁴⁰); questo procedimento separato può essere destinato all'applicazione della confisca del valore equivalente o della confisca nei confronti dei terzi²⁴¹).

La tendenza all'applicazione delle misure patrimoniali indipendentemente dall'applicazione di sanzioni personali emerge nell'ordinamento italiano in relazione alla confisca penale con la l. 25 febbraio 2008, n. 34 (legge comunitaria 2007), che, nel conferire al Governo la delega ad adottare il decreto legislativo destinato all'attuazione della decisione quadro *GAI 212/2005*, introduce all'art. 31, tra i principi direttivi, la "possibilità di prevedere la confisca obbligatoria degli stessi beni, nella parte in cui non debbano essere restituiti al danneggiato, nel caso di proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione di un reato, la cui esistenza sia accertata con la sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato"; oltre a stabilire la obbligatorietà della confisca del prodotto e del prezzo del reato, nonché del profitto derivato direttamente o indiret-

ed., 905, § 2, il quale esclude la possibilità del procedimento autonomo quando la confisca assume un carattere punitivo, e si ritiene applicabile il *Verfall* solo nei limiti del *Nettoprinzip*.

²³⁷) § 74, c. 2 n. 2, c. 3 e 74d.

²³⁸) § 244 II *StPO*; cfr. GRAMCKOW, *op. cit.*, 244.

²³⁹) § 76 *StGB*, § 462 *StPO*.

²⁴⁰) JESCHECK - WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin 1996, 800.

²⁴¹) Cfr. a tal proposito FATF, *Financial Action Task force on Money Laundering annexes of the annual report 1996 - 1997*, giugno 1997, FAFTAX97.PM5, in <http://www.ustreas.gov/fincen/fatfax97.pdf>.

tamente dal reato, in caso di condanna o di patteggiamento, si stabilisce così la possibilità di prevedere la confisca obbligatoria degli stessi beni nell'ipotesi di proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione di un reato, la cui esistenza sia accertata con la sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato.

La confisca del prodotto e del profitto del reato viene così resa obbligatoria e sganciata dal necessario presupposto di una pronuncia di condanna, in conformità alle indicazioni provenienti dall' art. 2 della suddetta decisione quadro, che impone agli Stati membri l'obbligo di adottare la confisca per i vantaggi economici derivanti da reati puniti con pene detentive superiori ad un anno, e subordina tale obbligo semplicemente allo svolgimento, davanti all'autorità giudiziaria, di un procedimento avente ad oggetto l'accertamento del reato rispetto al quale il bene si trova in rapporto di derivazione, senza richiedere che il procedimento si sia concluso con una sentenza di condanna. Tale sganciamento dalla misura patrimoniale dalla condanna potrebbe essere positivo laddove si tratti esclusivamente della confisca di un profitto accertato in considerazione della circostanza che un fatto illecito, anche in mancanza di condanna, non può essere il legittimo titolo di acquisizione di profitti, salva l'opportunità di introdurre, come previsto in alcuni ordinamenti stranieri, una clausola di onerosità che consenta al giudice di ridurre l'ammontare della confisca o di non applicare la misura, nell'ipotesi in cui la sua applicazione possa produrre effetti sproporzionati o il c.d. effetto strangolamento.

La possibilità di applicare la confisca in procedimenti autonomi dal procedimento penale, in ogni caso, permette di adeguare la struttura del procedimento alle particolari esigenze degli accertamenti probatori di carattere patrimoniale; si consente, inoltre, come avviene in Svizzera, di colpire dei beni provenienti da reati eseguiti all'estero o che vengono individuati anche dopo la cessazione del processo penale; o, come sottolineato dal rapporto del GAFI 1996-97, si potrebbe consentire di colpire i proventi illeciti di un latitante (in particolare ta-

le precisazione è rilevante per quei paesi in cui non è possibile procedere contro un imputato in contumacia)⁽²⁴²⁾.

Occorre distinguere, però, tre ipotesi: l'ipotesi in cui la sanzione patrimoniale non è concepita come sanzione penale e viene applicata in un procedimento non penale, ma, in genere, di carattere amministrativo punitivo, o civile - come avviene per il *civil forfeiture* (nordamericano, australiano, irlandese) o per la confisca antimafia *ex art. 2 ter*; l'ipotesi in cui sia possibile procedere "autonomamente" ai fini dell'applicazione della confisca anche qualora non sia possibile procedere *in personam*, o per un qualche motivo il processo penale si è concluso anticipatamente, come previsto ai fini dell'applicazione del *Verfalls* e dell'*Einziehung* tedeschi, della confisca *ex artt. 70 - 72 StGB* svizzero o della confisca contemplata dall'art. 20 *StGB* austriaco; l'ipotesi in cui il procedimento patrimoniale "accessorio" è parte di un più complesso procedimento penale, presupposto, da cui si sgancia per ragioni di praticità, garantendo in maniera più efficiente l'accertamento di un aspetto sufficientemente autonomo rispetto a quello oggetto del procedimento principale, come avviene per la confisca *ex artt. 70 ss. StGB* svizzero o per il *confiscation* inglese, o per il *criminal forfeiture* statunitense (qualcosa di simile avviene nell'ordinamento italiano consentendo l'applicazione della confisca *ex art. 12 sexies* in sede di esecuzione, soluzione che suscita qualche perplessità)⁽²⁴³⁾.

²⁴²⁾ *Ibidem*. L'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale può avvenire indipendentemente da quella personale nelle ipotesi previste dai commi 7 e 8 dell'art. 2 *ter* l. n. 575/65 (commi aggiunti dall'art. 2, comma 2, l. 19 marzo 1990, n. 55) per il caso di assenza, residenza o dimora all'estero della persona alla quale potrebbe applicarsi la misura di prevenzione.

²⁴³⁾ Cass. Sez. un., 30 maggio 2001, Derouach, *cit.*, 502, spec. 504, affronta in particolare la questione circa la conformità della confisca *ex art. 12 sexies* all'art. 24 comma 2 Cost., art. 27, co. 2, art. 3 Cost. nella misura in cui se ne consente l'applicazione da parte del giudice dell'esecuzione; la Corte ritiene che tale possibilità non viola il diritto alla difesa in quanto il procedimento di esecuzione ai sensi dell'art. 666 c.p. prevede la piena attuazione del contraddittorio (comma 4) e la possibilità di completa acquisizione probatoria (comma 5 e art. 185 d. att.) in ordine alla quale si esalta l'esercizio del diritto di difesa; non viola la presunzione d'innocenza perché il diritto al silenzio attiene al momento dell'accertamento della responsabilità penale, sicché non assume rilievo in presenza di una condanna; non viola l'art. 3 Cost. in quanto è evidente la differenza di situazioni tra il comune cit-

In riferimento a quest'ultima ipotesi, infatti, si deve rilevare che nel procedimento *accessorio* non si deve accertare se l'imputato ha compiuto il fatto ed è di questo responsabile, ma piuttosto si tratta di verificare: il legame tra un bene o un patrimonio e il reato; ovvero, l'origine illecita del patrimonio o la mancanza di una spiegazione circa un'eventuale provenienza lecita; o piuttosto il rapporto tra il patrimonio e un'organizzazione criminale; tali accertamenti, a loro volta, presuppongono l'accertamento dell'appartenenza dei beni al reo o della disponibilità in capo allo stesso e la trattazione, talora, di complesse questioni di carattere strettamente civile, come quelle relative agli eventuali diritti dei terzi e alla stima del patrimonio. Tale separazione tra il procedimento penale principale e quello patrimoniale accessorio si presenta, quindi, particolarmente utile ai fini di una più efficace applicazione delle sanzioni patrimoniali. Si deve, però, evidenziare un rischio connesso a tali procedimenti accessori, laddove si tratta di procedimenti volti all'applicazione della confisca dei profitti di origine sospetta; si profila, cioè, la possibilità che in questo separato procedimento *si sottoponga a giudizio il soggetto per fatti anteriori o comunque ulteriori rispetto a quelli oggetto del procedimento principale, rilevanti in quanto considerati illeciti e fonte del patrimonio sospetto*; si rischia cioè di legittimare che si processi un soggetto per fatti penalmente rilevanti in maniera sommaria in un procedimento di carattere patrimoniale senza le garanzie del processo penale. Non ci si limita, infatti, ad esaminare in separata sede un aspetto dello stesso fatto oggetto del giudizio penale, e cioè la confiscabilità dei profitti del singolo specifico reato - come può avvenire nell'autonomo procedimento volto all'applicazione del *Verfall* o dell'*Einziehung* -, ma attraverso delle presunzioni si allarga l'oggetto della valutazione nel procedimento patrimoniale ad altri fatti da cui possono provenire i beni, come si riconosce espressamente

tadino e colui che ha subito una condanna o ha patteggiato la pena per uno dei reati indicati dall'art. 12 *sexies*, sintomatici della significatività negativa dei patrimoni ingiustificatamente posseduti in valore sproporzionato al reddito o all'attività economica. Cfr. tuttavia sulle perplessità che suscita l'applicazione della confisca nell'ambito del procedimento di esecuzione MAUGERI, *op. cit.*, 339; e DI LENA, *Giudice dell'esecuzione e confisca di valori ingiustificati: un principio di diritto non "innocuo" dal punto di vista costituzionale*, in *Ind. Pen.* 2005, 1205 ss.

nell'ordinamento inglese dove nel procedimento accessorio volto all'applicazione del *confiscation*, i reati che in base alle presunzioni sarebbero fonte del patrimonio sospetto sono considerati come se fossero compresi, ai fini dell'applicazione dell'*Act*, nella condotta trattata come *relevant criminal conduct* nei confronti dell'imputato ⁽²⁴⁴⁾.

Al di là di questi rischi inscindibilmente connessi alle forme di confisca allargata, si presenta assolutamente interessante anche la seconda ipotesi prospettata, connessa alla prima, di procedere autonomamente, nell'ambito di un procedimento penale oggettivizzato, contro il patrimonio laddove siano sopravvenute delle ragioni che non rendono possibile perseguire l'autore del reato; sarebbe auspicabile che anche in Italia si prevedesse una disciplina simile (nella prassi attuale questo risultato viene raggiunto applicando in ogni caso il procedimento preventivo antimafia).

7. *Actio in rem*.— Un ultimo modello di confisca è quello fondato sull'*actio in rem*, un procedimento contro il patrimonio di carattere amministrativo punitivo o civile; il prototipo di tale modello è rappresentato dal *civil forfeiture* sempre più diffuso negli ordinamenti di *common law* (ordinamento australiano, inglese, scozzese, irlandese).

Tale modello è stato rivalutato dal Congresso americano nel 1970 con il *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act* ⁽²⁴⁵⁾, nell'ambito della lotta contro il traffico di stupefacenti ⁽²⁴⁶⁾, per poi essere adottato in moltissimi statuti federali in relazione alle cose connesse al reato; non solo, ma soprattutto dopo i successi economici della "*zero-tolerance*" *policy*, molti Stati hanno adottato degli specifici *forfeiture statutes* o hanno rispolverato i loro statuti in materia ⁽²⁴⁷⁾. Si è

²⁴⁴⁾ Sez. 72AA(6) *DTA*.

²⁴⁵⁾ 21 *U.S.C.* § 881

²⁴⁶⁾ Tale *Act* disciplina, inoltre, la possibilità di applicare la *civil* confisca nel diritto doganale.

²⁴⁷⁾ Cfr. NIGORSKI, *The Continuing Saga of Civil Forfeiture, the "War on Drug", and the Constitutions: Determining the Constitutional Excessiveness of Civil Forfeiture*, in *Northwestern University Law Rev.* 1996, 376; cfr. sui principali statuti in materia (anche relativi al *criminal forfeiture*) *United States: Forfeiture And Asset Freezes, Release 96-4 Issued June 1996*, in *Money Laundering, Asset Forfeiture and International Financial Crimes*, by FLETCHER-MUNRO, New York (aggiornato al 2000), 36 ss.

così trasformato il *civil forfeiture* "in una delle più potenti armi del governo federale nella lotta contro il traffico di droga" ⁽²⁴⁸⁾ e altre attività illegali.

Il *Civil Asset Forfeiture Reform Act 2000* ha riformato il capitolo 46 del titolo 18, *United States Code*, inserendo il § 983, al fine di garantire una "più giusta ed uniforme procedura per *Federal civil forfeitures*" ⁽²⁴⁹⁾; si dovrebbe trattare di una riforma volta a garantire una procedura più rispettosa dei diritti dell'interessato e dei terzi innocenti.

Il procedimento della confisca *in rem* è autonomo ed è diretto contro la "*tainted property*" (proprietà contaminata) come tale, davanti all'autorità giudiziaria del luogo in cui il bene è situato; non è assolutamente rilevante la colpevolezza dell'attuale proprietario della cosa e, anzi, si ricorre ad una sorta di *fiction iuris* in base alla quale è colpevole il bene e quindi è irrilevante la colpevolezza del proprietario ⁽²⁵⁰⁾. E proprio questa finzione, in base alla quale si colpiscono le cose e non

²⁴⁸⁾ Così GIFFUNI, *Civil forfeiture and the Excessive Fines Clause Following Augustin v. United States*, in *Criminal Law Bulletin* 1995, n. 31, 509; cfr. TONRY, *Ländesberichte USA*, in *MPI Freiburg: Gewinnabschöpfung im Internationalen Vergleich - Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung für Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Settembre 1996, 536.

²⁴⁹⁾ *Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000*, Public Law 106-185 [H.R. 1658]; April 25, 2000, in *U.S. Code Congressional & Administrative News* 106th Congress 2nd Session, Washington, 2000, 114 Stat. 202 ss. Tale riforma si applica a tutte le leggi federali che prevedono la confisca di beni al di fuori delle ipotesi in cui il provvedimento sia imposto in seguito ad una condanna per un *criminal offense*; non include il *Tariff Act* del 1930 o ogni altra disposizione codificata nel titolo 19; l'*Internal Revenue Code* del 1986; il *Federal Food, Drug, e Cosmetic Act* (21 U.S.C. 301 e seg.); il *Trading with the Enemy Act*; la sezione I del titolo VI dell'*Act* del 15 giugno 1917 (40 Stat. 233; 22 U.S.C. 401) *Neutrality Act*. Cfr. LOUGHLIN, J.D., *Does the Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 Bring Modicum of Sanity to the Federal Civil Forfeiture System?*, in *The Malet Street Gazette Est. 1998, 1858-2008, Univers. Of London External Progr. 150th Birth. Ev.*

²⁵⁰⁾ Cfr. *Bennis v. Michigan*, 1996 WL 88269 (U.S. Mar. 4, 1996), 116 S. Ct. e in *Money Laundering, Asset Forfeiture and International Financial Crimes*, IV, *op. cit.*; *Calero Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663, 686-88 (1974); sul punto cfr. NOYA, *Hoisted by their own petard: adverse inferences in civil forfeiture*, in *Jour. Crim. Law & Crim.* vol. 86, 1996, 500; REED, *On the importance of being civil: constitutional limitations on civil forfeiture*, in *Atti del Simposio: What price civil Forfeiture? Constitutional Implications and Reform Initiatives?*, *New York Law School*, 5 marzo 1994, in *New York Law School Law Review* 1994, vol. XXXIX, n. 1-2, 258 ss.

le persone, ha consentito di non applicare molte delle garanzie dell'imputato - come il diritto a un processo dinanzi ad una giuria, l'innammissibilità di certe tipologie di prove (come le testimonianze *de relato*), il *double jeopardy (ne bis in idem)* - e di abbassare l'onere della prova (*probable cause* o *by preponderance of evidence*) nei *forfeiture* procedimenti⁽²⁵¹⁾.

Possono essere oggetto della confisca sia i beni che costituiscono il profitto del reato, sia beni che sono stati utilizzati o si aveva l'intenzione di utilizzare in attività illegali⁽²⁵²⁾. In particolare, si distinguono tre categorie di cose sottoponibili al *civil forfeiture*: *contraband* (qualcosa il cui possesso è in sé antigiuridico, come la droga o le monete contraffatte) e *derivative contraband* (qualcosa che in sé non è illecita ma che lo diventa perché è essenziale per la consumazione di un crimine, come una nave pirata o un'arma utilizzata in una rapina⁽²⁵³⁾), anche se talora si fa riferimento a cose genericamente connesse con il reato, ma ad esso non strumentali⁽²⁵⁴⁾; le cose che facilitano la consumazione di un reato ("*facilitates a crime*"); i proventi del crimine (*crime proceeds*).

Nella categoria delle cose "*that facilitates a crime*"⁽²⁵⁵⁾ si fa rientrare qualsiasi cosa che abbia agevolato la consumazione del reato, che non è in sé una cosa pericolosa come il *contraband* o il *derivative contraband*, né è qualcosa di origine illecita come il profitto del reato; tale categoria, infatti, prevista in molti statuti è stata ampliata a dismisura in quanto le corti hanno attribuito al termine *facilitate* il significato con cui viene utilizzato nel linguaggio comune (rendere più facile o meno

²⁵¹⁾ Così LUNA GRANT, *Fiction Trumps Innocence: the Bennis Court's Constitutional House of Cards*, in *Stanford L. Rev.* 1997, vol. 49, 410.

²⁵²⁾ Cfr. 18 U.S.C. § 981 (1988 & Supp. V 1993) (che consente la *government's civil money laundering forfeiture provision*); 21 U.S.C. § 881 (1988 & Supp. V 1993) (che autorizza la *civil forfeiture* della proprietà connessa all'attività di traffico di droga).

²⁵³⁾ Cfr. POLLOCK, *Proportionality in civil forfeiture toward a remedial solution*, in *The George Washington Law Rev.* 1994, vol. 62, 465.

²⁵⁴⁾ Cfr. STAHL, *Asset forfeiture, burdens of proof and the war on drugs*, in *Jour. f Crim. Law & Criminology* 1992, vol. 83, 284.

²⁵⁵⁾ 21 U.S.C. § 881 (a) (4), (7).

difficile, liberare da una difficoltà...⁽²⁵⁶⁾). E' stata confiscata un'auto solo perché era stata utilizzata per recarsi in un incontro dove si è discusso di attività illegali ⁽²⁵⁷⁾; una barca noleggiata da un individuo che portava una piccola quantità di *marijuana* ⁽²⁵⁸⁾; una casa dove viveva una famiglia, un membro della quale spacciava droga ⁽²⁵⁹⁾; un'intera impresa nella quale sono state compiute operazioni illegali concernenti, però, solo un aspetto delle attività economiche in essa svolte ⁽²⁶⁰⁾.

Non sono mancate, in contrasto con tale uso spropositato di questa forma di confisca, delle pronunce della giurisprudenza e della dottrina che hanno contestato la legittimità costituzionale del "*civil forfeiture statute*" per la sua "*vagueness*" ⁽²⁶¹⁾. L' *Act 2000* ha cercato di risolvere tale questione imponendo all'accusa di dimostrare la sussistenza di una "connessione sostanziale tra il bene e il reato"; in tal modo il legislatore tenta di delimitare l'ambito di applicazione del *civil forfeiture* proprio in quel settore in cui si sono verificati i maggiori abusi applicativi ⁽²⁶²⁾.

La principale ragione della preferenza del procedimento civile rispetto a quello penale da parte del governo, è individuata nel minore

²⁵⁶⁾ Cfr. *Patrick Henry v. Castagaro*, 434 N.Y.S. 2d 592, 594 (1980); cfr. POLLOCK, *op. cit.*, 467, e giurisprudenza *ivi* citata.

²⁵⁷⁾ *United States v. 1990 Toyota 4Runner*, 9 F. 3d 651 (7th Cir. 1993); CHEH, *Can something this easy, quick, and profitable also be fair? Runaway civil forfeiture stumbles on the Constitution*, in Atti del Simposio: *What price civil Forfeiture? Constitutional Implications and Reform Initiatives?*, New York Law School, 5 marzo 1994, *op. cit.*, 1.

²⁵⁸⁾ *Calero Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663, 686 - 688 (1974).

²⁵⁹⁾ *United States v. 5000 Palmetto Drive*, 928 F. 2d 373 - 374 (11th Cir. 1991); CHEH, *op. cit.*, 1.

²⁶⁰⁾ *United States v. 141st St. Corp.*, 911 F. 2d 870, 880 (2d Cir. 1990); cfr. CHEH, *op. cit.*, 1. Sono stati confiscati \$ 9 milioni, 10 appezzamenti di terreno e 31 negozi in seguito alla condanna del proprietario per la vendita di copie di sette riviste oscene, cfr. *Alexander v. United States*, 509 U.S. 544 (1993); una *Porsche* è stata confiscata per il ritrovamento di soli 226 gr. di *marijuana*, cfr. *United States v. One 1976 Porsche*, 670 F.2d 810 (9th Cir. 1979); sono stati sequestrati complessi di hotel e appartamenti perché gli ospiti o gli inquilini sono stati accusati di usarli per traffico di stupefacenti, cfr. *United States v. 141st Street Corp.*, 911 F. 2d 870 (2nd Cir. 1990); cfr. KRZYTEK, *The recent Congressional Reform of federal Civil Forfeitures*, in 9 *Kansas Journ. Of Law & Public Policy*, Summer 2000, 677.

²⁶¹⁾ REED, *On the importance*, *op. cit.*, 302 ss.; *Goguen*, 415 U.S., 574.

²⁶²⁾ Sui rapporti con il principio di proporzione si veda MAUGERI, *op. cit.*, 714.

onere probatorio⁽²⁶³⁾: in seguito all'introduzione del *Civil Asset Forfeiture Reform Act 2000*, l'accusa deve provare *by a preponderance of the evidence* la confiscabilità del bene, non essendo più sufficiente la *probable cause*. Il *civil forfeiture*, ad avviso di certa dottrina, richiede un così basso grado di prova - in parte anche dopo la recente riforma del 2000 -, che in realtà è utilizzato "frequentemente" per penalizzare le persone nei confronti delle quali non è possibile sostenere un'accusa penale⁽²⁶⁴⁾.

Tale modello sta alla base del *civil recovery* previsto dal *POCA 2002* inglese, che ha introdotto accanto al *confiscation* dei meccanismi di sottrazione dei profitti illeciti di carattere civile ("*civil recovery*" e "*cash forfeiture*")⁽²⁶⁵⁾. Si tratta di provvedimenti che sono pronunciati dalla giurisdizione civile (la *High Court*) e destinati alla realizzazione in favore dello Stato di un valore la cui provenienza diretta o indiretta da un'attività illecita può ragionevolmente essere supposta; tale procedura di carattere civile è sussidiaria rispetto a quella penale e viene in considerazione se non è più possibile agire contro l'autore sul piano penale, perché non può essere identificato, è morto, non è sottoposto alla giurisdizione britannica o semplicemente, perché le prove non

²⁶³⁾ Cfr. tra gli altri REED, *On the importance*, *op. cit.*, 266; OSGOOD, *Crime and punishment: civil forfeiture, double jeopardy and the war on drugs*, in *Washington L. Rev.* 1996, 489.

²⁶⁴⁾ *United States v. \$191,910.00 in U.S. Currency*, 16 F.3d, 1068 (9th Cir. 1994); cfr. NKECHI TAIFA, *Civil forfeiture vs. civil liberties*, in *Atti del Simposio: What price civil Forfeiture? Constitutional Implications and Reform Initiatives?*, *New York Law School*, 5 marzo 1994, *op. cit.*, 99; KLEIN, *Civil in rem forfeiture and double jeopardy*, in *Iowa Law Rev.* 1996, 196 - 217; *United States: Forfeiture And Asset Freezes*, *op. cit.*, 12; KRZYSZEK, *op. cit.*, 681; SALTZBURG, *Real Property Forfeitures As A Weapon In The Government's War On Drugs: A Failure To Protect Innocent Ownership Rights*, 72 *Boston U.L.Rev.* 1992, 224; *United States: Forfeiture And Asset Freezes*, *op. cit.*, 11; "Il civil forfeiture cagiona a troppi innocenti il sequestro dei beni convertiti in rendite per il governo", così BOUDREAUX & PRITCHARD, *Civil forfeiture and the War on Drugs: Lessons from Economics and History*, in *San Diego Law Rev.* 1996, 85. Cfr. LOUGHLIN, *op. cit.*, il quale valuta positivamente la riforma, pur se con alcuni limiti; l'autore evidenzia, tra l'altro, che il deputato Hyde e altri membri del congresso, anche dopo la riforma, richiedono un onere della prova più stringente, "*the clear and convincing evidence*".

²⁶⁵⁾ ALLDRIDGE, *Money Laundering Law: Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering & Taxation of the Proceeds of Crime*, Oxford, Portland, Oregon 2003, 223 ss. - 246 ss.

sono sufficienti ai fini di una pronuncia in sede penale ⁽²⁶⁶⁾. Tale disciplina per espressa previsione dell'art. 316 parte 3 POCA può essere applicata retroattivamente. Si prevede la tutela dei terzi in buona fede, nella misura in cui subiscono un danno dall'eventuale negozio concluso nell'ignoranza del carattere "recoverable" (confiscabile) del bene; in ogni caso si esclude l'applicazione del provvedimento in contrasto con i dritti dell'uomo (art. 266 POCA) ⁽²⁶⁷⁾. L'onere della prova dell'esistenza di un'attività illecita e della provenienza dei beni da questa, deve essere fornita dal *Director* dell' *Asset Recovery Agency* in base allo standard ordinario applicabile in materia civile, al di sopra del "bilancio delle probabilità" (art. 241 n. 3 POCA), lo stesso utilizzato ai fini della confisca penale; non opera alcuna inversione dell'onere della prova. La presunzione d'innocenza non è applicabile proprio in considerazione di questo carattere civile, come confermato nella prima pronuncia in materia ⁽²⁶⁸⁾.

La procedura è semplificata quando i beni ottenuti direttamente tramite la condotta illegale o il valore equivalente o i valori destinati a commettere il crimine, sono rappresentati da "cash" in base alla nozione fornita dall'art. 289 c. 6 e 7 (che fa rientrare in questa nozione assegni bancari, obbligazioni, denaro, ...). E' stata così generalizzata la procedura prevista dalla Parte II del *DTA 1994* (e dal *Terrorism Act 2000*, art. 28 – 30, e annesso 1 dell'*Anti Terrorism, Crime and Security Act 2001*), che attribuisce notevoli poteri alla polizia e alle autorità doganali (*Customs*) per procedere alla confisca (*forfeiture*) del denaro proveniente dal traffico di stupefacenti (*drug trafficking cash*) ⁽²⁶⁹⁾.

Anche nell'ordinamento irlandese accanto a una forma di confisca penale (*confiscation order*, disciplinato in maniera molto simile a quanto previsto nell'ordinamento inglese) è stata introdotta dal *Proce-*

²⁶⁶⁾ CASSANI, *op. cit.*, 284.

²⁶⁷⁾ *Ibidem*, 300.

²⁶⁸⁾ *In the High Court of Northern Ireland (Queen's Bench Division), In the matter of the Director of the Assets Recovery Agency and in the matter of Cecil Stephen Walsh and in the matter of the Proceeds of Crime Act 2002*, N. [2004] NIQB 21, 1 aprile 2004, in <http://www.courtsni.gov.uk/en-gb/judicial+decisions/judgments/j-j-cogf4120.htm>.

²⁶⁹⁾ Cfr. *Confiscation and Money Laundering: Law and Practise. A Guide for Enforcement Authorities*, London: The Stationery Office, 1997, 61.

eds of Crime Act 1996 ⁽²⁷⁰⁾ e riformata dal *Proceeds of Crime (Amendment) Act 2005* ⁽²⁷¹⁾, una forma confisca civile applicabile dall'*High Court* ⁽²⁷²⁾, con *standard* della prova civilistico. Il FATF (*Financial Action Task Force*) ha valutato in termini positivi la disciplina irlandese, in particolare quella civilistica ⁽²⁷³⁾.

In tale ambito si colloca il procedimento preventivo antimafia italiano, che rappresenta, del resto, un'ipotesi del tutto particolare, in quanto, è sì applicabile in un autonomo procedimento in mancanza di una sentenza di condanna, ma presuppone normalmente l'inflizione di una misura di prevenzione personale e, quindi, l'accertamento della pericolosità sociale, con tutte le difficoltà di un simile accertamento ⁽²⁷⁴⁾. Anche se già prima la giurisprudenza e ora il decreto n. 92/2008 tende a rendere autonomo il procedimento in questione da tale presupposto di carattere soggettivo ⁽²⁷⁵⁾, consentendo sicuramente

²⁷⁰⁾ Il testo dell'Act in [wysiwyg://24/http://www.undcp.org/adho.../legal_library_1999-07-13_1999-10.html](http://www.undcp.org/adho.../legal_library_1999-07-13_1999-10.html).

²⁷¹⁾ Ha riformato inoltre il *Criminal Assets Bureau Act* (1996), il *CJA 1994* and il *Prevention of Corruption (Amendment) Act* (2001). Con tale *Act 2005* gli ampi poteri di confisca (civile) sono stati estesi nei confronti dei reati di corruzione.

²⁷²⁾ Il testo dell'Act in [wysiwyg://24/http://www.undcp.org/adho.../legal_library_1999-07-13_1999-10.html](http://www.undcp.org/adho.../legal_library_1999-07-13_1999-10.html).

²⁷³⁾ FATF, *Second mutual*, *op. cit.*, § 77 - 79.

²⁷⁴⁾ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 360 ss.; ID., *Art. 2 ter*, La voce "Misure di prevenzione patrimoniale" nel *Commentario breve alla Legislazione speciale*, a cura di PALAZZO - PALIERO, Padova 2007, 1786. Da ultimo ID., *Profili di legittimità costituzionale*, *op. cit.*, § 1.

²⁷⁵⁾ Cfr. Maugeri, *Cass.* 231775/2005; *Cass.* 31-1-2005, in *Guida al dir.* 2005, n. 25, 55, con nota di GIORDANO; *Cass.* 14-1-2005, n. 6160, in *Cass. pen.* 2006, 1909; *Cass.* 22-4-2004, in *Cass. pen.* 2006, 1086, con nota di TALLINI, 1088; *Cass.* 22-9-1999, *ivi* 2000, 1410; *Cass.* 14-4-1999, *ivi* 2000, 1411, con nota di MOLINARI; *Cass.* 3-2-1999, *ivi*, 1408; *Cass.* 24-11-1998, *ivi* 1999, 3558, con nota critica di MOLINARI; *Cass.* 14-2-1997, *ivi* 1997, 3170, con nota critica di MOLINARI; *Cass.*, 22 settembre 1999, Calamia ed altro, in *Cass. pen.* 2000, 1410; *Cass.*, 14 aprile 1999, Fici, *ivi* 2000, 1411, con nota di MOLINARI, *Confisca antimafia: si estende il dialogo col morto*; *Cass.* 3 febbraio 1999, Cianchetta, in *Cass. pen.* 2000, 1408; *Cass.* 24 novembre 1998, Marchese, in *Cass. pen.* 1999, 3558, con nota critica di MOLINARI, *Confisca antimafia e dialogo col morto*; *Cass.* 14 febbraio 1997, Nobile ed altri, in *Cass. pen.* 1997, p. 3170, con nota critica di MOLINARI, *Si estende l'applicazione contra legem della confisca antimafia*; *Cass. sez. un.*, 3 luglio 1996, Simonelli ed altri, *ivi* 1996, 3609, con nota critica di MOLINARI, *Ancora sulla confisca antimafia: un caso di pretesa giustizia sostanziale contra le-*

l'applicazione di questa forma di confisca nei confronti del patrimonio dell'indiziato che sia morto durante il procedimento o nei cinque anni precedenti; si dovrebbe anche evitare che provvedimenti modificativi della misura di prevenzione concernente il soggetto travolgano le misure patrimoniali, nonché ritenere che il procedimento di prevenzione possa essere attivato per l'esclusiva applicazione delle misure patrimoniali (pur con qualche perplessità interpretativa) ⁽²⁷⁶⁾. Per il resto anche questa forma di confisca allargata si fonda su una presunzione di origine illecita dei beni del prevenuto laddove l'accusa accerti la disponibilità e la sproporzione o fornisca indizi di origine illecita. La giurisprudenza più garantista, però, richiede anche in questo caso che la sproporzione sia accertata in relazione ad ogni singolo bene ⁽²⁷⁷⁾, o addirittura la dimostrazione logica e cronologica

gem; critico nei confronti di questa sentenza GIALANELLA, *I patrimoni di mafia — La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli 1998, 159 ss. — 171; Cass. 13 novembre 1997, n. 6379, Di Martino, in *Cass. pen.* 1998, n. 1830, 3404; Cass., 2 maggio 1995, Adelfio, in *Cass. pen.* 1996, 1601; Cass., 17 luglio 1995, D'Antoni, in *Riv. pen.* 1996, 526; Cass., 28 marzo 1995, Ranucci, in *Cass. pen.* 1996, 925.

²⁷⁶⁾ Perché non è stata modificata la procedura per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali prevista nell'art. 2 *ter*, continuando a mantenere in vita un meccanismo che aggancia l'applicazione delle patrimoniali alle personali: l'art. 2 *ter*, primo comma, prevede che le patrimoniali sono applicate nel corso del procedimento destinato alle personali e il sesto comma pone un termine di decadenza per l'applicazione delle patrimoniali («I provvedimenti previsti dal presente articolo possono essere adottati, ..., anche dopo l'applicazione della misura di prevenzione, ma prima della sua cessazione»). Cfr. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali*, *op. cit.*, 138 ss.

²⁷⁷⁾ “Non è sufficiente un raffronto globale tra il patrimonio ed il reddito formalmente disponibile, ma è necessario accertare l'illecita provenienza di ogni singolo bene inserito nel patrimonio, comparando, al momento dell'acquisizione, il reddito ufficialmente disponibile con l'incremento patrimoniale determinato con l'acquisto del bene” Cass., 28 marzo 2002, Ferrara e altri, in *Cass. pen.* 2003, 605; Cass. 23-6-2004, Palumbo, *ivi* 2005, 2704; conformi Cass., 1 marzo 1991, Piromalli ed altri, in *Giur. it.* 1992, II, c.p. 299; Cass., 17 novembre 1989, Nuvoletta ed altri, in *Giust. pen.* 1991, c.p. 354; Così Cass., 18 maggio 1992, Vincenti ed altri, in *Cass. pen.* 1993, 2377; conforme Cass. 23-6-2004, Palumbo, *Cass. pen.* 2005, 2704; Cass. 28-3-2002, Ferrara, *Cass. pen.* 2003, 605; Cass. 21 aprile 1999, Corria, *ivi* 2000, 1048; Cass., C.P.c.p., 20 novembre 1998, Iorio e altri, n. 5760, *ivi* 1999, n. 1708, 3238; Cass., 22 giugno 1988, Raffa, *ivi*, 1989, m. 672; Cass. 13 marzo 1997, n. 1105, Man-

della provenienza di ogni bene sequestrato da quell'illecita attività o dal suo reimpiego, attraverso l'individuazione del *nesso di causalità* fra condotta mafiosa ed illecito profitto ⁽²⁷⁸⁾ o, perlomeno, *la correlazione temporale tra la pericolosità e l'acquisizione dei beni confiscati* ⁽²⁷⁹⁾.

nolo, *ivi* 1998, n. 1070, 1774; conformi MOLINARI-PAPADIA, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge anti violenza nelle manifestazioni sportive*, Milano 2002, 519; GIALANELLA, *I patrimoni di mafia*, *op. cit.*, 124; CASSANO, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni — Questioni e materiali di dottrina e giurisprudenza*, Milano 1998, 54; AIELLO, *La tutela civilistica dei terzi nel sistema della prevenzione patrimoniale antimafia*, Milano 2005, 204; PASCALI — CHERUBINI, *La misura di prevenzione patrimoniale nella normativa antimafia. Il problema della tutela civile dei creditori*, Bari 1999, 71.

²⁷⁸⁾ Cass. 23 giugno 2004, Palumbo, in *Cass. pen.* 2005, 2704; Cass. 28 marzo 2002, Ferrara, *ivi* 2003, 605; Cass. 3 febbraio 1998, Damiani, in *Arch. n. proc. pen.* 1998, 424; Cass., 18 maggio 1992, Vincenti ed altri, in *Cass. pen.* 1993, 2377; Cass. 23 marzo 2007, n. 18822, C., in *CED Cass. pen.* 2007.

²⁷⁹⁾ Cass. 13 maggio 2008, n. 21357, E., in *CED Cass. pen.* 2008; Cass. 23 marzo 2007, n. 18822, C., in *CED Cass. pen.* 2007; Cass. 16 aprile 2007, n. 21048, in *Juris data online*, 3; Cass. 16 gennaio 2007, n. 5234, L. e altro, in *Guida al dir.* 2007, 1067 parla di ragionevolezza temporale; Cass. 13 giugno 2006, Cosoleto e altri, *Ced rv.* 234733; Cass. 3 febbraio 1998, Damiani, in *Arch. n. proc. pen.* 1998, 424, con nota di GRILLO, *op. cit.*, 424; Cass. 2 maggio (15 luglio) 1995, n. 2654, *Ced Rv.* 202142, Genovese; conforme GIALANELLA, *La Corte di Cassazione e l'Incompiuta della prevenzione patrimoniale antimafia*, *op. cit.*, 33 ss. dattiloscritto. Cfr. NANULA, *Le nuove norme sul possesso ingiustificato di valori*, *op. cit.*, 10134.

Contra non richiede la correlazione temporale Cass., 8 aprile (29 maggio) 2008, n. 21717, Failla e altro, *Ced rv.* 240501: "Sono la sproporzione reddituale, la disponibilità e l'origine perversa dei beni, piuttosto che il dato temporale di acquisizione, i presupposti della confisca"; Cass. 5 ottobre (23 ottobre) 2006, Gashi ed altri, n. 35481, *CED rv.* 234902; Cass. 6 luglio 2004, in *Il Fisco* 2005, 1320; IZZO, *Disponibilità sproporzionata al reddito dichiarato e confisca di prevenzione*, in *Impresa c.i.* 1999, 389; NICASTRO, *La confisca nella legislazione patrimoniale antimafia*, in *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine*, *op. cit.*, 310. Cfr. Cass. 4 luglio 2007, n. 33479, in cui si afferma che "pur rimanendo valido l'insegnamento di questa Corte (...), per il quale occorre verificare se i beni da confiscare siano entrati nella disponibilità del proposto, non già anteriormente, ma contestualmente o successivamente al suo inserimento nel sodalizio mafioso, la pure innegabile necessità di un nesso temporale tra manifestazione della pericolosità qualificata ed acquisizione dei beni non va riferita alle risultanze del processo penale, ma al quadro indiziario posto a base dell'autonomo processo di prevenzione, il cui "perimetro cronologico" ben può essere diverso da quello del giudizio penale (Cass., Sez. 1, 5/10/2006 n. 35481, Gashi) ed addirittura estendersi

Questi orientamenti più garantisti della Suprema Corte in relazione all'onere e allo standard della prova sembrano in parte accolti dalla riforma del 2008, laddove l'art. 2 *ter* non esige più, come nella precedente formulazione, sufficienti indizi di origine illecita ma pretende che i beni “risultino di origine illecita”; i sufficienti indizi sono richiesti solo ai fini del sequestro, ma ai fini della confisca la norma riformata utilizza l'espressione “risultino” che sembra indicare che deve essere accertata l'origine illecita, richiedendo per lo meno la prova indiziaria ex art. 192 c.p.p. (indizi gravi, precisi, concordanti) (ciò *non vuol dire che deve essere fornita la prova del nesso causale tra uno specifico bene e un determinato reato e, quindi, la prova dei crimini dai quali derivano i profitti, ma soltanto che l'accusa faccia emergere una serie di circostanze concrete - tali da fondare una prova indiziaria - da cui emerga l'origine illecita e la mancanza di una giustificazione alternativa* ⁽²⁸⁰⁾). Qualche sentenza, addirittura, nonostante l'art. 3 della L. 256/93, nel modificare l'art. 2 *ter*, c. 2, l. 575/65, ha stabilito che l'indizio della mera sproporzione è già di per sé indice di illiceità della ricchezza in quanto nella disponibilità del presunto mafioso ⁽²⁸¹⁾, richiede la duplice tipologia di indizi, e cioè, una volta

ai beni acquistati prima dell'inizio dell'appartenenza ad associazione mafiosa, sempre che essi costituiscano presumibile frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, nel senso che esista una chiara connessione dei beni con un'attività illecita senza che rilevi distinguere se tale attività sia o meno di tipo mafioso (Cass., Sez. 1, 15/1/1996, Anzelmo, rv. 204036; Sez. 2, 26/1/1998, Corsa, rv. 211435; Sez. 2, 6/5/1999, Satinino, rv. 213853; Sez. 6, 25/9/2003 n. 36762, Lo lacono, rv. 226655; Sez. 1, 5/10/2006 n. 35481, Gashi, rv. 234902). In relazione al dibattito in materia di “correlazione temporale” cfr. MAUGERI, *Profili di legittimità costituzionale*, op. cit., § 2.2.

²⁸⁰⁾ Cfr. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali*, op. cit., 154 ss.; ID., *Profili di legittimità costituzionale*, op. cit., § 3. Sugli auspici della dottrina in tale direzione sia consentito il rimando a MAUGERI, op. cit., 876 – 834 ss.

²⁸¹⁾ Cass., 20 novembre 1998, Iorio e altri, n. 5760, in *Cass. pen.* 1999, 3238; Cass., 28 novembre 1996, n. 5218, Brodella, in *Cass. pen.* 1998, n. 373, 628; Cass., 19 dicembre 1996, Di Muro, in *Cass. pen.* 1997, 2576; Cass., 22 aprile 1996, n. 398, Brusca, in *Ced Cass.*, rv. 205029, e in *Repertorio Foro it.* 1996, voce *Misure di prevenzione reali*, n. 63; Cass., 23 agosto 1994, n. 2860, Moriggi, *ivi* 1995, 837; Cass., 2 giugno 1994, Zanca, in *Riv. pen.* 1995, 526, riteneva già prima della riforma sufficiente il requisito della sproporzione; in dottrina IZZO, *Sequestro preventivo strumentale alla confisca di ricchezza sproporzionata al reddito dichiarato. Poteri di controllo del giudice del riesame*, in *Il Fisco* 1994, 3424; NANULA, *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, in *Il*

stabilita la pericolosità sociale, si richiede l'accertamento sia della sproporzione sia degli indizi dell'origine illecita del patrimonio ⁽²⁸²⁾.

Fisco 1993, 10115; MOLINARI-PAPADIA, *op. cit.*, 512; CASSANO, *Misure di prevenzione patrimoniali*, *op. cit.*, 58; FALLONE, *Luci ed ombre del procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *Documenti Giustizia* 1995, n. 4, 608 - 609; NICASTRO, *La confisca nella legislazione patrimoniale antimafia, Relazione presentata al Convegno "Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione"*, Catania 19-20 gennaio 2007, 19 ss. dattiloscritto; MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova 2001, 291 ss. esprime delle perplessità nei confronti di questa modifica, ritenendo, in conclusione, che l'elemento della sproporzione ha un valore "neutro", poiché non è in grado di condurre al risultato che la legge si aspetta; STEA, (Sostituto Procuratore Tribunale di Cuneo), *Le misure di prevenzione patrimoniali. L'esperienza applicativa*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, Bari, 1997, 309, il quale specifica che, richiedendo come unico requisito la sproporzione si tenta di reagire ad una "sempre più massiccia allegazione dell'evasione fiscale prospettata in sede di difesa di merito".

²⁸²⁾ Cass., 28 marzo 2002, Ferrara e altri, in *Cass. pen.* 2003, 605; Cass. 23-6-2004, Palumbo, *ivi* 2005, 2704; Cass. 16 gennaio 2007, n. 5234, L.e altro, in *Guida al dir.* 2007, 1067; *contra* si evidenzia che la norma non richiede la dimostrazione del carattere sproporzionato e dell'illecita origine di ogni singolo bene, ma in maniera più generica la dizione "frutto di attività illecite o reimpiego" lascia intendere che i beni possono provenire da qualunque attività illecita, e non necessariamente dal reato di cui all'art. 416 *bis*, Cass., 23 gennaio 2007, 7 febbraio 2007, C.G., in *Il Fisco* 2007, 6804; Cass. 13 giugno 2006, n. 24778, C.A., N.-L.V., N.-G.M.S., N., L.M., N.; Cass., 16 febbraio 2006, n. 7616, C.A., P.R.A., P.S.C., CA.DO., R.R., CA.AN., C.D., in *Juris data online*, 9 - 10; Cass. 6-7-2004, in *Il Fisco* 2005, f. 1, 1320; Cass. 5 maggio 1999, Sannino, in *Cass. pen.* 2000, 1051; Cass. 22 marzo 1999, Riela, in *Cass. pen.* 2000, 1778; Cass. 12 gennaio 1999, Cilenti, in *Ced. Cass.* n. 213080; Cass., 26 novembre 1998, Bommarito, in *Cass. pen.* 1999, n. 1131; Cass., 20 novembre 1998, Iorio e altri, n. 5760, in *Cass. pen.* 1999, 3238; Cass., 26 gennaio 1998, Corsa, in *Cass. pen.* 1998, n. 1133, 2012; Cass., 23 gennaio 1998, Bonanno, in *Ced. Cass.*, rv. 210834; Cass. 2 luglio 1998, Arcuri, in *Ced. Cass.*, rv. 211329; Cass., 22 febbraio 1996, n. 148 (15 gennaio 1996), Anzelmo, in *Riv. pen.* 1996, 1153; Cass., 7 dicembre 1993, Ciancimino, in *Riv. pen.* 1994, 1304; Cass., 5 febbraio 1990, Montalto, in *Cass. pen.* 1990, 812; Cass., 17 novembre 1989, Nuvoletta ed altri, in *Giust. pen.* 1991, c.p. 354; Cass., 19 settembre 1989, Inchiappa, in *Ced. Cass.*, rv. 179305; Cass., 16 febbraio 1987, Cirillo, in *Cass. pen.* 1988, 926; Cass., 10 marzo 1986, Mazzagatti, in *Riv. pen.* 1987, m. 180; cfr. in particolare Cass., 4 gennaio 1985, Pipitone, in *Cass. pen.* 1986, 378, dove addirittura si estende l'ambito di applicazione della misura in esame non solo ai beni frutto di attività illecite o che ne costituiscono il reimpiego, ma anche ai beni che "siano serviti o siano stati destinati al potenziamento dell'attività criminosa".

Tale orientamento si pone in conformità alla disciplina della decisione quadro 2005/212 GAI che, nel prevedere poteri estesi di confisca, richiede insieme all'accertamento del valore sproporzionato del bene, che un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, sia pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata; si ricordi, tra l'altro, che, in base al principio della prevalenza del diritto comunitario, il giudice nazionale dovrebbe interpretare il diritto interno in conformità al diritto comunitario, comprese le decisioni quadro ⁽²⁸³⁾.

Nell'ordinamento statunitense e australiano, la disciplina del *civil forfeiture* nel colpire le cose connesse al reato presso terzi non distingue se si tratta di strumenti del reato (forma di confisca che assume un carattere punitivo se non si tratta di cose in sé pericolose), da una parte, o di profitto, dall'altra. Nel primo, inoltre, si consente l'applicazione della *relation back doctrine*, in base alla quale il bene diventa proprietà dello Stato sin dal momento della commissione dell'illecito e, quindi, il titolo dello Stato sui beni prevale su quello derivante da ogni altro successivo acquisto o trasferimento ⁽²⁸⁴⁾. O, ancora, è possibile confiscare un bene presso terzi considerando l'ordine di confisca un *atto ablatorio a titolo originario*, che trasferisce la proprietà

²⁸³⁾ Cfr. FONDAROLI, *op. cit.*, 126. In relazione al principio di interpretazione conforme anche in relazione alle decisioni quadro cfr. Corte di Giust., 16 giugno 2005, Pupino, in *Dir. pen. proc.* 2005, 1178.

²⁸⁴⁾ Cfr. NKECHI TAIFA, *Civil forfeiture vs. civil liberties*, in Atti del Simposio: *What price civil Forfeiture? Constitutional Implications and Reform Initiatives?*, *New York Law School*, 5 marzo 1994, *op. cit.*, 113; REED, *The Defense Case for RICO Reform*, in *Va. L. Rev.* 1990, vol. I, 756; *contra United States V. Parcel of Land -92 Buena Vista Avenue*, 113 S. Ct. 1126, Nà. 91-781, 24 febbraio 1993, in *The Criminal Law Reporter*, 24 febbraio 1993, vol. 52, n. 20, 2231, e in *Money Laundering. Asset Forfeiture and International Financial Crimes*, IV, *op. cit.*, Release 93-2, July 1993, in tale sentenza si afferma che tale teoria non fa acquisire la proprietà del bene allo Stato prima dell'emanazione del provvedimento di confisca - particolarmente interessante è il dibattito esposto nella sentenza su tale questione, comprese le opinioni contrastanti dei giudici -; precedentemente all'emanazione del CFA il settimo circuito aveva negato l'applicabilità di tale teoria a *in personam forfeitures*, cfr. *United States v. Alexander*, 741 F.2d 962, 968 (7th Cir. 1984); REED, *The Defense Case*, *op. cit.*, 757 e giurisprudenza *ivi* citata; FORD, *op. cit.*, 1408. In argomento cfr. JPOLLER, *Government forfeiture of collateral: mortgages and the innocent lien holder defense*, in *Banking Law Journal*, 534.

del bene in capo allo Stato, come avverrebbe, in base ad una certa interpretazione giurisprudenziale, in relazione alla confisca *ex art. 2 ter l. 575/65* o, sempre in relazione a tale forma di confisca, attraverso una *presunzione semplice di disponibilità* del bene da parte dell'indiziato se il terzo sia il coniuge, il figlio od il convivente nell'ultimo quinquennio, o attraverso il capovolgimento del generale principio civilistico per cui la buona fede dei terzi è presunta (art. 1147 c.c.) ⁽²⁸⁵⁾.

Tale modello di confisca, fondato su un procedimento amministrativo o civile contro la proprietà contaminata, con standard della prova civilistico o indiziario, presenta chiaramente il vantaggio di non essere subordinato agli esiti di un processo penale, di accontentarsi di un più basso standard probatorio, ma soprattutto di consentire l'applicazione della confisca in un procedimento più celere e snello, senza le garanzie del penale. In tale ipotesi si dovrà verificare, allora, non solo se la previsione della sanzione patrimoniale come misura non penale costituisca una sostanziale frode delle etichette, in violazione dei principi garantistici del diritto penale (dal principio di legalità al principio di colpevolezza), ma anche se la previsione di un autonomo procedimento amministrativo punitivo per lo stesso fatto che magari è già oggetto di un giudizio penale, non rappresenti una violazione del principio del *ne bis in idem*. Alla luce dell'esperienza straniera emerge, inoltre, l'esigenza di sottolineare che in tali procedimenti non penali occorre garantire la possibilità al proprietario del bene di opporsi al provvedimento e di far valere i propri diritti, e, quindi di assicurare un'adeguata giurisdizionalizzazione anche di questi c.d. procedimenti *in rem*; così evitando quelle esasperazioni conosciute nella prassi statunitense o australiana nell'applicazione del *civil forfeiture* con un procedimento sommario.

Il movimento di opinione per la riforma della disciplina del *civil forfeiture* nordamericano, il *FEAR* che da anni denuncia gli abusi nell'utilizzo di tale strumento sanzionatorio, giudica anche la riforma in materia del 2000 insoddisfacente e mistificatoria in molti aspetti ⁽²⁸⁶⁾ o, comunque, la dottrina ritiene che la riforma, da una parte, non

²⁸⁵⁾ Cass. sez. un., 28 aprile 1999, Baccherotti, in *Foro it.* 1999, II, c. 580, relativa alla confisca *ex art. 644 c.p.*

²⁸⁶⁾ Cfr. il sito del movimento FEAR, <http://www.fear.org/html>.

ha eliminato quegli incentivi economici che incoraggiano gli abusi nell'applicazione di tale sanzione da parte delle autorità governative (la possibilità per le agenzie investigative di trattenere i beni confiscati), e, dall'altra parte, non ha eliminato quella teoria che legittima la confisca della proprietà "contaminata" in base ad una sorta di responsabilità oggettiva del proprietario, teoria che rappresenta un pericolo in un ordinamento democratico⁽²⁸⁷⁾. In ogni caso, il modello in esame presenta lo svantaggio di non consentire all'autorità procedente di fruire dei mezzi investigativi della processo penale (con particolare riferimento ai poteri del *grand jury* e alla possibilità di procedere a forme di sorveglianza elettronica, e, soprattutto, a intercettazioni telefoniche)⁽²⁸⁸⁾.

Nell'ordinamento statunitense, inoltre, è stata messa in dubbio la compatibilità con l'ottavo emendamento del *civil forfeiture*⁽²⁸⁹⁾. Nonostante i tentativi del *Department of Justice* di impedire l'applicazione del principio di proporzione al *forfeiture*, sia esso *criminal* o *civil*⁽²⁹⁰⁾, la Su-

²⁸⁷⁾ Cfr. HADAWAY, *Executive Privateers: A Discussion on Why the Civil Asset Forfeiture Reform Act Will Not Significantly Reform the Practice of Forfeiture*, in 55 *Univ. Of Miami Law Rev.*, October 2000, 114 ss.; KRZYSZEK, *op. cit.*, 677; LOUGHLIN, *op. cit.*

²⁸⁸⁾ Cfr. MAVEAL, *The unemployed criminal Alternative in the civil war of drug forfeitures*, in *Am. Cr. L. R.* 92-93, *The unemployed criminal Alternative in the civil war of drug forfeitures*, in *Am. Cr. L. R.* 92-93, pp. 57 - 62 - 72 ss., il quale sottolinea come il *grand jury* è spesso "il mezzo migliore per scoprire tutto delle sostanze illegali dell'imputato e conseguire successi nel rimuovere le basi economiche dei trafficanti di droga".

²⁸⁹⁾ Cfr. ampiamente in materia MAUGERI, *op. cit.*, 714 ss.; da ultimo FORD, *op. cit.*, 1371 ss. La Suprema Corte, in particolare, nel caso *Austin v. United States*, 113 S. Ct. 2801, 2815 (1993), ha sancito che dall'esame del testo e della storia dell'ottavo emendamento emerge come non se ne può escludere l'applicazione ai procedimenti civili.

²⁹⁰⁾ Nel gennaio del 1994 il DJ ha inserito nel suo memorandum per l'*Asset Forfeiture Office, Criminal Division*, una sorta di guida per garantire uniformità di giudizio nella valutazione della conformità del *forfeiture* al *Excessive Fines Clause*, in cui si dà rilevanza solo al carattere strumentale del bene al crimine, indipendentemente da qualunque valutazione della gravità del reato o della colpevolezza dell'agente: il proprietario negligente è trattato come il colpevole. In particolare si è stabilito che "solo in casi rari e assolutamente estremi si dovrà ritenere che un *forfeiture* violi l' *Excessive Fines Clause* " (p. 60); si dovrà pretendere di mitigare gli effetti di una confisca solo laddove essi scioccherebbero la coscienza (p. 40). *Contra* SMITH, *Civil Forfeiture, Part. I, op. cit.*, § 12.11 — 12-86. Come si afferma in una sentenza successiva,

prema Corte degli Stati Uniti nella sentenza pronunciata nel celebre caso *Bajakajian's*, ha solennemente affermato che per valutare il carattere eccessivo di una sanzione occorre valutarne la conformità al principio di proporzione; precisando che questo vale sia in relazione ai *criminal* che ai *civil forfeitures* aventi carattere punitivo, che rappresentano delle "pene pecuniarie" ai fini del *Excessive Fines Clause* ⁽²⁹¹⁾. La dottrina evidenzia positivamente come l'interpretazione del principio di proporzione offerta da parte della maggioranza dei giudici impedisce l'applicazione di sanzioni sproporzionate per perseguire finalità generalpreventive (come proposto dai giudici dissenzienti); l'utile collettivo, infatti, non giustifica il sacrificio dei diritti dell'individuo. Una simile interpretazione assume un significato fondamentale ai fini dell'applicazione dell'*Excessive Fines Clause* al *forfeiture*, impedendo, ad esempio, che venga confiscata la casa del complice che abbia fornito a "peripheral participation" o rivestito un "minor role" nella consumazione del traffico di stupefacenti, oppure la confisca della proprietà del terzo innocente ⁽²⁹²⁾. Anche in questa sentenza, però, pur avendo rag-

gli Stati Uniti vogliono a tutti i costi impedire di adottare il principio di proporzione come criterio di controllo del carattere eccessivo di una sanzione, *United States v. One Parcel of Real Property at 461 Shelby County Rd.*, 857 F. Supp. 935, 937 (Northern District Alabama 1994).

²⁹¹⁾ *United States v. Bajakajian's*, 118 S. Ct., 2039, 141 L. Ed. 2d 314 (1998). Nel processo in questione, il Governo cerca di sottrarre il *civil forfeiture* al principio di proporzione affermando che le tradizionali forme di *civil forfeiture* non sono sottoponibili al principio in esame; anche se non è chiaro quali siano tali tradizionali forme di *civil forfeiture* —probabilmente le *Customs forfeitures* e cioè la confisca degli strumenti del contrabbando. La Corte, in ogni caso, contrappone a tale concetto di *traditional civil forfeitures* il concetto di moderne *civil forfeitures* che sono considerate pene pecuniarie ai fini dell'ottavo emendamento anche se sono punitive solo in parte, purchè non perseguano un mero scopo compensativo; in tale direzione SMITH, *Civil Forfeiture*, *op. cit.*, § 12.11 — 12-75; ampiamente su tale sentenza cfr. ID., *Criminal Forfeiture*, *op. cit.*, § 13.05 — 13-88.1 ss.; JOHNSON, *Purging the cruel and unusual: the autonomous excessive fines clause and desert-based constitutional limits on forfeiture after United States v. Bajakajian*, in *Univ. of Illinois Law Rev* 2000, 478 ss.; VAN CLEAVE, *op. cit.*, 250 ss.; LOUGHLIN, *op. cit.*, il quale ritiene che la sentenza ha finito per riconoscere che la punizione riguarda il proprietario e non la cosa.

²⁹²⁾ Così JOHNSON, *op. cit.*, 494 ss., il quale contesta, però, alla sentenza in esame di non aver valorizzato la distinzione tra l'*Excessive Fines Clause*, relativa a sanzioni pecuniarie o contro il patrimonio, e il *Cruel and Unusual Punishments Clause*.

giunto il positivo risultato di *imporre l'applicazione del principio di proporzione in materia*, si accoglie il c.d. *gross disproportionality standard* ⁽²⁹³⁾ e non si forniscono dei criteri per accertare la conformità della confisca al principio di proporzione ⁽²⁹⁴⁾.

In accoglimento degli auspici della dottrina ⁽²⁹⁵⁾, il *Forfeiture Reform Act 2000* è intervenuto in materia con il § 983 che, in un'apposita subsezione intitolata (g) *Proportionality*, prevede che il proprietario può proporre una petizione alla corte affinché accerti se il *forfeiture* è eccessivo; a tal fine la corte deve confrontare il *forfeiture* alla gravità del reato; il reclamante ha l'onere di dimostrare che il *forfeiture* è notevolmente sproporzionato (*grossly disproportional*) in base allo *standard* della prova civilistico, in un'udienza dinanzi alla Corte senza giuria ⁽²⁹⁶⁾. Se la Corte ritiene che la confisca è notevolmente sproporzionata, può diminuire l'ammontare da confiscare o può escludere l'applicazione del *forfeiture*, nella maniera necessaria ad impedire la violazione dell'*Excessive Fines Clause* dell'ottavo emendamento.

Con tale riforma, allora, si ha il solenne riconoscimento che non solo l'*Excessive Fines Clause* dell'ottavo emendamento si applica al *civil forfeiture*, finendo per ammettere implicitamente il carattere punitivo di tale sanzione, ma che tale principio comporta una valutazione di conformità al principio di proporzione, e cioè il raffronto tra la gravità del reato e la severità del *forfeiture*. Anche il legislatore, però, come già la Suprema Corte nelle sentenze *Austin* e *Bajakian*, non fornisce dei precisi parametri per valutare il carattere gravemente sproporzionato del *forfeiture* e per delimitare, quindi, la discrezionalità della polizia, dei pubblici ministeri e delle corti nell'applicazione della confisca; la dottrina denuncia, infatti, come nella prassi la polizia proceda al sequestro di tutto ciò che è disponibile, e la riforma si è limitata a codificare quanto già previsto da certa giurisprudenza, lasciando all'imputato

²⁹³⁾ Cfr. JOHNSON, *op. cit.*, 483 ss. – 498 ss.

²⁹⁴⁾ Sulla giurisprudenza successiva alla sentenza *United States v. Bajakajian's*, cfr. SMITH, *Civil Forfeiture, op. cit.*, § 12.11 — 12.75 ss.

²⁹⁵⁾ Cfr. POLLOCK, *op. cit.*, 485.

²⁹⁶⁾ KRZYSZEK, *op. cit.*, 684, propone l'introduzione della giuria in simili giudizi.

l'onere di dimostrare il carattere sproporzionato della confisca²⁹⁷⁾. Rimangono, allora, validi i tentativi della giurisprudenza (ad esempio nel caso *Zumirez Drive*²⁹⁸⁾ e nel caso *Bieri II*²⁹⁹⁾) e della dottrina di fornire più precisi parametri in materia³⁰⁰⁾.

Va segnalato, infine, come al di là dei dubbi sollevati sulla costituzionalità del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha considerato sufficientemente giurisdizionalizzato il procedimento volto all'applicazione delle misure preventive (l. 575/65), che garantisce i diritti della difesa in tre gradi di giudizio, con argomentazioni coincidenti con quelle sopra esaminate in relazione al modello di confisca fondato sulle presunzioni³⁰¹⁾.

La dottrina, poi, propone di abbandonare le misure di prevenzione personale e di rendere il procedimento di prevenzione patri-

²⁹⁷⁾ *Ibidem*, 677 – 678 – 684.

²⁹⁸⁾ Considerato da SPENCER, *Auspices of Austin: Examining excessiveness of civil forfeitures under the eight amendment*, in *Am. Crim. L. Rev.* 1997, 177 ss., un test misto tra l'*instrumentality test* e il *proportionality test*; U.S. District Court for the Central District of California, 11 febbraio 1994, *United States v. 6625 Zumirez Drive*, in *54 CrL* 1994, 1567.

²⁹⁹⁾ Cfr. *Bieri II*, 68 F.3d, 236 - 237; in *Hall Street III*, 784 F.3d, 1170, si rinuncia ad enucleare dei criteri generali.

³⁰⁰⁾ Cfr. ampiamente GIFFUNI, *op. cit.*, 525 ss., il quale propone un test fondato sulle indicazioni della sentenza *Austin v. United States*, 113 S. Ct. 2801, 2815 (1993).

³⁰¹⁾ Commission Eur., 15 aprile 1991, Marandino, no. 12386/86, in *Decisions et Rapports (DR)* 70, 78; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 22 febbraio 1994, Raimondo v. Italy, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1994, Série A vol. 281,7 e in *European Human Rights Reports* 1994, vol. 18, III, 237; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 22 febbraio 1989, Ciulla c. Italie, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1989, Série A vol. 148, 17; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 6 novembre 1980, Guzzardi c. Italie, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1980, Série A vol. 39, 37; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 marzo 2003, Madonia c. Italia, n°. 55927/00, in www.coe.it, 4; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 20 giugno 2002, Andersson c. Italia, n°. 55504/00, in www.coe.it, 4; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 5 luglio 2001, Arcuri e tre altri c. Italia, n°. 52024/99, in www.coe.it, 5; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 4 settembre 2001, Riela c. Italia, n°. 52439/99, in www.coe.it, 6; Corte eur. dei dir. dell'uomo, Bocellari e Rizza c. Italia, n°. 399/02, in www.coe.it, 8.

moniale autonomo da quello personale ⁽³⁰²⁾; in quest'ultima direzione si indirizza il Progetto per la ricognizione e il riordino della normativa di contrasto della criminalità organizzata elaborato dalla Commissione presieduta dal Professore Fiandaca, presentato nel marzo del 2001 al Ministro della giustizia (in versione non definitiva) ⁽³⁰³⁾ e lo schema di disegno di legge recante “*Misure di contrasto alla criminalità organizzata. Delega al governo per l’emanazione di un testo unico delle disposizioni in materia di misure di prevenzione. Disposizioni in materia di ordinamento giudiziario e patrocinio a spese dello Stato*”, presentato nel 2007.

La coscienza della necessità di concentrare la lotta contro la criminalità organizzata su tale aspetto patrimoniale e allo stesso tempo di conciliare l'efficienza con le garanzie fondamentali, induce, per contro, altra parte della dottrina a proporre di trasformare il procedimento preventivo di carattere patrimoniale in un processo penale patrimoniale, autonomo da quello di carattere personale, ma fornito di tutte le guarentigie di quello ⁽³⁰⁴⁾.

8. *Dalla confisca dei beni di presunta origine illecita alla confisca dei beni di presunta destinazione illecita nell'ordinamento italiano.*— Dopo aver esaminato i diversi modelli di confisca allargata presenti nel panorama internazionale e aver esaminato come le forme di confisca allargata conosciute nell'ordinamento italiano siano riconducibili al modello fondato sulla presunzione dell'origine illecita dei beni, con una certa tendenza della confisca antimafia verso il modello dell'*actio in rem*, sembra interessante mettere in evidenza come nella prassi giurisprudenziale la confisca dei beni di *presunta origine illecita* tende a trasformarsi nella confisca dei beni *destinati ad uno scopo illecito*.

Si deve osservare a tal proposito che in relazione alle persone giuridiche si configurano due tipi di approccio del legislatore moder-

³⁰²⁾ Da ultimo VIOLANTE, *Conclusioni*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, op. cit., 490.

³⁰³⁾ MAUGERI, op. cit., 383 – 432.

³⁰⁴⁾ GIALANELLA, *I patrimoni di mafia*, op. cit., 189 ss.; cfr. MAUGERI, op. cit., 883 ss.; ID., *La lotta contro l'accumulo*, op. cit., 585 ss. *Contra* propone l'introduzione di un procedimento patrimoniale di carattere civile sul modello irlandese SAVONA, “*L'uso delle sanzioni patrimoniali contro le organizzazioni criminali*”, op. cit., 130 – 131.

no ai fini dell'applicazione della confisca: da una parte in alcuni ordinamenti ci si limita a consentire l'applicazione delle tipologie di confisca previste contro le persone fisiche anche in relazione alle persone giuridiche, in quanto siano ad esse confluiti dei proventi illeciti; dall'altra parte, invece, si configurano delle tipologie di confisca volte ad aggredire le attività imprenditoriali in qualche modo contaminate, indipendentemente da quale sia l'origine del patrimonio o la porzione degli interessi di origine illecita.

Questi due tipi di approccio si intersecano nella disciplina della confisca antimafia *ex art. 2 ter l. 575/65*. Questa forma di confisca, infatti, non si limita a sottrarre il profitto del reato, ma piuttosto rappresenta uno strumento di lotta contro l'infiltrazione criminale nell'economia ⁽³⁰⁵⁾. Si deve ricordare che le forme di confisca allargata previste nel nostro ordinamento, *art. 2 ter l. 575/65* e *art. 12 sexies l. 356/92*, non possono essere applicate direttamente nei confronti delle persone giuridiche, e, in ogni caso, consentono l'ablazione solo delle singole quote societarie di cui dispone l'indiziato (in seguito all'emanazione del d. legisl. 88/1993 è consentita la costituzione di società a responsabilità limitata con un unico socio; in questo caso è consentito illimitatamente il sequestro e la confisca dei beni dell'unico quotista), in linea con il primo tipo di approccio individuato. In realtà, però, anche in relazione a tali forme di confisca la prassi giurisprudenziale tende talora ad adottare il secondo approccio.

Si deve evidenziare, infatti, che la formula adottata dall'*art. 2 ter l. 575/65* per descrivere l'oggetto della confisca, e cioè proventi che siano il frutto o il reimpiego di attività illecite, consentirebbe di colpire le quote societarie sia quando il capitale investito nell'attività societaria sia di illecita provenienza, sia nell'ipotesi in cui la stessa attività sia esercitata con metodi penalmente illeciti ⁽³⁰⁶⁾; in tal modo, pur trattandosi di una forma di confisca che dovrebbe colpire solo dei beni di

³⁰⁵⁾ Si veda in argomento FUMU, *L. 19/3/1990 n.55 - Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di criminalità - Commento articolo 1*, in *Leg. pen.* 1991, 387 ss. e CURI, *L. 19/3/1990 n.55 - Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di criminalità, Commento art. 2*, in *Leg. pen.* 1991, 394 ss.

³⁰⁶⁾ Cfr. FALLONE, *op. cit.*, 601; MAUGERI, *op. cit.*, 578 ss.

origine illecita che siano nella disponibilità del soggetto proposto, con tale disciplina si consente, per lo meno secondo l'interpretazione di una certa giurisprudenza, *di colpire delle intere attività economiche contaminate, indipendentemente dall'origine illecita del patrimonio*. Ciò, si afferma in giurisprudenza, “non significa disconoscere l'insegnamento della Suprema Corte secondo cui la confisca non può aggredire indiscriminatamente tutto il patrimonio del proposto, bensì deve riguardare sempre singoli beni rispetto ai quali siano individuabili le ragioni dell'illegittima provenienza; ma vuol dire solamente prendere atto che siffatta impostazione, quando si è di fronte ad una realtà produttiva nel suo complesso e dinamico operare, non può che riferirsi all'intera azienda”⁽³⁰⁷⁾.

Contro tale orientamento, la stessa Suprema Corte ha sottolineato che nel caso in cui il reimpiego di denaro avvenga mediante addizioni, trasformazioni o miglioramenti di beni già nella lecita disponibilità, esigenze di rispetto del principio di proporzione e del diritto di proprietà, *ex art. 42 Cost.*, imporrebbero, di restringere l'ambito di applicazione della confisca alla quota ideale del bene, rapportata al maggiore valore assunto per effetto del reimpiego dei profitti illeciti, e valutata al momento della confisca⁽³⁰⁸⁾. La Suprema Corte, infatti, ha affermato la compatibilità dell'art. 2 *ter* con l'art. 42 della Costituzione, in quanto vi sia stretta corrispondenza tra l'oggetto della confisca e l'entità patrimoniale corrispondente alla misura dell'illecito arricchimento⁽³⁰⁹⁾; l'oggetto del sequestro deve essere proporzionale all'incremento patrimoniale ingiustificato⁽³¹⁰⁾. L'interpretazione del requisito della sproporzione più garantista, fornito dalla più recente giurisprudenza, si pone in tale direzione. In particolare si specifica che “*poiché il reimpiego avviene mediante addizioni, accrescimenti, trasformazioni o miglioramenti dei beni già nella legittima disponibilità del soggetto, l'effetto ablativo deve essere limitato al valore del bene*

³⁰⁷⁾ Trib. Palermo, decreto 3 giugno 1999, *Soc. Sicilconcrete S.r.l.*

³⁰⁸⁾ Cfr. Cass. 2 marzo 1999, Morabito, in *Ced Cass.*, rv. 214781, e in *Foro it. rep.* 2000, voce Misure di prevenzione, n. 7; Cass., 24 gennaio 1995, Laudani, in *Cass. pen.* 1996, n. 544, 922; CASSANO, *Misure di prevenzione patrimoniali*, *op. cit.*, 53 – 54.

³⁰⁹⁾ Cass. 24-1-1995, in *Cass. pen.* 1996, 922.

³¹⁰⁾ Cass. 13-3-1997, in *Cass. pen.* 1998.

vo deve essere limitato al valore del bene acquisito in conseguenza del reimpiego e, cioè, all'incremento patrimoniale ingiustificato" ⁽³¹¹⁾.

Da ultimo si precisa, pure, che "è certamente corretto ritenere che, come si legge nel provvedimento impugnato, nell'impresa mafiosa, i capitali si mescolano e che le attività lecite vengono a essere inquinate dai fondi illeciti, i quali determinano la fortuna dell'impresa stessa e le consentono, ad es., di sbaragliare la concorrenza, innescando un effetto moltiplicatore dei profitti, di talché i reinvestimenti e i ricavi sono inevitabilmente frutto (anche) del contributo dei capitali illeciti; ciò tuttavia vale per i beni acquistati dopo la "colonizzazione" mafiosa dell'impresa. *Pertanto, e per venire al caso che occupa, o i C. sono nati come azienda criminosa (ma ciò non si sostiene nel provvedimento impugnato) e allora nulla quaestio, ovvero sono stati in un momento della loro esistenza aziendale inquinati da capitali mafiosi e allora occorre distinguere tra beni acquisiti prima e beni acquisiti dopo, atteso che la accertata esistenza della natura mafiosa di un'impresa, non può "coprire" anche condotte lecite preesistenti all'ingresso di soci e/o capitali mafiosi nella compagne sociale. In altre parole, 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 e cioè occorre verificare se i beni da confiscare siano entrati nella disponibilità del proposto, non già anteriormente, ma successivamente o almeno contestualmente al suo inserimento nel sodalizio criminoso (cfr. ASN 199805365 - RV 210230)*" ⁽³¹²⁾.

Si osserva, però, in dottrina realisticamente che spesso non è facile distinguere la parte illecita da quella lecita del patrimonio, ad esempio nell'ipotesi in cui siano confluiti dei capitali illeciti nella società poi utilizzati per effettuare dei pagamenti per ulteriori investimenti, che, a loro volta, provocano un incremento patrimoniale, non necessariamente proporzionale, «in un tutto indissolubilmente ed inestricabilmente connesso»; in questi casi è tutta l'azienda, intesa come un

³¹¹⁾ Cass. 28-3-2002, Ferrara, *cit.*, 611 – 612.

³¹²⁾ Cass. 23 marzo 2007, n. 18822. Corsivo aggiunto.

complesso unitario di beni e di rapporti, ad essere colpita dalle misure preventive ⁽³¹³⁾.

Dall'analisi della giurisprudenza emerge, insomma, come sia possibile confiscare anche beni acquisiti attraverso successivi passaggi e transazioni, purché l'origine (o del capitale originario o del profitto) sia sempre l'attività illecita; la misura può acquistare così una notevole incisività che meriterebbe di essere fondata sul piano probatorio su qualcosa di più di semplici indizi ⁽³¹⁴⁾.

8.1. *La sospensione dell'amministrazione dei beni ex artt. 3 quater e la confisca ex 3 quinquies.* — La tendenza a trasformare la confisca dei proventi illeciti in uno strumento di ablazione di intere attività economiche in quanto considerate contaminate, o meglio, *destinate* ad attività illecite, e quindi non per la loro origine, ma per la loro destinazione illecita, emerge in maniera più decisa nell'ordinamento attuale in relazione alla confisca ex art. 3 *quinquies*.

Si deve osservare, innanzitutto, che l'art. 3 *quater* e l'art. 3 *quinquies* della legge n. 575/65, inseriti dall'art. 24 del d.l. 306 del 1992 (convertito nella legge n. 356/92) hanno introdotto una nuova forma di sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni, di sequestro e di confisca nei confronti, stavolta, non di un indiziato di determinati reati, ma direttamente di determinate attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, in relazione alle quali sussistono sufficienti indizi per ritenere che il loro esercizio "sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'art. 416 *bis* c.p. o che possa comunque agevolare l'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione di cui all'art. 2, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei

³¹³⁾ Così CASSANO, *Il sequestro dei beni nella procedura antimafia e la tutela dei creditori*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, op. cit., 272, il quale evidenzia che questa soluzione non viola il principio per cui l'accertamento della provenienza illecita va compiuto in relazione ad ogni singolo bene, in quanto, come precisato, l'azienda è concepita come un bene unitario.

³¹⁴⁾ MANGIONE, *Le misure di prevenzione patrimoniale - Profili dogmatici e di politica criminale*, Catania 1995, 66.

persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti previsti dagli art. 416 *bis*, 629, 630, 648 *bis* e 648 *ter* del codice penale e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione di cui all'art. 2".

Nell'ambito del sistema preventivo antimafia con tali disposizioni si attua un arretramento della soglia minima necessaria per dare l'avvio alle indagini, essendo sufficiente la sottoposizione di determinate attività economiche ad intimidazioni di tipo mafioso, affinché si possano richiedere ulteriori indagini e verifiche ⁽³¹⁵⁾. La logica che trapela, allora, dalle disposizioni in esame non è solo quella volta a sottrarre i beni illeciti, ma piuttosto, al fine di impedire l'infiltrazione criminale nell'economia, si è creata una misura, la sospensione temporanea, volta innanzitutto ad offrire all'impresa vittima di assoggettamento mafioso uno strumento per sottrarsi alla soggezione dell'organizzazione criminale; la confisca ex art. 3 *quinquies* dovrebbe essere applicata, poi, solo in relazione a beni di origine illecita. Sono stati evidenziati in altra sede i timori che la disposizione in esame, ricorrendo ad una tecnica di tipizzazione ambientale troppo distante dalle soglie di effettiva responsabilità penale, abbia proceduto ad un'irragionevole equiparazione tra vittima e colluso, sottoponendoli allo stesso trattamento sulla base di un giudizio di "pericolosità reale" che si fonderebbe su un fascio di relazioni ambigue e difficilmente afferrabili come quelle che sostanziano il concetto di "contiguità mafiosa", il tutto in aperto contrasto con il *principio di legalità* ⁽³¹⁶⁾.

Ciò che importa rilevare in questa sede è che le fattispecie in esame, a differenza dell'art. 2 *ter*, non colpiscono i beni nella disponibilità diretta o indiretta del prevenuto, ma i *beni-mezzo* che si innestano in particolari rapporti con gli scopi dell'associazione mafiosa, prescindendo da una loro collocazione nella sfera di disponibilità del so-

³¹⁵) CURI, *Le misure di prevenzione: profili sostanziali*, in CORSO-INSOLERA-STORTONI, *Mafia e criminalità organizzata*, in *Giurisprudenza sistematica* a cura di BRICOLA-ZAGREBELSKY, Torino 1995, 223. Cfr. Tribunale Reggio Calabria, 5 ottobre 2007, in *dejure.giuffre.it*.

³¹⁶) Così MANGIONE, *La "contiguità" alla mafia fra "prevenzione" e "repressione": tecniche normative e categorie dommatiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1996, 705; cfr. ACQUAROLI, *Confisca e tassazione*, *op. cit.*, 176.

cium sceleris ⁽³¹⁷⁾; le norme non richiedono l'esistenza di un rapporto di interposizione fittizia tra il terzo ed il proposto, come avviene nell'art. 2 *ter*, in quanto non presuppongono un proposto, ma si limitano a richiedere «sufficienti indizi per ritenere che l'esercizio di determinate attività economiche... possa comunque agevolare (ad esempio riciclaggio) l'attività delle persone affiliate al clan» e così via via ⁽³¹⁸⁾). Si è così eliminato uno dei principali ostacoli all'individuazione dei patrimoni di illecita provenienza e all'applicazione della confisca, e cioè la difficoltà connessa alla dimostrazione dell'effettivo rapporto esistente tra il prestanome e la persona per conto della quale il prestanome detiene ⁽³¹⁹⁾. Laddove sussistono gli indizi del rapporto di agevolazione, il tribunale può imporre l'obbligo in capo ai titolari del patrimonio oggetto di accertamento, e quindi in capo ai singoli soci, la cui quota abbia un valore sproporzionato al proprio reddito e capacità economica, di giustificarne la legittima provenienza ⁽³²⁰⁾. «*E va aggiunto come sia ormai consolidata l'interpretazione (invero imposta dal chiarissimo tenore letterale della norma) per cui le attività agevolate alle quali fa riferimento il dettato normativo possono avere anche carattere interamente lecito. Ed anzi può dirsi come questo sia uno dei presupposti della norma, perché se l'impresa fosse caratterizzata in sé dalla pregnante infiltrazione mafiosa capace di orientarne direttamente le scelte e gli obiettivi, lo strumento di contrasto sarebbe quello previsto dagli artt. 2 bis e ter. Sebbene sia stato sostenuto che occorrerebbe una relazione funzionale dell'attività dell'agevolante ad attività illecite (agevolate), tuttavia tale colle-*

³¹⁷⁾ DI CHIARA, *Commento all'art. 24 D.L. 8/6/1992 n. 306*, in *Leg. pen.* 1993, 241.

³¹⁸⁾ Tribunale Reggio Calabria, 5 ottobre 2007, in *dejure.giuffre.it*: «*Per ciò, i beni oggetto dei provvedimenti ex artt. 3 quater e 3 quinquies sono solamente quelli che non rientrano nella disponibilità, diretta o indiretta, dell'agevolato, giacché, laddove vi rientrassero, sarebbero sottoposti in via immediata alla confisca di cui all'art. 2 ter. Proprio per tale ragione deve ritenersi che le misure descritte agli artt. 3 quater e 3 quinquies L. n. 575/65 siano rivolte esclusivamente ai beni rientranti nella effettiva titolarità del terzo esercente l'attività economica agevolatrice*». Cfr. FALLONE, *op. cit.*, 631; sul contenuto concreto da attribuire al "contributo agevolatore" cfr. MANGIONE, *Le misure di prevenzione patrimoniale*, 1995, *op. cit.*, 105 - 106, il quale addirittura propone di qualificare le "attività" agevolate ex art. 3 *quater* alla stregua delle condotte tipizzate nelle segnalate fattispecie incriminatrici, cioè artt. 416 *bis*, 629, 630, 648 *bis* e 648 *ter* c.p.

³¹⁹⁾ FALLONE, *op. cit.*, c. 631.

³²⁰⁾ *Ibidem*, c. 632.

gamento non è necessario e non è imposto dalla norma, perché ciò presupporrebbe la prova, per lo meno indiziaria, del carattere illecito dell'attività agevolata, la quale invece non è richiesta ai fini dell'adozione del provvedimento di sospensione dall'amministrazione, essendo sufficiente che l'agevolato sia anche solo proposto per una misura preventiva personale e che quindi siano forniti indizi solo della sua generica pericolosità sociale.» ⁽³²¹⁾.

In tal modo le norme in esame offrono il vantaggio, nel caso di società con una pluralità di titolari in relazione ai quali sussistono gli estremi per l'applicazione delle misure preventive, di non dover iniziare tanti procedimenti preventivi quanti sono i titolari, essendo sufficiente esperire un unico procedimento nei confronti della stessa società unitariamente considerata. Le fattispecie in esame, addirittura, non richiedono necessariamente che il soggetto *agevolato* sia sottoposto ad una misura di prevenzione personale, essendo sufficiente che sussista la mera proposta di applicazione della misura personale o la mera sottoposizione del soggetto medesimo ad un procedimento penale ⁽³²²⁾.

«Il legislatore ha inteso creare una sorta di cordone di sicurezza attorno ai soggetti appartenenti ad organizzazioni criminali mafiose così da essiccare alla radice le fonti di approvvigionamento... » ⁽³²³⁾. Sembra profilarsi, quindi, un provvedimento *in rem* e non *in personam* consolidandosi quella logica, che già trapela dalla confisca *ex art. 2 ter* in base alla quale vengono colpiti i patrimoni in qualche modo connessi con attività criminali, indipendentemente dall'accertamento delle responsabilità dei proprietari; come affermato in giurisprudenza “La principale novità di siffatti strumenti è, per ciò, rappresentata dalla interruzione del collegamento necessario ed inscindibile tra la misura patrimoniale e quella per-

³²¹⁾ Tribunale Reggio Calabria, 5 ottobre 2007, in *dejure.giuffre.it*:

³²²⁾ Cfr. GAROFOLI, *Costituzione economica, trasformazioni in atto del modello economico e tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali — Teoria e prassi applicativa*, op. cit., 75. Cfr. in termini giustamente critici circa l'aggancio della responsabilità penale a tale presupposto “lontano dall'assumere quel livello di certezza ed affidabilità che dovrebbe essere il requisito minimo di ogni componente del fatto tipico”, MANGIONE, *Le misure di prevenzione patrimoniale*, 2000, op. cit., 437.

³²³⁾ GIGLIO, *Strategia antiriciclaggio e norme di condotta per gli intermediari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1999, 937.

sonale”⁽³²⁴⁾. In tale direzione la giurisprudenza ha individuato lo scopo della normativa in esame nell’urgente necessità di «frenare, un fenomeno ben noto da tempo e derivante dall’esigenza delle associazioni mafiose di riciclare le consistenti disponibilità finanziarie provenienti dalle attività illecite alle quali esse sono dedite. Laddove, infatti, l’accumulazione criminale è tale da superare le necessità di reinvestimento nel medesimo settore, aumenta il travaso di risorse finanziarie verso i comparti legali dell’economia»; e quest’infiltrazione della criminalità nell’economia lecita può avvenire in maniera diretta o indiretta, nel senso di «ritenere preferibile, se non altro per le garanzie di anonimato che ne derivano, introdursi nelle attività economiche attraverso imprese individuali o società già operanti, la cui autonomia gestionale viene condizionata con i sistemi tipici di siffatte associazioni»⁽³²⁵⁾. Con le fattispecie in esame, si precisa ancora, prevedendo la confiscabilità, in pregiudizio di soggetti estranei all’organizzazione criminale, di beni che si ha motivo di ritenere essere provenienti da attività illecite, si è aderito a «quella giurisprudenza la quale ha ravvisato nei beni aventi la detta origine uno strumento di sviluppo dell’organizzazione mafiosa o di taluni dei suoi membri e, quindi, una pericolosità intrinseca (v. C 5-8-1992, n. 2186) che determina una sorta di utilità pubblica all’espropriazione di essi ed alla restituzione alla collettività di quanto è stato ad essa sottratto e mascherato in forma di attività lecita (in tal senso, C 7-5-1993, n. 704). Peraltro, che il legislatore abbia fatto propria tale opinione, sembra essere confermato dalla stessa formulazione dell’art. 3 *quater*, dato che essa risulta strutturata con riferimento più all’esercizio di un’attività avente di per sé connotazioni agevolatrici, che alla condotta dei soggetti cui essa fa capo»⁽³²⁶⁾. Si è così «avallato il nuovo indirizzo normativo che ha ormai eliminato il principio della necessità dello stretto collegamento tra la cosa ritenuta pericolosa e la persona che deve subire il provve-

³²⁴⁾ Tribunale Reggio Calabria, 5 ottobre 2007, in *dejure.giuffre.it*.

³²⁵⁾ Corte di Appello Palermo, decreto 1° ottobre 1996, Tre Noci s.r.l. ed altri, in *Cass. pen.* 1997, 2257.

³²⁶⁾ *Ibidem*, 2258 ss. Cfr. Tribunale Reggio Calabria, 5 ottobre 2007, in *dejure.giuffre.it*.

dimento sanzionatorio»³²⁷).

8.2. (Segue) *L'oggetto della confisca.*— Si deve evidenziare che l'ambito di applicazione della sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni *ex art. 3 quater* e l'ambito di applicazione della confisca *ex art. 3 quinquies* sono, almeno in parte, diversi, perché mentre quest'ultima può colpire solo dei beni che si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, la prima si rivolge ad attività economiche il cui libero esercizio agevoli l'attività delle persone predette, quindi non si richiede l'origine illecita di queste attività, ma è sufficiente che esse in qualche modo siano strumentali alle attività degli indiziati o imputati. La sospensione temporanea si estende, allora, anche ai beni – mezzo o comunque a qualunque attività che sia *destinata* agli scopi delle persone predette. Si sposta l'attenzione dal parametro dell'origine illecita a quello della destinazione illecita; ma, questo avviene solo ai fini della sospensione, mentre la destinazione illecita non è sufficiente ai fini della confisca, diversamente da quanto avviene, ad esempio, nell'ordinamento svizzero con la confisca contro l'organizzazione criminale *ex § 72 StGB*.

Premesso, ciò, però si deve evidenziare che nella prassi la distinzione tra le attività economiche sottoponibili alla confisca e quelle sottoponibili alla sospensione temporanea, non è sempre così netta. Anche l'art. 3 *quinquies*, infatti, si applica ai beni che rappresentano il frutto di un illecito o il reimpiego di proventi illeciti, con la conseguenza che, come accennato in relazione alla confisca *ex art. 2 ter*, qualora nell'attività economica, originariamente lecita, sia stato investito del denaro illecito, parte della giurisprudenza arriva a confiscare tutta l'attività, e lo stesso nell'ipotesi in cui pur essendo originariamente leciti i beni aziendali vengano, poi, utilizzati per scopi illeciti inquinando l'attività originariamente lecita. E in tale direzione la Suprema Corte e la giurisprudenza di merito ha affermato, addirittura, che ai sensi dell'art. 3 *quinquies* bastano «*elementi sufficienti a fare ritenere l'esistenza di un'obiettiva commistione di interessi tra attività d'impresa e attività mafiosa rife-*

³²⁷) Corte d'Appello di Catania, 21 novembre 1997, Spampinato, in *Cass. pen.* 1998, n. 1558, 2726 – 2730.

ribile ad altri soggetti» per procedere alla confisca «non dei singoli beni, quanto ovviamente di quel complesso di beni che rende possibile l'esercizio dell'attività imprenditoriale agevolatrice»⁽³²⁸⁾ (che è «il vero obiettivo di questo particolare provvedimento» il quale «stando alle autorevoli affermazioni della Corte Costituzionale – sembra avere chiari connotati repressivi e sanzionatori») così rischiando di dilatare a dismisura l'ambito applicativo della confisca in esame, addirittura nei confronti dell'impresa vittima, in quanto si ritiene che possano essere considerati illeciti i proventi di un'attività, anche originariamente lecita, ma che tale commistione abbia subito anche solamente perché direttamente o indirettamente sottoposta a condizioni di intimidazione o di assoggettamento da parte di associazioni mafiose con i metodi tipici di tali sodalizi⁽³²⁹⁾. In tale direzione la Corte di Appello Palermo ha affermato che “appare evidente che i profitti di un'attività imprenditoriale, pur se intrapresa con capitali di origine lecita, ove costituiscano il prodotto reddituale di azioni delittuose alle quali sono direttamente collegate da un rapporto di causa ed effetto, non possono essere considerati di origine lecita, così come non possono esserlo anche quei beni che dei detti utili costituiscono il reimpiego”⁽³³⁰⁾.

Tale orientamento è stato recentemente confermato ancora una volta dalla Corte di Appello di Palermo⁽³³¹⁾ e anche dal Tribunale di

³²⁸⁾ *Ibidem*, 2726.

³²⁹⁾ *Ibidem*, 2731. La dottrina sottolinea che tale forma di confisca può riguardare «la fattispecie nella quale capitali illeciti siano stati veicolati in attività economiche e/o reinvestiti in beni a queste funzionali ad opera di chi abbia prodotto tali capitali (veicolati, certo, per via di intimidazione, assoggettamento o con il consenso dell'agevolante); fattispecie nella quale, pur tuttavia, il produttore del capitale illecito non abbia più il controllo diretto (la disponibilità effettiva, dunque) dello stesso capitale (o la disponibilità concreta del bene nel quale il capitale sia stato reinvestito), avendo «scambiato» tale controllo (o tale disponibilità) contro una remunerazione garantita dall'agevolante (o dall'intimidito o assoggettato)», GIALANELLA, *Prevenzione patrimoniale e strategia dell'«actio in rem»: la pericolosità «in sé» della cosa, la sospensione provvisoria dell'amministrazione dei beni e la ricchezza «contigua»*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2001, 323; Trib. Napoli, decreto 30-11-1998, ined.; chiede la disponibilità dei beni in capo all'indiziato o imputato Trib. Bari 13-7-1992, in CASSANO, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni*, 227.

³³⁰⁾ Decreto 1° ottobre 1996, Tre Noci s.r.l. ed altri, in *Cass. pen.* 1997, 2257.

³³¹⁾ Corte di Appello Palermo, 16 luglio 2004, dep. 3 marzo 2005.

Palermo nel procedimento in danno di *Bontate* ⁽³³²⁾, precisando che «*il criterio del raffronto tra i capitali leciti e quelli illeciti utilizzati per finanziare la società potrebbe rivelarsi insufficiente, se non inutile, ai fini della determinazione dei beni da sottoporsi a confisca*» e, poi, «rilevando la difficoltà nella maggior parte dei casi di distinguere ciò che è di origine lecita da quanto, invece, avrebbe provenienza illecita, [si] tende a ravvisare una assoluta coincidenza tra l'oggetto del provvedimento di sospensione e quello del successivo provvedimento di confisca, estendendo così l'ambito di applicazione di quest'ultima misura sino a ricomprendervi anche i beni "strumentali" alla realizzazione dell'agevolazione» ⁽³³³⁾. Si finisce per non colpire più dei beni di origine illecita, ma piuttosto dei beni *macchiati* in quanto coinvolti in un'attività illecita; ciò in contrasto con la lettera della legge che parla di beni che siano «frutto... » o «reimpiego... », e con quell'orientamento giurisprudenziale, sopra esaminato, che richiede, per garantire il rispetto dell'art. 42 Cost., che il provvedimento ablativo non colpisca il bene nel suo complesso, ma sia limitato al valore del bene proporzionato al reimpiego in esso effettuato di profitti illeciti ⁽³³⁴⁾; o in contrasto con quella giurisprudenza che richiede l'accertamento dell'origine illecita con riferimento a ciascun bene ⁽³³⁵⁾.

Tale orientamento era già stato rigettato dalla Corte di Cassazione, che aveva stabilito che «*l'obiettivo commistione di interessi tra attività d'impresa e attività mafiosa*» può certamente rappresentare una forma di manifestazione dell'origine illecita dei beni, ma per procedere alla confisca rimane pur sempre la necessità che emergano «*pregnanti ed u-*

³³²⁾ decr. 14-28 novembre 2006, inedito, Centralgas S.p.a., Vigorgas serbatoi S.r.l., Ital metano S.r.l. e Gas sud S.r.l.

³³³⁾ Cfr. AIELLO, *La sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni e la successiva confisca ex artt. 3 quater e 3 quinquies l. 575/65 quali misure aventi ad oggetto i beni di pertinenza del terzo (persona fisica o giuridica) esercente l'attività agevolatrice*, in *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Atti del Convegno di Catania 19 - 20 gennaio 2007.

³³⁴⁾ Cass. 4 luglio 2007, n. 33479; Cass. 2 marzo 1999, Morabito, in *Ced Cass.*, rv. 214781, e in *Foro it. rep.* 2000, voce Misure di prevenzione, n. 7; Cass., 24 gennaio 1995, Laudani, in *Cass. pen.* 1996, n. 544, 922.

³³⁵⁾ Cass. 28 marzo 2002, Ferrara, in *Cass. pen.* 2003, 611 - 612

nivoci elementi indiziari idonei a far ritenere che quei beni siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego» ⁽³³⁶⁾.

³³⁶⁾ Cass., 8 febbraio 1999, Crimi, in *Foro it.* 1999, II, c. 626. In tale direzione Tribunale Reggio Calabria, 5 ottobre 2007, in *dejure.giuffre.it*, che contestando le conclusioni della Corte di Appello Catania (21 novembre 1997, Spampinato ed altri) (che “farebbe discendere gli effetti della confisca dalla sola sussistenza di connotazioni agevolatrici dell'attività e degli scopi criminosi dei soggetti indicati nel comma 2° dell'art. 3 *quater* L. cit.,”), in quanto quell'orientamento “non appare conforme, alla lettera dell'art. 3 *quinquies*, comma 3°, né può sostenersi, sulla base dell'attuale stato della legislazione, che l'impresa, sol perché agevolatrice di attività criminosa qualificata, diventi di per sé frutto o reimpiego di attività illecite”; si ritiene piuttosto che siano “maggiormente aderenti al testo ed alla *ratio* della norma le conclusioni cui perviene la cit. Cass. n. 1112 del 1999 che espressamente afferma il principio che per disporre la confisca è necessario che esista una chiara connessione dei beni con un'attività illecita, desumibile da “*pregnanti ed univoci elementi indiziari idonei a far ritenere che quei beni siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego*”. Da ultimo cfr. Cass., 14 giugno 2007 (29 agosto 2007), n. 33617, Pesto (236968), in *Cass. pen.* 2008, 2054, con nota di MOLINARI, *Le condizioni per la confisca dei beni dei mafiosi*: «Il sequestro, così come la sospensione temporanea dell'amministrazione, è quindi destinato a svolgere una funzione meramente cautelare, che si radica sullo specifico presupposto “del carattere per così dire ausiliario che una certa attività economica si ritiene presenti rispetto alla realizzazione degli interessi mafiosi”. La qual cosa, pur lasciando normalmente presupporre che è da escludere una situazione soggettiva di “sostanziale incolpevolezza” del soggetto colpito dal provvedimento impeditivo, sulla presunzione che lo svolgimento di una attività che presenta connotazioni agevolative della criminalità organizzata sia comunque frutto di sua scelta, non è da sola però sufficiente alla trasformazione del sequestro in confisca ex art. 3-*quinquies*, comma 2, ultima parte, della medesima legge. A norma di detta disposizione la confisca è infatti possibile solamente ove, all'esito del sequestro, emergano elementi idonei a far ritenere che quei beni “siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego”: solamente, cioè, quando “si appalesi . . . per questa via ormai realizzata una obiettiva commistione di interessi tra attività di impresa e attività mafiosa” che legittima il provvedimento ablatorio perché «gli effetti che ne saturiscono si riflettono sui beni di un soggetto certamente non estraneo nel quadro della complessiva gestione del patrimonio mafioso” (C. cost. citata). Il presupposto della confiscabilità, individuato, come occorre ripetere, nella ragionevole dimostrazione che i beni sequestrati costituiscano frutto di attività illecite o reimpiego dei proventi delle stesse, rappresenta dunque nelle ipotesi in esame, nelle quali pure il “nesso tra la misura personale e quella patrimoniale” è oltremodo allentato, quel “collegamento tra la cautela patrimoniale e l'esistenza di soggetti individuati, da ritenere pericolosi” che resta, nel sistema, la ragione delle misure di prevenzione patrimoniali (C. cost., sent. n. 335 del 1996). 2.2. Errata è di conseguenza l'afferma-

In realtà emerge che lo scopo di tali misure diventa quello di sottrarre dei beni che si ritiene siano comunque nella disponibilità dell'indiziato o, meglio, dell'organizzazione criminale.

Nel nostro ordinamento, insomma, emerge la tendenza ad utilizzare la confisca preventiva non come mero strumento di sottrazione degli illeciti profitti, ma piuttosto come strumento di sottrazione del patrimonio, *pericoloso* in quanto nella disponibilità diretta o indiretta dell'organizzazione criminale o di soggetti ad essa connessi. Tale tendenza, del resto, emerge anche nelle proposte della Commissione Fianadaca, nonché nello schema di disegno di legge per il riordino della disciplina in materia presentato nel 2007 nell'ambito del c.d. "Pacchetto sicurezza" ("*Misure di contrasto alla criminalità organizzata. Delega al governo per l'emanazione di un testo unico...*").

9. *Le prospettive di armonizzazione (il rapporto della Commissione delle Comunità Europee (8 COM(2007) 805 final)).*— La lotta contro l'infiltrazione criminale nell'economia si rivelerà, però, sempre inefficace qualunque sia il modello adottato, se non si realizzerà un'efficace e snella cooperazione in materia a livello internazionale. In tale direzione un passo fondamentale è rappresentato dalla *decisione quadro relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato*, approvata dal Consiglio il 24 febbraio 2005 ³³⁷⁾ e dalla decisione quadro GAI 783 approvata il 6 ottobre 2006 in materia di reciproco riconoscimen-

zione secondo cui l'art. 3-quater, consentirebbe non solo di sequestrare, ma anche di "successivamente confiscare" sulla base dei medesimi presupposti, le attività economiche di terzi allorché ricorrono sufficienti elementi per ritenere che tali attività siano direttamente o indirettamente sottoposte alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento mafioso o possano, comunque, agevolare l'attività di persone sottoposte a procedimento penale per associazione mafiosa».

³³⁷⁾ Decisione quadro 2005/212/GAI in Gazz. Uff. dell'Unione europea L. 68/51 del 15 marzo 2005; per ulteriori approfondimenti MAUGERI, *Art. 2 ter, op. cit.*, 1814; ID., *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti, op. cit.*, 569 ss.; ID., *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine organizzato*, in *Atti del Convegno, 'Pecunia olet'*, Campobasso 2006, in corso di pubblicazione.

Il disegno di legge comunitaria 2007, all'art. 18, prevede la delega al governo per adottare i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione a tale decisione quadro. L'art. 21 prevede una serie di indicazioni interessanti ai fini dell'attuazione di tale direttiva

to dei provvedimenti di confisca ⁽³³⁸⁾. La prima prevede l'introduzione negli Stati membri di "poteri estesi di confisca", al fine di assicurare l'adozione di norme efficaci che disciplinano la confisca dei proventi di reato, anche per quanto riguarda l'onere della prova relativamente all'origine dei beni detenuti da una persona condannata per un reato connesso con la criminalità organizzata; la seconda introduce il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, perseguendo l'obiettivo di facilitare la cooperazione tra gli Stati membri, in modo che uno Stato riconosca ed esegua nel proprio territorio le decisioni di confisca prese da un tribunale competente in materia penale di un altro Stato membro.

Il principio del mutuo riconoscimento rappresenta uno strumento rivoluzionario ai fini di un'efficace cooperazione in materia, ma presuppone la determinazione di un nucleo minimo di garanzie irrinunciabili e di un processo di armonizzazione tra gli ordinamenti nazionali. A tal proposito, si deve evidenziare che la disposizione di cui all'art. 3, n. 2, della Decisione quadro 212/2005 nel prevedere i poteri estesi di confisca che gli Stati membri devono introdurre al loro interno, esordisce con l'espressione "perlomeno": la decisione sembrerebbe, quindi, voler stabilire i poteri minimi che devono essere introdotti, salva la possibilità per ciascun Stato membro di introdurre dei poteri più estesi. Lo scopo della decisione quadro è quello di stimolare gli Stati membri, che ancora non hanno elaborato forme di confisca allargata, a provvedere in tale direzione, per lo meno nei termini previsti dalla decisione, salvaguardando la possibilità di introdurre poteri più estesi. Nello stabilire tali poteri minimi, il legislatore europeo ha sancito le garanzie massime che devono essere riconosciute (consentendo la possibilità di prevedere poteri più estesi corrispondenti a minori garanzie): limitazione dell'ambito di applicazione al settore della lotta contro la criminalità organizzata per crimini gravi puniti con pena detentiva superiore ai cinque anni – quattro per il riciclaggio – oppure per terrorismo; la condanna; la prova dell'origine illecita sulla base di fatti circostanziati; limitazione dell'ambito di operatività a

³³⁸⁾ GU Un. Eu. 24-11-2006 L 328/59. Per un esame più puntuale MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione*, op. cit., 581 ss.; Art. 2 ter, op. cit., 1815.

beni acquisiti in un periodo anteriore ragionevole, o addirittura in relazione ad attività analoghe svolte in un periodo anteriore ragionevole, o in relazione a beni di valore sproporzionato (e di origine illecita sulla base di fatti circostanziati).

Nella decisione quadro 783/2006 si sancisce *il principio del mutuo riconoscimento (oltretutto in relazione al prodotto del reato o al valore equivalente, e allo strumento del reato) innanzitutto, in relazione ai provvedimenti di confisca assunti in base ai poteri corrispondenti a quelli indicati nella precedente decisione quadro 2005/212*; le garanzie previste dalla decisione 212 rappresentano la base per l'affermazione del principio del reciproco riconoscimento (anche se si ammette tra i motivi di rifiuto la circostanza che la decisione di confisca esuli dal campo di applicazione dell'opzione adottata dallo Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, della decisione quadro 2005/212/GAI). Si prevede, però, l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento anche in relazione a provvedimenti assunti *con ulteriori poteri di confisca*, poteri che possono prescindere dalle garanzie riconosciute dalla decisione 212 e porsi in contrasto con principi fondamentali, come la presunzione d'innocenza. Come esaminato, del resto, la stessa decisione quadro 212 ammette la legittimità di ulteriori poteri estesi di confisca. In tal modo la decisione quadro rinuncia a stabilire uno *standard* minimo di garanzie irrinunciabili su cui si dovrebbe fondare il principio del reciproco riconoscimento, ma consente l'opposizione di motivi di rifiuto.

Dal rapporto della Commissione delle Comunità Europee del 17 dicembre del 2007 (8 COM(2007) 805 final) sullo stato di applicazione della Decisione quadro 212/2005 emerge come in diversi ordinamenti l'ambito di applicazione di forme di confisca allargata non è limitato al settore del crimine organizzato ⁽³³⁹⁾, ma soprattutto emerge la diffi-

³³⁹⁾ *Generally speaking, the Member States have adopted specific provisions on extended confiscation at least in the fields covered by the six Framework Decisions referred to above and the Framework Decision on combating terrorism. Offences covered by the Framework Decisions concerned are generally regarded as sufficiently serious to justify specific measures. As regards the length of penalty which determines the threshold for obligatory confiscation, where the Framework Decision distinguishes between money laundering and other offences, most Member States do not make a distinction. Many Member States have not included the requirement for the Framework*

coltà di stabilire se all'interno degli Stati membri siano state adottate forme di confisca allargata corrispondenti ad almeno uno dei modelli previsti dalla decisione quadro, il cui scopo è quello, sia afferma nel rapporto, di indurre gli Stati membri a prevedere non solo la confisca dei profitti e degli strumenti del crimine, *ma più in generale dei beni appartenenti direttamente o indirettamente alle persone condannate di certi gravi crimini, in particolare laddove i beni siano stati ottenuti come risultato di attività criminali*. Vengono individuati tre modelli: subparagrafo a) si riferisce alla confisca dei beni derivanti dalle attività criminali in un periodo di tempo antecedente la condanna; subparagrafo b) contempla la confisca dei beni derivanti da attività criminali simili e il subparagrafo c) dei beni di valore sproporzionato.

In sintesi si ritiene che

- BG, DE, FI e PL prevedono, direttamente o indirettamente, le misure specificate nel subparagrafo (a)
- EE le misure previste nel subparagrafo (c).
- CZ, FR, DK e NL prevedono, direttamente o indirettamente, le misure specificate nel subparagrafo (a), (b) e (c).
- BE e BG direttamente o indirettamente, le misure specificate nel subparagrafo (a) e (b).

LU, IE e IT stanno preparando delle riforme volte ad introdurre poteri estesi di confisca. Almeno tre Stati membri (BG, CZ, FR) prevedono come pena la confisca di tutti o parte dei beni

Decision to apply as a minimum where the offence is such as to generate financial gain, which gives them more flexibility in applying the Framework Decision.

Some Member States (BG, DE, EE, FI, FR) apply extended confiscation without a requirement for the offences necessarily to be committed within the framework of a criminal organisation. This also seems to be the case for PL. The Member States which state that they have transposed the relevant scope of the Framework Decision in full are BE, BG, CZ, DK, FR. The document provided by LT does not appear to indicate any measures that correspond to one of the situations referred to in the Framework Decision. DE has not yet transposed the Framework Decision in respect of certain offences related to child pornography. Some Member States (EE, FI) have transposed only part of the scope of the Framework Decision.

di una persona condannata indipendentemente dal fatto che i beni derivino da attività criminali, in relazione a tutte o ad alcune delle fattispecie contemplate dalla decisione quadro. Si evidenzia, infine, come molti Stati membri non hanno precisato nei loro rapporti annuali se hanno adottato una disciplina adeguata a tutela dei diritti dei proprietari.

Dall'esame compiuto dei modelli di confisca presenti nel panorama internazionale emerge, però, come in realtà le moderne forme di confisca allargata non rispettano tendenzialmente, in tutto o in parte, il quadro di garanzie delineato dalla decisione quadro 212/2005, prevedendo più incisivi poteri di confisca, che se pur possono consentire una più efficace lotta contro il crimine organizzato nell'ambito nazionale, si riveleranno inefficaci laddove se ne richiede l'applicazione all'estero, salva la disponibilità a cooperare dello Stato richiesto.

Si può osservare a tal proposito, infatti, che la confisca ex art. 12 *sexies*, pur presupponendo la condanna, sembra in contrasto con il modello delineato dalla decisione quadro 212 laddove si accontenta della mera sproporzione e non richiede anche la sussistenza di indizi circa l'origine illecita dei beni; né tantomeno si richiede la piena convinzione del giudice circa la provenienza dei beni da attività criminose commesse durante un periodo anteriore alla condanna ritenuto ragionevole (come espressamente sottolineato dalle Sezioni Unite nella sentenza Montella³⁴⁰) o che si tratti del provento di analoghe attività criminose. La confisca misura preventiva non sembra compatibile in quanto non presuppone una condanna penale e non richiede *necessariamente* accanto alla prova del carattere sproporzionato del valore del bene anche il convincimento del giudice circa l'origine illecita³⁴¹ (in base ad un orientamento più garantista sarebbe necessaria tale duplice tipologia di indizi³⁴²).

³⁴⁰ Cass. S.U., 19-1-2004, Montella, in *Cass. pen.* 2004, 1188.

³⁴¹ Cfr. TONA, *La confisca nella legislazione in materia di criminalità organizzata: normativa italiana e diritto europeo*, in *Il Sole 24 Ore*, settembre 2005, n. 9, 54 ss.

³⁴² Cass. 23-6-2004, Palumbo, *Cass. pen.* 2005, 2704; Cass. 16-12-2005, n. 1014, L.P.T., in *Juris data online*.

L'*erweiterter Verfall* (§ 73d StGB), acquisizione pubblica allargata, che normalmente presuppone una condanna, potrebbe essere compatibile nella misura in cui si interpreta la norma in base alla più garantistica proposta avanzata dalla giurisprudenza; in altre parole il giudice dovrebbe poter pronunciare il provvedimento di confisca allargata solo quando raggiunge il ragionevole convincimento dell'origine illecita³⁴³), non sarebbe sufficiente la mera verosimiglianza o meri sospetti, come prospettato in qualche sentenza³⁴⁴). La fattispecie in questione, però, rimane incompatibile in quelle ipotesi in cui se ne consente la pronuncia in mancanza di una condanna, e in ogni caso laddove non delimita l'ambito di applicazione della confisca ai beni acquisiti in un lasso di tempo ragionevolmente connesso (né a beni provenienti da attività analoghe), né a beni di valore sproporzionato; si potrebbe rendere facilmente compatibile laddove si faccia rientrare la sproporzione tra gli elementi da accertare ai fini della prova dell'origine illecita (art. 3, n. 2, c).

La disciplina inglese del *confiscation* potrebbe essere considerata compatibile, anche nella più recente versione prevista dal *Proceeds Act* 2002, in quanto si richiede la pronuncia di una sentenza di condanna, quale presupposto della confisca, e si limita l'ablazione ai beni acquistati nei sei anni precedenti, sulla base della presunzione di uno stile di vita criminale (che dovrebbe fondare il convincimento della "*connection*" temporale), ammesso che i sei anni antecedenti siano un periodo ragionevolmente connesso; tale disciplina si presenta, invece, assolutamente in contrasto con la decisione laddove si applicano le presunzioni circa lo stile di vita criminale e l'origine illecita dei beni senza alcun supporto probatorio (anche se la possibilità concessa al giudice di non applicare le presunzioni laddove comportano il rischio

³⁴³) BGH, 22-11-1994, 4 StR 516/94 (LG Bochum), NStZ 1995, 125 e 470, con commento di SCHMIDT, *Voraussetzungen der Anordnung des erweiterten Verfalls*, Jus 1995, 463; conforme BGH, 14-1-2004, 2 BvR 564/95, Lexetius.com/2004, 579 [2004/5/13]; BGH, 10-2-1998 — 4 StR 4/98 (LG Bochum), NStZ 1998, 362; Urt. V. 17-6-1997 - StR 187/97; cfr. MÖHRENSCHLAGER, *Bericht über da Justizkommunikationsgesetz und über EU-Rahmenbeschlüsse betreffend Verfall und Einziehung sowie Computerkriminalität*, Wistra 2005, 5, VI; BENSELER, *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung*, op. cit., 26.

³⁴⁴) BGH, 1-3-1995, 2 StR 691/94 (LG Gießen), NJW 1995, 2235.

di ingiustizie, potrebbe indurre a ritenere che l'accusa debba sostenere uno sforzo probatorio). Qualche perplessità circa la compatibilità con la decisione quadro suscita lo standard civilistico della prova, previsto in materia dalla disciplina inglese. Le forme di *civil forfeiture* previste dalla disciplina anglosassone, in mancanza di una condanna, invece, non sono compatibili non solo perché si fondano su un mero standard civilistico della prova, ma soprattutto perché vengono applicate in mancanza di una condanna penale.

Anche la confisca allargata svizzera (art. 72 *StGB*) contro le organizzazioni criminali, pur presupponendo, anche se non necessariamente, la condanna di un soggetto per partecipazione in un'organizzazione criminale (art. 260 *ter*) o sostegno alla stessa, diventa incompatibile laddove si applica a tutti i beni del reo in quanto se ne presume la destinazione illecita (la disponibilità da parte dell'organizzazione criminale), in mancanza della prova dell'origine illecita, e se ne consente l'applicazione in un procedimento autonomo (*in rem*), indipendentemente da una sentenza di condanna³⁴⁵); simile la forma di confisca prevista dal § 20b *StGB* austriaco (*Verfall*) direttamente contro i beni dell'organizzazione criminale o terroristica³⁴⁶, o la confisca contro l'organizzazione terroristica ai sensi della sezione 13 del *Prevention of Terrorism (Temporary provisions) Act 1989* inglese.

Sicuramente più compatibile la restituzione dei profitti estesa (art. 20, c. 2 *öStGB*) dell'ordinamento austriaco³⁴⁷ laddove presuppone la condanna per i più gravi *Verbrechen* (§ 17), e la sussistenza di indizi circa la provenienza dei beni da un'attività criminale di uguale natura e temporalmente connessa a quella oggetto di condanna; tale regola si applica anche in relazione ai beni ottenuti dal reo in "con-

³⁴⁵ "Il giudice ordina la confisca di tutti i valori patrimoniali di cui un'organizzazione criminale ha facoltà di disporre" (art. 72 *StGB*).

³⁴⁶ Tale forma di *Verfall* colpisce tutti i valori patrimoniali che si trovano nel potere di disposizione di un'organizzazione criminale (§ 278a, c. 1 *öStGB*), o che, pur traendo origine da un fatto punibile all'estero, si trovano in Austria, anche se il reo non sottostà alla giurisdizione austriaca, cfr. SCHICK, *op. cit.*, 475.

³⁴⁷ WORATSCH, *op. cit.*, n. 2102; FORRENGER, *op. cit.*, 102; MAUGERI, *op. cit.*, 542, nota 14.

nessione temporale" con la sua partecipazione ad un'organizzazione criminale (§ 278a) o terroristica (§ 278b) (art. 20, c. 3 *öStGB*)⁽³⁴⁸⁾.

Lo stesso, in una prospettiva internazionale, vale per il *criminal forfeiture nordamericano*, previsto dal *Comprehensive Drug Abuse Act 1970*⁽³⁴⁹⁾ e dal *RICO*⁽³⁵⁰⁾, laddove se ne delimita l'applicazione ai beni acquisiti durante il *pattern of racketeering activity*, anche se la disciplina in materia estende la confisca non solo ai proventi del reato (o ai guadagni di fonte ignota acquisiti durante la consumazione dell'attività criminale, che in base ad una presunzione si considerano provenienti da tale attività criminale), ma anche agli strumenti del reato, sia beni mobili sia beni immobili, nonché a tutti gli interessi illeciti nell'impresa⁽³⁵¹⁾; si estende l'ambito di applicazione della confisca al di là dei limiti previsti dalla decisione quadro in relazione all'oggetto della confisca e non si presuppone il ragionevole convincimento del giudice circa l'origine illecita. Sicuramente incompatibile dovrebbe essere, infine, il *civil forfeiture* che non si fonda su una condanna penale e si applica alla *tainted property*, in cui si ricomprendono i profitti di presunta origine illecita senza alcuna delimitazione temporale e in base ad una prova di carattere civilistico (*by a balance of probabilities*), nonché gli strumenti del reato o i beni destinati al reato, confiscabili ai sensi della decisione quadro ma non in base a *poteri estesi di confisca*.

Emerge, insomma, la necessità di una ancora lontana opera di armonizzazione in materia tra i vari ordinamenti, per lo meno a livello europeo, e la necessità di compiere un più vigoroso sforzo per stabilire un quadro di garanzie minime imprescindibili che possano consentire di assicurare l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, evitando l'opposizione di ragioni di rifiuto fondate sull'esigenza di salvaguardare le garanzie costituzionali degli ordinamenti interni. Sono abbastanza rare, infatti, le pronunce in cui si consente l'applicazione all'estero della confisca misura di prevenzione, nonostante tale modello di confisca non presupponga una condanna

³⁴⁸⁾ Cfr. sull'applicazione della confisca nei confronti delle organizzazioni terroristiche WESSELY, *[u en neuen Terrorismustatbeständen im StGB, ÖJZ 2004, 827.*

³⁴⁹⁾ Sezione 21 U.S.C. § 853(d).

³⁵⁰⁾ § 18 U.S.C. 1963.

³⁵¹⁾ MAUGERI, *op. cit.*, 259 ss.

e non corrisponda al quadro di garanzie già delineate dalla Convenzione di Strasburgo del 1990 in materia di cooperazione ai fini della confisca ⁽³⁵²⁾; da tali sentenze emerge un atteggiamento fondamentalmente funzionalista volto a garantire l'ablazione dei profitti illeciti, sorvolando sul profilo delle garanzie, anche in considerazione della consapevolezza dell'ineludibilità dell'adozione di un modello di confisca allargata e di una sorta di sostanziale fiducia nel sistema giudiziario richiedente.

³⁵²⁾ Per un caso di applicazione in Svizzera di una confisca misura di prevenzione Cass., 23 gennaio 2007 - 7 febbraio 2007, C.G., in *Il Fisco* 2007, 6804; sul caso Crisafulli, relativo all'applicazione della confisca in questione in Francia Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 13 novembre 2003, *Crisafulli - Friolo*; cfr. MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione*, *op. cit.*, 570 - 571.