

PROGETTO INNOCENTI

APPUNTI IN MATERIA DI CONFISCA E PERSONA ESTRANEA AL REATO

Sommario: 1. Riflessioni introduttive. - 2. La nozione di appartenenza. - 3. L'estraneità al reato. - 4. La confisca e la procedura fallimentare, cenni.

1. RIFLESSIONI INTRODUTTIVE

Confisca è termine di origine romana, la cui etimologia richiama un procedimento di acquisizione *al tesoro dell'imperatore*.

Fiscus designava in epoca romana un patrimonio facente capo all'imperatore, connesso all'Istituzione in quanto tale e non alla persona fisica del *princeps* (TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990). La confisca mostra nella storia una presenza pressoché ininterrotta: nonostante i profondi mutamenti intervenuti nell'assetto dei sistemi punitivi, infatti, dagli albori dell'antica Roma ai multiformi scenari medievali, dalla formazione dei primi Stati moderni fino ai nostri giorni, se ne trovano sempre numerose applicazioni. Sul percorso storico della confisca, CIMOLI, *Confisca (diritto penale)*, in *Dig. it.*, VIII, I, Torino, 1884.

Nei suoi tratti essenziali, essa può essere definita come un'espropriazione di beni del privato a beneficio dell'Autorità, secondo un archetipo sanzionatorio che costituisce una tenace costante del fenomeno punitivo .

Una ricognizione della confisca nel nostro Ordinamento può prendere le mosse dall'art. 240, unica norma della parte generale del codice Rocco che la contempla.

Il legislatore del 1930, al dichiarato fine *di togliere al delinquente ciò che attiene al suo reato e di eliminare il pericolo inerente alla natura stessa di determinati oggetti*, aveva delineato il provvedimento ablativo come uno strumento di controllo della pericolosità reale.

Scopo della confisca era dunque quello di recidere il nesso reo-cosa, posto che la perdurante disponibilità in capo al soggetto dei beni connessi all'attività delittuosa

avrebbe potuto mantenere viva *l'idea, l'attrattiva del reato* e fungere da richiamo alla commissione di ulteriori illeciti.

L'evidenza dell'opzione sistematica, rappresentata dalla precisa e consapevole collocazione della confisca nella *sedes materiae* delle misure di sicurezza, mimetizza però una disposizione piuttosto frammentata, che con il passare del tempo ha faticato a governare l'accresciuta complessità della risposta sanzionatoria di tipo ablativo-patrimoniale.

La disciplina *ex art. 240*, ancorata alle strettoie di una duplice confisca, facoltativa del prodotto o profitto da un lato e obbligatoria del prezzo dall'altro, legata alla necessità di un positivo riscontro del collegamento diretto dei beni col reato, ha mostrato indubbi limiti di fronte al mutare della realtà economico sociale e del fenomeno criminale.

E così, soprattutto nel settore della criminalità organizzata, il legislatore è dovuto intervenire con norme maggiormente mirate al profilo economico delle associazioni, che ormai veniva ad assumere dimensioni allarmanti e che da troppo era rimasto trascurato.

Una prima importante divaricazione rispetto al modello special preventivo di cui all'art. 240 c.p. si ha con la l. n. 646 del 1982 che, novellando la l. n. 575 del 1965, amplia le misure *ante delictum* con il sequestro e la confisca dei beni «in odore di mafia».

Un *super istituto onnivoro* la confisca di prevenzione, che sulla base di sufficienti indizi colpisce beni non direttamente relazionabili con una pregressa attività criminosa e che pone in capo al prevenuto l'onere di provare l'origine lecita delle proprie ricchezze.

Con sfumature differenti, ulteriore passo verso un utilizzo più aggressivo del provvedimento ablatorio si registra con il d.l. n. 399 del 1994, che ha novellato il d.l. n. 306 del 1992.

Una normativa che ancora una volta nasce in contesto di opposizione alla criminalità organizzata, ma che allarga presto i suoi confini a diverse figure delittuose.

A partire da quel periodo, le fattispecie di confisca diventano sempre più numerose, nella ormai maturata convinzione che un efficace contrasto al crimine (organizzato o comune) non possa prescindere da una decisa azione volta a neutralizzare gli ingenti profitti dallo stesso movimentati.

Dai primi anni '90, la politica criminale mostra in maniera inequivoca di orientare la propria strategia sulla dimensione economico finanziaria del reato: un paradigma epistemologico, questo, destinato a dominare il panorama scientifico dei tempi successivi.

-

La confisca diviene irrinunciabile strumento cui affidare la realizzazione di tali premesse.

Tra le pieghe della crisi d'identità delle sanzioni tradizionali, essa affianca quasi tutte le principali norme incriminatrici di recente conio, inserendosi nel seno di un ampio movimento di guerra al ritorno economico del crimine, i cui tratti fondamentali si rinvengono anche nelle scelte legislative di altri Paesi e della stessa Unione Europea.

Le «nuove» fattispecie si differenziano notevolmente dal modello disciplinato all'art. 240 c.p. e si connotano per una netta sterzata verso l'*obbligatorietà* e la possibile acquisizione per *valore equivalente*.

Figurano così nel nostro Ordinamento molteplici ipotesi di confisca, rette da regole spesso non omogenee, che costituiscono il precipitato di interventi di settore, lontani da una riflessione razionale sull'assetto complessivo del sistema sanzionatorio.

Si scorgono momenti applicativi e finalità punitive che svincolano del tutto la confisca dall'originario calco delle misure per il controllo della pericolosità sociale, senza che si riescano a individuare altri sicuri approdi di ordine sistematico.

Dagli sviluppi del controllo della pericolosità *ante delictum* e dei valori sospetti emerge però sempre più evidente una portata «sanzionatoria» del provvedimento ablativo, segnalata soprattutto dal prelievo per valore equivalente.

La confisca per equivalente, pensata al fine di ovviare alle frequenti difficoltà che si determinano nell'individuare i beni in cui è incorporato il profitto originario, rappresenta uno schema ablativo di estrema efficacia.

L'esproprio delle ricchezze illecite viene a costituire una categoria generale, senza un'apprezzabile delimitazione sotto il profilo della natura dei beni aggredibili e senza alcun collegamento degli stessi con l'attività delittuosa, sì da tornare alle origini di una visione *ad modum belli* della confisca, che ne esalta il carattere primitivo di fare terra bruciata intorno a sé .

Un ritorno all'antico sollecitato dalla modernità.

Con il d.lg. n. 231 del 2001 anche gli enti diventano destinatari diretti di varie sanzioni applicate a seguito di processo penale e tra queste figura espressamente la confisca .

Un istituto antico esplora così un terreno inedito, i cui profili di novità e i cui ambiti di attuazione si sono rivelati più penetranti di quanto potesse cogliersi nell'immediato.

Il cerchio della risposta punitiva di tipo patrimoniale si chiude: anche gli enti, centri di imputazione di diritti e obblighi nel diritto privato, possono essere colpiti, direttamente, dalla confisca «di diritto penale».

In un mondo globale, l'attività finanziaria su scala planetaria e le straordinarie risorse tecniche per porre in essere attività negoziali senza confini di sorta rendono necessario spingere la confisca verso nuovi obiettivi.

-

La divaricazione e la molteplicità delle fattispecie sono contrastate da un linguaggio legislativo che si avvale di una terminologia sempre identica, ma è chiaro ormai che la confisca si pone come strumento di genere multiforme, che finisce col ricomprendere sotto un medesimo *nomen iuris* ipotesi normative eterogenee, con scopi politico criminali differenti.

Sul piano pratico applicativo la strada appare però tracciata.

In breve, l'esperienza giuridica della confisca di cui alla parte generale del codice Rocco giungerà al capolinea: con l'art. 31 l. n. 34 del 2008 (legge comunitaria 2007), il legislatore ha conferito al governo la delega per la predisposizione di una norma che renda *obbligatoria la confisca del prodotto, del prezzo del reato e del profitto derivato direttamente o indirettamente dal reato* e che preveda altresì l'obbligo di eseguire sempre la confisca, totale o parziale, *su altri beni di valore equivalente a quello delle cose che costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto del reato*, con eccezione dei beni impignorabili ai sensi dell'art. 514 c.p.c.

Si imporrà quindi uno schema ablativo a vocazione generale connotato da *obbligatorietà* e possibile apprensione *per valore equivalente*, caratteristiche queste che, come osservato, già avevano rappresentato costanti normative degli ultimi anni. Con il prossimo esercizio della delega si affermeranno tre modelli ablatori di riferimento, delineati dagli artt. 240 c.p. nuova formulazione, 2-ter l. n. 575 del 1965, 12-sexies d.l. n. 306 del 1992, nei quali variano presupposti, procedimenti e regole probatorie, ma si rinvengono tratti univocamente convergenti verso quella

che potrà attestarsi come *l'ordinaria dimensione applicativa della confisca*: obbligatorietà, prelievo per equivalente, ampia nozione di bene aggredibile.

Quella definizione minima di confisca cui si era fatto cenno all'inizio può essere forse ulteriormente specificata: la confisca consiste nell'espropriazione ad opera dell'Autorità di beni materiali, immateriali, mobili, immobili (nonché di documenti attestanti diritti su tali beni) che costituiscono il prodotto, il prezzo, il profitto derivato direttamente o indirettamente dal reato; o, comunque, nell'espropriazione di una somma equivalente al valore dei predetti beni.

2. LA NOZIONE DI APPARTENENZA

Il tema dei rapporti tra confisca e diritti dei terzi si colloca in un contesto normativo piuttosto lacunoso.

In alcune figure ablativo presenti tanto all'interno del codice penale quanto in altri testi di legge, la materia è persino priva di una disciplina specifica .

.

Le uniche coordinate sono quelle tracciate all'art. 240 comma 3, laddove si afferma che le disposizioni in tema di confisca facoltativa e di confisca obbligatoria del prezzo non si applicano se la cosa *appartiene a persona estranea al reato*.

Enunciato del tutto analogo si rinviene in altre fattispecie di confisca che contengono un riferimento al tema *de quo*; ulteriori ipotesi fanno invece rinvio espresso all'art. 240 c.p. o prevedono una generica clausola di salvezza a tutela dei diritti di terzi in buona fede.

.

Nell'assenza di altre indicazioni, spetta dunque all'interprete il compito di delineare la nozione giuridica di appartenenza e di estraneità, al fine di ricostruire il regime che governa i rapporti della confisca con i terzi che vantano, a vario titolo, pretese concorrenti sui beni oggetto di aggressione.

Come ricordato, a norma dell'art. 240 comma 3, l'ambito di estensione della misura è in primo luogo segnato, sul versante soggettivo, dall'*appartenenza* del bene alla persona nei cui confronti è pronunciata la condanna.

Già *in limine* può osservarsi come il legislatore del 1930, nel dettare la richiamata regola a tutela dei terzi, abbia utilizzato un linguaggio piuttosto generico, che non trova precisa rispondenza in una delle categorie giuridiche definite nel diritto privato

.

.

Tentando di delinearne l'esatta portata, va precisato che all'interno del codice civile, nelle fattispecie in cui compare un riferimento al concetto di appartenenza, questo

sembra identificarsi proprio con la proprietà (cfr. ad esempio gli artt. 821, 850, 954) e talvolta i due termini sono utilizzate per esprimere lo stesso significato (art. 651: *Se però la cosa legata, pur appartenendo ad altri al tempo del testamento, si trova in proprietà del testatore...*).

Posto allora che nel codice civile l'appartenenza segnala una relazione proprietaria, occorre chiedersi se tale accezione possa essere estesa all'ambito penalistico.

Sul tema giova subito rilevare che la giurisprudenza di legittimità è ampiamente attestata nel ritenere la nozione in esame non limitata alla sola proprietà della cosa suscettibile di confisca, bensì comprensiva anche di altri diritti e in particolare, per l'ampio fascio di facoltà in essi ricomprese, dei diritti reali.

.

La *ratio* sottesa a tale orientamento ben si salda con una ricostruzione della confisca come misura per il controllo della pericolosità reale *post delictum*.

Su tale premessa, infatti, diviene del tutto coerente affermare che il provvedimento ablativo non è necessario, perché il diritto reale impedisce l'uso pregiudizievole del bene *per prevenire il quale è contemplata dal codice di procedura penale la misura cautelare del sequestro preventivo e la stessa confisca*.

.

Meno agevole risulta però replicare tali considerazioni rispetto a quelle numerose e importati figure di confisca che non appaiono riconducibili al paradigma delle misure di sicurezza.

Se la confisca è un provvedimento di carattere sanzionatorio, essa colpisce potenzialmente tutti i beni del soggetto passivo, irrilevanti restando il segmento di facoltà e i poteri che questi vanta su una determinata *res*.

E così, in senso critico, facendo perno sulla maggiore aderenza alla nozione di proprietà, si è osservato che, se un bene è gravato di pegno, ipoteca o altro diritto reale, ciò nondimeno lo stesso non appartiene al creditore o all'usufruttuario.

.

Sotto il profilo delle conseguenze pratiche, seguendo la tesi che estende l'appartenenza ai diritti reali, nei casi in cui un soggetto terzo sia titolare di pegno o ipoteca l'azione ablativa non potrebbe avere luogo; per l'impostazione contraria, invece, l'ablazione è consentita anche qualora il soggetto colpito dalla confisca vanti il solo diritto di nuda proprietà, perché il bene ancora gli *appartiene*.

Il percorso interpretativo che identifica l'appartenenza con la proprietà appare condivisibile, sebbene anch'esso potrebbe risultare non del tutto appagante nella misura in cui induce a precludere la confisca dei diritti diversi dalla proprietà poiché,

come detto, l'altrui nuda proprietà escluderebbe l'appartenenza in capo al soggetto passivo del provvedimento ablatorio.

Una simile conclusione restrittiva si porrebbe però di traverso rispetto a un percorso che, come già accennato, si va ormai chiaramente delineando e che, da un lato, amplia la nozione di bene oggetto di confisca mentre, dall'altro, consacra l'aggressione per equivalente come ordinaria modalità attuativa della confisca.

.

Occorre allora prendere atto che il concetto di appartenenza risulta forse inidoneo a svolgere un'adeguata funzione selettiva degli interessi dei terzi meritevoli di considerazione a fronte di una procedura ablativa.

Formulazioni come quella di cui all'art. 240 comma 3, non intercettano tutte le relazioni giuridiche rilevanti ai fini di confisca: si tratta di norme pensate rispetto a figure ablativo strutturalmente diverse da quelle che oggi vanno sempre più affermandosi e necessitano pertanto di essere adattate alle nuove fattispecie.

Nella difficoltà di addivenire a solide ricostruzioni sistematiche è però possibile cogliere alcune indicazioni operative che orientino l'interprete nel compito di ricercare una disciplina del caso concreto uniforme e tendenzialmente prevedibile.

Pur con la prudenza suggerita dalla complessità del tema, a parere di scrive la prospettiva non può che essere quella che assegna ai diritti dei terzi di buona fede la massima tutela, siano essi acquisiti a titolo originario o derivativo, *inter vivos* o *mortis causa* e qualunque natura giuridica abbiano .

.

Al contempo, in coerenza con le direttrici segnate dagli ultimi interventi legislativi, deve puntualizzarsi che l'esigenza di un'ampia tutela non passa per una limitazione dell'oggetto della confisca, bensì per la piena salvaguardia dei diritti altrui.

E quindi, nessun limite alla confisca deve ritenersi sussistere laddove vi siano concorrenti pretese sul bene oggetto di provvedimento ablativo, con l'importante precisazione che questo recide solo la relazione giuridica del reo con il bene, senza incidere sui diritti dei terzi che, pertanto, al momento dell'esecuzione della misura dovranno essere mantenuti e tutelati .

.

Al di fuori di pegno e ipoteca, i rapporti giuridici dei terzi sul bene colpito da confisca risultano piuttosto inesplorati nella verifica giurisprudenziale.

.

È chiaro però che, se vengono condivise le ragioni di fondo sopra esposte, non vi è motivo di distinguere tra categorie di diritti altrui, dovendosi tutelare i diritti personali allo stesso modo dei diritti reali, che sono poziori dal punto di vista della

garanzia patrimoniale o dell'ampiezza delle facoltà concesse e non già sotto un profilo ontologico.

Tanto fissato, il baricentro della tutela si sposta così su un piano procedimentale, venendo in rilievo la necessità di evitare che le premesse non siano frustrate dalla difficile praticabilità e dall'inefficienza dei rimedi.

Ben si comprendono le problematiche attuative che conseguirebbero all'impostazione proposta, ma appare inevitabile che un percorso virtuoso di meditato riordino della materia muova lungo simili direttrici.

Sarebbe quindi auspicabile che l'attendibilità di tali risultati interpretativi si affermasse come regola generale dell'azione ablativa, anche per quelle fattispecie di confisca che non fanno alcuna menzione dei diritti altrui.

L'assunto appare importante perché talvolta il confine dell'appartenenza è stato valicato in nome di interessi pubblicistici ritenuti senz'altro prevalenti, ora invocandosi la natura di acquisto a titolo originario da parte dello Stato ora sostenendosi la portata demolitoria dei diritti dei terzi, sul rilievo che le cose oggetto di confisca sarebbero illecite in modo assoluto e intrinsecamente criminose, onde la loro inevitabile destinazione all'utile pubblico.

Simile approccio, tuttavia, non convince, perché si basa su una premessa di natura assertiva che pone per acquisito ciò che invece dovrebbe essere oggetto di dimostrazione.

Non a caso, lo stesso non ha trovato eco e la giurisprudenza è piuttosto consolidata nel ritenere che l'applicazione della confisca non determina l'estinzione del preesistente diritto (in particolare, reale) costituito sulle cose a favore di terzi .

.

L'eterogeneità delle figure di confisca e la difficoltà di ragionare rispetto a istituti di cui non si delinea una precisa natura giuridica hanno nondimeno continuato ad alimentare varie oscillazioni.

E così, ad esempio, nell'ambito dell'art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001 (t.u. in materia edilizia), in un primo tempo la giurisprudenza aveva qualificato la confisca in caso di lottizzazione abusiva come una sanzione penale e, pertanto, essa poteva essere applicata solo sui beni dell'imputato che fosse stato riconosciuto colpevole .

.

Un altro filone interpretativo, di contro, aveva inteso la confisca urbanistica come sanzione amministrativa, avente lo scopo di rendere indisponibile una cosa di cui si presumeva conosciuta la pericolosità , *i.e.* i terreni oggetto di una lottizzazione abusiva, e per tale ragione, sul presupposto che tale figura ablativa potesse

qualificarsi come una sorta di espropriazione a favore dell'Autorità comunale competente a procedere, si era ritenuto che la stessa trovasse applicazione a prescindere dall'appartenenza della cosa a persona estranea al reato .

Accogliendo le censure mosse dalla Corte dei Diritti dell'Uomo, tale orientamento è stato poi superato, chiarendosi che in tema di reati edilizi e urbanistici, la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite non deve essere disposta nei confronti dei soggetti estranei alla commissione del reato e venuti in buona fede in possesso del terreno o dell'opera .

Sempre restando all'interno di fattispecie che hanno trovato frequente applicazione, un percorso analogo si è registrato con l'art. 12 comma 4 d.lg. n. 286 del 1998 (t.u. immigrazione), che prevede una forma di confisca obbligatoria del mezzo di trasporto utilizzato per compiere l'attività illecita.

Anche di recente, infatti, un indirizzo ha ritenuto che l'eventuale appartenenza di detti beni a terzi estranei (spesso una società) non costituisce ostacolo alla pretesa ablativa dello Stato, non potendosi nella specie invocare la regola dell'art. 240, mentre altro orientamento ha affermato l'impossibilità di confiscare beni altrui, purché di questa alterità sia data rigorosa prova.

Particolari criticità ha presentato poi il tema dei rapporti tra confisca e diritti dei terzi con riguardo alla confisca di prevenzione e ciò sia per il carattere peculiare degli interessi in conflitto sia per l'esigenza, particolarmente avvertita sul fronte di certi contesti criminali, di evitare che il soggetto indiziato si precostituisca creditori di comodo.

L'art. 2-ter l. n. 575 del 1965 prevede che i terzi siano chiamati dal tribunale a intervenire nel procedimento se risulta che a loro *appartengono* i beni oggetto di sequestro.

Nel contesto della predetta normativa l'appartenenza individua dunque, in primo luogo, la categoria di coloro a favore dei quali è predisposta una forma di tutela particolare, che si traduce nel diritto a partecipare al procedimento di prevenzione .

Si è visto che il concetto di *appartenenza*, nell'evoluzione giurisprudenziale e nelle ricostruzioni dogmatiche, è stato generalmente correlato al legame tra soggetto e *res*, di guisa che il pensiero dei più (che non si è condiviso del tutto) ha ricondotto la nozione di appartenenza al diritto di proprietà e ai diritti reali.

Estendendo tali premesse al concetto di cui all'art. 2-ter, si finisce però col restringere ai soli terzi in senso assoluto la legittimazione all'intervento nella procedura e, specularmente, il dovere di citazione in capo al tribunale .

.

A una simile impostazione conseguirebbe quindi una sorta di *impasse* per le ragioni dei terzi in senso relativo i quali, esclusi dal procedimento di prevenzione , non potrebbero che ricorrere all'incidente di esecuzione, sicuramente sempre esperibile, con ampia dilatazione dell'area di operatività delle opposizioni in *executivis* e con maggiore pregiudizio, poiché il tempo trascorso accresce le difficoltà di fornire la prova della buona fede.

In coerenza con la medesima prospettiva di tutela dei terzi che si è sopra ritenuto di condividere, la categoria di cui all'art. 2-ter dovrebbe allora più propriamente evocare ogni situazione giuridica soggettiva, senza limitazioni o distinzioni e salve solo le regole civilistiche in tema di opponibilità, talché la facoltà di intervenire nel procedimento di prevenzione andrebbe accordata a chiunque si affermi titolare di un interesse sostanziale rilevante, anche se di natura pretensiva .

.

Siffatta tesi dovrebbe costituire un punto di ampia condivisione, per far sì che possano affermarsi regole più attente alla complessità del fenomeno della concorrenza tra ragioni dei terzi in buona fede e pretesa ablativa dello Stato

Diverse volte, invece, nello specifico di questo segmento normativo, si sono registrati avvisi di segno contrario, rappresentati da posizioni che, pur animate dal comprensibile intento di rendere efficace e penetrante l'azione di aggressione ai patrimoni illeciti, non possono però essere recepite.

Si è sostenuto che la normativa di prevenzione recherebbe in sé la preminenza dell'interesse pubblico all'eliminazione dal circuito economico e dal traffico giuridico della ricchezza derivante da reati particolarmente gravi e tale esigenza non può che palesarsi prevalente rispetto ad istanze creditorie.

Il bene di origine illecita sarebbe pregno di una sua oggettiva pericolosità , che ne consentirebbe sempre l'apprensione

Tale apparato argomentativo, che già si è avuto modo di criticare in ragione della sua portata prevalentemente assertiva, non ha trovato seguito nelle successive pronunce e la giurisprudenza, com'era auspicabile, è oggi assestata su posizioni di maggiore salvaguardia dei diritti altrui .

La tutela delle ragioni dei terzi sembra aver così superato le incertezze iniziali e, negli ultimi anni, è cresciuta la consapevolezza che un'efficace azione di contrasto ai ritorni illeciti non può prescindere da una prospettiva di ampia considerazione delle esigenze patrimoniali dei terzi di buona fede.

Anche il legislatore, del resto, ha cominciato ad evocare un tale tema in maniera più chiara di quanto non avesse fatto in precedenza e nella menzionata legge comunitaria 2007 si prevede espressamente, tra i principi direttivi, *che in ogni caso la confisca non pregiudichi i diritti di terzi in buona fede sulle cose che ne sono oggetto.*

3. L'ESTRANEITÀ AL REATO

Altro importante snodo nell'economia applicativa della confisca è rappresentato dal concetto di *estraneità al reato*.

Sulla scorta di un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, estraneo al reato deve ritenersi soltanto chi risulti non aver avuto alcun collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del fatto o l'utilizzazione dei profitti che ne sono derivati, ossia soltanto chi non abbia posto in essere alcun contributo di partecipazione, ancorché non punibile .

Oltre al dato oggettivo sopra richiamato, nella valutazione del rapporto di estraneità non deve poi prescindersi da un'indagine di carattere soggettivo, volta a verificare la sussistenza della buona fede in capo al terzo.

Declinare la nozione di estraneità su basi esclusivamente oggettive, indipendenti da un eventuale affidamento incolpevole, infatti, *«oltre a contrastare con i principi accolti dall'ordinamento in ordine alla circolazione giuridica dei beni mobili, condurrebbe a risultati lesivi del principio di personalità della responsabilità penale sancito dall'art. 27 comma 1 Cost.»*

L'attenzione al profilo soggettivo del terzo individua così nell'accertamento della *buona fede* il vero diaframma tra ragioni meritevoli di tutela e non.

E rispetto ad esso, su un piano pratico, rileva massimamente la disciplina dell'onere della prova, che viene in effetti a porsi come un punto cruciale nei rapporti tra provvedimento ablativo e pretese dei terzi.

Sul problema della buona fede risulta compiutamente delineata in giurisprudenza l'affermazione secondo cui incombe ai terzi, i quali vantino diritti sul bene oggetto di confisca, l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sulla cosa e, in specie, la titolarità dello *ius in re aliena*, nonché la mancanza di ogni collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa

In alcuni casi, poi, è richiesto un requisito ulteriore, ovvero la prova che il terzo abbia posto in essere un contributo attivo per impedire l'uso illecito del bene o comunque non sia stato nella possibilità di prevedere quel determinato utilizzo.

Ad esempio, di recente, nell'ambito della normativa a tutela dell'ambiente si è evidenziato che, al fine di evitare la confisca obbligatoria del mezzo di trasporto prevista per il reato di traffico illecito di rifiuti (art. 259 comma 2 d.lg. n. 152 del 2006), incombe al terzo estraneo al reato l'onere di provare che l'uso illecito della *res* gli era ignoto o, comunque, che non risulta collegabile ad un suo comportamento negligente (42)

-
(42) Cass. 4 novembre 2008, n. 46012; nello stesso senso Cass. 20 maggio 2008, n. 26529.

.
Impostazione simile è stata ripetuta nell'ambito della confisca facoltativa, chiarendosi che la formale titolarità di un bene in capo a persona estranea al reato non è sufficiente a escludere la misura e tutelare l'intangibilità del diritto del proprietario se costui abbia tenuto atteggiamenti tali da favorire l'uso indebito del bene

.
In questa linea interpretativa si iscrivono pure quelle pronunce che, pure nel caso di comproprietà del bene, restringono la possibilità di confisca al positivo riscontro di una forma di partecipazione, nel senso chiarito, del soggetto estraneo.

Risulta poi condivisibile che, se nessun rimprovero può muoversi al proprietario pro quota, è consentito disporre la confisca solo per la frazione ideale corrispondente, ciò che si allinea con quanto rilevato prima secondo cui i diritti altrui non costituiscono limite alla praticabilità della confisca.

In merito, la Suprema Corte ha avuto modo di precisare che è ammissibile la confisca parziale di un compendio sequestrato allorché una sola parte di esso sia di proprietà del condannato, perché deve distinguersi tra la misura di sicurezza che trova la sua disciplina nell'art. 240 e le modalità di esecuzione, potendo nel caso di indivisibilità verificarsi una comunione tra lo Stato ed altri soggetti, rispettivamente nella parte o nella quota soggetta alla misura e l'altra cui non è estensibile

In linea di massima, dunque, dai richiamati indirizzi della Suprema Corte si rinvengono elementi interpretativi piuttosto chiari, certamente utili ad orientare la decisione nelle peculiarità che ogni caso concreto presenta.

Il tema dello standard probatorio ha assunto poi tratti ancor più delicati nel contesto applicativo della l. n. 575 del 1965, in cui è molto avvertita l'esigenza di evitare che il prevenuto possa avvalersi di intestazioni fittizie e artifici simili.

Pur restando invariate le direttrici di fondo, risulta quindi comprensibile la ricerca di un particolare rigore nella valutazione della buona fede.

Al proposito, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il terzo dovrà certamente dimostrare il proprio affidamento incolpevole, ingenerato da una situazione di apparenza che renda scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza, non essendo sufficiente la mera anteriorità della trascrizione nei registri immobiliari

Il legislatore del pacchetto sicurezza del luglio 2008 ha poi specificato che si presuono fittizi i trasferimenti e le intestazioni effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti e degli affini entro il quarto grado.

Si tratta di un indubbio alleggerimento dell'onere probatorio in capo all'organo procedente, che tuttavia si inserisce nell'ambito di una normativa peculiare, che persegue finalità pubblicistiche di sicuro rilievo e che pertanto non solleva problemi di ordine costituzionale né si pone in tensione con i principi fissati nella CEDU

.

Spetterà all'interprete muoversi con particolare attenzione, per addivenire ad un ragionevole componimento degli opposti interessi ed evitare che, in senso distorto, al principio *in dubio pro reo* si sostituisca la regola *in dubio pro re publica*: quella dell'assenza di malafede è infatti una prova negativa e, come tale, potenzialmente diabolica .

.

Una fattispecie diversa, rispetto alla quale non si pongono problematiche di stati soggettivi, ma che suscita dubbi interpretativi per altri profili, riguarda la successione a titolo universale, nei casi in cui il bene sia transitato *iure hereditario* prima del provvedimento ablativo

.

In dette ipotesi appare preferibile ritenere che l'erede, sebbene prosegua in tutti i rapporti giuridici del *de cuius*, sia comunque una persona diversa dal proprio dante causa e, quindi, *estranea*.

.

Tale soluzione, certamente corretta per la confisca facoltativa, poiché il giudizio prognostico di pericolosità reo - cosa non può che dare esito negativo nel caso in cui

un reo più non vi sia, dovrebbe essere tenuta ferma anche per la confisca obbligatoria.

Solo con la pronuncia di confisca, infatti, viene meno il diritto dominicale del *de cuius* mentre, in momento antecedente, la relazione proprietaria è del tutto integra e come tale si trasmette all'erede. Vero è che questi prosegue in tutti i rapporti del *de cuius*, ma si tratta pur sempre di soggetti distinti e per tale ragione la pretesa ablativa successiva al passaggio *mortis causa* di quei beni oggetto di confisca si rivolge contro una persona *estranea*.

.

Le problematiche inerenti al concetto di estraneità hanno poi costituito più volte oggetto di riflessione con riferimento al ruolo dell'ente collettivo nei reati commessi da soggetti che rivestono una carica apicale nell'ambito dello stesso.

In simili occasioni, la giurisprudenza ha prevalentemente sostenuto che, essendo la confisca *ex art. 240 c.p.* una misura di sicurezza «avente carattere non punitivo ma cautelare, fondato sulla pericolosità derivante dalla disponibilità delle cose che servono per commettere il reato, ovvero ne costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto, essa può essere disposta anche per i beni appartenenti a persone giuridiche dovendo a tali persone, in forza dei principi di rappresentanza, essere imputati gli stati soggettivi dei loro legali rappresentanti».

.

Approdi interpretativi di questo tipo, probabilmente animati dall'intento di rendere più efficace l'apprensione statutale a fronte di comodi schermi societari, non risultano tuttavia condivisibili.

Resta infatti un'obiezione di fondo: persona fisica ed ente collettivo sono soggetti distinti, ognuno dei quali costituisce un autonomo centro di imputazione di diritti e obblighi, con l'inevitabile corollario che si tratta di soggetti *estranei*.

A opposto avviso può pervenirsi solamente qualora sia accertato l'abuso di personalità giuridica atteso che, nelle predette ipotesi, è proprio l'alterità dei soggetti che viene a mancare, essendo la persona giuridica un mero velo.

In effetti, l'impressione che si ricava dalla lettura di alcune pronunce della giurisprudenza in materia è che alla base della ritenuta assenza di estraneità vi sia sempre un previo giudizio di abuso della personalità, magari lasciato per implicito.

In ogni caso, con l'entrata in vigore del d.lg. n. 231 del 2001 il quadro delle relazioni penalistiche che possono instaurarsi tra ente e persona fisica si presenta profondamente mutato e il tema dell'estraneità dell'ente al reato dell'individuo necessita di essere rimeditato.

L'espressa previsione di una forma di responsabilità dell'ente che consegue al reato commesso dalla persona fisica sembrerebbe infatti chiudere le porte a forme di coinvolgimento del primo nelle condotte criminose dell'individuo diverse da quelle contemplate nel d.lg n. 231 del 2001, tanto più che il ventaglio dei reati presupposto contenuto nel predetto decreto è ormai molto ampio.

4. LA CONFISCA E LA PROCEDURA FALLIMENTARE, CENNI

Le problematiche riassunte nel conflitto tra la portata ablativa della confisca e l'esigenza di tutela dei terzi di buona fede assumono una dimensione altrettanto delicata nell'ambito delle procedure concorsuali.

Anche la disciplina di simili fattispecie, in un primo momento, era stata individuata facendo ricorso alla nozione di appartenenza.

Un indirizzo interpretativo aveva affermato la legittimità del sequestro preventivo sui beni della massa in base al rilievo che il fallimento priva, è vero, l'imprenditore dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni, trasferendoli alla curatela, ma tale spossessamento non si traduce in una perdita della proprietà .

.

Si era argomentato che la dichiarazione di fallimento, non incidendo sulla relazione dominicale dei beni, lasciasse del tutto immutata l'appartenenza dei beni stessi in capo al soggetto giuridico fallito, talché nulla variava rispetto all'operatività della norma di cui al comma 3 dell'art. 240 c.p.

Alla curatela compete infatti un ruolo meramente gestionale, in funzione del soddisfacimento dei creditori, e per tale ragione sarebbe da escludere qualsivoglia nesso di appartenenza: essa, accentrando in sé la duplice veste di rappresentante della massa dei creditori e del fallito, non potrebbe pertanto mai considerarsi terzo estraneo.

.

In senso parzialmente difforme, altro orientamento aveva ritenuto che il sequestro potesse prevalere rispetto alla procedura fallimentare solo allorché fosse destinato a soddisfare una funzione di prevenzione speciale rilevante *erga omnes*, ciò che avviene nelle ipotesi in cui la misura cautelare colpisce l'utilizzazione di un bene intrinsecamente illecito o suscettibile di aggravare le conseguenze della condotta criminosa .

.

Ulteriore soluzione interpretativa era stata quella di mantenere ferme le medesime acquisizioni elaborate in seno ai rapporti con i diritti reali di garanzia: la procedura avrebbe infatti natura di procedimento esecutivo e darebbe luogo ad una sorta di

pignoramento generale, in quanto tale prevalente se intervenuto prima della confisca.

In un simile quadro segnato dalla diversità dei vari orientamenti, anche il criterio della prevenzione non ha avuto importanti ricadute applicative ed è arretrato a fronte di considerazioni fondate sul contemperamento dei diversi interessi in concreto coinvolti .

.

Ad una successiva riflessione, infatti, la giurisprudenza di legittimità ha lasciato sullo sfondo le categorie concettuali dell'appartenenza e dell'estraneità, promuovendo un'indagine rivolta alle specifiche finalità volta per volta perseguite dai diversi istituti applicati.

Punto di svolta va individuato in un'approfondita pronuncia a sezioni unite, con cui la Suprema Corte ha affrontato *funditus* il tema dei rapporti tra le varie figure di sequestro e il fallimento .

.

Le sezioni unite hanno anzitutto affermato la prevalenza del sequestro probatorio a prescindere da ogni valutazione di ordine temporale, poiché si tratta di una misura che persegue il superiore fine di assicurare una prova al processo penale e, per tale ragione, esso può essere legittimamente disposto anche su beni già appresi al fallimento e, se anteriore alla procedura, mantiene la propria efficacia.

Al polo opposto si pone il sequestro conservativo che, in quanto strumentale ad una pretesa individuale di risarcimento del danno da reato, rientra nell'area di operatività dell'art. 51 l. fall. e non può prevalere sulle legittime posizioni degli altri creditori.

Tralasciando l'ipotesi contemplata all'art. 321 comma 1 c.p.p. (che non ha specifico collegamento con il tema in esame) per quel che concerne il sequestro funzionale alla confisca (art. 321 comma 2 c.p.p.) di estremo rilievo appare il distinguo operato dalla Corte tra ipotesi di misura obbligatoria e facoltativa.

Nell'interpretazione delle sezioni unite, il sequestro avente ad oggetto un bene confiscabile in via obbligatoria deve ritenersi sempre prevalente rispetto alla procedura fallimentare.

Con la previsione dello schema ablativo obbligatorio, infatti, il legislatore avrebbe inteso escludere il pericolo di qualsivoglia immissione di determinati beni nel circuito economico, neppure *sub specie* di vendita finalizzata al soddisfacimento dei creditori.

Nel sequestro funzionale alla confisca obbligatoria, *il periculum si ricollega alla confiscabilità del bene, che non è correlata alla pericolosità sociale dell'agente ma a quella della res*: le finalità del fallimento non sono quindi in grado di assorbire la

funzione assoluta dal sequestro e *le ragioni di tutela dei terzi creditori sono destinate ad essere pretermesse rispetto alla prevalente esigenza di tutela della collettività.*

A conclusioni diverse si giunge con riferimento al sequestro preventivo funzionale alla confisca facoltativa.

Questa è ordinata qualora il giudice ritenga che si possa formulare una prognosi di pericolosità sociale derivante dal mantenimento del possesso del bene in capo al reo e pertanto, assumendo rilievo il collegamento materiale con la cosa, la procedura concorsuale appare tendenzialmente in grado di soddisfare le esigenze e le finalità dell'azione ablatoria. L'intervenuto fallimento, infatti, recidendo tale nesso di pericolosità, diviene proprio un fatto sopravvenuto determinante il venire meno delle condizioni di applicabilità della misura.

Occorre quindi un supplemento di indagine per valutare la necessità di sacrificare i diritti dei creditori ed è compito del giudice che procede dover volta per volta valutare se, nella specificità del caso trattato, per un determinato bene sia necessario procedere alla confisca.

Dunque, riassumendo, *l'iter* seguito dalla Suprema Corte porterebbe alle seguenti acquisizioni: nelle ipotesi di confisca obbligatoria, gli interessi alla base della pretesa ablativa prevalgono sempre, irrilevante restando l'eventuale posteriorità del sequestro; in caso di confisca facoltativa, invece, la misura ablatoria prevale solo allorché il giudice dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni ad essa sottese rispetto a quelle attinenti agli opposti interessi dei creditori.

Il giudice, insomma, è chiamato a una valutazione bilanciata tra le ragioni della confisca e quella della tutela dei creditori .

.

Un tale approccio metodologico di tipo funzionalistico appare condivisibile: laddove il fallimento riesce a soddisfare le finalità del sequestro penale non ha senso duplicare le misure .

Tuttavia, il netto distinguo operato dalle sezioni unite tra i due schemi ablativi, facoltativo e obbligatorio, non appare del tutto tranquillizzante sotto il profilo della tutela dei terzi.

Va rimarcato come, nell'affrontare il tema dell'assoggettabilità a sequestro dei beni caduti nella massa fallimentare, la Corte abbia preso le mosse, anche nella terminologia utilizzata, da una piena adesione all'idea della confisca come misura di controllo della pericolosità reale.

Si è però già avuto modo di osservare che la riconducibilità al paradigma delle misure di sicurezza è messo ormai in definitiva crisi dalla inevitabile constatazione della matrice sempre più marcatamente sanzionatoria assunta dalle varie figure di

confisca introdotte negli ultimi anni, evidenziata dall'affermarsi di schemi ablatori segnati da obbligatorietà e possibile aggressione per equivalente .

Seguendo la linea argomentativa tracciata dalle sezioni unite, si è visto che la confisca obbligatoria dei beni che derivano direttamente dal reato deve avere senz'altro luogo ad onta della sussistenza di una procedura fallimentare.

Ora, considerando pure che nel prossimo futuro, con le modifiche dettate dal legislatore delegante della legge comunitaria 2007, la confisca facoltativa dovrebbe lasciare definitivamente il passo, la conclusione che viene a profilarsi vede le ragioni della massa sempre recessive.

Laddove poi si proceda con la confisca per equivalente, i beni oggetto di ablazione non hanno collegamento con il reato e non può invocarsi alcun concetto di pericolosità reale, talché le direttrici dalla Corte di legittimità appaiono difficilmente replicabili.

In simili fattispecie, recente giurisprudenza ha affermato che, non venendo in rilievo un problema di intrinseca pericolosità dei beni, spetta al giudice di valutare volta per volta, nell'esercizio del suo potere discrezionale, l'ordine di prevalenza delle opposte ragioni .

Si tratta di una tesi anche condivisibile, che in buona sostanza demanda al giudice una ponderata valutazione nel caso concreto, ma che non consente di enucleare chiare coordinate interpretative.

Appare allora il caso di meditare la ricerca di indirizzi ermeneutici diversi, che tengano conto del percorso evolutivo della confisca e che allo stesso tempo sposino una prospettiva di piena valorizzazione delle istanze della massa.

Ancora una volta, poi, è auspicabile che lo stesso esito sopra immaginato rappresenti un punto fermo anche nel quadro della prevenzione patrimoniale.

In tale contesto normativo, ai problemi analoghi a quelli esposti si sovrappone l'ulteriore complicazione rappresentata dalla possibile coesistenza di due distinte procedure, quella di amministrazione dei beni di cui alla l. n. 575 del 1965 e quella concorsuale .

Si è già avuto modo di segnalare che le ragioni dei terzi, nell'ambito della suddetta legge, non hanno trovato una collocazione normativa adeguata all'importanza del tema, sicché all'interprete è toccato il non facile compito di ricostruire la disciplina applicabile .

E così, con l'intento di assicurare maggiore efficacia all'azione ablativa, in termini speculari a quanto enucleato con riferimento ai rapporti con creditori diversi dalla

massa, un orientamento aveva ritenuto le ragioni del sequestro di cui agli artt. 2-bis e 2-ter l. n. 575 del 1965 sempre prevalenti, anche se la misura cautelare fosse intervenuta dopo la dichiarazione di fallimento.

Una soluzione diversa, si argomentava, priverebbe le misure di prevenzione dell'efficacia loro propria e i creditori fittizi potrebbero ottenere, attraverso la procedura concorsuale, ciò che invece dovrebbe essere eliminato con la confisca.

Si era inoltre evidenziato che il fallito non perde la titolarità dei propri beni e che la procedura, tendendo alla soddisfazione dei creditori, darebbe valore proprio a quei cespiti che invece la legge intende espungere dal circuito economico .

Alla medesima conclusione si è poi giunti sul presupposto dogmatico della natura schiettamente sanzionatoria della confisca di prevenzione , finalizzata ad evitare sia la dispersione dei beni sia l'eventualità che il soggetto prevenuto riacquisti, a seguito della procedura, anche solo una parte del patrimonio illecitamente conseguito, in quest'ultimo senso dandosi voce al timore che la procedura fallimentare possa paradossalmente fungere da canale di riciclaggio.

Simili indirizzi interpretativi, sulla spinta di una rinnovata attenzione alle ragioni dei terzi di buona fede, appaiono oggi superati.

Su tale binario, si è sostenuto che il fallimento, privando il soggetto della *disponibilità* dei beni, eliminerebbe il requisito legale alla base della prevenzione patrimoniale, di talché l'apprensione statutale dovrebbe insistere solo sui beni residui a seguito della procedura.

La finalità prefigurata dal legislatore, che risiede nell'opportunità di impedire che il soggetto possa finanziare ulteriori attività con i beni illecitamente acquisiti, sarebbe infatti allo stesso modo raggiunta lasciando la procedura fallimentare ai suoi scopi e confiscando il residuo .

.

Si tratta certamente di un tema complesso e le preoccupazioni mostrate da una parte della dottrina e giurisprudenza, variamente collegate al pericolo che un'ampia apertura alle ragioni dei terzi possa compromettere l'efficace l'azione di contrasto ai ritorni illeciti, sono comprensibili.

Tuttavia, come già osservato nelle pagine precedenti, soluzioni interpretative che rendono le esigenze dei terzi recessive rispetto alle finalità della confisca non paiono percorribili e il rischio è quello di espropriare, più che il reo, i suoi creditori in buona fede .

