



20 MARZO 2019

Riflessioni sull'istituto della confisca,
fra diritto amministrativo e penale, alla
luce della giurisprudenza della CEDU

di Antonino Longo

Professore associato di Geografia economico-politica
Università degli Studi di Catania

e Federica Maria Distefano

Avvocato penalista presso il Foro di Catania



Riflessioni sull'istituto della confisca, fra diritto amministrativo e penale, alla luce della giurisprudenza della CEDU*

di Antonino Longo

Professore associato di Geografia economico-politica, Università degli Studi di Catania

e Federica Maria Distefano

Avvocato penalista presso il Foro di Catania

Sommario: **1.** Natura giuridica e inquadramento dogmatico delle diverse forme di confisca: di prevenzione, la confisca allargata alla luce del nuovo codice antimafia. **2.** Il ruolo della confisca nella lotta alla c.d. “criminalità da profitto”. **3.** La confisca urbanistica alla luce delle posizioni giurisprudenziali assunte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. **4.** La sentenza della Corte Edu 28 giugno 2018 sul caso *G.I.E.M. S.r.l. e altri c/Italia*. **5.** Conclusioni.

1. Premessa

L'introduzione delle misure di sicurezza quale strumento di potenziamento della difesa sociale nella lotta alla criminalità da affiancare alle sanzioni penali tradizionali, è da sempre ritenuta una delle più significative novità della codificazione degli anni '30¹.

Precipuamente, il nuovo meccanismo sanzionatorio ben si prestava ad assecondare l'autoritarismo repressivo dello stato fascista nella lotta ai fenomeni criminosi, traducendosi in un sistema di rigida difesa sociale che anteponeva l'obiettivo della tutela della collettività alle garanzie del singolo consociato².

Tra le misure di sicurezza patrimoniali la confisca ha, sin da subito, rivestito un ruolo preminente in quanto strumento volto a colpire le cose avvinte da un legame pertinenziale con il reato commesso, la cui disponibilità rappresenta un fattore di incentivo alla reiterazione dell'attività criminosa.

* Articolo sottoposto a referaggio. Benché frutto del lavoro congiunto dei due autori, il contributo risulta imputabile, quanto ai paragrafi 4, 5 e 6 ad Antonino Longo e, quanto ai paragrafi 1, 2 e 3 a Federica Maria Distefano.

¹ Secondo Fiandaca e Musco, l'introduzione del c.d. “doppio binario” quale risposta legislativa al problema delle lamentate insufficienze del diritto penale “classico”, sortì anche l'effetto di porre fine alla *vexata quaestio* afferente alla natura e alla funzione della sanzione penale che vedeva contrapposte la “Scuola Classica” (che difendeva il paradigma della colpevolezza) e la “Scuola Positiva” (i cui esponenti propugnavano il contrapposto paradigma della pericolosità sociale), G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale – Parte Generale*, Bologna, 2014, p. 819.

² Con il T.U. di Pubblica Sicurezza del 1926, le misure preventive diventano uno strumento cardine del controllo poliziesco del Fascismo. Il confino veniva disposto attraverso un procedimento avente carattere amministrativo nei confronti di coloro che avessero commesso o manifestato “*il deliberato proposito di commettere atti diretti a sovvertire violentemente gli ordinamenti nazionali, sociali ed economici costituiti dallo Stato o a menomare la sicurezza ovvero a contrastare od ostacolare l'azione dei poteri dello Stato, in modo da recare comunque nocimento agli interessi nazionali, in relazione alla situazione interna o internazionale dello Stato*”. Successivamente, il T.U. in materia di Pubblica Sicurezza del 1931 estendeva ulteriormente la possibilità di ammonire gli avversari politici e di destinarli al confino.

L'*intentio legis* va, pertanto, ravvisata nell'esigenza di prevenire la commissione di nuovi reati mediante l'espropriazione a favore dello Stato di cose che, provenendo dalla commissione di un fatto costituente reato o comunque ad esso ricollegabile, “*mantengono viva l'idea e l'attrattiva del reato*”³.

A differenza delle altre misure di sicurezza, la confisca prescinde dal requisito della pericolosità sociale dell'autore: presupposto indefettibile per la sua applicazione è, invero, la pericolosità oggettiva della *res*, costituente una presunzione *iuris et de iure* nelle ipotesi di confisca obbligatoria (in quanto ritenuta *in re ipsa*) e *iuris tantum* nell'ipotesi di confisca facoltativa⁴.

Scopo della confisca c.d. “tradizionale” è neutralizzare la pericolosità sociale connessa alla persistente disponibilità della cosa e non già sanzionare la commissione di un fatto illecito.

Più precisamente, nel nostro ordinamento le misure di sicurezza si differenziano dalle pene soprattutto sotto il profilo della destinazione funzionale: sono misure rivolte al futuro e non già al passato, aventi il precipuo fine di eliminare il rischio che l'autore possa tornare a delinquere.

Sul punto, non può di certo sottacersi come, nell'attuale sistema giuridico, il *discrimen* tra pene e misure di sicurezza sia divenuto sempre più evanescente alla luce dell'evoluzione normativa sviluppatasi a far data dagli anni '80, culminata nell'introduzione di diverse tipologie di misure ablatorie ricondotte nell'alveo nominalistico della “*confisca*” seppur profondamente eterogenee tra loro in punto di struttura, funzione e presupposti applicativi, accomunati esclusivamente dall'effetto conclusivo dell'espropriazione ad opera dello Stato di cose a vario titolo ricollegabili all'attività criminosa⁵.

La genesi di questo polimorfismo della confisca va ravvisata nella necessità di reagire all'esponenziale aumento della criminalità c.d. “da profitto” ritenuta tra le principali cause non solo di illegalità, ma anche di mancata crescita del Paese.

Gli Stati europei, preso coscienza dell'esigenza di cooperare a livello internazionale allo scopo di arginare tale fenomeno, hanno individuato nella confisca lo strumento più adeguato in quanto diretto a colpire l'accaparramento della ricchezza illecitamente conseguita quale fine ultimo e ragione stessa del delinquere.

³R. GAROFOLI, *Compendio Superiore di Diritto Penale – Parte Generale*, Roma, p. 688.

⁴ La confisca facoltativa (*ex art. 240, co. 1, c.p.*) ha per oggetto le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato (c.d. mezzi di esecuzione del reato), e, altresì, le cose che ne costituiscono il prodotto o il profitto. Trattasi di cose legate al fatto di reato da un nesso eziologico diretto ed essenziale; viceversa, la confisca c.d. obbligatoria (*ex art. 240, co. 2, c.p.*) concerne le cose che costituiscono il prezzo del reato ovvero la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione, costituisce reato, anche nell'ipotesi in cui non sia stata pronunciata sentenza di condanna.

⁵ Confisca obbligatoria (che prescinde dalla verifica in concreto delle finalità preventive, prima fra tutte confisca *ex art. 416 bis, co. 7, c.p.*; confisca di prevenzione (che prescinde dalla commissione di un fatto integrante un'ipotesi di reato); confisca obbligatoria quale misura di sicurezza patrimoniale, volta ad incidere sull'intero patrimonio “sproporzionato” di cui l'interessato non possa giustificare la legittima provenienza *ex art. 12 sexies d.l. n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/92 e ss.mm.ii., oggi art. 240 bis c.p.*); confisca per equivalente avente natura sanzionatoria ove risulti impossibile appendere la *res* originaria; confisca ai danni dell'Ente *ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001*.

Le nuove tipologie di confisca sono spesso destinate ad incidere su beni che nulla hanno a che fare con il reato, sì da sostituire l'originaria funzione di neutralizzazione della pericolosità sociale, tipica della misura di sicurezza *ex art. 240 c.p.*, con quella più propriamente afflittiva e sanzionatoria⁶.

Il legislatore, negli ultimi anni, ha fatto un uso ipertrofico della confisca ritenendolo strumento idoneo ad atteggiarsi a misura di prevenzione, misura cautelare, sanzione penale *strictu sensu* ovvero sanzione amministrativa, a seconda delle contingenze di volta in volta dettate dal contesto politico -sociale.

La confisca, invero, è un istituto caleidoscopico, “*teleologicamente ambiguo e dogmaticamente apolide*”⁷: nell'attuale sistema il termine confisca non ammette più il singolare atteso che di confisca ne esistono tante tipologie sempre più distanti dal prototipo originario di cui all'art. 240 c.p..

Ed è proprio il carattere “proteiforme” della confisca a porre non facili problemi in ordine all'individuazione della sua natura giuridica.

Se è vero che la confisca “tradizionale” rappresenta la tipica misura di sicurezza patrimoniale, il problema si pone con riferimento alle diverse tipologie confiscatorie introdotte dal nostro legislatore e che presentano connotati strutturali che le differenziano profondamente rispetto all'archetipo di cui all'art. 240 c.p..

A tal riguardo, è evidente come l'individuazione della natura giuridica dei singoli istituti di volta in volta presi in considerazione non rappresenta una questione meramente dogmatica priva di risvolti pratici: qualificare un istituto come “sanzione penale” ovvero “sanzione amministrativa”, anche alla luce dell'insegnamento della Corte EDU, implica conseguenze sostanziali soprattutto sotto il profilo del rafforzamento del principio di legalità.

Originariamente le misure di sicurezza erano concepite come provvedimento di natura amministrativa al pari di qualsiasi altro atto di polizia tendente a perseguire finalità di prevenzione.

Siffatta concezione, tuttavia, è ben presto mutata, a fronte della maggiore sensibilità palesata dalla giurisprudenza sovranazionale in materia di principio di legalità la cui portata applicativa risulta oggi notevolmente ampliata in forza della concezione autonomista accolta dalla giurisprudenza CEDU, secondo cui le nozioni di pena e accusa penale devono essere autonomamente interpretate dalla Corte di Strasburgo, cui viene espressamente riconosciuto il potere di andare oltre il *nomen iuris* e di verificare se una misura costituisca in concreto una “pena”.

⁶ R. GAROFOLI, *Compendio Superiore di Diritto Penale – Parte Generale, op. cit.*, p. 688.

⁷ V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3/2015, p. 1261; A. BALSAMO – G. LUPPARELLO, *La controversa natura delle misure di prevenzione patrimoniali*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, Torino, 2013, p. 311, sulla qualificazione della confisca si assiste “*ad una sorta di pendolarismo dogmatico*”.

Proprio di recente la Grande Camera – già pronunciata sulla natura penale delle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob nel noto caso *Stevens e altri c. Italia* - ha ribadito la natura penale della confisca urbanistica di cui all'art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001, in tal modo disattendendo l'orientamento nazionale maggioritario⁸ che la qualificava, invece, come sanzione amministrativa.

Siffatta affermazione impone l'estensione di tutte le garanzie convenzionali ricollegate alla nozione di “materia penale” sotto il profilo del rispetto dei principi del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, del *nullum crimen sine lege* ex art. 7 CEDU nonché delle garanzie del doppio grado di giurisdizione ai sensi degli artt. 2 e 4, Prot. 7 CEDU⁹.

La giurisprudenza nazionale, tuttavia, è ancora ferma nel riconoscere la natura di misura di sicurezza a diverse tipologie di confisca presenti nel nostro panorama ablativo, in tal modo escludendo l'estensione delle garanzie proprie del diritto penale anche con riferimento a strumenti particolarmente afflittivi e incisivi, primo fra tutti, la confisca di prevenzione.

Quest'ultimo istituto, particolarmente invasivo e deficitario in termini di garanzie, è stato originariamente concepito quale strumento eccezionale destinato a colpire esclusivamente talune fattispecie criminose dotate di straordinaria virulenza, prima fra tutte l'associazione di stampo mafioso.

Tuttavia, nell'attuale sistema il sempre più frequente ricorso alla confisca – tale da condurre autorevole dottrina a definire la confisca il “*barone rampante*” del diritto penale moderno¹⁰ - anche con riferimento a fattispecie caratterizzate da minor allarma sociale, impone nuove riflessioni in materia di equilibrio tra esigenze di efficienza del sistema di repressione degli illeciti penali e garanzie fondamentali dell'individuo.

2. Natura giuridica e inquadramento dogmatico delle forme di confisca: di prevenzione, la confisca allargata alla luce del nuovo codice antimafia

Premessa indefettibile per poter disquisire sul ruolo che la confisca è chiamata ad esercitare all'interno dell'attuale sistema ablatorio italiano, è l'individuazione della corretta qualificazione giuridica da attribuire ai diversi istituti sussunti in tale *nomen iuris*.

E invero, seppur parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che sia poco proficuo continuare il dibattito sui “bizantinismi” relativi alla qualificazione della confisca atteso che l'attribuzione della natura giuridica di un istituto avviene *ex post* in vista degli effetti che si vogliono aprioristicamente conseguire¹¹,

⁸ Da ultimo ribadito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 49/2015.

⁹ A. DELLO RUSSO – E. ADDANTE, *Questioni di confisca e prescrizione: la necessità di una condanna (anche non passata in giudicato)*, in *Archivio penale*, n. 2/2018.

¹⁰ V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, n. 3/2015.

¹¹ Come ha evidenziato Fiandaca nell'ambito del Convegno tenutosi il 17 novembre 2018 presso l'Università degli Studi di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza, intitolato “*Le misure di prevenzione e le sanzioni patrimoniali: tensioni*”

non può di certo sottacersi come la natura di un istituto sia in ogni caso funzione della disciplina giuridica che la precede.

Le diverse tipologie di confisca presenti nel nostro ordinamento costituiscono misure ablatorie profondamente diverse tra loro per struttura e finalità, accomunate esclusivamente dall'effetto prodotto ossia l'ablazione della *res oggetto di confisca*¹².

Se sotto la vigenza del codice Rocco la confisca veniva pacificamente qualificata come misura di sicurezza a fronte della sua naturale vocazione special-preventiva in quanto diretta a neutralizzare la “*pericolosità delle cose*”, l'eterogeneità delle “*confiscae*” presenti attualmente nel nostro ordinamento, tali da delineare un sistema proteiforme, ha per vero dato origine a non pochi dubbi interpretativi.

Specificamente, il legislatore ha introdotto negli ultimi anni misure ablatorie assai più affini alle sanzioni *strictu sensu* che alle misure di sicurezza, connotazione, preme ribadirlo, che comporta fondamentali ripercussioni pratiche, prima fra tutte l'individuazione del regime successorio applicabile: retroazione sfavorevole *ex art. 200 c.p.* per le misure di sicurezza ovvero regime di irretroattività sfavorevole di cui all'*art. 25, co. 2, Cost.* ove si tratti di pene in seno stretto.

Le soluzioni interpretative adottate dalla giurisprudenza, fortemente influenzate dal diritto sovranazionale, mutano e approdano a differenti soluzioni in ragione del tipo di confisca di volta in volta preso in considerazione: misura di sicurezza, pena, sanzione accessoria ovvero *sui generis*.

Ciò che desta maggiori preoccupazioni soprattutto in punto di certezza del diritto è la tendenza delle nuove tipologie di confisca di allontanarsi dai requisiti strutturali della confisca tradizionale rappresentati dalla tendenziale facoltatività dell'ablazione e dalla necessaria sussistenza di un nesso di pertinenzialità tra la *res* oggetto di ablazione e il reato commesso.

Sotto il primo profilo, negli ultimi anni si è assistito all'incremento delle ipotesi di c.d. confisca obbligatoria, ritenuto efficace strumento di aggressione del patrimonio illecito da affiancare alla pena nell'ottica di reprimere fenomeni di c.d. “criminalità del profitto”.

A titolo esemplificativo, basti pensare agli artt. 446, 722, 416 *bis*, co. 7, 270 *bis* co. 5, art 466 *bis* c.p. oltre che alle ulteriori ipotesi introdotte dalla legislazione speciale ad esempio in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche *ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001* ovvero d.P.R. n. 309 del 1990.

interpretative nel dialogo tra le Corti”, i criteri elaborati dalla Corte europea per poter distinguere la sanzione penale da quella amministrativa, sono manipolabili, plasmabili: che significa “carattere o effetto sanzionatorio”? La confisca è uno strumento polifunzionale avendo componenti sanzionatorie, riparatorie, ripristinatorie, compensative e afflittive: come stabilire, pertanto, qual è la funzione prevalente? Fiandaca perviene alla conclusione che si tratti di criteri inadeguati per stabilire cosa sia penale e cosa non lo sia a livello teleologico. D'altronde qualsiasi forma di sottrazione del bene ha certamente una componente afflittiva.

¹² A. MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cassazione penale*, 2016, p. 2719.

Trattasi di ipotesi speciali di confisca che, pur presupponendo l'accertamento di un nesso di pertinenzialità tra la *res* e il reato commesso, si caratterizzano soprattutto per l'estensione applicativa del provvedimento ablatorio, teso a colpire beni ulteriori rispetto a quelli indicati dall'art. 240 c.p.: l'art. 416 *bis*, co. 7, c.p., ad esempio, prevede la sottoposizione *in vinculis* non soltanto degli *instrumenta sceleris* (profitto, prodotto e prezzo del reato) ma anche delle cose che ne “*costituiscono l'impiego*”¹³.

L'eterogeneità fenomenica ricompresa nella categoria della confisca obbligatoria, impedisce di addivenire a una qualificazione giuridica unitaria, dovendosi per contro procedere ad una valutazione “caso per caso”.

Per tornare all'esempio poc'anzi citato, la dottrina maggioritaria riconduce la confisca di cui all'art. 416 *bis*, co. 7, c.p. nell'alveo delle pene accessorie, tenuto conto del carattere obbligatorio del provvedimento riferito a beni non intrinsecamente pericolosi e attesa la necessità di una sentenza di condanna; siffatti elementi, perseguendo l'operazione ermeneutica sopra citata, contribuirebbero a rafforzare la connotazione prettamente repressiva piuttosto che la vocazione preventiva dell'istituto¹⁴.

Sotto l'ulteriore profilo della confiscabilità di beni che non presentano alcun legame con il reato commesso, la c.d. “confisca per equivalente” o “di valore” rappresenta un chiaro esempio di come il legislatore abbia inteso discostarsi dal tradizionale paradigma delle misure di sicurezza per fronteggiare il continuo espandersi della criminalità del profitto.

Siffatto istituto, introdotto per la prima volta dalla l. n. 108/96 con riferimento al reato di usura di cui all'art. 644 c.p., successivamente esteso a diverse fattispecie criminose, consente di espropriare beni, somme di denaro o altre utilità di cui il reo abbia la disponibilità in misura corrispondente al prezzo o profitto del reato.

Trattasi di una misura avente applicazione sussidiaria in quanto presuppone l'impossibilità di reperire nel patrimonio del reo i beni che costituiscono prezzo o profitto del reato.

Tale caratteristica segna il definitivo abbandono del requisito del nesso pertinenziale tra la *res* e il fatto di reato che giustificava la collocazione della confisca tra le misure di sicurezza.

La confisca di valore è poi misura tassativa, applicabile esclusivamente per le ipotesi di reato espressamente previste dal legislatore.

La confisca *de qua* si è ritagliata, sin da subito, un ruolo preminente nella lotta alla c.d. criminalità del profitto in quanto, prescindendo dall'accertamento del legame eziologico tra i beni appresi e il fatto di

¹³ L. BARON, *Il ruolo della confisca nel contrasto alla c.d. criminalità del profitto: uno sguardo d'insieme*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 maggio 2018.

¹⁴ A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Università degli Studi di Catania, Facoltà di Giurisprudenza, 2001.

reato, ha ovviato alle criticità palesate, in punto di afflittività, dalla confisca c.d. “tradizionale” che non consentiva l’apprensione dei profitti ogni qual volta questi ultimi, impiegati e trasformati, non risultavano rintracciabili nella loro originalità¹⁵.

Norma cardine è l’art. 322 *ter* c.p. introdotto, *ad origine*, in materia di reati contro la P.A., oggetto negli ultimi anni di diversi interventi di ortopedia normativa¹⁶.

La *vexata quaestio* afferente alla qualificazione giuridica da attribuire alla confisca per equivalente, sembrerebbe pacificamente risolta dall’orientamento ormai granitico della Suprema Corte di Cassazione che, in ottemperanza agli insegnamenti della giurisprudenza sovranazionale, rappresenta siffatta misura come avente *“carattere eminentemente sanzionatorio, giacché viene ad assolvere a una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l’imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è, pertanto, connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale che esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza* (Cass. Pen., n. 38172 del 2008).

L’orientamento ora illustrato è stato, altresì, avallato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 97/2009, che ha definitivamente affermato il carattere sanzionatorio e afflittivo della confisca per equivalente, desumibile proprio dalla mancanza di pericolosità dei beni che ne formano oggetto e dalla *“assenza di un rapporto di pertinenzialità – inteso come nesso diretto, attuale e strumentale – tra il reato e i detti beni”*.

D’altronde, la dilatazione della definizione del profitto confiscabile, non più circoscritto al provento del reato bensì esteso sino ad abbracciare il più ampio concetto di “vantaggio patrimoniale” (che può consistere non solo in un incremento del patrimonio dell’agente attraverso l’acquisizione di nuovi beni ma anche in una mancata *deminutio patrimonii* conseguita attraverso un risparmio di spesa) ha certamente

¹⁵ In punto di non necessaria sussistenza del nesso di pertinenzialità tra la *res* e il reato anche in ipotesi di sequestro c.d. “diretto” e non già per equivalente giova richiamare la sentenza c.d. “Lucci” della Suprema Corte di Cassazione secondo cui *“qualora il prezzo o il profitto c.d. accrescitivo derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme depositate su conto corrente bancario, di cui il soggetto abbia la disponibilità, deve essere qualificata come confisca diretta” afferma l’insussistenza, a fronte della natura fungibile del bene, della necessità di rinvenire un nesso di pertinenzialità tra il denaro rinvenuto nella disponibilità dell’indagato e il reato contestato, partendo dal presupposto che il denaro oggetto di sequestro si trovi nella disponibilità del soggetto accusato di aver percepito direttamente il profitto del reato; pertanto, prosegue la Corte, ai fini della confisca “è la prova della percezione illegittima della somma che conta, e non la materiale destinazione: con la conseguenza che, agli effetti della confisca, è l’esistenza del numerario comunque accresciuto di consistenza a rappresentare l’oggetto da confiscare”*.

Ancora una volta viene, pertanto, riconosciuto alla confisca un margine assai più esteso rispetto all’ipotesi tradizionale di cui all’art. 240 c.p..

¹⁶ Sul punto va, altresì, soggiunto che, se prima della c.d. “Riforma Severino” (l. n. 190/2012) l’obbligatorietà della confisca tradizionale era prevista sia per il prezzo che per il profitto, mentre quella per equivalente solo per il prezzo del reato per i delitti di cui al primo comma dell’art. 322 *ter* c.p., attualmente, successivamente all’innesto normativo, si parla di obbligo di confisca per equivalente anche in relazione al profitto per i predetti reati oltre che per quello di corruzione attiva del privato anche se commesso ai sensi dell’art. 322 *bis*, co. 2, c.p..

contribuito a qualificare siffatta misura come una sanzione *stricto sensu*, volta a ristabilire gli equilibri economici alterati¹⁷.

A tali misure ablatorie, si aggiungono due ulteriori tipologie di confisca, rispettivamente “di prevenzione” e “allargata”, che si discostano significativamente dall’archetipo di cui all’art. 240 c.p. a fronte della peculiarità dei presupposti e dei relativi procedimenti applicativi.

Muovendo dalla disamina dell’istituto della confisca di prevenzione¹⁸, trattasi di una misura *ante delictum*, prevista dall’art. 24 d.lgs. n. 159 del 2011 che, irrogata all’esito di un procedimento di prevenzione, è diretta a colpire beni “*di cui il proposto non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o che ne costituiscono il reimpiego*”.

La confisca di prevenzione è stata *ab origine* introdotta e applicata come forma di contrasto alla criminalità organizzata e, in particolare, all’associazione di stampo mafioso, a fronte della peculiare virulenza palesata da questo fenomeno criminoso¹⁹.

Tuttavia, ben presto il legislatore, forte dei risultati positivi riscontrati in termini di blocco dei flussi di denaro illegittimamente acquisiti dalla criminalità organizzata, ha esteso a innumerevoli modelli criminosi l’applicazione di tale istituto, anche a soggetti rei di crimini comuni, a prescindere dall’organizzazione criminale e spesso anche dalla loro gravità, nonché anche a soggetti che del reo sono eredi o aventi causa²⁰. Trattasi di un istituto che non presuppone la commissione di un fatto integrante una fattispecie criminosa, bensì la formulazione di un giudizio positivo di pericolosità²¹, giudizio che si fonda sulla scorta di indici

¹⁷ A. M. MAUGERI, *La confisca per equivalente - ex art. 322 ter c.p. - tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2011, p. 827, secondo cui è proprio l’inclusione, in via interpretativa, nella nozione di bene confiscabile dei risparmi di spesa che ha esposto la confisca per equivalente a vizi di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 25, co. 2, Cost. sotto il profilo del principio di determinatezza.

¹⁸ Le misure di prevenzione erano originariamente connesse all’esigenza di repressione penale degli oziosi e dei vagabondi, G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (fondamenti costituzionali)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino, 1994, p. 566; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, p. 195.

¹⁹ L’ambito di applicazione delle misure di prevenzione era originariamente circoscritto a fattispecie di reato caratterizzate da una peculiare carica criminosa, come il sequestro di persona a scopo di estorsione, il riciclaggio, la tratta di esseri umani, l’estorsione e l’usura, tutte fattispecie criminose la cui realizzazione è spesso connessa al crimine organizzato e che presentano un particolare disvalore.

²⁰ Per una compiuta ricostruzione dell’istituto si richiama integralmente A. M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2015, p. 946.

²¹ Non più del soggetto ma del patrimonio a seguito delle riforme intervenute nel torno di tempo compreso tra il 2008 e il 2009.

comportamentali sintomatici di uno stile di vita presuntivamente illegale tale da far dedurre l'illecita provenienza dei beni che si intendono confiscare *ergo* la natura oggettivamente pericolosa del bene.

Tale valutazione però non è intesa nel senso della prognosi di futura attività criminale (pericolo futuro derivante dall'uso dei beni), ma piuttosto nel senso della diagnosi di una passata attività criminale del reo (origine illecita del bene). La dottrina parla invero di un “*diritto penale del sospetto*”, ponendo in discussione la legittimità costituzionale di tale sistema, soprattutto con riferimento alla presunzione di innocenza²².

Con riferimento all'individuazione della natura giuridica di tale misura si sono avvicendati diversi orientamenti.

Segnatamente, dapprima la giurisprudenza di legittimità ha ricondotto la confisca di prevenzione nell'ambito di una sorta di *tertium genus*²³, costituito da una sanzione amministrativa equiparabile, quanto a contenuto ed effetti, alla misura di sicurezza prevista dall'art. 240 c.p. con la conseguente sottrazione al principio di irretroattività della legge penale *ex art. 25 Cost.*, dalla quale, tuttavia, si discosta in quanto applicabile indipendentemente dall'accertamento della commissione di un fatto costituente reato e non limitata a colpire le cose che ne costituiscono prezzo, prodotto e profitto.

La Corte Costituzionale è costante nell'affermare la natura preventiva della confisca allargata prevista dalla legislazione antimafia italiana e via via estesa a numerose fattispecie criminose²⁴, interpretazione che risulta altresì avallata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo²⁵.

Perseguendo tale linea interpretativa, la necessità di colpire i beni di illecita provenienza degli indiziati di mafia risponde ad esigenze di carattere social-preventivo e non già repressivo: evitare che l'ulteriore

²² G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (fondamenti costituzionali)*, *op. ult. cit.*, p. 566.

²³ Corte di Cassazione, Sez. un., 3 luglio 1996, n. 18 (c.d. “Simoncelli”); Cass. pen., Sez. II, 14 febbraio 1997 (dep. 21 marzo 1997), n. 12541, Nobile e altri, in Cass. pen., 1997, 3170; Cass. pen., Sez. II, 14 aprile 1999 (dep. 8 luglio 1999), n. 1790, Fici, *ivi*, 2000, 14111, con nota di P.V. MOLINARI, *Confisca antimafia: si estende il dialogo col morto*; Cass. pen., Sez. II, 31 gennaio 2005 (dep. 26 maggio 2005), n. 19914, Bruno, in *Guida al dir.* 2005, n. 25, 56; Cass. pen., Sez. un., 19 dicembre 2006 (dep. 8 gennaio 2007), n. 57, Auddino, in Cass. pen., 2007, 1429, con nota di P.V. MOLINARI, *La riparazione dell'errore giudiziario in tema di confisca antimafia: un annoso contrasto giurisprudenziale finalmente risolto*; Cass. pen., Sez. V., 11 giugno 2008 (dep. 25 giugno 2008), n. 25676, Alfano e altri, in C.E.D. Cass., n. 240435. Secondo la Corte EDU, la c.d. “confisca antimafia” è una misura di prevenzione e non già una sanzione penale, inquadrabile nell'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 secondo cui “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità ed alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non ledono il diritto degli Stati di applicare quelle leggi che giudicano necessarie per disciplinare l'uso dei beni in relazione all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri tributi o ammende”. Diversamente opinando sarebbe snaturato l'istituto e s'imporrebbe l'applicazione di principi tipici del sistema penale, incompatibili col sistema delle misure preventive (in particolare l'art. 7 della Corte EDU).

²⁴ Corte Costituzionale n. 33/2018: “Non è fondata, in riferimento all'art. 3 della Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12-sexies, comma 1, d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa), nella parte in cui include il delitto di ricettazione tra quelli per i quali, nel caso di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., è sempre disposta la speciale confisca prevista dal medesimo art. 12-sexies”.

²⁵ Corte EDU, 22 febbraio 1994, *Raimondo c/Italia*; 15 giugno 1999, *Prisco c/Italia*; 4 settembre 2001, *Arcuri c/Italia*; 28 ottobre 2004 e 16 marzo 2005, *Bocellari e Rizza c/Italia*; 5 gennaio 2010, *Bongiorno e altri c/Italia*.

utilizzo delle ricchezze illegittimamente acquisite possa accrescere la capacità delinquenziale e, altresì, evitare che il circuito economico e finanziario possa essere inquinato e alterato.

Nell'ultimo decennio si è saldamente affermata l'idea dell'imprescindibilità di questo strumento del diritto penale moderno assai più celere e di certo più efficace di quello repressivo ormai additato per carenza di effettività²⁶.

Siffatta evoluzione legislativa risponde dall'esigenza di potenziare la strategia della prevenzione patrimoniale attraverso una più incisiva opera di neutralizzazione della pericolosità insita nell'accumulazione e permanenza di ingenti e cospicue risorse di illecita provenienza.

Trattasi di una misura la cui *vis expansiva* è particolarmente efficace; basti pensare che l'art. 19 del d.lgs. n. 159 del 2011, che riconosce in capo ai Procuratori della Repubblica, questori e Direttore D.I.A. il potere di procedere a stringenti indagini sul tenore di vita, disponibilità finanziaria, patrimonio e attività economiche facenti capo all'indiziato di mafia, al coniuge, figli e conviventi del predetto nell'ultimo quinquennio nonché nei confronti di persone fisiche o giuridiche e di altri enti il cui patrimonio gli indiziati di mafia risultino disporre direttamente o indirettamente.

Il punto più controverso della disciplina della confisca è rappresentato dal regime probatorio in quanto l'applicazione della misura è subordinata esclusivamente alla mancata dimostrazione, dal parte del soggetto indiziato, della legittima provenienza dei beni.

Sul punto, secondo un primo orientamento (oggi minoritario) siffatta disciplina avrebbe introdotto una sorta di inversione dell'onere della prova, essendo possibile disporre la confisca non sulla base degli elementi dell'accusa circa l'origine illecita del patrimonio, bensì a fronte della mancata prova positiva del contrario²⁷; tuttavia oggi la prassi applicativa è costante nel ritenere che incombe sull'indagato un mero onere di allegazione di tutte quelle circostanze atte a comprovare la legittima provenienza dei beni sottoposti *in vinculis*²⁸.

²⁶ M. C. GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 dicembre 2015.

²⁷ V. N. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità patrimoniale*, in A. BARGI – A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia penale patrimoniale*, Torino, 2011, p. 179.

²⁸ Secondo Cass. pen., Sez. II, Sent. n. 8920/2017, "*in tema di misure di prevenzione patrimoniali l'onere di allegazione difensiva riguardo la legittima provenienza dei beni non può essere soddisfatto con la mera indicazione della esistenza di una provvista sufficiente per concludere il negozio di acquisto degli stessi, dovendo invece il soggetto sottoposto al procedimento di prevenzione indicare gli elementi fattuali dai quali il giudice possa dedurre che il bene non sia stato acquistato con i proventi di attività illecita, ovvero ricorrendo ad esborsi non sproporzionati rispetto alla sua capacità reddituale (Sez. 6, n. 31751 del 09/06/2015, P.G. in proc. Catalano, Rv. 264461; Sez. 5, n. 20743 del 07/03/2014, Rv. 260402)*".

Come evidenziato di recente dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 33/2018, "*Per giurisprudenza costante - almeno a partire dalla sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 920 del 2004 - non si tratta neppure di una vera e propria inversione dell'onere della prova, ma di un semplice onere di allegazione di elementi che rendano credibile la provenienza lecita dei beni (per la valorizzazione di analogo elemento, al fine di escludere l'illegittimità costituzionale della presunzione di destinazione illecita di*

Secondo i recenti approdi delle Corti nazionali, pertanto, è onere della Pubblica Accusa indicare espressamente e fornire gli elementi indiziari idonei a far propendere per l'illiceità della fonte di provenienza oggetto di accertamento da parte del tribunale in sede di statuizione di confisca.

Tuttavia, nonostante tali “correttivi” apportati dalla giurisprudenza con interventi che possono essere definiti di “*ortopedia normativa*”, ciò che desta maggiori perplessità in punto di bilanciamento tra esigenze preventive e rispetto dei diritti costituzionalmente tutelati, è rappresentato dalla circostanza che il giudizio in ordine alla sproporzione dei redditi non risulta circoscritto entro alcun perimetro cronologico, potendo astrattamente colpire l'intero patrimonio del proposto e non solo i beni acquisiti da quest'ultimo al momento dell'emersione della sua pericolosità sociale.

Siffatto profilo di evidente frizione con le garanzie costituzionali è stato per vero colto dalla giurisprudenza di legittimità, costretta ancora una volta ad intervenire per porvi rimedio.

Più precisamente, la Suprema Corte, nella sua più autorevole composizione, ha di recente, chiarito che, nonostante il silenzio della norma, è necessario che sussista una correlazione temporale, quantomeno con riferimento alla pericolosità c.d. “generica”; sempre nella medesima sentenza la Corte è poi pervenuta a conclusioni di segno diametralmente opposto con riferimento alle ipotesi di pericolosità c.d. qualificata: “La pericolosità sociale, oltre ad essere presupposto ineludibile della confisca di prevenzione, è anche “misura temporale” del suo ambito applicativo; ne consegue che, con riferimento alla cd. pericolosità generica, sono suscettibili di ablazione soltanto i beni acquistati nell'arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, mentre, con riferimento alla cd. pericolosità qualificata, il giudice dovrà accertare se questa investa, come ordinariamente accade, l'intero percorso esistenziale del proposto, o se sia individuabile un momento iniziale ed un termine finale della pericolosità sociale, al fine di stabilire se siano suscettibili di ablazione tutti i beni riconducibili al proposto ovvero soltanto quelli ricadenti nel periodo temporale individuato” (Cass. pen., Sez. un., 26 giugno 2014, dep. 2 febbraio 2015, n. 4880).

Lo scopo sotteso a tale misura non è tanto quello di colpire il soggetto socialmente pericoloso che ha illecitamente acquisito i beni sottoposti *in vinculis* quanto piuttosto quello di sottrarre definitivamente i predetti beni di origine illecita dal circuito giuridico e dai traffici economici e del soggetto e dell'associazione nella quale il medesimo è inserito.

Negli ultimi anni, proprio in ragione dell'esigenza di potenziare l'efficacia del sistema, il legislatore ha definitivamente abbandonato la regola della necessaria pregiudizialità tra il procedimento di prevenzione

determinati oggetti da parte del condannato per delitti contro il patrimonio - tra cui anche la ricettazione - si veda già la sentenza n. 225 del 2008”.

generale e l'applicazione delle misure patrimoniali introducendo, pertanto, il principio di autonomia tra le due tipologie di misure che possono essere applicate disgiuntamente (art. 18, co. 1, d.lgs. n. 159/2011)²⁹. Invero, a seguito delle riforme in tema di sicurezza nel corso del biennio 2008 – 2009 l'eliminazione del requisito dell'attualità della pericolosità sociale sembrerebbe aver comportato delle ricadute sulla stessa natura delle misure di prevenzione patrimoniali avvicinandole a vere e proprie sanzioni, distanziandole dalle misure di sicurezza che invece sono strettamente ancorate al requisito della pericolosità sociale. Più precisamente, con riferimento alla “c.d. confisca antimafia”, i dubbi interpretativi sono stati implementati dall'introduzione dell'art. 2 *bis*, co. 6 *bis*, l. n. 575/1965³⁰ - secondo cui le misure di prevenzione patrimoniali (compresa la confisca antimafia) possono essere applicate “*indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione*” - sicché non è più necessaria l'attualità del pericolo essendo, di contro, sufficiente che il giudice accerti, in via incidentale, l'inquadrabilità del proposto nelle categorie dei soggetti suscettibili di essere destinatari dell'azione di prevenzione.

E invero, se l'orientamento maggioritario confermava la natura di misura di sicurezza anche a fronte delle modifiche apportate dal legislatore in seno all'art. 2 *bis*, co. 6 *bis*, L. n. 575 del 1965, un orientamento, per vero minoritario, diversamente opinando, rilevava la natura eminentemente sanzionatoria della c.d. “confisca antimafia”.

Ciò in quanto, essendo venuto meno il requisito dell'attualità della pericolosità, lo scopo di tale misura non può di certo essere individuato nell'esigenza di neutralizzare la pericolosità sociale (funzione, appunto, tipica delle misure di sicurezza) potendo, viceversa, essere ravvisabile una finalità più spiccatamente afflittiva e sanzionatoria cui far discendere, pertanto, il divieto di applicazione retroattiva di siffatta misura in ottemperanza a quanto disposto ex art. 25, co. 2, Cost. (Cass. pen., Sez. V, 25 marzo 2013, n. 14044).

Dirimente sul punto l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite (Cass. pen., Sez. un., 26 giugno 2014, dep. 2 febbraio 2015, n. 4880) secondo cui, nonostante le recenti riforme, la nuova confisca di prevenzione non può comunque prescindere da qualsivoglia tipo di accertamento in ordine alla

²⁹ Dello stesso tenore la riconosciuta applicabilità delle misure di prevenzione patrimoniali a prescindere dal requisito dell'attualità del pericolo del soggetto proposto per la loro applicazione (art. 18, co. 1, parte prima, d.lgs. n. 159/2011) e la possibilità di disporle anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione; in tale ultimo caso, ove la morte intervenga nel corso del procedimento, quest'ultimo proseguirà nei confronti degli eredi.

³⁰ Ai sensi del quale: “*Le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione. Le misure patrimoniali possono essere disposte anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione. Nel caso la morte sopraggiunga nel corso del procedimento, esso prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa*”.

pericolosità (generica o qualificata) in capo al proposto, avendo il legislatore espunto esclusivamente il requisito dell'attualità del pericolo al momento della irrogazione della misura ablatoria: *‘E’ comunque necessario accertare che il proposto rientrasse nelle categorie soggettive di “pericolosità” cristallizzate dal legislatore quantomeno al momento di apprensione della res. La sin troppo ovvia precisazione che la misura di prevenzione patrimoniale è svincolata dal requisito dell'attualità della pericolosità del soggetto finisce, nella sua scontatezza, con il riflettere un dato della realtà fenomenica, avuto riguardo alla contrapposizione ontologica-naturalistica tra persona e realtà materiale. Mentre, infatti, la stessa essenza di persona postula un intrinseco dinamismo, che altro non è se non espressione dell'evoluzione propria dell'essere umano, nel suo percorso esistenziale; l'idea della res esprime, invece, la sua strutturale staticità, che, al di là di possibili erosioni legate a vetustà o ad agenti atmosferici, mantiene nel tempo la sua oggettiva consistenza. Non è, dunque, infondata l'osservazione dottrina secondo cui nelle misure di prevenzione personale l'attenzione dell'ordinamento è rivolta alla qualità della persona in quanto tale, ossia in quanto sia ritenuta, in base a determinati parametri di giudizio, socialmente pericolosa, e cioè capace di porre in essere reati, secondo una ragionevole valutazione prognostica. Sicché una misura di prevenzione personale, volta a scongiurare il pericolo di futura commissione di reati, non può che essere giustificata dalla persistente, attuale, condizione di pericolosità del soggetto proposto. Nelle misure di prevenzione patrimoniali, invece, quell'attenzione si sposta sulla res, che si reputa "pericolosa". E' sin troppo ovvio considerare, a questo punto, che in natura - al di là delle cose dotate di intrinseca nocività, tali da costituire, di per sé, un pericolo, ove non adeguatamente trattate (basti pensare al materiale radioattivo) - i beni sono per lo più "neutri", potendo acquisire connotazione di pericolosità solo in virtù di forza esterna dovuta all'azione dell'uomo. Così, nel caso di beni illecitamente acquistati, il carattere della pericolosità si riconnette non tanto alle modalità della loro acquisizione ovvero a particolari caratteristiche strutturali degli stessi, quanto piuttosto alla qualità soggettiva di chi ha proceduto al loro acquisto. Si intende dire che la pericolosità sociale del soggetto acquirente si riverbera eo ipso sul bene acquistato, ma ancora una volta non già in dimensione statica, ovvero per il fatto stesso della qualità soggettiva, quanto piuttosto in proiezione dinamica, fondata sull'assioma dell'oggettiva pericolosità del mantenimento di cose, illecitamente acquistate, in mani di chi sia ritenuto appartenere - o sia appartenuto - ad una delle categorie soggettive previste dal legislatore. L'anzidetto riflesso finisce, poi, con l'"oggettivarsi", traducendosi in attributo obiettivo o "qualità" peculiare del bene, capace di incidere sulla sua condizione giuridica”.*

La c.d. “confisca allargata”.

A questo punto occorre interrogarsi sulla qualificazione di altra tipologia di confisca strutturalmente analoga, ancorché non perfettamente coincidente, alla confisca di prevenzione, ossia la c.d. “confisca allargata” introdotta dall’art. 12 *sexies*, co. 1 e 2 d.l. 306/1992, che oggi, a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 21 del 2018, trova il proprio riferimento normativo nel nuovo art. 240 *bis* c.p.³¹.

³¹ Oggetto di tale tipologia di confisca sono “il denaro, i beni o le altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica”; qualora non

Trattasi di uno strumento di ablazione reale *post delictum* che opera nelle ipotesi tassativamente previste dalla predetta norma a seguito di sentenza di condanna o di applicazione della legge su richiesta delle parti *ex art. 444 c.p.p.*, volta a colpire denaro, beni o altre utilità di cui il condannato non possa giustificare la legittima provenienza e di cui risulti essere titolare ovvero avere la disponibilità, anche per interposta persona, in misura sproporzionata rispetto ai redditi dal medesimo dichiarati o comunque derivanti da attività economiche lecite.

Come poc' anzi anticipato, è una misura ablatoria che presenta alcuni connotati strutturali analoghi a quelli propri della confisca di prevenzione e, segnatamente, la necessaria sussistenza di una sproporzione tra i beni dell'attinto e i redditi da quest'ultimo dichiarati (oltre che la mancata prova della legittima provenienza dei beni) e l'insussistenza di un nesso pertinenziale tra la *res* appresa e il fatto costituente reato.

Viceversa, nell'applicazione della confisca allargata, a differenza di quella per prevenzione, l'illiceità dell'accumulo di ricchezza viene desunta non già dalla sottoposizione di un procedimento di prevenzione bensì dalla condanna del sottoposto in ordine a determinate fattispecie criminose.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione (sentenza 17 dicembre 2003, depositata il 19 gennaio 2004, n. 920³²) hanno riconosciuto la natura di "*misura di sicurezza atipica*" non essendo, invero, richiesto alcun nesso eziologico tra i beni confiscabili e il reato.

La confisca può colpire anche beni acquisiti in epoca anteriore ovvero successiva al reato in virtù di una presunzione di ingiustificata locupletazione ossia una presunzione di pericolosità della detenzione attuale di quei beni da parte del condannato.

Tale connotazione ha indotto parte della dottrina ad attribuire a tale strumento ablatorio natura sostanzialmente sanzionatoria; ciò nonostante l'orientamento pacifico della giurisprudenza di legittimità continua ad affermare la funzione special preventiva con conseguente applicazione degli artt. 199 e 200 c.p. che ne consentono l'applicazione anche con riferimento ai reati commessi in epoca antecedente la sua introduzione.

sia possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità in questione, l'art. 12 *sexies*, co. 2 *ter*, ammette la possibilità di una confisca c.d. "per equivalente" ovvero di "*altre somme di denaro, di beni e altre utilità per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona*".

³² "La confisca prevista dall'art. 12 *sexies* l. n. 356/1992 non comporta l'accertamento di un rapporto di pertinenzialità del bene da confiscare con uno dei reati tassativamente indicati in tale disposizione e per i quali interviene condanna. Neppure è necessario accertare un nesso di pertinenzialità con un'attività delittuosa del condannato, né che i beni siano stati acquistati in un periodo di tempo prossimo alla commissione del delitto sorgente. È sufficiente che sia provata l'esistenza di una sproporzione tra il valore dei beni nella disponibilità del condannato e il reddito dichiarato o i proventi della sua attività economica, quali accertati con riferimento al momento dell'acquisto, e che non risulti una giustificazione credibile della loro lecita provenienza".

Proprio di recente la Corte Costituzionale è intervenuta ritenendo ragionevole, ai sensi dell'art. 3 Cost., l'inclusione del delitto di ricettazione nel novero dei reato-presupposto della confisca allargata di cui all'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/92³³ in quanto delitto idoneo a determinare un'illecita accumulazione di ricchezza, suscettibile altresì di essere perpetrato, sul piano sociologico, in forma professionale o comunque "continuativa" analogamente a quanto avviene con riferimento al reato di riciclaggio. La Corte evidenzia come la confisca non consegue automaticamente alla pronuncia di condanna per il reato di ricettazione, essendo di contro necessario accertare la sproporzione tra i beni che si intendono confiscare e il reddito dichiarato (o le attività economiche) del condannato stesso; siffatto squilibrio deve poi risultare, prosegue la Corte, "*incongruo e significativo*" e deve essere accertato avuto riguardo al momento dell'acquisizione della ricchezza.

E invero, la Corte richiama il principio della c.d. "ragionevolezza temporale" secondo cui il momento di acquisizione del bene non deve essere così lontano dall'epoca di realizzazione del c.d. "reato spia" da rendere *ictu oculi* irragionevole la presunzione di derivazione del bene stesso da una attività illecita. Trattasi di una delimitazione temporale corrispondente, *mutatis mutandis*, a quella che le Sezioni Unite della Suprema Corte³⁴ hanno riconosciuto con riferimento alla misura affine della c.d. confisca di prevenzione antimafia di cui all'art. 24 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, anch'essa imperniata sull'elemento della sproporzione tra redditi e disponibilità del soggetto: misura che si è ritenuta trovare un limite temporale nella stessa pericolosità sociale del soggetto, presupposto indefettibile per la sua applicazione.

Il presupposto della c.d. ragionevolezza temporale risponde all'esigenza di evitare un'abnorme dilatazione della sfera di operatività dell'istituto della confisca "allargata", il quale legittimerebbe altrimenti - anche a

³³ Corte Costituzionale, con decisione assunta il 8 novembre 2017 e sentenza depositata il 21 febbraio 2018, n. 33 così si è espressa: "*La misura patrimoniale prevista dalla norma censurata si colloca nell'alveo delle forme "moderne" di confisca alle quali, già da tempo, plurimi Stati europei hanno fatto ricorso per superare i limiti di efficacia della confisca penale "classica": limiti legati all'esigenza di dimostrare l'esistenza di un nesso di pertinenza - in termini di strumentalità o di derivazione - tra i beni da confiscare e il singolo reato per cui è pronunciata condanna. Le difficoltà cui tale prova va incontro hanno fatto sì che la confisca "tradizionale" si rivelasse inidonea a contrastare in modo adeguato il fenomeno dell'accumulazione di ricchezze illecite da parte della criminalità, e in specie della criminalità organizzata: fenomeno particolarmente allarmante, a fronte tanto del possibile reimpiego delle risorse per il finanziamento di ulteriori attività illecite, quanto del loro investimento nel sistema economico legale, con effetti distorsivi del funzionamento del mercato. Di qui, dunque, la diffusa tendenza ad introdurre speciali tipologie di confisca, caratterizzate sia da un allentamento del rapporto tra l'oggetto dell'ablazione e il singolo reato, sia, soprattutto, da un affievolimento degli oneri probatori gravanti sull'accusa. Tra i diversi modelli di intervento in tale direzione, il più diffuso nel panorama europeo è quello della cosiddetta confisca dei beni di sospetta origine illecita: modello al quale è riconducibile anche la confisca "allargata" prevista dalla norma oggi censurata. Esso poggia, nella sostanza, su una presunzione di provenienza criminosa dei beni posseduti dai soggetti condannati per taluni reati, per lo più (ma non sempre) connessi a forme di criminalità organizzata: in presenza di determinate condizioni, si presume, cioè, che il condannato abbia commesso non solo il delitto che ha dato luogo alla condanna, ma anche altri reati, non accertati giudizialmente, dai quali deriverebbero i beni di cui egli dispone?*".

³⁴ Cass. pen., Sez. un., 26 giugno 2014-2 febbraio 2015, n. 4880.

fronte della condanna per un singolo reato compreso nella lista - un monitoraggio patrimoniale esteso all'intera vita del condannato.

Risultato che, prosegue la Corte, *“rischierebbe di rendere particolarmente problematico l'assolvimento dell'onere dell'interessato di giustificare la provenienza dei beni (ancorché inteso come di semplice allegazione), il quale tanto più si complica quanto più è retrodatato l'acquisto del bene da confiscare”*.

Ebbene, nonostante il Giudice delle leggi abbia ritenuto che il reato di ricettazione possa comunque essere legittimamente annoverato tra le fattispecie delittuose con riferimento alle quali è possibile applicare la c.d. confisca allargata, non sfugge il monito della Corte ove esorta i Giudici a formulare un giudizio che abbia cura di tutti gli elementi del caso concreto, atteso che *“quando si discuta di reati che, per loro natura, non implicano un programma criminoso dilatato nel tempo (com'è per la ricettazione) e che non risultino altresì commessi, comunque sia, in un ambito di criminalità organizzata - il giudice conservi la possibilità di verificare se, in relazione alle circostanze del caso concreto e alla personalità del suo autore - le quali valgono, in particolare, a connotare la vicenda criminosa come del tutto episodica ed occasionale e produttiva di modesto arricchimento - il fatto per cui è intervenuta condanna esuli in modo manifesto dal "modello" che vale a fondare la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza da parte del condannato”*.

Del tutto condivisibile l'auspicio racchiuso nelle osservazioni conclusive rese dalla Corte Costituzionale: *“A fronte del ricordato processo di accrescimento della compagine dei reati cui è annessa la misura ablativa speciale, questa Corte non può astenersi, peraltro, dal formulare l'auspicio che la selezione dei "delitti matrice" da parte del legislatore avvenga, fin tanto che l'istituto conservi la sua attuale fisionomia, secondo criteri ad essa strettamente coesi e, dunque, ragionevolmente restrittivi. Ad evitare, infatti, evidenti tensioni sul piano delle garanzie che devono assistere misure tanto invasive sul piano patrimoniale, non può non sottolinearsi l'esigenza che la rassegna dei reati presupposto si fondi su tipologie e modalità di fatti in sé sintomatiche di un illecito arricchimento del loro autore, che trascenda la singola vicenda giudizialmente accertata, così da poter veramente annettere il patrimonio "sproporzionato" e "ingiustificato" di cui l'agente dispone ad una ulteriore attività criminosa rimasta "sommersa”*.

3. Il ruolo della confisca nella lotta alla c.d. “criminalità da profitto”

E' ormai diffusa la consapevolezza che il c.d. “crimine da profitto” vada contrastato con interventi patrimoniali diretti a sottrarre ai responsabili la ragione per cui hanno commesso reati, vale a dire i profitti illegittimamente accumulati.

Il tema delle misure patrimoniali diviene invero centrale nelle politiche volte a contrastare la dimensione collettiva e imprenditoriale della criminalità organizzata sia nella realtà interna sia in quella europea. Trattasi di un “settore di frontiera” del diritto penale, sul quale si sta appuntando una crescente attenzione

nelle diversi sedi di produzione normativa e giurisprudenziale, sulla base della consapevolezza che una valida strategia di contrasto deve colpire le basi economiche del crimine organizzato³⁵.

La criminalità da profitto è costituita da fenomeni diversificati, la cui caratteristica comune viene individuata nella realizzazione di condotte delittuose dirette all'illecito arricchimento³⁶.

L'ampliamento delle forme di confisca trova origine nella sempre più diffusa consapevolezza per cui la repressione di questi fenomeni criminosi necessita di misure patrimoniali ulteriori rispetto alla sanzione penale volte a sottrarre ai responsabili i profitti illeciti.

Tra le diverse forme di criminalità da profitto un ruolo egemone è rappresentato da tre settori, ritenuti tra le principali cause, non solo d'illegalità, ma anche di mancata crescita del Paese: mafie, corruzione ed evasione fiscale.

Il costo sociale e culturale di queste forme di criminalità ha indotto il legislatore a introdurre strumenti di natura preventiva, per combattere una piaga sociale così difficile da sanare, in relazione alla quale i tradizionali strumenti di repressione hanno palesato la propria fallacia.

Segnatamente, con riferimento alla criminalità organizzata di tipo mafioso, è possibile disporre:

- la confisca di prevenzione (artt. 4, comma 1, lett. a) e b), 18, 20 e 24 d.lgs. n. 159/11;
- la confisca allargata (art. 12-*sexies* d.l. n. 306/92 conv. dalla l. n. 356/92, che richiama i delitti di cui all'art. 416-*bis* nonché quasi tutti i delitti previsti dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.);
- la confisca obbligatoria (art. 416-*bis*, comma 7, c.p.);
- la confisca nei confronti dell'Ente (art. 24-*ter* d.lgs. n. 231/01).

Viceversa, con riferimento alle confische volte a contrastare il fenomeno dell'evasione fiscale, secondo quanto previsto dall'art. 1, co. 143, L. 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. "Finanziaria 2008") è possibile irrogare per i delitti tributari previsti dal d.lgs. 74/2000, oltre che la confisca per equivalente, anche la confisca di prevenzione nei confronti della figura dell'evasore fiscale ritenuto pericoloso.

In tale ultima ipotesi, la pericolosità sociale non può essere desunta da condotte isolate, essendo di contro necessario procedere, al pari di qualsiasi altra attività delittuosa, all'accertamento di una condotta abituale di evasione fiscale, sia essa tale da configurare un mero illecito amministrativo, sia esse di entità tale da integrare estremi di reato ai sensi del d.lgs. n. 74/2000.

La sistematica evasione fiscale, specificamente quella integrante condotte che rientrino nell'area dell'illecito penale, s'inquadra perfettamente nella categoria di pericolosità delineata dal combinato

³⁵ A. BALSAMO – G. LUPPARELLO, *La controversa natura delle misure di prevenzione patrimoniali*, in S. FUSARO (a cura di), *op. cit.*, p. 317, richiamato in seno al contributo di V. MARCENO', *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi.it*, 28 marzo 2018.

³⁶ L. FORNARI, *Criminalità da profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, p. 39.

disposto degli artt. 4, lett. c) e 1 lett. a) e b), d.lgs. n. 159/11, ove il soggetto destinatario della misura viva di traffici delittuosi ovvero col provento di attività delittuosa consistente in redditi da evasione fiscale, pur se derivanti da attività economica astrattamente lecita.

Particolarmente persuasive sono condotte prolungate e reiterate, tali da evidenziare uno stile di vita “delittuoso”. Assume rilievo l’evasione fiscale strutturalmente illecita, sotto il profilo amministrativo-tributario e, soprattutto, quando costituisce reato secondo le soglie previste dal d.lgs. n. 74/2000. Un ulteriore indice persuasivo è rappresentato da condotte illecite e delittuose che evidenzino lo “stile di vita illecito” dell’evasore fiscale abituale, quali, ad esempio: falsa fatturazione, bancarotta fraudolenta (semmai ricoprendo la qualità di socio o amministratore di fatto), reati contro il patrimonio (truffa, appropriazione indebita, insolvenza fraudolenta, etc.), associazioni per delinquere finalizzate alla commissione dei citati reati). Spesso si tratta di persone aduse a vivere di espedienti elusivi della legge, non facilmente individuabili dagli organi dello Stato che talvolta intervengono in modo occasionale. Le misure di prevenzione, proprio perché tendono a ricostruire l’intera condotta di vita del soggetto, consentono di individuare le attività poste in essere nel tempo e, dunque, quelle elusive e delittuose³⁷.

Orbene, occorre a questo punto soffermarsi sulle misure ablatorie applicabili per contrastare le fattispecie corruttive:

- confisca obbligatoria e per equivalente, previste dall’art. 322-ter c.p. per i casi di condanna o applicazione della pena per uno dei delitti previsti dagli artt. da 314 a 320 (comma 1), applicabili anche nei confronti del corruttore (comma 2). Le confische sono state introdotte dalla l. n. 300/2000 che ha previsto l’inapplicabilità ai fatti commessi precedentemente alla sua entrata in vigore, in deroga agli artt. 200 e 236 c.p., trattandosi di misura di sicurezza. Solo con la l. n. 190/12 è stata colmata una grave lacuna legislativa che menzionava “il profitto” al comma 1 solo per la confisca obbligatoria e non anche per la confisca per equivalente, perciò consentita per i reati ivi previsti (da 314 a 320 c.p.) solo se rapportata al prezzo del reato e non anche per il profitto del reato;
- confisca nei confronti dell’Ente prevista dall’art. 25 d.lgs. n. 231/01 per i reati di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-ter, comma 1, 319-quater, 321 e 322, commi 1, 2, 4;
- confisca allargata prevista per gli artt. 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 322, 322-bis, 325 c.p., introdotta dalla l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007) con modifiche apportate dalla l. n. 190/12.

³⁷ Per un’analisi puntuale del ricorso allo strumento della confisca per contrastare la criminalità da profitto, si rimanda integralmente a F. MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità “da profitto” (mafie, corruzione, evasione fiscale)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 febbraio 2015.

Anche con riferimento ai fatti corruttivi merita approfondimento l'applicazione giurisprudenziale della confisca di prevenzione.

E invero, le considerazioni sopra esposte con riferimento alla categoria degli evasori fiscali possono essere estese anche ai corruttori e corrotti abituali.

E invero, preme ribadire, l'assenza di limiti a tipologie di attività delittuose o di traffici delittuosi consente di applicare la misura personale ai soggetti pericolosi, qualunque sia l'attività delittuosa sottostante sulla base della quale è manifestata la pericolosità.

Pertanto, chi è solito vivere dei profitti derivanti dai delitti di corruzione o di concussione (ovvero contro la p.a.), può essere ritenuto socialmente pericoloso ove si tratti, invero, di condotte reiterate. La possibilità di disporre la misura di prevenzione personale anche nei confronti del corruttore socialmente pericoloso consente, altresì, di irrogare il sequestro e la confisca dei beni rinvenuti nella sua disponibilità (diretta o indiretta) aventi provenienza illecita.

All'evasore fiscale socialmente pericoloso si affiancano, dunque, il corruttore e il corrotto socialmente pericolosi. Queste tipologie di soggetti pericolosi, vengono sussunte nell'alveo degli artt. 4, comma 1, lett. c) e 1, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 159/11.

Rebus sic stantibus, a seguito delle modifiche intervenute con la riforma del 2008 e recepite dal d.lgs. n. 159/11 (secondo cui il sequestro e la confisca di prevenzione si applicano a tutte le tipologie di pericolosità che consentono la misura personale e non più ai soli indiziati di appartenenza alla mafia), le misure di prevenzione patrimoniale divengono un istituto che consente di intervenire sulla criminalità da profitto, nelle variegate forme in cui si presenta.

Non si verifica, come appare evidente, un'equiparazione dell'evasore fiscale o del corrotto/corruttore al mafioso, che si colloca in una diversa tipologia di pericolosità (qualificata) sulla base del mero indizio di adesione all'associazione di tipo mafioso. L'equiparazione opera solo per gli indiziati di commissione dei delitti previsti dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p. (e 12-*quinqüies* d.l. n. 306/92, cit.) per i quali la regola di giudizio per l'inserimento nella categoria di pericolosità è fissata egualmente nel mero indizio.

Così brevemente delineati i profili dell'attuale sistema ablatorio italiano, non può di certo sottacersi come il settore delle c.d. confische pare costituire una zona costituzionalmente franca *“dove le spinte efficientistiche moderne sembrano prevalere sulle resistenze di categorie dogmatiche classiche che, soprattutto dinanzi alle più insidiose manifestazioni della criminalità economica, iniziano a rivelare segni di obsolescenza”*³⁸.

³⁸ L. BARON, *Il ruolo della confisca nel contrasto alla c.d. criminalità del profitto: uno sguardo d'insieme*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 maggio 2018.

D'altronde, la materia dei "traffici illeciti" costituisce un settore criminologico particolarmente adatto per avviare una riflessione di tale portata, posto che consente di apprezzare il concreto atteggiarsi delle confische in relazione alle più diversificate tipologie di circolazione illecita di beni e persone.

4. La confisca urbanistica alla luce delle posizioni giurisprudenziali assunte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo

In materia urbanistica vengono definite "sanzioni urbanistiche" tutte quelle misure repressive previste dalla legge a fronte della realizzazione di opere abusive. Con tale definizione, di origine giurisprudenziale, seppur criticata dalla dottrina³⁹, si suole, infatti, indicare il complesso sistema sanzionatorio previsto attualmente dal d.P.R. n. 380/2001, e dalla pregressa normativa in materia, nei limiti della sua vigenza⁴⁰. Tuttavia, tale definizione non comporta l'automatico inserimento di tali misure all'interno del più ampio alveo delle sanzioni amministrative secondo i canoni di cui alla l. n. 689/1981. Al riguardo, in virtù della differente finalità ripristinatoria o riparatoria dello *status* di diritto e di fatto preesistente all'illecito che caratterizza le sanzioni urbanistiche, autorevole dottrina⁴¹ ne ha evidenziato la diversa natura rispetto a quelle di cui alla l. n. 689/1981.

Altra dottrina⁴² ha, invece, definito queste misure come sanzioni improprie o indirette - volte a porre rimedio alla turbativa arrecata all'assetto urbanistico del territorio - al solo fine di distinguerle dalle sanzioni proprie che, contrariamente alle prime, corrispondono a un mero abuso amministrativo.

Sennonché, la giurisprudenza⁴³ ha da sempre qualificato come sanzioni amministrative - seppur differenziandole dalla disciplina di cui alla l. n. 689/1981 - tutte le misure adottate dalla p.a. a fronte di una attività di trasformazione edilizia ed urbanistica del territorio suscettibile di dar luogo a una lottizzazione abusiva.

³⁹ Parlare di sanzioni urbanistiche non sembra, in realtà, propriamente corretto. Osserva E. CASETTA [voce *Sanzione amministrativa*, in *D. disc. Pubbl.*, XII, Torino, 1997, p. 603] che "dal punto di vista classificatorio sono da respingere i criteri di classificazione delle sanzioni basati sulla natura dell'interesse leso e sulla materia interessata giacché in tal caso la fattispecie che risulta interessata non è la sanzione ma l'illecito e il disvalore che esprime".

⁴⁰ L. 1150/1942 (c.d. "legge urbanistica nazionale"); l. 765/1967 (c.d. "legge ponte"); l. 10/1977 (c.d. "legge Bucalossi") e l. 47/1985.

⁴¹ M.A. SANDULLI, in *La potestà sanzionatoria della P.A.: studi preliminari*, Napoli, 1981, p. 29, osserva come "in diritto amministrativo le sanzioni inizino proprio laddove non sia più possibile agire attraverso lo strumento proprio della reintegrazione". Cfr., altresì, A. DE ROBERTO, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1982, p. 125.

⁴² Sul punto si veda F. BASSI, *Sanzioni amministrative e interesse pubblico*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1981, p. 480.

⁴³ Cfr. Cons. St., Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2711; T.A.R. Napoli, Sez. III, 10 settembre 2018, n. 5433, secondo cui "la confisca è una sanzione amministrativa doverosa, ma conseguente immancabilmente alla sentenza penale irrevocabile che abbia accertato l'avvenuta lottizzazione abusiva".

Nell'alveo delle sanzioni urbanistiche la confisca è stato teatro di un acceso dialogo tra le corti interne ed europee, caratterizzato da una iniziale mancanza di sintonia in punto di qualificazione giuridica dello strumento ablatorio e, quale logico corollario, di garanzie che devono necessariamente assistere l'irrogazione di tale misura.

Preliminarmente, l'istituto della confisca urbanistica è disciplinato dall'art. 19, l. n. 47/1985 (poi trafuso nell'art. 44, co. 2, d.P.R. n. 380/2001) secondo cui *“la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari?”*.

Oggetto della confisca sono l'opera abusivamente realizzata e l'area di sedime oltre che quella necessaria alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive, secondo le previsioni urbanistiche vigenti al momento dell'ingiunzione⁴⁴.

L'istituto della lottizzazione abusiva consiste nell'attività di realizzazione di insediamenti edilizi (e non soltanto di singoli manufatti) al di fuori delle previsioni degli strumenti urbanistici vigenti tempo per tempo⁴⁵.

Sotto il profilo penalistico, il reato di lottizzazione abusiva consiste nel frazionamento di uno o più lotti di terreno in assenza ovvero in difformità delle prescrizioni imposte dalla normativa vigente in materia. La norma si prefigge lo scopo di punire la realizzazione di opere che comportino una trasformazione urbanistica ovvero edilizia dei terreni in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici.

Per effetto della confisca i terreni e le opere vengono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio disponibile del Comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione abusiva.

La relativa statuizione prescinde dall'affermazione della responsabilità penale, potendo dunque conseguire, oltre che ad una sentenza di patteggiamento, anche ad una sentenza di proscioglimento ovvero assolutoria, salvo che per insussistenza del fatto. Essa diviene esecutiva con il passaggio in giudicato della sentenza *ex art. 648 c.p.p.* e questa, divenuta irrevocabile, costituisce titolo per l'immediata trascrizione nei registri immobiliari.

Ancora una volta, *l'ubi consistam* del problema va ravvisato nelle incertezze in materia di qualificazione giuridica di tale istituto, trattandosi, invero, di un evidente esempio di strumento ablatorio posto al confine tra il diritto amministrativo e il diritto penale.

⁴⁴ G. C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, p. 1253.

⁴⁵ P. URBANI, *Diritto urbanistico, Organizzazione e rapporti*, Torino, 2013.

Per vero, la confisca urbanistica è stata per lungo tempo interpretata e applicata dalla giurisprudenza nazionale⁴⁶ come ipotesi di sanzione amministrativa obbligatoria irrogata dal giudice penale in funzione vicariale della p.a. in tutte le ipotesi di accertamento della lottizzazione abusiva indipendentemente da una pronuncia di condanna intervenuta nell'ambito di un processo penale⁴⁷. Del tutto minoritario, viceversa, l'orientamento della dottrina secondo il quale la confisca urbanistica avrebbe dovuto essere qualificata quale misura di sicurezza patrimoniale in seno stretto ai sensi dell'art. 240 c.p.⁴⁸.

Concepire la confisca urbanistica come sanzione amministrativa accessoria e non già penale comportava conseguenze rilevanti, prima fra tutte la possibilità di applicarla anche in presenza di un mero accertamento oggettivo della abusività dell'immobile indipendentemente dall'accertamento della sussistenza di alcun coefficiente soggettivo che dimostrasse la colpevolezza dell'autore.

Siffatto orientamento, pur prestando il fianco a diversi profili di dubbia legittimità costituzionale, soprattutto in punto di rispetto del principio della presunzione di innocenza, non subiva alcuna modificazione neppure a seguito dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 380/2001, e ciò nonostante l'art. 44 contenesse in rubrica l'esplicito riferimento alla “*sanzione penale*”.

Invero, la giurisprudenza nazionale riteneva conforme ai principi della Carta Fondamentale l'applicazione della confisca sulla scorta del solo fatto obbiettivo costituito dal carattere abusivo dell'opera e, dunque, senza che fosse necessario muovere un addebito di responsabilità nei confronti di chi subiva la misura⁴⁹. Questa è stata la posizione assunta dalla Suprema Corte di Cassazione quantomeno fino alla prima decade del secolo scorso, allorquando la Corte di Strasburgo è intervenuta sul tema interrogandosi sulla compatibilità della disciplina italiana della confisca c.d. “urbanistica” rispetto alle garanzie cristallizzate

⁴⁶ A partire dalla nota sentenza resa da Cass. pen., Sez. I, 12 novembre 1990, n. 16483 (causa “Licastro”) con la quale la Corte ha stabilito la natura di sanzione amministrativa obbligatoria, indipendente dalla condanna penale. Siffatta linea interpretativa risultava, altresì, avallata dalla Corte Costituzionale che, con l'ordinanza n. 187/1998, ha definitivamente riconosciuto la natura di sanzione amministrativa della confisca urbanistica, stabilendo che “*in tema di lottizzazione abusiva, la confisca dei terreni, che ha natura di sanzione amministrativa, e non di misura di sicurezza, consegue ad una sentenza che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, prescindendo, pertanto, da una condanna al riguardo*”.

A.L. VERGINE in AA. V.V. *Condono edilizio ed innovazioni della disciplina urbanistica nella legge 28 febbraio 1985, n. 47*, Rimini, 1985, p. 260; F. MONALDI, *Commentario alla legge 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1985, p. 1096.

⁴⁷ Cass. pen., Sez. III, 20 dicembre 1995, n. 12471, Petrarchi, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2001, I, p. 529; Cass. pen. Sez. III, 7 luglio 2004, n. 38728, Lazzara, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2005, I, p. 344; Cass. pen., Sez. III, 9 luglio 2009, n. 36844 e Cass. pen., Sez. III, 16 febbraio 2011, n. 5857; secondo quest'ultimo orientamento la confisca deve essere ritenuta una sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale alla stessa stregua dell'ordine di demolizione previsto dall'ultimo comma dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001.

⁴⁸ G. DI GIOVINE, *Commento all'art. 19 della legge n. 47/1985*, in A. PREDIERI (a cura di), *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, Roma, 1985.

⁴⁹ Corte Costituzionale, ordinanza 16 luglio 2009, n. 239.

nella CEDU, con due distinte pronunce relative al caso *Sud Fondi S.r.l. e altri c/ Italia* rese rispettivamente il 30 agosto 2007 e il 20 gennaio 2009 (trattasi della confisca dell'ecomostro di Punta Perotti).

Nel caso di specie, il ricorso veniva presentato all'esito di un estenuante procedimento penale conclusosi con sentenza di proscioglimento per mancanza dell'elemento soggettivo necessario ai fini della configurabilità delle contravvenzioni urbanistiche, ossia per carenza di colpevolezza per errore inevitabile sulla legge penale ai sensi dell'art. 5 c.p.; e, tuttavia, all'esclusione della responsabilità penale si accompagnava la confisca di tutti i terreni abusivamente lottizzati e del complesso immobiliare ivi edificato in ottemperanza a quanto disposto dall'art. 19 l. n. 47/1985 (oggi art. 44 T.U. Edilizia). *Sic et simpliciter*, trattandosi di sanzione amministrativa e non già penale era sufficiente, ai fini della confisca, l'accertamento della materialità dell'illecito.

La Corte di Strasburgo, investita della questione, si è pronunciata, per la prima volta, sul corredo di garanzie che deve necessariamente assistere tutte le tipologie di confisca intrinsecamente punitiva (e non già solo quella urbanistica) partendo proprio dal presupposto della qualificazione giuridica della confisca *de qua* in termini di misura sanzionatoria.

In particolare la Corte, in applicazione della c.d. "concezione autonomista" e dei criteri discendenti dalla c.d. sentenza "Engel" (in realtà rinnovati e richiamati più volte dalla Corte) ha qualificato la confisca urbanistica come misura sanzionatoria afflittiva soprattutto alla luce del criterio della finalità della sanzione: la confisca urbanistica, infatti, non mira a prevenire ovvero neutralizzare la pericolosità della *res* quanto piuttosto a punire la condotta sussumibile nell'alveo del reato di lottizzazione abusiva. A riprova di ciò basti considerare che la confisca non colpisce esclusivamente la porzione di fabbricato che esorbita rispetto alla concessione legale legittima, applicandosi, di converso, a tutto il fabbricato e persino a tutti i terreni su cui quest'ultimo insiste.

Pertanto la Corte di Strasburgo, riconoscendo preliminarmente la natura sostanzialmente penale della confisca in ragione del suo carattere essenzialmente punitivo e del suo conseguire alla commissione di un fatto costituente reato accertato dal giudice penale, ha rilevato la violazione dei principi di legalità e irretroattività di cui all'art. 7 CEDU nonché di colpevolezza (anch'esso desumibile, seppur implicitamente, dall'art. 7 CEDU) laddove l'istituto non richiedeva la sussistenza di un legame intellettuale che consentisse di collegare la penale responsabilità del soggetto al fatto di reato⁵⁰.

⁵⁰ Gli elementi valorizzati dalla Corte per propendere per la natura penale della sanzione sono:

1. il suo collegamento con un illecito penale;
2. lo scopo della misura (avente finalità repressive e preventive e non già ripristinatorie);
3. la gravità della misura;
4. l'espresso riferimento, contenuto in seno alla rubrica dell'art. 44 del d.P.R. n. 380/2001 alle "Sanzioni Penali".

Nel merito, la Corte ha osservato che l'art. 7 CEDU impone l'illegittimità dell'applicazione delle sanzioni penali per fatti commessi da altri ovvero in assenza di un giudizio di responsabilità «*consignée dans un verdict de culpabilité*».

Anche a seguito di tale pronuncia, la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale hanno costantemente ribadito la qualificazione "*amministrativa*" della confisca urbanistica confermandone, di conseguenza, l'applicabilità in assenza di una sentenza di condanna⁵¹, riconoscendo, tuttavia, il dovere del giudice penale di adottare tale misura ablatoria nel rispetto dei principi sanciti dagli artt. 6 e 7 CEDU⁵².

In particolare, con la sentenza 17 novembre 2008, n. 42741, la Terza Sezione Penale della Suprema Corte di Cassazione, pur confermando la natura di sanzione amministrativa della confisca *ex* art. 44, co. 2, d.P.R. n. 308/2001, ha riconosciuto la natura particolarmente afflittiva dell'istituto sì da comportare il necessario rispetto dei principi generali in materia di applicazione delle sanzioni amministrative di cui alla l. n. 689/1981⁵³. Invero, presupposto indefettibile per l'applicazione delle sanzioni amministrative è l'esistenza di una condotta che risponda ai requisiti soggettivi della coscienza e volontà dell'agente ai sensi degli artt. 2 e 3 della menzionata legge n. 689/1981⁵⁴.

Pertanto i giudici nazionali mutavano, seppur solo parzialmente, il proprio orientamento escludendo l'applicabilità della confisca nei confronti del terzo in buona fede e, di contro, confermandone l'applicabilità nelle ipotesi di intervenuta prescrizione del reato⁵⁵.

⁵¹ Cass. pen., Sez. III, n. 42741/2008; Cass. pen., SS.UU., 26 giugno 2014, n. 4880; Corte Costituzionale, sentenza 14 gennaio 2015, n. 49.

⁵² Cass. pen., n. 24877/2014.

⁵³ Peraltro, l'art. 20 della l. n. 689/81, sotto la rubrica, "*sanzione amministrativa accessoria*", contempla un'ipotesi di confisca facoltativa delle "*cose che servirono o furono destinate a commettere la violazione*" ed una ipotesi di confisca obbligatoria delle "*cose che costituiscono il prodotto*" della violazione, purché tali cose appartengano alla persona cui è rivolta la condanna al pagamento della pena pecuniaria; v. M. A. SANDULLI, *Confisca (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur. Trec.*, Roma, 1988, p. 1.

⁵⁴ Con specifico riferimento all'art. 5 c.p. il quale prevede che "*nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale*", la Corte Costituzionale, con la nota sentenza 23 marzo 1988, n. 364, ha stabilito che il principio cristallizzato nell'art. 5 c.p. non trovasse applicazione ove si trattasse di un errore invincibile sicché, nell'attuale sistema, la previsione ivi contenuta va letta nei seguenti termini: "nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale se non in caso di errore invincibile". Il Giudice delle leggi ha, altresì, indicato le possibili cause di errore incolpevole sulla legge penale quali, ad esempio, "l'assoluta oscurità del testo legislativo", le "assicurazioni erronee" di soggetti istituzionalmente destinati a giudicare sui fatti da realizzare, ovvero un "gravemente caotico" atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari.

⁵⁵ La Corte di Cassazione, Sez. III penale, ha esplicitamente confermato il carattere afflittivo della confisca urbanistica con le sentenze 8 ottobre 2009, n. 39078 e 16 febbraio 2011, n. 5857. Ancora, con la sentenza n. 29 maggio 2007, n. 21125, il Supremo Collegio, Sez. III penale, ha stabilito la funzione essenzialmente deterrente della confisca urbanistica.

Secondo la Corte di legittimità, l'applicazione della sanzione è autorizzata anche quando il procedimento penale di lottizzazione abusiva non dia luogo alla condanna formale dell'imputato (Cass. pen., Sez. III 8 ottobre 2009, n. 39078 e Corte Cost., sentenza 14 gennaio 2015, n. 49) a meno che l'imputato fosse del tutto estraneo alla commissione dei fatti e sia stata accertata la sua buona fede (Cass. pen., Sez. III, 9 luglio 2009, n. 36844).

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 239 del 2009, ha evidenziato che, in ottemperanza all'insegnamento della Corte di Strasburgo (sentenza resa il 20 gennaio 2009 nel caso *Sud Fondi srl e altri c/Italia* che aveva sancito la natura penale della confisca urbanistica ai sensi dell'art. 7 della CEDU) la confisca può essere disposta solo nei confronti di colui la cui responsabilità sia stata accertata in ragione di un legame intellettuale (coscienza e volontà) con i fatti illeciti.

Ciò nonostante la Corte affermava che *“nel nostro ordinamento, l'accertamento ben può essere contenuto in una sentenza penale di proscioglimento dovuto a prescrizione del reato, la quale, pur non avendo condannato l'imputato, abbia comunque adeguatamente motivato in ordine alla responsabilità personale di chi è soggetto alla misura ablativa, sia esso l'autore del fatto, ovvero il terzo di mala fede acquirente del bene (sentenze n. 239 del 2009 e n. 85 del 2008)”*.

Se ne deve inferire che, secondo l'orientamento pacifico della Suprema Corte, la pronuncia di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato non è ostativa all'irrogazione della confisca intesa quale sanzione amministrativa, *“allorquando sia comunque accertata la sussistenza di reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (oggettivo e soggettivo) anche se per una causa diversa, qual è ad esempio l'intervenuto decorso della prescrizione, non si pervenga alla condanna del suo autore e all'inflizione della pena”* (Cass. Pen., Sez. III, 30 aprile 2009, n. 21188).

Ed invero, alla luce della qualificazione giuridica attribuita alla confisca *de qua* quale sanzione amministrativa e non già penale, gli Ermellini hanno continuato ad escludere che, in siffatta materia, possano trovare applicazioni i principi e le garanzie propri del diritto penale.

Sul punto, la Suprema Corte, Sez. III Penale, con la sentenza 14 maggio 2009, n. 20243, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 l. n. 47/1985 (oggi 44, co. 2, d.P.R. n. 380/2001), laddove consente al giudice di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite in caso di declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione: siffatta previsione, infatti, non viola – sostiene la Corte - il combinato disposto di cui agli artt. 117 Cost. e 7 CEDU, ove consegua ad un accertamento di responsabilità pur in assenza di una sentenza definitiva di condanna.

Ebbene, la Corte EDU veniva, tuttavia, nuovamente investita della questione afferente alla compatibilità della confisca urbanistica con le garanzie di cui agli artt. 7 e 6 CEDU nel caso *Varvara c/Italia* del 29 ottobre 2013.

Ancora una volta l'equilibrio raggiunto dalle Corti nazionali veniva nuovamente messo in discussione da una pronuncia della Corte europea: con la sentenza *“Varvara”* la Corte di Strasburgo ha ritenuto che l'applicazione della confisca urbanistica nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato costituisse una violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7 CEDU.

La “pena”, tale in quanto così autonomamente qualificata dalla Corte di Strasburgo, avrebbe dovuto essere applicata solo a seguito di una formale sentenza di condanna e ciò nonostante la natura amministrativa conferita alla confisca dal diritto nazionale.

Se è vero che con la sentenza “*Sud Fondi*”, la Corte europea aveva già affermato che una confisca intrinsecamente punitiva non potesse mai essere disposta in assenza dell’accertamento sull’elemento soggettivo del reato inteso quale legame di natura intellettuale (ossia in termini di coscienza e volontà), nella sentenza “*Varvara*” la Corte di Strasburgo si spinge oltre, affermando che la logica della pena e della punizione impedisce di irrogare una tipologia sanzionatoria afflittiva allorché non vi sia alla base un accertamento di responsabilità consegnato in un verdetto di colpevolezza.

Più precisamente, per utilizzare le espressioni del Giudice Pinto De Albuquerque⁵⁶, “*Mentre la sentenza Sud Fondi ha stabilito il principio nulla poena sine culpa, la sentenza Varvara ha riconosciuto la prescrizione come parte integrante del principio di legalità*”.

Siffatta pronuncia alimentava l’accesso dibattito avente ad oggetto la *vexata quaestio* della confisca senza condanna, culminato nelle pronunce rese, rispettivamente, dal Tribunale di Teramo, ord. 17 gennaio 2014 e dalla Suprema Corte di Cassazione, Sez. III Penale, 20 maggio 2014, n. 20636⁵⁷ con le quali veniva sollevata la questione di legittimità costituzionale circa l’asserita incompatibilità del sistema italiano rispetto all’orientamento della Corte EDU così come espresso nella sentenza “*Varvara*”.

Ebbene, la Corte Costituzionale, con sentenza 26 marzo 2015, n. 49, ha rigettato le questioni sollevate ritenendo in particolare “*inammissibile la q.l.c. dell’art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, censurato per violazione dell’art. 117, comma 1, cost., in relazione all’art. 7 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui consente che la confisca urbanistica dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite venga disposta anche in una sentenza che dichiara estinto il reato per intervenuta prescrizione, qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi. La questione è basata su due presupposti interpretativi - il primo consistente nel significato da attribuire alla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo 29 ottobre 2013, Varvara c/Italia, che ad avviso del rimettente vieterebbe la confisca dei beni quando non viene pronunciata una condanna per il reato di lottizzazione abusiva; il secondo consistente nella convinzione che il giudice*

⁵⁶ Nell’opinione “*parzialmente concordante e parzialmente dissenziente*” alla sentenza della Grande Camera del 28 giugno 2018.

⁵⁷ “*Non è manifestamente infondata la q.l.c. dell’art. 44 comma 2 d.P.R. n. 380 del 2001, come interpretato dalla sentenza della Corte EDU del 29 ottobre 2013 nel caso Varvara c/Italia, nel senso che la confisca ivi prevista non può applicarsi nel caso di declaratoria di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi, per violazione degli art. 2, 9, 32, 41, 42, 117 comma 1 cost. - i quali impongono che il paesaggio, l’ambiente, la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà - in quanto la norma suddetta, come sopra interpretata, non tiene conto di tale bilanciamento, che deve essere sempre operato qualora siano in gioco opposti interessi costituzionalmente protetti, anche qualora gli uni trovino tutela nella CEDU e gli altri nella Costituzione italiana*”.

nazionale sarebbe vincolato all'osservanza di qualsivoglia sentenza della Corte di Strasburgo e non invece delle sole sentenze costituenti "diritto consolidato" o delle "sentenze pilota" in senso stretto - erronei, in quanto la citata pronuncia non è espressione di un'interpretazione consolidata nell'ambito della giurisprudenza europea".

Per applicare la confisca è sufficiente, sostiene la Corte, accertare nel corso del primo grado di giudizio un elemento di colpevolezza, essendo poi irrilevante l'eventuale intervento della prescrizione dopo il primo grado di giudizio.

Ma il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 49 del 2015, non si è limitato a riconoscere la possibilità di applicare la confisca nonostante la sopravvenuta prescrizione, essendo pervenuta a conclusioni ancor più dirompenti sotto il profilo sistematico dei principi che disciplinano il dialogo tra le corti nazionali e sovranazionali stabilendo che *“il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo” sussiste solo innanzi ad un “«diritto consolidato», generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo. Del resto, tale asserzione non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo, ma si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo. Esso infatti si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera. È perciò la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra”.*

In ogni caso, precisa ulteriormente la Corte, l'obbligo di interpretazione conforme è subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, dato il predominio assiologico della Costituzione sulla Convenzione europea sicché, a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con una pronuncia della Corte europea, *“l'interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione”.*

Due sono le argomentazioni poste a sostegno della pronuncia della Corte Costituzionale: la natura di sanzione amministrativa (e non già penale) della confisca urbanistica che, pertanto, può essere disposta a fronte della materialità dell'illecito (ossia il carattere abusivo dell'opera) e l'insussistenza, nel caso di specie, del dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU atteso che

la sentenza “*Varvara*” non può essere ritenuta “*diritto consolidato*” della Corte EDU rappresentando nient’altro che una pronuncia isolata⁵⁸.

Orbene, siffatta decisione è stata fortemente criticata dalla dottrina nella parte in cui palesava il rischio di legittimare il giudice comune ad azionare direttamente lo strumento dei c.d. “contro limiti” sì da violare l’obbligo costituzionale di adeguarsi alla Convenzione, senza specificare quali fossero i criteri idonei a stabilire con sufficiente determinatezza se un orientamento della Corte europea potesse essere ritenuto consolidato o meno.

5. La Sentenza della Corte Edu, 28 giugno 2018 nel caso *G.I.E.M. S.r.l. e altri c/Italia*

A ricorrere a Strasburgo nel caso di specie sono quattro persone giuridiche (G.I.E.M S.r.l. - società anche essa proprietaria di lotti a Punta Perotti - Hotel Promotion Bureau S.r.l. e R.I.T.A. Sarda S.r.l., Falgest S.r.l.) e una persona fisica (F.G., comproprietario al 50% con Falgest S.r.l. di un lotto edificabile), tutte destinatarie di un provvedimento di confisca *ex art. 44 c. 2 T.U. Edilizia* in assenza di un provvedimento di formale condanna nei confronti degli autori del reato di lottizzazione abusiva, i cui ricorsi vengono dalla Corte riuniti e decisi congiuntamente.

I ricorrenti, professandosi destinatari di una sanzione sostanzialmente penale, lamentavano una violazione, sotto vari profili, dell’art. 7 CEDU (principio di legalità/colpevolezza convenzionale), oltre che dall’art. 1 Prot. Add. (proprietà privata), e 6.2 (presunzione di innocenza) della Convenzione.

La peculiare complessità delle questioni demandate alla Corte emerge già dalla circostanza che, nonostante la celebrazione dell’udienza di trattazione fosse avvenuta il 2 settembre 2015, la relativa decisione sarebbe stata depositata solo pochi mesi fa e, precisamente, il 28 giugno 2018⁵⁹.

Sul controverso tema della compatibilità della c.d. “confisca senza condanna” con gli artt. 7, 6.2 e 1 Prot. Add. Cedu, la Grande Camera della Corte EDU, discostandosi dalla precedente giurisprudenza “*Varvara*”, ha concluso per la compatibilità della confisca urbanistica con l’art. 7 CEDU ove disposta a seguito di un accertamento che, pur non avendo i requisiti formali della sentenza di condanna, ne presenti quelli sostanziali, ossia l’accertamento della sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi integranti il reato di lottizzazione abusiva.

⁵⁸ Segnatamente, la Corte perviene alla conclusione secondo cui “*Allo stato, e salvo ulteriori sviluppi della giurisprudenza europea, deve escludersi che la sentenza della Corte EDU del 29 ottobre 2013 (Varvara c/Italia) sia univocamente interpretabile nel senso che la confisca urbanistica possa essere disposta solo unitamente ad una sentenza di condanna da parte del giudice per il reato di lottizzazione abusiva*”.

⁵⁹ A. GALLUCCI, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell’ente al processo: l’attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 luglio 2018.

Rectius: è possibile applicare la confisca urbanistica a seguito di un accertamento che abbia le caratteristiche sostanziali della condanna senza tuttavia necessariamente presentarne la forma?

Segnatamente, la Corte di Strasburgo invita ad andare oltre il dispositivo e a tener conto della sostanza del provvedimento emesso dal Giudice penale precisando che la motivazione è “*parte integrante della sentenza*”. Militerrebbe in tal senso, soggiunge la Corte, la peculiare complessità dell’accertamento in materia di illeciti urbanistici a fronte di un termine prescrizionale notevolmente contenuto.

L’applicazione della confisca in caso di intervenuta declaratoria di prescrizione del reato non confligge, dunque, con le garanzie di cui all’art. 7 CEDU purché tutti gli elementi costitutivi del reato di lottizzazione abusiva – ivi compreso l’elemento soggettivo della fattispecie contravvenzionale – siano stati oggetto di adeguato accertamento da parte del giudice, esteso anche alla colpevolezza. Ne discende che la sanzione non possa essere irrogata nei confronti dei terzi in buona fede⁶⁰.

Questa recente pronuncia presenta natura chiaramente compromissoria come evidenziato da autorevole dottrina⁶¹: se da una parte la Corte nega, in relazione alla persona fisica ricorrente, la sussistenza della lamentata violazione dell’art. 7 CEDU, dall’altra riconosce l’effettiva sussistenza della violazione del principio di presunzione di innocenza presumibilmente a fronte della peculiarità del caso concretamente sottoposto al suo giudizio.

Invero, il ricorrente, dopo essere stato condannato in primo grado per il reato di lottizzazione abusiva, veniva assolto in appello con formula piena sicché la confisca urbanistica era stata disposta non già dal giudice di merito bensì dalla Corte di Cassazione la quale aveva poi dichiarato il reato estinto per prescrizione.

Secondo i Giudici di Strasburgo il verdetto di colpevolezza susseguente ad un’assoluzione con formula piena, in un contesto nel quale il reato è estinto e, dunque, non può esservi istruzione probatoria,

⁶⁰ Se è vero che la disciplina italiana ha superato il vaglio della Corte EDU in relazione al profilo afferente al rapporto tra sentenza di condanna formale e sostanziale, la medesima disciplina è stata fonte di condanna sotto il profilo della possibilità di irrogare la confisca nei confronti della persona giuridica rimasta estranea al procedimento penale; cfr. sentenza Corte EDU 28 giugno 2018, resa nel caso *G.I.E.M. S.r.l. e altri c/Italia*.

⁶¹ V. MANES, *La confisca urbanistica come sanzione penale e l’accertamento sostanziale di responsabilità*, relazione esposta nell’ambito del Convegno tenutosi presso l’Università degli Studi di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza, 16 novembre 2018, intitolato *Le misure di prevenzione e le sanzioni patrimoniali: tensioni interpretative nel dialogo tra le Corti*. Lo stesso Giudice Pinto De Albuquerque, in seno alla sua opinione “*parzialmente dissenziente e parzialmente concordante*”, evidenzia come la Corte si contraddica ove “*pur affermando che la confisca senza condanna è ammissibile dal punto di vista dell’articolo 7 della Convenzione, solo «a condizione che i tribunali in questione abbiano agito nel pieno rispetto dei diritti della difesa sanciti dall’articolo 6 paragrafo 2 della Convenzione» essa conclude che vi è stata violazione dell’articolo 6 paragrafo 2 della Convenzione nei confronti del Sig. Gironda, ma che non vi è stata violazione dell’articolo 7. Non riesco a comprendere perché la maggioranza non applichi il suo stesso criterio nel caso del sig. Gironda. Nel caso di specie, i giudici non hanno agito «nel pieno rispetto» dell’articolo 6. Di conseguenza, in applicazione del criterio determinato dalla maggioranza stessa, si dovrebbe avere violazione non solo dell’articolo 6, ma anche dell’articolo 7. In ogni caso, in fin dei conti, la confisca urbanistica senza condanna non è salva in quanto contravviene sempre alla presunzione di innocenza, come riconosce la Grande Camera in maniera quasi unanime”.*

costituisce una violazione del diritto di difesa dell'imputato ed è, pertanto, incompatibile con l'art. 6, paragrafo 2 della Convenzione.

Sul punto di palesano degne di nota le argomentazioni rese dal giudice Pinto De Albuquerque nell'opinione *“parzialmente concordante e parzialmente dissenziente”* rispetto alla sentenza ove quest'ultimo sottolinea la fallacia di un sistema giudiziario che, *“in nome della propria efficienza”*, decide di sacrificare i valori della certezza del diritto e della prevedibilità, corollari del principio di legalità, in favore di esigenze di efficientismo e repressione: *“come proclama la sentenza Sud Fondi, e come hanno ammesso i Giudici delle leggi, il principio di legalità contiene il principio nulla poena sine culpa, che deve essere accertato entro i termini previsti dalle norme di prescrizione pertinenti. In uno Stato che si fonda sulla supremazia del diritto e sul principio di legalità, il potere dello Stato di perseguire e punire reati anche complessi è limitato nel tempo o, per usare l'elegante formulazione della Corte costituzionale, «trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuino le esigenze di punizione e maturi un diritto all'oblio in capo all'autore di esso. In caso contrario, i valori della certezza del diritto e della prevedibilità inerenti al principio di legalità, e quindi questo stesso principio, verrebbero sacrificati in nome dell'efficienza del sistema giudiziario”*.

In realtà, nell'applicare la confisca urbanistica senza condanna, il giudice cerca di contrastare l'inerzia dell'amministrazione locale e la connivenza con i progetti di lottizzazione abusiva. In altre parole, il sistema di giustizia penale svolge funzioni amministrative. Dal punto di vista del diritto costituzionale, è evidente che la trasformazione del giudice penale in un organo di supplenza dell'amministrazione è incompatibile con il principio della separazione dei poteri. Questa fusione dei due ruoli distinti, quello della giustizia e quello dell'amministrazione, costituisce un'indebita strumentalizzazione del sistema giudiziario penale a fini di mera politica amministrativa, che riflette una politica di pan-penalizzazione condotta dallo Stato italiano. Pertanto, è l'attuale scelta politica dello Stato italiano, confermata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015, che va biasimata perché contraddice il principio di sussidiarietà del diritto penale, e non la sentenza Varvara”.

Pur essendo di certo condivisibili le argomentazioni rese dalla Corte EDU ove afferma di non poter disconoscere *“la discrezionalità dei legislatori nazionali di arginare l'ipertrofia del diritto penale attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori reputati più adeguati, e per la natura della sanzione comminata e per i profili procedurali semplificati connessi alla prima sede amministrativa di inflizione della sanzione”*, la sentenza *de qua* si palesa per certi aspetti deludente quantomeno sotto il profilo della possibilità di irrogare una misura particolarmente afflittiva anche nei confronti di un soggetto c.d. *“assolto a metà”* secondo l'espressione coniata dal medesimo Pinto.

Ecco che allora le parole di Vittorio Manes suonano come un campanello di allarme ove quest'ultimo, richiamando il celebre paradosso di Bockenforde, ha nostalgicamente affermato: *“siamo cresciuti sull'idea del diritto penale Magna Carta del reo, oggi questa idea è consumata, consumata anzi direi che purtroppo si avvia al superamento; quindi anche quel corredo, quel bagaglio di garanzie liberali sul quale siamo stati educati, coltivati e abbiamo creduto, temo*

che sia purtroppo in via di superamento e allora forse aveva ragione quel filosofo che lo Stato liberale secolarizzato contemporaneo si fonda su premesse che esso stesso non è in grado di mantenere”.

E’ questo il grande rischio, concludeva il filosofo, che lo Stato liberale si è assunto per amore della libertà.

6. Conclusioni

La confisca svela, nell’attuale sistema, la sua più intima natura di surrogato del diritto punitivo, quale strumento collocato in una zona grigia al riparo dalle guarentigie costituzionali, prime fra tutte quelle cristallizzate in seno all’art. 25 Cost.⁶².

E’ strumento principale e non più rinunciabile delle moderne strategie di contrasto dei traffici illeciti e della criminalità da profitto e ciò grazie alla versatilità che caratterizza la sua struttura tale da renderla misura idonea ad adattarsi alle contingenti esigenze repressive di volta in volta individuate dal legislatore. Ciò che desta maggiori perplessità in punto di bilanciamento tra esigenze social preventive e rispetto delle garanzie costituzionali è il sistema delle misure di prevenzione di cui la confisca rappresenta il principale baluardo, ove all’accertamento del fatto illecito si sostituisce l’indizio sul quale il giudice fonda il proprio convincimento circa la prognosi di pericolosità sociale.

Presupposto indefettibile per l’applicazione di siffatte misure non è la commissione di un illecito ma la riconducibilità del soggetto ad una delle tipologie d’autore cristallizzate dalla norma per lo più identificabili potestativamente in base a generici elementi sintomatici.

Il giudizio si fonda su presunzioni legali di pericolosità sociale e non già su elementi di prova dai quali ricavare, attraverso il ragionamento inferenziale proprio del sistema accusatorio, l’esistenza di un fatto costituente reato.

Se i presupposti per l’irrogazione della sanzione penale sono, rispettivamente, l’accertamento del fatto-reato, la sua attribuibilità e il nesso psichico tra il fatto illecito e il soggetto, viceversa, allorché si tratti di applicare una misura di prevenzione, i “fatti” da accertare sono i sintomi di un pericolo e, come ammoniva Nuvolone, *“la correlazione tra questi fatti e il futuribile è oggetto di un giudizio che non può essere, se non in via di discutibili presunzioni, proprio del legislatore”*⁶³.

Sotto altro pregnante profilo va evidenziato come il procedimento di prevenzione si svolga innanzi ad un giudice avente funzione non cognitiva ma meramente potestativa, chiamato ad applicare clausole generali

⁶² Per una compiuta analisi critica dell’indiscriminato ricorso alla confisca quale strumento tipico del diritto penale moderno si veda M. C. GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l’incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 dicembre 2015.

⁶³ P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976.

che attingono a valori estranei al diritto positivo, onde individuare e creare la norma da applicare al caso concreto.

A tal riguardo, non può di certo sottacersi come, in siffatta materia, sia necessario quantomeno espungere concetti ormai obsoleti, quali sospetto e presunzione di pericolosità, retaggio di quel vecchio sistema che concepiva la confisca quale strumento di contrasto del disagio sociale e del dissenso politico.

In un momento storico come quello attuale, in cui l'attenzione è rivolta maggiormente alle misure di prevenzione patrimoniali, irrompe sulla scena la sentenza *De Tommaso*⁶⁴ resa dalla Grande Camera della Corte EDU che, come ha evidenziato autorevole dottrina, mostra di aver compreso il lascito della storica sentenza della Corte Costituzionale, n. 177 del 1980, definito “*uno dei tentativi di più altro profilo tendenti a riportare le misure di prevenzione all'interno del principio di legalità e della garanzia giurisdizionale in ragione del fatto assorbente che le misure di prevenzione sono limitative, a diversi gradi di intensità, della libertà personale*”⁶⁵.

L'incessante espansione applicativa della confisca di prevenzione ha fatto sì che da mezzo speciale di contrasto del fenomeno mafioso, quest'ultima sia divenuto mezzo ordinario di repressione dei più disparati fenomeni criminali la cui applicazione corre su un binario parallelo rispetto al tradizionale apparato repressivo previsto nel codice penale.

La confisca di prevenzione, proprio in quanto caratterizzata da standard probatori meno rigorosi di quelli propri del processo penale, risultava lo strumento processuale più efficace per colpire l'illecita accumulazione di ricchezza nella lotta al fenomeno mafioso.

Eppure, ciò che rendeva tollerabile siffatto strumento, ossia la sua eccezionalità a fronte della peculiare virulenza palesata dal fenomeno mafioso, diventa intollerabile allorquando il medesimo istituto venga esteso a figure criminose insuscettibili di destare il medesimo allarme sociale.

E invero il diritto penale moderno sembrerebbe ineludibilmente orientato verso quella che è stata definita dalla dottrina una “*giustizia penale preventiva*”⁶⁶.

⁶⁴ Per una compiuta analisi della sentenza si richiama V. MAIELLO, *De Tommaso c/Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Diritto penale e processo*, Milano, n. 8/2017.

La sentenza della Grande Chambre ha stabilito che la costruzione normativa delle fattispecie preventive di pericolosità generica e la disciplina delle prescrizioni accessorie della sorveglianza speciale, contrastano con la libertà di circolazione proclamata dall'art. 2, prot. 4 CEDU e con il diritto alla trattazione del procedimento in pubblica udienza di cui all'art. 6, par. 1 CEDU; la Corte, pur ribadendo che le misure di prevenzione non appartengono alla materia penale, ne dichiarano per la prima volta la contrarietà alla CEDU.

⁶⁵ M. FATTORE, *Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione, Osservazioni su Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c/Italia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 aprile 2017. Trattasi della sentenza con cui la Corte Costituzionale ha espunto dal sistema la categoria dei “*proclivi a delinquere*” cui ha fatto seguito l'assegnazione alle Sezioni Unite del ricorso sulla definizione della condotta di cui all'art. 75, co. 2, del c.d. “*codice antimafia*” in ordine alla violazione della prescrizione del “*vivere onestamente e rispettare le leggi*”.

⁶⁶ M. C. GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 dicembre 2015.

Se è innegabile che, come ammoniva lo stesso Beccaria, è meglio prevenire i delitti piuttosto che punirli, essendo la prevenzione del crimine “*una componente ontologicamente necessaria di ogni società organizzata*”⁶⁷, è ancor più vero che occorre prestare particolare attenzione nell’individuare gli strumenti attraverso cui attuare siffatta prevenzione.

La crisi dell’efficacia e della certezza della pretesa punitiva dello Stato non può essere risolta attraverso il ricorso smisurato a strumenti che rappresentano, per vero, un surrogato della sanzione penale, definite dalla dottrina⁶⁸ “*pene per il sospetto*” di fatto impiegate ogni qual volta la repressione ordinaria risulti inattuabile per mancanza dei presupposti probatori necessari per l’irrogazione di una pena.

Il ricorso e il potenziamento degli strumenti preventivi è il più evidente segnale del passaggio dal c.d. “diritto penale classico” – eredità della tradizione illuministica e della rivoluzione borghese, che ha trovato in Beccaria, Carrara, Feurbach e Klein i suoi maggiori esponenti e promotori – al c.d. “diritto penale moderno”, concepito come strumento non più volto a presidiare e tutelare la stabilità sociale acquisita dalla collettività bensì di civilizzazione del costume sociale secondo le premonitrici previsioni di Paliero⁶⁹. Se è vero che il diritto penale classico trovava il suo fondamento giusfilosofico nella tutela delle libertà del singolo individuo contro i soprusi perpetrati dallo Stato assolutista, viceversa il diritto penale moderno trova la sua *ratio essendi* nell’esigenza, da perseguire ad ogni costo (talvolta persino a discapito delle garanzie costituzionali) di prevenzione generalizzata della conflittualità sociale.

Tuttavia, l’attuale panorama ablativo italiano pone all’interprete un ineludibile interrogativo: se il fondamento del diritto punitivo è l’accertamento di un fatto, uno Stato che consente compressioni delle libertà in presenza non già di un fatto illecito costituente reato bensì di meri “*indicatori di pericolosità*” presuntivamente ravvisabili in capo al soggetto destinatario della misura, può ancora essere definito Stato di diritto?

Non è forse espressione del potere tipico dello Stato autoritario quello di reprimere condotte in assenza di un previo accertamento della rilevanza penale del fatto incriminato e sulla scorta di meri indizi presuntivi di pericolosità astrattamente idonei a formulare un giudizio in termini di probabilità e non di responsabilità *ex art. 27 Cost.*?

⁶⁷ F. BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in *Pol. Dir.*, 1974, ora in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, p. 921.

⁶⁸ G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (fondamenti costituzionali)*, *op. cit.*, p. 566.

⁶⁹ C. E. PALIERO, *Diritto penale classico versus Diritto penale moderno: cambi di paradigma nel sistema penale attuale?* in <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/8976/6282>.

Il panorama ablatorio è divenuto, pertanto, terreno fertile per saggiare le moderne pulsioni del diritto penale volte a sperimentare nuovi prototipi normativi, gemmazioni difficili da imbrigliare entro gli schemi tipici del diritto punitivo⁷⁰.

Dinnanzi al profilarsi di un orizzonte che, scriveva Paliero, si palesa come *“la minaccia di un uragano destinato a travolgerci, a travolgere l'intera società civile”*⁷¹, un intervento del legislatore di pari vigore anche sul piano delle garanzie procedurali non pare più procrastinabile⁷².

D'altronde, come lo stesso Fiandaca ammonisce, *“in un orizzonte europeo in cui, come è noto, le misure di prevenzione non godono di particolare favore (trattandosi di un istituto giuridico storicamente peculiare all'ordinamento italiano), la preoccupazione di rafforzarne le garanzie sotto il duplice profilo dei presupposti sostanziali di applicabilità e delle regole procedurali costituisce infatti un obiettivo da non trascurare”*⁷³.

Al fine di contemperare esigenze di garanzia e di efficacia, sarebbe opportuno un intervento di tipo legislativo, amministrativo e sociale, rivolto alla collettività abbandonando la convinzione che a questo discutibile strumento di contrasto alla criminalità debba essere riservata la corsia preferenziale nel sistema di difesa sociale⁷⁴.

⁷⁰ L. BARON, *Il ruolo della confisca nel contrasto alla c.d. criminalità del profitto: uno sguardo d'insieme*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 maggio 2018.

⁷¹ T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, op. cit., p. 19, in cui si legge: abbiamo *“davanti il sol dell'avvenire”*: *«le misure di prevenzione sono l'orizzonte che si dischiude davanti ai nostri occhi come un'alba radiosa”*; un orizzonte nel quale l'Autore vede *“in realtà ... la minaccia di un uragano destinato a travolgerci, a travolgere l'intera società civile”*.

⁷² Quali rimedi allora sono auspicabili posto che non pare di certo ipotizzabile l'abbandono di questo strumento né, tanto meno, la sua totale equiparazione alle sanzioni *scripto sensu*? Dal punto di vista prettamente processuale G. GASSO, nel corso del citato convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza, ha enucleato una serie di possibili “correttivi” volti a contenere l'evidente deficit di garanzie che caratterizza il sistema delle misure di prevenzione, tra cui: l'introduzione di standard probatori più elevati, quanto meno in termini di necessaria sussistenza di indizi “gravi, precisi e concordanti”; maggior rigore nella valutazione della sussistenza dei requisiti di sproporzione e connessione temporale; il riconoscimento di un intervento più incisivo del difensore nell'ambito del procedimento (basti pensare che, nell'attuale sistema, il difensore in caso di legittimo impedimento non ha diritto al rinvio della trattazione); l'introduzione del sindacato di legittimità sulla motivazione del provvedimento; celebrazione dell'udienza pubblica; elaborazione di una cultura dei diritti e non già di un diritto penale del nemico; introdurre la garanzia dell'indennizzo ogni qual volta la misura venga revocata; modificare l'art. 35 del codice antimafia che prevede la responsabilità dell'amministratore giudiziario solo in ipotesi di cola grave; concepire le misure di prevenzione così come concepite ad origine e non già come “scorciatoie” cui ricorrere quando gli strumenti ordinari si rivelano inadeguati: strumenti eccezionali volti a contrastare fenomeni criminosi di eccezionale virulenza, e non già strumenti alternativi alla sanzione penale. Ulteriori interventi sono altresì auspicabili in materia di destinazione dei beni confiscati, essendovi il concreto rischio che l'introduzione della possibilità della c.d. vendita diretta dei beni confiscati possa collidere con i principi e le finalità sottese alla l. n. 109/96.

⁷³ Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata istituita con D.M. 10 giugno 2013 e presieduta da G. FIANDACA, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 febbraio 2014, p. 12.

⁷⁴ F. BASILE, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in *Giur. It.*, 2015, p. 1521.

D'altronde, per richiamare le medesime espressioni utilizzate dal Giudice Pinto, “*Nella tensione weberiana tra Wertrationalität (razionalità per valori, o assiologica) e Zweckrationalität (razionalità per scopi), i giudici, internazionali o nazionali, devono sempre tendere verso la prima e non verso la seconda, che rientra nella politica*”, non potendosi “*far pesare sulle persone le carenze di una politica penale irrazionale dello Stato*”.

“*E' tempo di svegliarsi di fronte al rischio sistemico senza precedenti che il sistema europeo dei diritti umani si trova a dover affrontare. Non è il momento di usare eufemismi costituzionali, e ancora meno di attizzare le fiamme a Strasburgo con una retorica dell'«identità nazionale» falsata da un immaginario anti-cosmopolita. In quanto padre fondatore del sistema, l'Italia ha una responsabilità particolare nel periodo difficile che attraversa oggi il sistema della Convenzione. Spetta ai padri fondatori dare l'esempio. E' tutto ciò che ci si può aspettare da una nazione che ha fatto tanto per la cultura giuridica europea*”⁷⁵.

⁷⁵ Opinione “*parzialmente dissenziente e parzialmente concordante*” del Giudice Pinto richiamata in G. RANALDI, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato: interrogativi sui rimedi processuali azionabili dopo che la Grande Camera ha individuato un “equilibrio possibile”*, in *Archivio penale*, n. 3/2018.