



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

IN SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo XXXII

TITOLO TESI

LE CONFISCHE SPECIALI E GENERALI

Settore/i scientifico disciplinari di afferenza

IUS/16

Presentata da	Valentina Pilloni
Coordinatore Dottorato	Prof. Gianmario Demuro
Tutor	Prof.ssa Maria Francesca Cortesi

Esame finale anno accademico 2018 – 2019
Tesi discussa nella sessione d'esame Gennaio-Febbraio 2020

Le confische speciali e generali.

Indice.

Introduzione.

Capitolo I. L'evoluzione del sistema sanzionatorio.

- 1.1 Dalla forma alla sostanza. I confini mobili della materia penale.
- 1.2 La caduta del monopolio del diritto penale quale strumento punitivo: illecito amministrativo, illecito civile, danni punitivi e l'art. 162 *ter* c.p.
- 1.3 Lo statuto unitario del diritto punitivo.
- 1.4 È ancora essenziale individuare la natura strettamente penale di una sanzione?
- 1.5 Conclusioni: come individuare la natura giuridica di un istituto.

Capitolo II. Le confische speciali.

- 2.1 La conformazione originaria. L'art. 240 c.p. Le nuove fattispecie.
- 2.2 L'inaccettabilità della qualificazione codicistica.
- 2.3 Applicazione all'istituto della soluzione raggiunta nella prima parte della trattazione
- 2.4 La confisca civile.
- 2.5 La confisca come pena.
- 2.6 La confisca post-reato senza condanna.

Capitolo III. La confisca generale.

- 3.1 L'importanza dell'oggetto: le confische per sproporzione. Una trattazione unitaria.
- 3.2 L'inquadramento tradizionale.
- 3.3 La reale struttura della fattispecie: un'impostazione retrospettiva.
- 3.4 La qualificazione civilistica.
- 3.5 Una nuova prospettiva: una fattispecie di pericolo. Anticipazione della tutela.

Introduzione.

Come è noto, negli ultimi decenni sono avvenuti profondi mutamenti nel sistema sanzionatorio¹ nazionale. Molteplici sono le cause. Per chiarezza espositiva giova suddividerle fra esogene (nel cui ambito, di per certo, un ruolo fondamentale è stato svolto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo) ed endogene (la progressiva diffusione degli illeciti amministrativi punitivi –spesso frutto di depenalizzazione- e la ben più recente introduzione delle sanzioni civili).

Punto di emersione delle problematiche ora tratteggiate è certamente costituito dall'istituto della confisca: misura proteiforme e anfibologica² per eccellenza, il suo studio impone una preliminare analisi della attuale conformazione del sistema sanzionatorio. In particolare, sarà necessario prendere le mosse dall'individuazione dei confini, ormai “mobili”, della nozione di materia penale. Al fine di individuare l'ambito applicativo delle garanzie convenzionali e costituzionali riservate al diritto criminale -seguendo la strada tracciata dalle Corti sovranazionali e recepita, altresì, dalla giurisprudenza e dottrina nazionali- occorrerà, pertanto, comprendere quali elementi debbano essere valorizzati dall'interprete per accertare la natura penale di un determinato istituto.

¹ A tal proposito, è necessario, fin da subito, cercare di fare chiarezza terminologica. Difatti, sovente, l'espressione sanzione, e i suoi composti (sistema sanzionatorio, etc.) vengono impiegati in maniera ambigua. In particolare, il termine viene talvolta utilizzato come sinonimo di pena, o comunque, di misura punitiva (in questo senso si veda, da ultimo, MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2018, p. 52, nota 146). Occorre rifuggire quanto prima da confusioni di tal sorta. Come risulta, *ex multis*, da CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, p. 24 e ss e da PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in BUSNELLI-SCALFI, a cura di, *Le pene private*, Milano, 1985, p. 56 e ss., e come conferma l'etimologia (dal latino *sancire*, rendere inviolabile, avvalorare qualcosa) “sanzione” è concetto generalissimo che può assumere innumerevoli declinazioni, fra le quali figurano le c.d. sanzioni punitive. In particolare, tralasciando - perché non rilevanti ai nostri fini- quelle che Carnelutti chiama *sanzioni premio* (comunemente note come sanzioni positive), e volgendo in via esclusiva la nostra attenzione sui *castighi* è possibile distinguere le sanzioni *in preventive* o *repressive*, a seconda che esse tendano ad “impedire il male” o ad “eliminarlo” (suddivisione che verrà trattata nell'ambito del terzo capitolo), ed, ancora, con riferimento alle sanzioni repressive, fra *restituzione* (e le sue declinazioni: “*restituzione diretta o restituzione in senso stretto, risarcimento del danno e riparazione*”) e *pena*.

² *Ex multis*, in questo senso, FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale 'moderno'*, Padova, 1997, p. 5 e ss.; NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012; CORTESI, *Confisca di prevenzione “antimafia” e confisca “allargata”: rapporti ed interferenze processuali*, in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 3, p. 1; MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 1 e ss.; MAUGERI, *Confisca* (voce), in *Enc. dir.*, Annali – VIII, Milano, 2015, p. 185. Nello stesso senso si esprimeva anche la Corte costituzionale in una delle sue prime sentenze in materia, C. cost. 46/1964.

In quest'ordine di idee, il lavoro si concentrerà, quindi, nella sua prima parte sulla nozione di sanzione e sulla evoluzione del concetto di materia penale nell'ordinamento nazionale, al fine di comprendere - prestando fin da subito attenzione all'istituto della confisca- quale sia il criterio più appropriato per segnare i confini del nuovo diritto penale.

Alla luce delle conclusioni raggiunte nella prima parte del lavoro, sarà poi possibile, entrando *in medias res*, prendere in esame le diverse conformazioni assunte dall'istituto confiscatorio. Dedicandoci, in un primo momento alla confisca speciale si affronteranno le problematiche poste dalla compatibilità tra la peculiare struttura che la caratterizza e i principi che governano le sanzioni penali, per soffermarci, poi, sulla questione della ammissibilità di una sua declinazione "civilistica".

Da ultimo, specifica trattazione sarà riservata alle cosiddette confische generali, punto dolente dell'attuale sistema sanzionatorio nazionale; in una prospettiva *de iure condendo*, si cercherà di proporre una ricostruzione che, pur conservando l'efficacia, non dia luogo a un istituto, per così dire, "in frode alle garanzie penalistiche", assicurandone la conformità ai principi costituzionali e convenzionali.

Capitolo I. L'evoluzione del sistema sanzionatorio.

Sommario. 1.1 *Dalla forma alla sostanza. I confini mobili della materia penale.* - 1.2 *La caduta del monopolio del diritto penale quale strumento punitivo: illecito amministrativo, illecito civile, danni punitivi, e l'art. 162 ter c.p.* - 1.3 *Lo statuto unitario del diritto punitivo.* - 1.4 *È ancora essenziale individuare la natura strettamente penale di una sanzione?* - 1.5 *Conclusioni: come individuare la natura giuridica di un istituto.*

1.1 *Dalla forma alla sostanza. I confini mobili della materia penale.*

Dall'esame della manualistica tutt'ora maggioritaria³, emerge con chiarezza come, tradizionalmente, l'ordinamento italiano abbia adottato una nozione formale di reato. Secondo questa impostazione -accolta, peraltro, dallo stesso legislatore nell'art. 39 del codice penale- sarebbe reato tutto ciò e solo ciò che è previsto dalla legge come tale. Di norma l'interpretazione in questione è, inoltre, accompagnata da un'accezione nominalistica⁴ del concetto di pena, secondo la quale sono pene solo le sanzioni definite come tali dal legislatore.

A questa tendenza interpretativa se ne affianca, poi, un'altra, altrettanto datata, volta a fornire una nozione sostanziale di reato⁵. Questa prospettiva dottrinale si propone di individuare quali siano le caratteristiche precipue dell'illecito penale, tali da differenziarlo dalle altre tipologie di illecito. I criteri discretivi di volta in volta suggeriti dalla dottrina sono molteplici⁶: di natura "quantitativa" o "qualitativa",

³ Fra i tanti si veda, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, X, ed., p. 13, PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2015, VI ed., p. 3 e ss., FINDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, VII ed., p. 157. La ragione del successo del criterio nella manualistica è del resto, probabilmente, dovuta alla sua maggiore idoneità a fini didattici.

⁴ La non necessaria coesistenza fra concezione formale di reato e nozione nominalistica della pena è ben evidenziata da PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, p. 13 e ss. e MAZZACUVA, *Le pene nascoste, op. cit.*, p. 16 e ss.

⁵ Con tale espressione non si vuole far riferimento alla teoria, emersa nell'ambito di regimi totalitari, per la quale sarebbe reato il fatto socialmente pericoloso anche se non espressamente previsto dalla legge (sul tema si veda MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 18, il quale richiama, come esempi, alcune clausole generali previste nel codice sovietico). L'espressione si rifà alla terminologia impiegata da Bricola, il quale la impiega nell'accezione adesso assegnatale.

⁶ Dalla più remota bipartizione (per la quale i delitti sarebbero tali perché *mala in se*, e non invece *mala quia vetita*) che pare costituire il fondamento ultimo di una molteplicità di definizioni proposte, si vedano poi: GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, Milano, 1947, p. 144, il quale individua il reato in quel "fatto che pone in pericolo l'esistenza e la conservazione della società"; MAGGIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1951, p. 189, per il quale il reato consiste "in una grave offesa all'ordine giuridico"; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, XVI ed., p. 170, il quale definisce il reato come "quel comportamento umano che, a giudizio del legislatore, contrasta con i fini dello Stato ed esige come sanzione una pena criminale".

fondati su elementi pregiuridici o normativi ovvero su valutazioni figlie del principio di sussidiarietà⁷.

Da una analisi complessiva delle trattazioni, parrebbe quasi che le due definizioni, coesistenti nelle ricostruzioni manualistiche, si pongano obiettivi differenti⁸: la prima, destinata agli interpreti, avrebbe il compito di circoscrivere l'ambito delle garanzie riservate alla materia penale; la seconda si rivolgerebbe, al contrario, al legislatore allo scopo di guidare la sua attività normativa.

Entrambe le prospettive si sono rivelate essere, quanto meno parzialmente, fallaci.

Pur avendo il pregio di riuscire a garantire con maggiore efficacia la certezza del diritto, per lo meno nella accezione accolta dall'ordinamento italiano, la teoria formale del reato si è rivelata un mezzo eccezionale al fine di perseguire gli obiettivi che sono propri della materia penale senza doverne rispettare i limiti, avallando in tal modo "le truffe delle etichette".

In relazione, invece, alle concezioni sostanziali del reato, volendo in questa sede trascurare le difficoltà che si sono riscontrate nel tentativo di individuare criteri discretivi validi e condivisi, non se ne può tacere la pressochè nulla rilevanza pratica. Nonostante i tentativi di una parte della dottrina⁹, la giurisprudenza costituzionale¹⁰ si è sempre rifiutata di sindacare le scelte compiute dal legislatore sul tema, rifugiandosi

⁷ Una riprova della diffusione dei criteri discretivi ora citati è del resto fornita, attraverso la circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 19 dicembre 1983, dallo stesso legislatore; questi, nell'individuare – seppur indirettamente ed in una prospettiva *de iure condendo* – una nozione sostanziale di illecito amministrativo, fornisce *a contrario* una definizione di reato impiegando gli indici in esame.

⁸ In questo senso si veda quanto affermato da MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, *op. cit.*, p. 2, a proposito della differenza fra definizioni reali e definizioni stipulative, la cui adeguatezza deve essere valutata in relazione ad una determinata prospettiva teleologica.

⁹ Si allude a Bricola e alla sua teoria in tema di bene giuridico costituzionalmente orientato, per il cui tramite l'A. è riuscito ad individuare un parametro quanto meno potenzialmente vincolante per il legislatore, abbandonando così la prospettiva giusnaturalista priva di efficacia cogente. A tal proposito si veda: BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, 1973, p. 45 e ss. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in DE ACUTIS- PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, p.4. Particolarmente interessante nella nostra prospettiva, come già evidenziato da più recente dottrina (MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, *cit.*, p. 10) il ruolo svolto nella ricostruzione, seppur sostanziale di reato, proposta da Bricola dalla previa individuazione del concetto di pena, attraverso una proficua intersecazione di piani che potrà poi risultare utile nelle pagine che seguiranno.

¹⁰ Si vedano a tal proposito, *ex multis*, C.cost., ord. 159/1994; ord. 177/2003; ord. 212/2004; sent. 317/1996; 364/2004; 273/2010.

dietro l'ampia discrezionalità¹¹ concessa in materia al potere normativo: in quest'ambito non sarebbero ammissibili ingerenze esterne, se non nelle ipotesi, limite, caratterizzate da manifesta irragionevolezza

Quanto affermato consente di mettere in evidenza, fin d'ora, una circostanza che potrà dimostrarsi particolarmente utile nel prosieguo. Anche da una sommaria analisi dei criteri definitivi poc'anzi richiamati, emerge con chiarezza come gli stessi abbiano ad oggetto realtà diverse. La definizione della "materia penale" si fonda, da un lato, sull'analisi delle peculiarità che dovrebbero connotare la condotta vietata perché essa assurga a fatto penalmente rilevante, dall'altro, sui caratteri della reazione che l'ordinamento collega al compimento della condotta vietata¹². Le prospettive sono, pertanto, evidentemente opposte. Una corrente si concentra sull'illecito, il *prius*, e sulla sue caratteristiche, le quali colorerebbero, di riflesso, la reazione ordinamentale; l'altra sulla sanzione, il *posterius*, dalla cui qualificazione normativa discenderebbe automaticamente la natura dell'illecito.

Nel corso dell'evoluzione del concetto di "materia penale", la contrapposizione ora richiamata pareva aver trovato una, seppur compromissoria, composizione nell'ambito della prima elaborazione europea sul tema.

A questo punto della trattazione, è pertanto necessario prendere in esame, per primi, i fattori esogeni di mutamento del sistema penalistico e, in particolare, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di individuare l'ambito applicativo delle garanzie convenzionali in materia penale.

In quest'ordine di idee non si può che muovere dall'analisi della pronuncia *Engel c. Olanda*¹³ la quale costituisce tutt'ora, per quanto sia stata parzialmente superata, una pietra miliare della materia. La pronuncia in questione ci fornisce, fin da

¹¹ Discrezionalità tutt'oggi pienamente riconosciuta anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ai legislatori nazionali (si veda a tal proposito quanto affermato sul punto dalla relativamente recente pronuncia della C.cost. 49/2015, la quale, nel respingere la ricostruzione proposta dai giudici rimettenti – della quale si riferirà più diffusamente in seguito – della pronuncia Varvara precisa come: "Non è stata perciò posta in discussione 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. Piuttosto, si è inteso evitare che per tale via andasse disperso il fascio delle tutele che aveva storicamente accompagnato lo sviluppo del diritto penale, e alla cui difesa la CEDU è preposta."), ma che non ha comunque impedito alla Corte di ricorrere ad una *interprétation autonome* delle disposizioni della Convenzione.

¹² La circostanza è ben messa in evidenza da PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, op. cit., p. 7 e ss.

¹³ Corte EDU, 8.6.1976, n. 22, *Engel c. Olanda*.

subito, un dato di particolare rilievo ai nostri fini. Nel verificare la sussistenza della censura sollevata per la violazione dell'art. 6 par. 2 Cedu, la Corte fa intendere, infatti, chiaramente come la nozione autonoma di materia penale da essa proposta abbia fini esclusivamente garantistici (nella pronuncia si legge espressamente che "*l'autonomia della nozione di «materia penale» opera per così dire a senso unico*"). In particolare, i Giudici europei ribadendo l'ampia discrezionalità di cui godono i legislatori degli Stati membri nell'elevare ad illecito penale un'azione o un'omissione, e sottolineando come una "*simile scelta, che ha per effetto l'applicabilità degli artt. 6 e 7, si sottrae in linea di principio, al controllo della Corte*", circoscrivono l'ambito dei loro interventi correttivi ai soli illeciti non qualificati come penali dall'ordinamento nazionale. Unicamente in queste fattispecie, infatti, sarebbe ravvisabile quel pericolo di aggiramento delle garanzie che la Corte intende evitare.

Si può, pertanto, rilevare, innanzitutto, come la rimodulazione dell'area della materia penale avviata dalla giurisprudenza sovranazionale tenda, in via esclusiva, ad estenderne i confini. La Corte non si preoccupa di verificare la correttezza di una qualificazione penalistica attribuita da uno Stato membro ad una determinata misura, anche se la stessa possa, a rigore, apparire inappropriata¹⁴. Il *surplus* di garanzie in tal modo concesso dal legislatore nazionale non contrasta con gli obiettivi della convenzione, e non può pertanto essere da questa censurato¹⁵.

Una volta circoscritto l'ambito del loro intervento, i giudici di Strasburgo si dedicano alla selezione degli indici rivelatori della natura penale¹⁶. Come chiarito dalla stessa giurisprudenza successiva, la Corte, a tal fine, ha enucleato tre diversi criteri. Il primo criterio, in ordine cronologico, che potremmo definire formale, ha ad oggetto la qualificazione giuridica attribuita alla misura nel diritto nazionale. La pronuncia *Engel*, infatti, in prima istanza si preoccupa di stabilire "*se la o le disposizioni che*

¹⁴ La Corte Edu, nella pronuncia *Engel*, a questo proposito afferma che "*l'autonomie de la notion de «matière pénale» opère par ainsi dire à sens unique*".

¹⁵ La problematica non pare però del tutto irrilevante, quanto meno in una prospettiva interna. La tendenza legislativa, sempre più comune, ad attribuire alle sanzioni una qualifica non coincidente con la loro reale consistenza verrà esaminata più diffusamente nel paragrafo successivo. Si può, però, fin da subito rilevare come la stessa presenti, almeno in potenza, dei profili di frizione con l'art. 3 Cost. (in relazione alla ragionevolezza dell'opzione normativa) e caratteri di abusività.

¹⁶ Un analogo orientamento si è diffuso anche negli Stati Uniti di America, ove la Suprema Corte ha a tal fine elaborato un "*multi-factor test*", si veda KING, *Using civil process in pursuit of criminal law objectives: a case law of non-conviction-based asset forfeiture*, in *The International Journal of Evidence & Proof*, 2012, 16(4), p. 348.

definiscono l'illecito in contestazione appartengano, secondo la tecnica giuridica dello Stato convenuto al diritto penale, al diritto disciplinare o contemporaneamente ad entrambi" (la Corte si limita a richiamare il diritto disciplinare poiché rilevante nel caso di specie, ma il riferimento pare assolutamente generalizzabile¹⁷). A tal proposito occorre immediatamente evidenziare che se il criterio formale –secondo la sua primigenia conformazione- pareva avere ad oggetto la sola qualificazione attribuita all'illecito, nell'evoluzione giurisprudenziale lo stesso ha subito un ampliamento. La Corte, difatti, nelle riportare nelle pronunce successive tralattivamente il criterio in questione fa generico riferimento alla "misura", così da valorizzare non solo la qualificazione attribuita dall'ordinamento nazionale all'illecito (così come espressamente affermato dalla sentenza *Engel*) ma anche alla sanzione che ne discende. Inoltre, per quanto concerne la sua declinazione, si può rilevare come l'analisi formale richiesta dovrebbe estendersi fino a verificare quale qualificazione (se penale o non) sia attribuita alla medesima misura negli ordinamenti degli altri Stati membri; l'approccio comparatistico permette, infatti, alla Corte di verificare se la qualificazione attribuita alla misura sia frutto di una particolare fantasia del legislatore nazionale ovvero il risultato di una opzione generalmente condivisa.

L'analisi, secondo l'*iter* proposto dalla pronuncia, deve poi proseguire concentrandosi su quelli che sono i connotati propri dell'illecito. Il secondo criterio ha, infatti ad oggetto "la natura stessa dell'illecito". In particolare la Corte, richiamando un indirizzo per molto tempo proposto anche dalla dottrina italiana al fine di individuare il *proprium* dell'illecito amministrativo¹⁸, afferma che la natura penale

¹⁷ Se, difatti, la Corte, nella motivazione, precisa come le indicazioni fornite debbano trovare applicazione nel solo "*contesto del servizio militare*", non può si può tralattare la vocazione generale dei parametri in questione, costantemente richiamati dalla successiva giurisprudenza (nazionale e sovranazionale) in materia.

¹⁸ Ci si riferisce, in particolare, a quegli orientamenti dottrinali, ormai superati, per i quali l'illecito amministrativo avrebbe ad oggetto in via esclusiva l'attività della pubblica amministrazione e la tutela degli interessi affidati alla sua cura. Pertanto, mentre al diritto penale spetterebbe la difesa di valori e interessi generali, l'illecito amministrativo tutelerebbe interessi per definizione settoriali. In questo senso, si veda TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925, p. 90 e ss.; ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1966, vol. I, p. 255 e ss. Nello stesso senso anche DOLCINI, *Sanzione penale e sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 375, il quale, nel schematizzare il panorama dottrinale – dallo stesso A. definito come "*assai complesso*"- in tema di sanzioni amministrative riferisce di un orientamento, che escluso il loro ruolo para-penale – "*lasciava spazio alla sanzione amministrativa soltanto nell'ambito delle «funzioni di governo» della pubblica amministrazione, come strumento di ristoro d'interessi particolari, riferibili alla stessa p.a.*"

dell'illecito (e, pare, della sanzione che ne deriva) dovrebbe essere esclusa qualora l'azione o l'omissione sia sanzionata poiché trasgressiva di una norma giuridica regolatrice del funzionamento delle forze armate (proseguendo nella generalizzazione, si può dire di una norma giuridica regolatrice di funzioni amministrative).

Da ultimo, la sentenza si concentra sulla sanzione applicata individuando quali parametri da valutare (al fine di determinare la reale estensione della materia penale) la natura e la gravità delle conseguenze dell'illecito. In particolare, seppure nel provvedimento si faccia espresso riferimento al solo “grado di severità della sanzione” – non menzionando, invece, il criterio della natura (richiamato nelle massime) – non si può non rilevarne la marginalità. La motivazione chiarisce, in effetti, come appartengano alla “«materia penale» le privazioni suscettibili di essere inflitte a titolo repressivo, tranne quelle che per la loro natura, la loro durata o le loro modalità di esecuzione non possono provocare un serio pregiudizio”. Dall'argomentare della Corte si desume, quindi, facilmente come il titolo in forza del quale è applicata la misura costituisce il primo dei parametri da valorizzare qualora si debba analizzare la sanzione. Il profilo della gravità, viceversa, dovrà essere preso in considerazione in via sussidiaria e, quanto meno secondo questa prima ricostruzione, in una prospettiva esclusivamente “riduttiva”; questo, invero, potrà essere valutato al solo fine di escludere la natura penale di una sanzione che seppur inflitta a titolo repressivo non “meriti”¹⁹ di far ingresso nell'area penale poiché non in grado di provocare un serio pregiudizio. Per quanto concerne il criterio della sanzione non si può trascurare come dalla impostazione europeista emerga, fin da subito, la natura non decisiva²⁰, anzi pressoché irrilevante, dell'*argumentum libertatis*. In controtendenza

¹⁹ Con l'impiego di questo termine si vuole richiamare i principi di meritevolezza di pena e di *extrema ratio* che presidiano la materia penale. Il ragionamento della Corte adesso riferito pare, infatti, rifarsi alle logiche a questi sottese.

²⁰ In questo senso MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 18, in cui l'A. fornisce altresì una plausibile spiegazione della scarsa rilevanza dell'*argumentum libertatis*, da individuarsi nello scarso peso allo stesso attribuito nei diversi sistemi europei quale criterio discrezionale nell'ambito del sistema sanzionatorio. Del resto, come sottolineato da COMPAGNA-ROCCHI, *I nuovi orizzonti della sanzione penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, fasc. III, p. 4, il ridimensionamento del parametro in esame è la conseguenza degli “stravolgimenti” occorsi negli ultimi anni nella materia delle sanzioni penali, che hanno minato “alle fondamenta quella continuità logica tra reato, processo penale e detenzione in carcere”. L'*argumentum libertatis* continua, però, ad essere impiegato come indice della natura penale delle sanzioni. Si veda, a tal proposito, quanto affermato nel 2001 dalla *Irish Supreme Court*, nel caso *Walsh vs. Director of the Assets Recovery Agency* (in *The Northern Ireland Law Reports*, 2005, parte II, p. 383 e ss.), in cui la Corte, accogliendo una visione piuttosto ingenua, ha escluso la natura penale

rispetto ad un orientamento dottrinario ai tempi consolidato²¹, l'incidenza della sanzione sulla libertà personale - sia essa diretta ovvero consegua all'ineseguibilità della pena principale- non costituisce indice di per sé sufficiente per affermare la riconducibilità della misura alla materia penale. Come osservato da attenta dottrina²², questo profilo della sanzione *“finisce per essere una mera comparsa sulla scena dell'elaborazione della nozione penale, in quanto essenzialmente relegato ad indice sintomatico nell'ambito della valutazione sulla severità della sanzione”*²³.

Così ricostruiti i criteri ermeneutici proposti dalla Corte, si può osservare quanto segue. Dalla semplice lettura della sentenza si desume, con chiarezza, come nell'impostazione della giurisprudenza sovranazionale, ai tre criteri non sia attribuito eguale rilievo. La Corte, difatti, fin dal suo primo arresto sul tema sottolinea come il criterio della qualificazione giuridica attribuita abbia *“un valore formale e relativo”* e possa costituire solo *“un semplice punto di partenza”*. Aggiunge, inoltre, come un controllo che si limitasse a valorizzare i soli primi due profili *“si rivelerebbe in generale illusorio”* se non prendesse in considerazione i caratteri della sanzione irrogata.

Pertanto, non pare inappropriato affermare che dalla nozione di materia penale proposta dalla giurisprudenza europea²⁴, seppur compromissoria – essendo il frutto

del *civil asset forfeiture system* poichè *“there is no provision for the arrest or detention of any person,...., for the imprisonment of a person in default of payment of a penalty...”*.

²¹ Ci si riferisce in particolare a BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 20; ID, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, p. 67 e ss. particolarmente interessante poichè l'A. fa discendere proprio dall'idoneità della sanzione penale ad incidere sulla libertà personale il suo peculiare compendio garantistico (sul punto si veda più approfonditamente il par. 1.4). Nello stesso senso, PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, cit., p. 64, il quale circoscrive, però, l'ambito di operatività del criterio alle pene principali, sottolineando altresì come questo sia stato impiegato anche dal legislatore del 1981 – nell'ambito dei criteri direttivi che avrebbero dovuto informare la depenalizzazione (cfr. art. 32 l. 689/1981)- per definire in negativo le sanzioni amministrative.

²² MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 18.

²³ In tal senso depone, infatti, la scelta della Corte di escludere la riconducibilità della sanzione subita dal soldato *Engel* alla materia penale: questa seppur incidente sulla libertà personale *“era di troppo breve durata per rientrare nella materia penale”*. Per una sentenza nella quale l'incidenza sulla libertà personale viene valorizzata come elemento per affermare la natura penale della misura, si veda Corte EDU, 9.2.1995, *Welch c. Regno Unito* (seppur nell'ambito di una più vasta valutazione che pare mettere in primo piano la finalità della sanzione); per la sua irrilevanza Corte EDU, 22.2.1996, *Putz c. Austria*.

²⁴ Con tale espressione si vuole far riferimento, unitariamente, alla giurisprudenza della Corte Europea e della Corte di giustizia. Come è noto, infatti, i due giudici sovranazionali condividono la medesima nozione di materia penale. Cfr. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei “doppi binari” nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della “materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 3, la quale individua nella nozione autonoma di materia penale *“il fattore in grado di funzionare da collante tra due sistemi indubbiamente differenti”*.

della combinazione delle due opposte opzioni esegetiche prima ricordate (una tendente a valorizzare l'illecito, l'altra la sanzione) – fosse già desumibile la sussistenza di una certa gerarchia fra i criteri proposti. Nonostante fossero già ravvisabili le basi della successiva evoluzione (della quale si renderà brevemente conto nel prosieguo), la sentenza *Engel* propendeva per un'applicazione cumulativa dei criteri dalla stessa enucleati; in modo specifico, fra le righe, il provvedimento pareva suggerire un esame progressivo dei parametri, all'esito del quale – pur in caso di esiti contrastanti – era possibile giungere ad una conclusione fondata su una valutazione complessiva.

Una volta riassunto il contenuto dalla pronuncia del 1976 (che come già evidenziato continua a rappresentare il punto di partenza di ogni ricostruzione in materia), l'attenzione deve essere rivolta all'evoluzione subita dai criteri ora ricordati. Sviluppando tendenze già *in nuce* nella sentenza *Engel*, si è invero assistito ad una progressiva accentuazione del divario valoriale da attribuirsi ai criteri elencati. La giurisprudenza della Corte, pur richiamando tradizionalmente tutti e tre gli indici, propende per concentrare la propria analisi sull'elemento della sanzione²⁵, valorizzandone il profilo teleologico. La tendenza adesso menzionata, già emersa in dottrina²⁶, ha trovato la sua consacrazione nella sentenza *Öztürk c. Germania*²⁷, nella quale la Corte fonda, in maniera preponderante, se non esclusiva, il proprio giudizio sulla finalità della sanzione irrogata. Discostandosi dall'argomentare che pareva essere sottointeso ad alcuni passaggi della pronuncia del '76, il giudice europeo trascura la particolare modestia della sanzione applicata al ricorrente, attribuendo assoluta centralità al *punitive purpose* che caratterizza la misura²⁸.

²⁵ Cfr. MAZZACUVA, *L'incidenza della definizione "convenzionale" di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio. Osservazioni a margine della legge delega n.67/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, fasc. III, p. 7, il quale sottolinea come "la Corte europea abbia spostato presto il baricentro valutativo dalla natura dell'illecito a quella delle sue conseguenze giuridiche".

²⁶ In questo senso del resto dottrina risalente ai primi decenni del novecento, ROCCO, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, in *Opere giuridiche varie*, III, Roma, 1933, p. 435 e ss.; PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 14.

²⁷ Corte EDU, 21.2.1984, *Öztürk c. Germania*, in particolare par. 53.

²⁸ L'esclusiva valorizzazione della funzione attribuibile alla sanzione applicata è posta, inoltre, a fondamento dell'orientamento giurisprudenziale, ormai maggioritario, che ravvisa nella c.d. confisca urbanistica italiana una misura penale che deve pertanto godere delle garanzie che presidiano tale materia, in questo senso Corte EDU, 10.05.2012, *Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia*; Corte EDU, 29.10.2013, *Varvara c. Italia*; Corte EDU, 28.06.2018, *G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia*. Sul tema si veda MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 2015 (pre G.I.E.M.).

Il tentativo della giurisprudenza europea di proporre una nozione di materia penale compromissoria (che valorizzasse, pertanto, sia le caratteristiche dell'illecito che quelle della sanzione), ha finito per fallire. La Corte ha dovuto, infatti, fare i conti con la circostanza, di palese evidenza, per cui ad un determinato illecito conseguono, di norma (così come dimostra l'enunciato dell'art. 185 c.p.), una pluralità di sanzioni, ad ognuna delle quali l'ordinamento attribuisce una funzione diversa, dalla quale, in via esclusiva, è possibile ricavare il paradigma garantistico di riferimento.

Del resto, la progressiva centralità acquisita dal criterio della natura della sanzione è stata rafforzata dall'affermarsi dell'alternatività quale regola dei rapporti fra gli *Engel criteria*²⁹: l'approccio alternativo consente, infatti, all'interprete di ricondurre una misura alla materia penale, pur in presenza di parametri contrastanti, facendo esclusivo riferimento al profilo teleologico della sanzione irrogata³⁰.

Da ultimo, la complessiva analisi delle pronunce sovranazionali consente di rilevare come la Corte, nel verificare la riconducibilità dei casi concreti al *volet pénal* della Convenzione –pur rimanendo tendenzialmente fedele ai parametri da essa elaborati- valorizzi elementi ulteriori che sono, sovente, il frutto di una inammissibile inversione logica. La problematica verrà approfondita ampiamente nella trattazione successiva. Fin d'ora, però, era importante evidenziare come la stessa Corte europea incorra in errori di questo genere³¹.

²⁹ In questo si veda, fra le prime, Corte EDU, *Lutz c. Germania*, 25 agosto 1987. Per una particolare declinazione delle relazioni che si instaurano fra i criteri in questione si veda Corte EDU, 4.03.2014, *Grande Stevens c. Italia*, par. 94, nel quale, i giudici europei, ribadita la alternatività degli *Engel criteria*, prevedono la possibilità di impiegare, in via sussidiaria, un approccio cumulativo “*se l'analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una «accusa in materia penale»*”.

³⁰ Il criterio della funzione svolta dalla misura ha assunto centralità assoluta anche nella giurisprudenza costituzionale in materia, la quale, nel tracciare i confini applicativi dell'art. 25 Cost., si è limitata “*a predicare l'applicazione di tali garanzie a tutte le misure che abbiano carattere «afflittivo-punitivo», perseguendo una finalità non preventiva, ma sanzionatoria*”. In questo senso MASERA, *Spunti di riflessione sulla nozione costituzionale di sanzione penale*, in PALIERO - VIGANÒ - BASILE - GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, II, p. 1064.

³¹ A tal proposito, *ex multis*, si veda Commissione EDU, 7.12.1990, *Duhs c. Svezia*, nella quale la Commissione, esclusa la natura penale delle sanzioni amministrative per divieto di sosta, richiama quale argomento a favore della natura non penale della misura, il regime di imputazione che le disciplina, e la sua sostanziale oggettività.

1.2 *La caduta del monopolio del diritto penale quale strumento punitivo: illecito amministrativo, illecito civile, danni punitivi e l'art. 162 ter c.p.*

Riassunti, per sommi capi, gli approdi raggiunti in merito all'estensione della materia penale, riprendendo le fila del discorso principale, occorre ora considerare quali siano, invece, i fattori endogeni di evoluzione del diritto punitivo. Si renderà conto, in particolare, delle significative novità legislative e giurisprudenziali emerse nell'ambito del sistema sanzionatorio nazionale. La trattazione prenderà le mosse dall'illecito amministrativo per passare poi alle modifiche che hanno interessato la materia dell'illecito civile e, infine, quella relative all'illecito penale. L'obiettivo è dimostrare come i diversi rami del sistema sanzionatorio nazionale abbiano progressivamente preso le distanze dai loro caratteri originari, acquisendo connotati tradizionalmente riferibili a settori ordinamentali diversi; il fenomeno ha senza dubbio contribuito, in modo rilevante, ad accentuare quella tendenza, di cui si è detto nel paragrafo precedente, che ha portato all'inesorabile superamento del criterio formale, ormai divenuto sempre più inaffidabile.

Come è noto dagli anni ottanta del secolo scorso il legislatore, consapevole dell'ipertrofia³² che affliggeva, e tutt'ora affligge, il diritto penale, ha ciclicamente fatto ricorso ad interventi di depenalizzazione. Trascurando, per il momento (se ne farà cenno più tardi) la novella che ha preso avvio con la legge delega 67/2014, si può affermare, senza tema di smentita, che la tecnica più comunemente impiegata a tal fine è costituita dalla trasformazione delle fattispecie incriminatrici in illeciti amministrativi. A partire dalla riforma del 1981 – riforma che, ancora oggi, costituisce il paradigma dell'istituto della depenalizzazione, e nel cui ambito il legislatore ha “costruito” lo statuto dell'illecito amministrativo individuandone i principi regolatori e la disciplina generale– si sono succeduti, a ritmo pressoché regolare, interventi di abolizione di fattispecie incriminatrici e contestuale introduzione di omologhi illeciti

³² Sul tema si rinvia a PALIERO, “Minima non curat praetor”. *Ipertrofia del diritto penale decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985. La tendenza, rinvenibile in molti ordinamenti occidentali, in Italia ha assunto “più che altrove caratteri di macrospocità” (in questo senso BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 729). Fra le cause, oltre all'evoluzione della società, ed in particolare la nascita dello Stato sociale e l'affermarsi della società del rischio (che hanno determinato da un lato l'estensione del diritto penale a presidio delle funzioni amministrative, e dall'altro una forte anticipazione della soglia del penalmente rilevante), è di per certo ravvisabile anche un uso distorto della criminalizzazione da parte del legislatore il quale ricorre, sempre più spesso alla pena in funzione simbolica.

amministrativi³³. La progressiva stratificazione degli illeciti così introdotti ha creato un sistema di controllo sociale alternativo, para-penalistico, modellato sulle caratteristiche degli illeciti penali³⁴, per il cui tramite il legislatore persegue finalità pressoché coincidenti con quelle tradizionalmente affidate al diritto criminale. L'illecito amministrativo ha così perso la sua connotazione originaria³⁵, e da strumento attribuito alla pubblica amministrazione per la tutela degli interessi affidati alla sua cura³⁶, è divenuto il mezzo più frequentemente impiegato per differenziare la strategia punitiva³⁷ e per realizzare il progetto di un diritto penale minimo³⁸.

A questa tendenza se ne è aggiunta un'altra. Si assiste, infatti, ormai da tempo, alla diffusione, in ampi settori dell'ordinamento italiano – fra i quali spiccano il diritto tributario e la disciplina del *market abuse*³⁹- di un doppio binario sanzionatorio “in

³³ A titolo esclusivamente esemplificativo, possiamo ricordare, d.p.r. 571/1892; l. 561/1993; l. 562/1993; d.lgs. 480/1994; d.lgs. 566/1994; d.lgs. 758/1994; d.p.r. 582/1995; d.lgs. 507/1999; d.lgs. 57/2000; da ultimo, d.lgs. 8/2016.

³⁴ Il tema sarà trattato, *ex funditus*, nei due paragrafi successivi che saranno dedicati allo statuto dell'illecito punitivo.

³⁵ Sul punto si veda PALIERO-TRAVI, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., p. 227 e 228, nelle quali gli A. rilevano come grazie “al suggello legislativo”, ricevuto con la legge del 1981, la categoria dell'illecito amministrativo abbia acquisito “unitarietà”, “almeno nel senso dell'individuazione di un modello centrale”, la cui funzionalità “deve necessariamente essere orientata alla prevenzione (generale e speciale) di comportamenti indesiderati”. Cfr. NUVOLONE, voce *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 788 e 789, il quale afferma come dopo l'entrata in vigore della l. 689/1981 “avremo due branche del diritto punitivo extrapenale: a) un diritto punitivo meramente amministrativo, cui non saranno applicabili gli art. 1-31 della nuova legge, e il cui nucleo principale è rappresentato dalla norme disciplinari; b) un diritto punitivo parapenale, che è quello contemplato da tutto il capo I.”

³⁶ In questo senso, SANDULLI, *Sanzione: IV) Sanzioni amministrative* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, p. 18.

³⁷ Cfr. CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative. Nota a Corte costituzionale, sentenza 20 luglio 2016, n. 193, Pres. Grossi, red. Amato*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, fasc. III, p. 259, il quale individua quale causa di tale evoluzione l'attuazione della legge 26 giugno 1999, n. 205 che attraverso l'introduzione del nuovo art. 8 bis nella l. 689/81, ha fatto in modo che alle precedenti violazioni commesse venisse attribuito particolare rilievo nella commisurazione della sanzione.

³⁸ Con questa espressione si vuole far riferimento ad un sistema penalistico improntato al principio di *extrema ratio* e sussidiarietà e rispondente alle logiche del principio di offensività. Per un'analisi dei diversi significati attribuiti all'espressione in questione, si veda CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla “cultura del penale”*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 3.

³⁹ Il doppio binario sanzionatorio continua a persistere nonostante i recenti interventi normativi in materia. Si vuole far riferimento al d.lgs. 107/2018 (volto ad adeguare l'ordinamento italiano al regolamento (UE) 569/2014) il quale, modificando l'art. 187-terdecies t.u.f. ha introdotto un meccanismo volto ad assicurare il coordinamento (una sorta di somma algebrica) delle sole sanzioni pecuniarie applicate da Consob e dall'Autorità giudiziaria. La circostanza, evidentemente, non esclude la contestuale applicabilità ed applicazione delle sanzioni previste, ma cerca, esclusivamente di attenuarne gli effetti in una prospettiva volta a garantire il principio di proporzionalità. Questa circostanza genera dubbi sulla legittimità dell'intervento attuativo giacché questo si pone in aperto contrasto con la direttiva 57/2014, che al considerando n. 7 “*esplicita preminenza alla reazione sanzionatoria criminale, relegando quella amministrativa a un ruolo residuale*”. Sul tema si veda,

senso ampio”⁴⁰, ovvero di un duplice livello di tutela, penale e amministrativo. In particolare, il fenomeno si fonda sulla contestuale introduzione di più fattispecie, contenenti precetti identici, collocate ciascuna in una branca ordinamentale diversa, e la cui simultanea applicazione è garantita tramite l’impiego di “clausole cumulatorie”⁴¹. In questi casi, la risposta punitiva predisposta dall’ordinamento si articola su due livelli (con i problemi che ne conseguono in termini di proporzionalità e violazione del divieto del *bis in idem*, dei quali si dirà più avanti). Anche in tali ipotesi, pertanto, l’illecito amministrativo, strutturalmente coincidente con la fattispecie incriminatrice, assurge a strumento di controllo sociale.

Se lo svolgimento da parte del diritto amministrativo di funzioni normalmente attribuite al diritto penale, è un dato assodato nell’ordinamento nazionale e no⁴², dubbi maggiori suscita l’emersione di profili punitivi nell’ambito del diritto civile. La titubanza nel riconoscere agli istituti civilistici un ruolo nella strategia statale di controllo sociale trova, probabilmente, fondamento –oltre che nella difficoltà di concepire una commistione fra settori dell’ordinamento tradizionalmente ben distanti l’uno dall’altro⁴³ - nell’idea che comunemente si ha di questo settore. Esso, infatti, viene ordinariamente qualificato come insieme di regole volte a disciplinare rapporti

MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, in particolare p. 6 e ss.

⁴⁰ Per questa espressione si veda MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale*, cit., p. 6, che contrappone al doppio binario “in senso ampio” il doppio binario “in senso stretto” rappresentato dal binomio pene- misure di sicurezza.

⁴¹ Le “clausole cumulatorie”, di norma collocate nella prima parte delle disposizioni disciplinanti l’illecito amministrativo e formulate con locuzioni quali “*salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*», si pongono in relazione antitetica rispetto alle c.d. “clausole di riserva” o di “sussidiarietà” le quali, nel regolare il concorso fra illeciti, prevedono l’applicazione del solo illecito penale, attribuendo, pertanto, un ruolo residuale all’illecito amministrativo (che si ritrova a colmare i vuoti tutela insiti nella tecnica penalistica). A metà strada può, invece, collocarsi il criterio di specialità, impiegato per regolare in via generale le ipotesi di concorso apparente fra illecito penale e illecito amministrativo. L’art. 9 della l. 689/1981, difatti, garantisce l’applicazione della disposizione che di volta in volta appare essere più aderente al caso concreto, impedendo così, che si possa creare un rapporto di generale ed astratta subordinazione di una tecnica sanzionatoria all’altra.

⁴² La tendenza si ravvisa, del resto, anche nel diritto dell’Unione Europea. Difatti, la stessa Corte di giustizia, nel riconoscere la riconducibilità alla materia penale delle sanzioni amministrative di competenza dell’Unione Europea (Corte Giust. UE, 27 ottobre 1992, C-240/1990), ha implicitamente riconosciuto il ruolo repressivo delle sanzioni amministrative ritenendolo una legittima espressione della potestà sanzionatoria dell’Unione.

⁴³ In questo senso si veda ROBINSON, *The criminal-civil distinction and the utility of desert*, in *Boston university law review*, 1996, p. 201, il quale avvia la sua analisi rilevando come “*apparently every society sufficiently developed to have a formal legal system uses the criminal-civil distinction as an organizing principle*”.

e risolvere conflitti aventi una dimensione esclusivamente intersoggettiva. Il mancato coinvolgimento di interessi sovraindividuali (che suggeriscono l'intervento statale), fa sì che, di norma, la materia sia lasciata a disposizione dei singoli. L'assenza di un intervento di matrice pubblicistica, a sua volta, rende inclini ad escludere profili repressivi: si tratta probabilmente di un portato della teoria contrattualistica che vuole che il potere punitivo sia riservato allo Stato e sottratto ai privati⁴⁴. Le difficoltà sono acuite dal fatto che responsabilità civile e responsabilità penale si fondano su prospettive radicalmente diverse (la prima, infatti, ha il suo *focus* nel danno cagionato la seconda, viceversa, nell'agire del reo), se non opposte, circostanza che, evidentemente, non può che accrescere le problematiche riscontrabili nelle misure ibride.

Nonostante le menzionate difficoltà, l'inclinazione ha, invece, origini lontane anche nel nostro ordinamento. Tralasciando l'ordinamento dell'antica Roma⁴⁵, le radici di tale indirizzo sono, per alcuni studiosi, già ravvisabili nell'istituto dei danni non patrimoniali. Secondo una certa impostazione dottrinale, infatti, la risarcibilità dei danni non patrimoniali, prevista dall'art. 2059 c.c., avrebbe fatto assumere all'istituto della responsabilità civile venature punitive⁴⁶. La ragione di questa affermazione può facilmente individuarsi, così come ritenuto da alcuni sostenitori della tesi⁴⁷, nelle

⁴⁴ Si vuole fare riferimento all'idea di contratto sociale proposta da John Locke nel suo *Second Treatise*, il quale afferma: "Gli inconvenienti, cui sono esposti in esso, a causa dell'esercizio incerto e irregolare del potere che ogni uomo ha di punire le trasgressioni altrui, li inducono a trovare rifugio sotto le stabili leggi dello stato, e a ricercare lì la salvaguardia della proprietà. È questo che li rende così disposti ad abbandonare il potere punitivo di ciascuno, perché sia esercitato solo da chi tra loro verrà scelto a tal fine, secondo le regole sulle quali la comunità, o chi essa ha autorizzato in tal senso, possa trovarsi d'accordo. In ciò consistono il diritto e l'origine iniziali sia del potere legislativo che del potere esecutivo, così come dei governi e delle società" traduzione tratta da LOCKE, "Due trattati sul governo", (a cura di) BRUNELLA CASALINI, Edizioni PLUS srl, 2007, p. 263. Sul tema si veda VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, *passim*.

⁴⁵ Come è noto, infatti, l'ordinamento dell'antica Roma prevedeva forme di penalità civilistiche, nelle quali l'iniziativa era affidata ai privati-danneggiati i quali beneficiavano, altresì, della somma ultracompensativa. Si fa, in particolare riferimento, da un lato alla responsabilità *ex lege aquilia*, antenata del nostro art. 2043 c.c., dalla quale, in determinate ipotesi, discendeva una obbligazione non meramente ripristinatoria. La pena, in questi casi, corrispondeva a "*quanti id in eo anno plurimi fuit [ex capite primo; o, ex capite tertio, quanti ea res erit in diebus triginta proximis], tantum aes dare domino damnas esto*". Tipico esempio di azione penale privata in cui la pena è un multiplo del valore della cosa è l'*actio furti*: in epoca classica il *fur manifestus* era tenuto per il quadruplo e al doppio il *fur nec manifestus*.

⁴⁶ Per la funzione non meramente riparativa dell'art. 2059 c.c. si vedano, *ex multis*, BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 261 e ss.; BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle pene private*, in BUSNELLI- SCALFATI (a cura di), *Le pene private, cit.*, p. 392 ss.

⁴⁷ Sempre BONILINI, *op. cit.*, il quale sottolinea come tale dato faccia sì che la quantificazione del danno non patrimoniale rischi di fondarsi sull'arbitrio.

caratteristiche della fattispecie in esame. I connotati peculiari che assume in tali ipotesi il danno-evento, in considerazione della speciale natura della situazione giuridica lesa, fanno sì che l'esatta quantificazione dell'ammontare del danno-conseguenza, oggetto della futura obbligazione risarcitoria, risulti particolarmente complessa. Si tratta di una condizione riscontrabile in ogni ipotesi in cui sussiste una disomogeneità⁴⁸ fra danno provocato e sanzione irrogabile. In particolare, venendo in rilievo lesioni per definizione prive di carattere patrimoniale, l'interprete riscontra inevitabili difficoltà nel tradurre in termini economici -quelli propri del sistema civilistico- la provocata *deminutio*. Questo elemento, allora, consentirebbe un impiego punitivo dell'istituto: nell'impossibilità di ricorrere a parametri oggettivi, l'oggetto della sanzione dovrebbe essere determinato sulla base di approssimazioni e con l'impiego di parametri che, lungi dal tendere ad individuare l'esatta entità della lesione, richiamerebbero elementi propri della prospettiva penalistica⁴⁹.

A questo proposito è, però, necessaria una precisazione. Come già accennato in precedenza, le tecniche sanzionatorie civilistiche e penalistiche muovono da angolazioni antitetiche. L'elemento essenziale dell'illecito civile, e della responsabilità che ne discende, è costituito dal danno, ed in modo particolare dal danno-conseguenza. L'integrazione della fattispecie risarcitoria è, invero, subordinata al verificarsi di un mutamento peggiorativo della sfera giuridica del danneggiato: l'accertamento differenziale è, pertanto, il perno attorno al quale ruota l'intera costruzione dell'illecito civile.

La prospettiva cambia radicalmente qualora si volga lo sguardo verso il reato. Nel diritto criminale, infatti, l'accento è posto sulla condotta del reo⁵⁰; come si può facilmente ricavare dalla lettura della parte speciale del codice penale, il legislatore,

⁴⁸ Il termine qui impiegato deriva dalla autorevole costruzione di NUVOLONE, voce *Pena (dir. pen.)*, cit., p. 787 che distingue le sanzioni in "omogenee" ed "eterogenee" a seconda del rapporto che si instaura fra l'obbligo che discende dalla sanzione e "la natura della prestazione o comportamento dovuti", riconducendo, inoltre, la pena nell'ambito della seconda categoria.

⁴⁹ Si veda a questo proposito l'indirizzo giurisprudenziale che individua fra i parametri da valorizzare in sede di determinazione dell'ammontare del danno non patrimoniale, la condotta del danneggiante e il suo elemento soggettivo. Cfr. PONZANELLI, *Non è tanto il danno esistenziale ma il quantum il vero problema del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2013, II, p. 138, ove l'A. sottolinea come i criteri di valutazione equitativa del danno, consentendo di recuperare aspetti pertinenti alla sfera giuridica del danneggiante, permettano di recuperare la funzione deterrente della responsabilità non patrimoniale.

⁵⁰ In questo senso ROCCO, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, cit., p. 447, il quale evidenzia come le sanzioni penali abbiano, quanto meno nella fase applicativa, un *focus* diverso dalle altre: l'offeso nelle sanzioni non penali, l'agente della violazione giuridica nella pena.

nel descrivere i fatti penalmente rilevanti, cerca di individuarne, ponendovi l'accento, gli elementi fattuali che siano in grado di meglio esprimere il disvalore della condotta vietata. Anche la diffusione di una visione vittimologica del diritto penale e del suo processo⁵¹, non è comunque in grado di ridurre le distanze che sussistono fra il sistema penale e quello civile. In questo senso depone, del resto, oltre che la nota distinzione processual-penalistica fra danneggiato e persona offesa dal reato⁵², la dimensione ultra-individualistica che caratterizza l'oggetto tutelato dalle fattispecie penali comunemente indicato attraverso l'espressione "bene giuridico"⁵³.

Riprendendo le fila del discorso, alla luce dei chiarimenti precedenti, non pare irragionevole sostenere, con la dottrina maggioritaria⁵⁴, la natura non punitiva del danno non patrimoniale⁵⁵. Nonostante le difficoltà connesse alle caratteristiche peculiari fattispecie, il *focus* dell'illecito rimane il danno in senso civilistico; uno stravolgimento della prospettiva, oltre a snaturare l'istituto del risarcimento del danno, non sembra essere consentito dalla attuale disciplina.

⁵¹ A tal proposito pare opportuno richiamare i risultati prodotti dagli studi della Scuola positiva, che come sottolineato da uno dei suoi fondatori, FERRI, *Relazione sul Progetto preliminare di Codice penale italiano*, in "Scuola Positiva", 1921, p. 111, "ha insistito fino dai suoi primordi" sulla "protezione efficace che lo stato deve alle vittime del delitto", riuscendo così ad incidere, seppur in minima parte, sulla disciplina dell'art. 185 c.p. (sul tema si veda STABILE, "Fra diritto penale e diritto civile", in PITTARO (a cura di), "Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?", Trieste, 2012, p. 113 e ss.). Quanto alla "rivoluzione" che ha riguardato, relativamente di recente, il processo penale a seguito dell'attuazione della direttiva 2012/29/UE, si rinvia a DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

⁵² Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012, XIII, p. 153.

⁵³ Pare possibile rinvenire la riprova della bontà della tesi ora proposta nel contrasto giurisprudenziale e dottrinale che si è creato in materia di risarcibilità del danno esistenziale. L'orientamento -da ultimo confermato da una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, 22.07.2015, n. 15350- esclude la risarcibilità del c.d. "danno da morte immediata" muovendo proprio dalla differenza ontologica che sussiste fra i beni oggetto di tutela penalistica e quelli tutelati civilisticamente. Ed è proprio in questa prospettiva che i giudici della Suprema Corte confutano l'argomento, *a fortiori*, proposto dalla opposta ricostruzione ermeneutica (per il quale sarebbe irrazionale consentire il risarcimento dei danni alla salute e non di quelli arrecati alla vita). Le differenze riscontrabili non sono riducibili al mero piano quantitativo, quasi che sussistesse una ideale progressione, in forza della quale ciò che è tutelato attraverso il diritto criminale deve, a maggior ragione, ricevere una tutela civilistica. La tutela di alcune posizioni giuridiche, stanti le loro caratteristiche, è di esclusiva pertinenza del diritto penale e viceversa.

⁵⁴ Sia civilistica (fra i tanti BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2012, II ed., p. 546 e ss.) che penalistica (ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 875 e ss.).

⁵⁵ In questo senso vanno del resto gli sforzi della giurisprudenza chiaramente desumibili, sia dalle arcinote "sentenze di San Martino" (Cass., sez. un., 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975) che dalla diffusione, ormai su tutto il territorio nazionale (da ultimo, Cass., sez. III, 28.06.2018, n. 17018), delle tabelle milanesi volte a garantire, oltre a una certa uniformità nell'intero territorio nazionale, che la somma da pagarsi a titolo di risarcimento coincida, quanto più possibile, all'entità del danno provocato.

La soluzione proposta trova ulteriore conferma attraverso l'esame delle fattispecie riconducibili al diritto civile che effettivamente svolgono, invece, una funzione repressiva. Si allude al risarcimento di danni punitivi e alle sanzioni pecuniarie civili. Entrambi gli istituti hanno avuto recente consacrazione nell'ambito dell'ordinamento nazionale. Il primo, in particolare, ha da poco ricevuto l'avallo delle Sezioni Unite civili⁵⁶, le quali, nell'ambito di un procedimento volto al riconoscimento di una sentenza straniera, hanno affermato la compatibilità dell'istituto con l'ordine pubblico, rimarcando inoltre come l'istituto non sia del tutto estraneo al sistema sanzionatorio interno, che già da tempo conosce ipotesi di questo genere. Il secondo, introdotto attraverso il decreto legislativo 15.01.2016, n. 7, rappresenta, invece, una novità assoluta; espressione della volontà legislativa di differenziare, nell'ambito di interventi di depenalizzazione, le tecniche di controllo sociale impiegate⁵⁷, selezionando quelle più adeguate al caso. Segnatamente, le nuove sanzioni civili si sostanziano in una somma, la cui corresponsione, non solo consegue ad una pronuncia di condanna emessa nell'ambito di un giudizio civile avviato a discrezione del danneggiato, ma è altresì subordinata al fatto che la condotta punita abbia cagionato un danno alla persona offesa. Sono previste per *“fattispecie che, nel regime penale, erano perseguibili solo a querela di parte, in cui emergono essenzialmente interessi privati”*⁵⁸, per le sole ipotesi in cui il danno sia causato con dolo. Ciò che fa sì che l'istituto costituisca un vero e proprio *unicum* nella normativa nazionale è la destinazione della sanzione irrogata; questa, detratto il risarcimento, deve essere versata alla Cassa delle ammende⁵⁹.

⁵⁶ Cass., sez. un. 05.07.2017, n. 16601, sulla quale, nella sterminata bibliografia, BENATTI, *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2017, fasc. V, p. 575 e ss.; ZARRA, *L'ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/2017*, in *Dir. del comm. intern.*, 2017, fasc. III, p. 722 e ss.; SAVOIA, *Le Sezioni Unite aprono la strada al riconoscimento in Italia di sentenza straniera che contengano risarcimenti punitivi*, in *Dir. & giust.*, 2017, fasc. VII, p. 118 e ss.

⁵⁷ Come è noto, infatti, il d.lgs. 7/2016, come il coevo d.lgs. 8/2016 (che seguendo le scadenze più classiche della depenalizzazione ha trasformato le fattispecie delittuose in illeciti amministrativi), è stato adottato in esecuzione della delega contenuta nella l. 67/2014, che nell'ottica di una complessiva riforma del sistema sanzionatorio, ha introdotto istituti quali la sospensione del processo con messa alla prova e la causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto.

⁵⁸ FAONE, *Le sanzioni civili previste dal d.lgs. 7/2016 tra responsabilità e danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, fasc. V, p. 1722.

⁵⁹ Tale circostanza, che differenzia in maniera evidente la nuova fattispecie da quella dei *punitive damages*, pare quasi rimarcare la volontà legislativa di mantenere un monopolio nell'ambito del potere punitivo, escludendo che anche solo in maniera indiretta i privati possano partecipare all'esercizio di quel potere ormai da loro dismesso.

Descritti, per sommi capi, i caratteri fondamentali dei due istituti, è, adesso, possibile rilevarne i tratti in comune; proprio questi, invero, suscitano particolare interesse ai nostri fini.

Entrambe le fattispecie, infatti, pur ruotando attorno all'elemento del danno, civilisticamente inteso, (*condicio sine qua non* della misura) se ne discostano radicalmente in sede commisurativa: il loro ammontare è appunto determinato avendo come punto di riferimento, non la *deminutio patrimonii* patita dal danneggiato, ma indici diversi, che come già chiarito denunciano, in maniera netta, la matrice repressiva della responsabilità. L'obbligazione che discende dall'integrazione di queste fattispecie si caratterizza per l'essere ultracompensativa (tale concetto si rivelerà particolarmente utile in seguito); la sanzione irrogata supera l'entità del danno provocato, non limitandosi, dunque, a reintegrare il patrimonio nello stato precedente alla lesione ma imponendo la corresponsione di un *surplus*, con il chiaro intento di svolgere una funzione deterrente nei confronti del destinatario⁶⁰. Entrambe le ipotesi presentano, allora, elementi riconducibili ai diversi settori ordinamentali, tanto da meritarsi la definizione di veri e propri "ibridi sanzionatori", circostanza che non potrà essere trascurata nella loro fase applicativa⁶¹. Un'ulteriore riprova della segnalata commistione è, altresì, desumibile dall'esame della loro disciplina. L'argomento verrà trattato più approfonditamente nel prosieguo, in questa sede è sufficiente rimarcare come anche la normativa che regola gli istituti abbia natura compromissoria, essendo il frutto dell'ibridazione del modello regolamentare civilistico attraverso l'inserimento di garanzie proprie degli strumenti para-punitivi.

Una volta esaminati gli istituti riconducibili al diritto amministrativo e al diritto civile che presentano profili peculiari rispetto ai caratteri propri dei settori di appartenenza, occorre verificare se fenomeni di questo tipo siano riscontrabili anche nell'ambito del diritto criminale.

⁶⁰ L'istituto dei danni punitivi assume particolare rilievo ai nostri fini. Difatti, fra le ragioni che ne hanno giustificato l'introduzione negli ordinamenti d'origine, figura la necessità di assicurare l'ablazione del profitto ottenuto, di norma nell'ambito di attività imprenditoriali, attraverso il compimento "seriale" di illeciti e nella consapevolezza che l'eventuale pagamento dell'obbligazione risarcitoria, circoscritta al danno cagionato, non avrebbe comunque garantito un vantaggio patrimoniale. È, pertanto, chiara la sovrapposizione che verrebbe a crearsi fra risarcimento dei danni e confisca in queste ipotesi. Sul tema *cf.* PARDOLESI, *Disgorgement* (voce), in *Enc. Giur. It.* – Treccani (sezione Aggiornamenti), 2006, vol. XIV, Roma, *passim*.

⁶¹ Sul tema si veda KING, *Using civil process in pursuit of criminal law objectives*, *cit.*, p. 347, il quale parla espressamente di "*encroachment of civil processes upon the criminal realm*".

Ebbene, senza dubbio al quesito deve essere data risposta positiva. Non sono, infatti, poche le ipotesi in cui il legislatore introduce, nell'ambito della disciplina penalistica, istituti aventi finalità meramente ripristinatorie, il cui unico scopo –in maniera non dissimile dalle fattispecie civilistiche- è quello di restaurare la situazione antecedente alla condotta illecita. Tenendo da parte l'istituto della confisca (del quale si tratterà ampiamente in seguito), è sufficiente far riferimento a misure quali la riparazione pecuniaria, prevista dall'art. 322^{quater} c.p., che obbliga l'autore di un reato contro la pubblica amministrazione a corrispondere, in favore dell'amministrazione della giustizia, una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto attraverso la condotta criminosa⁶². Vi è, però, un dato importante che si deve sottolineare. Le misure adesso richiamate sono tutte sanzioni accessorie, che si sommano a una pena principale. Quest'ultima, pertanto, non viene meno.

Alla luce di quanto finora affermato, non può, quindi, non suscitare perplessità il neo introdotto art. 162^{ter} c.p., il quale ha previsto una causa generale (giacché applicabile a tutti i reati procedibili a querela di parte soggetta a remissione) di estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie. Le perplessità affiorano immediatamente non appena si confronti la nuova dizione normativa con quanto stabilito nell'omologo istituto previsto per i reati di competenza del giudice di pace. Il profilo al quale prestare attenzione è costituito dalla differente nozione di condotte riparatorie accolta nell'ambito delle due cause estintive. Mentre, infatti, la disposizione codicistica risolve la riparazione nel mero risarcimento del danno civilisticamente inteso⁶³, l'art. 35 del d.lgs. 274/2000, valorizzando le ragioni della criminalizzazione, impone al giudice di verificare che *“le attività risarcitorie e riparatorie siano idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione”*. Nelle ipotesi di applicabilità dell'istituto codicistico (non residuali, se ne è già, rimarcata la vocazione generale), la sanzione irrogata dal sistema penalistico coincide, pienamente,

⁶² I rapporti che si instaurano fra la fattispecie in esame e le altre sanzioni alla prima cumulabili verranno esaminate in seguito, quando si sottolineerà come la contestuale applicazione di più istituti sanzionatori possa incidere, mutandola, sulla funzione a questi originariamente attribuita.

⁶³ Sulla dicotomia tra “danno civile” e “danno criminale” vedi, per tutti, ROMANO, *sub Art. 182 c.p.*, in ROMANO- GRASSO- PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2011, III ed., p. 350 e ss.

con la più tipica fra le sanzioni civilistiche: il risarcimento del danno⁶⁴. Non pare, quindi, inappropriato sostenere che, in questi casi, la scelta della criminalizzazione della condotta abbia quale unico effetto consentire l'instaurazione di un procedimento penale. La circostanza potrebbe far ritenere che la disposizione sottointenda l'accoglimento di un orientamento dottrinale che ritiene di poter ravvisare il *discrimen* fra la pena e le altre espressioni della potestà sanzionatoria nella modalità di accertamento dell'illecito e nell'efficacia stigmatizzante in queste insita⁶⁵. La visione che presuppone, quale punto di partenza, l'elaborazione di una nozione *sostanziale* del procedimento penale⁶⁶, non pare però essere recepita in maniera fedele dalla nuova causa di estinzione. Difatti, nelle ipotesi fisiologiche, l'operatività della fattispecie estintiva fa sì che il procedimento si arresti nelle fasi iniziali (il risarcimento deve essere, appunto, effettuato entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento). Tale circostanza impedisce di ritenere che la scelta di criminalizzazione, in queste ipotesi, possa fondarsi sulla necessità di assicurare determinate forme di accertamento.

In realtà la fattispecie in esame si discosta, pur evocandola, anche dalla teoria, riconducibile alla scuola positiva, che si proponeva di individuare, per determinate ipotesi delittuose, un sostituto della pena nel risarcimento del danno⁶⁷. La terza dimensione del risarcimento, infatti, si basava su una nozione ampia di danno causato dal reato⁶⁸, che nulla ha a che vedere con quella presupposta dall'art. 162^{ter} c.p.

⁶⁴ In questo senso depone, del resto, la disciplina normativa nel momento in cui estende l'ambito di applicabilità della causa estintiva anche alle ipotesi in cui la persona offesa non accetti il risarcimento proposto, escludendo, o comunque circoscrivendo in maniera evidente, la funzione conciliativa dell'istituto. È vero che la disposizione subordina l'estinzione, ove possibile anche, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (ovvero al c.d. "danno criminale"). Come sottolineato dalla dottrina più attenta, però, (GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in *Leg. pen.*, p. 18 e ss.) tale previsione è destinata a svolgere un ruolo assai marginale nell'economia dell'istituto. Difatti, per la particolare conformazione delle fattispecie delittuose nelle quali l'istituto può trovare applicazione "l'effetto estintivo si produrrà nella massima parte dei casi a seguito della sola riparazione del primo, mediante il risarcimento e/o le restituzioni".

⁶⁵ Cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, p. 40 e ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 140 e ss., nelle quali l'A. sottolinea i rischi insiti nella perdita del ruolo strumentale del procedimento penale.

⁶⁶ In questo senso SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015.

⁶⁷ GAROFALO, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale*, in *Archivio di psichiatria*, 1882, III, fasc. 1.

⁶⁸ Infatti, per i componenti della scuola positiva il risarcimento poteva assurgere a nuova forma di repressione "purché sia piena e tale da far sì che la valutazione del danno da risarcire non sia limitata al danno materiale, ma siano computati i dolori, le ansietà, e finanche le noie patite dalla parte lesa. Inoltre, poiché quest'ultima non è l'unica ad essere offesa dal reato, ma la società stessa subisce le conseguenze materiali – in termini di spesa pubblica impiegata per gli stipendi degli agenti di pubblica sicurezza, e per i processi penali – e morali del delitto, occorre che sia riparato anche questo duplice

L'impostazione positivista escludeva, pertanto, che, una volta effettuata la scelta criminilizzatrice, essa potesse essere svilita, in fase applicativa, attraverso l'irrogazione di una sanzione che disconosca l'ontologica differenza fra l'illecito civile ed il diritto punitivo.

Alla luce di quanto finora affermato pare possibile sostenere che, nelle ipotesi in cui trova applicazione la causa estintiva disciplinata dall'art. 162 *ter* c.p., il diritto penale finisce per assumere un ruolo meramente simbolico: il suo *proprium* si riduce allo stigma impresso nell'avvio del procedimento penale, e nella minaccia di una sua celebrazione. Del resto gode di ampi consensi l'orientamento dottrinale che ravvisa il *discrimen* fra il sistema sanzionatorio penalistico e gli altri nello "*stigma sociale negativo*" che caratterizzerebbe in via esclusiva il primo⁶⁹. Tale circostanza non impedisce però di dubitare della ragionevolezza della scelta normativa. Un esame più attento della ora richiamata impostazione dottrinale, infatti, consente di rilevare come la creazione di due distinti sistemi sanzionatori (uno civile e uno penale), pur basandosi sull'esigenza di attribuire efficacia stigmatizzante al solo diritto criminale, non può avere una giustificazione razionale se non garantendo la difformità funzionale delle misure riconducibili ai diversi settori⁷⁰. Spiegazione razionale che viene, pertanto, meno nelle ipotesi in cui, così come accade ex art. 162 *ter* c.p., la sanzione penale viene a coincidere strutturalmente, e pertanto funzionalmente, con la sanzione civile per eccellenza.

1.3 *Lo statuto unitario del diritto punitivo.*

Nelle pagine che precedono si è cercato di illustrare i cambiamenti che hanno coinvolto il sistema sanzionatorio negli ultimi decenni. Il tendenziale superamento

danno recato alla società", in questo senso STABILE, "Fra diritto penale e diritto civile", *cit.*, p. 111 e 112. Sul punto si veda MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, *cit.*, p. 163, il quale evidenzia le problematiche insite in queste fattispecie riparative che finiscono per eludere il problema dell'accertamento della colpevolezza.

⁶⁹Fra i tanti PIERGALLINI, *Pene 'private' e prevenzione penale: antitesi o sincrasi?*, in PALIERO - VIGANÒ - BASILE - GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, II, p. 658.

⁷⁰In questo senso si veda ROBINSON, *The criminal-civil distinction*, *cit.*, p. 208 e 209, il quale sottolinea come "*the duplicative costs of distinct and separate criminal and civil systems are partially offset by the fact that the system will, in any case, require different rules and procedures because of their different functions... Although these many differences do not compel separate and distinct systems, they may justify some of the duplicative costs of the two systems.*"

dell'impostazione formalistica e i mutamenti segnalati non possono non aver prodotto significativi riflessi sulla disciplina normativa applicabile. Si tratta, pertanto, di comprendere in quale misura le tendenze richiamate abbiano inciso sulla portata di alcuni principi cardine della materia penale, ampliandone o meno l'ambito applicativo. A tal fine, in prima battuta, si prenderanno in esame gli elementi che fanno propendere per l'unitarietà della disciplina relativa agli istituti repressivi, con l'obiettivo di verificare se sia possibile rinvenire uno statuto unitario dell'illecito punitivo. In un secondo momento, invece, l'attenzione si volgerà verso quelle circostanze che paiono imporre, comunque, il mantenimento di una, quanto meno parziale, distinzione fra le garanzie stabilite per il diritto criminale in senso stretto e quelle applicabili al diritto punitivo latamente inteso.

Ebbene, nell'ottica di individuare i fattori che sembrano imporre la creazione di uno statuto unitario del diritto punitivo, è necessario ricordare come tale idea affondi le sue radici in orientamenti giurisprudenziali e dottrinali lontani nel tempo, la cui diffusione prescindeva, assolutamente, dall'influenza europea⁷¹. Già il dettato costituzionale, infatti, in alcune sue disposizioni, manifestava l'esigenza di regolamentare in maniera unitaria determinati profili del fenomeno punitivo, non circoscrivendo l'operatività di alcune garanzie alle sole fattispecie incriminatrici. In questo senso può rivelarsi particolarmente utile richiamare il disposto dell'art. 25 Cost.: il suo secondo capoverso, nel dettare il principio di legalità (principio cardine della materia), impiega un'espressione quanto mai ampia (soprattutto ove la si paragoni a quelle utilizzate in contesti analoghi⁷²). Il suo *incipit*, “nessuno può essere punito”, estende, inevitabilmente, la portata della disposizione ad ogni manifestazione dello *ius puniendi*, impedendone così una lettura restrittiva⁷³. Questa circostanza era d'altra parte già stata valorizzata dalla Corte costituzionale in alcune sue sentenze risalenti agli anni '60 del secolo scorso. In particolare, la necessità di uniformare al

⁷¹ Cfr. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. Legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, p. 8, che a tal proposito parla di “novità soltanto apparente”.

⁷² Ci si riferisce, in modo specifico, al disposto dell'art. 27 Cost., che in ognuno dei suoi commi - attraverso l'inserimento di locuzioni diverse (“responsabilità penale”; “imputato”; “pene”), ma tutte univocamente riconducibili al solo diritto criminale- pare escludere la possibilità di estendere, quanto meno sulla base di un'interpretazione esclusivamente letterale, la portata dei principi ivi proclamati ad ogni forma di punizione.

⁷³ In dottrina, nello stesso senso, si vedano ROCCO, *Sul c.d. diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, p. 403 e ss., e per la letteratura amministrativa, SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, p. 71.

disposto dell'art. 25 Cost. (e al principio di legalità ivi sancito) anche la misure punitive non formalmente penali, oltre ad aver ottenuto un esplicito riconoscimento nella sentenza 31 maggio 67, n. 78⁷⁴, poteva intravedersi fra le righe di una delle prime pronunce emesse dalla Consulta in materia di confische⁷⁵. Seppure nel quadro di un provvedimento di rigetto, infatti, i giudici costituzionali condividevano l'impostazione proposta nell'ordinanza di rimessione a mente della quale il perimetro dell'art. 25 Cost. non può essere contenuto entro gli angusti confini del diritto penale; la sua estensione è, invece, demandata all'interprete il quale la ricava, in via indiretta, attraverso l'accertamento della natura punitiva o meno dell'istituto.

I due provvedimenti ora citati sono, senza dubbio, espressione del medesimo indirizzo interpretativo che è alla base dell'ormai consolidata giurisprudenza europea sulla definizione della materia penale. Ciò che preme sottolineare fin da ora, è come le due motivazioni, pur conducendo a risultati pressochè coincidenti (quanto meno per ciò che riguarda le garanzie dell'art. 25 Cost.), impieghino *iter* argomentativi divergenti. Mentre nella prima ipotesi - prendendo atto dell'ampia formulazione del principio di legalità – l'applicazione delle garanzie penalistiche agli illeciti amministrativi avviene in maniera immediata, in tutti i casi in cui ricorrano profili repressivi; nella seconda, invece, si muove dall'idea di ridisegnare, autonomamente, i confini della materia penale, ricercando le pene nascoste. Queste due opposte impostazioni ermeneutiche possono ancora rinvenirsi nella giurisprudenza e dottrina che si occupano dell'argomento. Seppur, come si è già detto, in linea di massima i risultati ai quali queste conducono sono tendenzialmente i medesimi (anche a causa, come si vedrà nel prosieguo, di una parziale ritrosia di coloro che aderiscono alla seconda ricostruzione), a rigore i due *iter* dovrebbero produrre conclusioni parzialmente difformi. A seguire l'argomentazione che ricomprende le sanzioni

⁷⁴ Il provvedimento aveva ad oggetto la conformità a Costituzione della disciplina riguardante la perdita, ovvero la sua diminuzione, del diritto al trattamento di quiescenza dei dipendenti statali che avessero subito una condanna per alcuni tipi di reati. La Consulta, soffermandosi sull'ampissima discrezionalità attribuita, in materia, all'amministrazione, nota come tale conformazione del potere si ponga in contrasto con una regola di riserva di legge. Ad avviso della Corte, la regola di riserva di legge che rileva nel caso di specie è da individuarsi in quella ricompresa nel principio della legalità della pena. Questo, infatti, secondo il ragionamento dei giudici costituzionali, dovrebbe estendersi anche alle sanzioni amministrative ogniqualvolta queste si sostanzino nella "*comminazione di una sanzione ulteriore*" (il testo del provvedimento aggiunge "*rispetto a quella della destituzione o della perdita del grado*", alludendo, probabilmente, ad ogni sanzione che non si limiti a svolgere una funzione meramente ripristinatoria ma dia luogo ad un *surplus* di afflittività) e quindi in una punizione.

⁷⁵ C. cost. 15 marzo 1961, n. 29.

amministrative in quanto tali all'art. 25 Cost., infatti, se ne dovrebbe dedurre la possibilità di ricostruire un'unica categoria⁷⁶ nella quale far confluire tutti gli strumenti normativi dotati di connotati punitivi. Questa, seppur nella sua unitarietà, si declinerebbe poi nelle pene in senso stretto -riferibili al diritto penale, la cui delimitazione è lasciata alla discrezionalità del legislatore- e nell'altro diritto punitivo, veicolato attraverso gli altri rami dell'ordinamento. Qualora, viceversa, si facesse ricorso all'altra prospettiva, il diritto punitivo coinciderebbe con il solo diritto penale, il cui perimetro, però, non sarebbe più rimesso all'arbitrio legislativo, spettando all'interprete il compito di estenderlo⁷⁷ di modo che esso possa ricomprendere ogni istituto espressione del potere punitivo. Evidentemente, la seconda impostazione si propone di raggiungere un obiettivo molto più ambizioso: la sua rigorosa attuazione, infatti, comporterebbe, necessariamente, l'applicazione dell'intero complesso normativo penalistico -comprese le disposizioni primarie (ed *in primis* quelle codicistiche) - ad ogni illecito sostanzialmente punitivo. Lo scenario muta radicalmente qualora si faccia, invece, ricorso alla prima opzione ermeneutica. Difatti, dalla creazione di una categoria unitaria (nel cui ambito ricomprendere –secondo un rapporto di *genus a species* - le due diverse sottocategorie delle pene in senso stretto e delle altre sanzioni repressive) deriverebbe un sistema normativo che potremmo definire a cerchi concentrici. Tutto il diritto punitivo condividerebbe un nucleo normativo comune rappresentato dai principi minimi che debbono informare e limitare lo *ius puniendi*; a questo si aggiungerebbero poi le discipline dettate, appositamente, per le due diverse sottocategorie. Ne discenderebbe, quindi, un sistema normativo fondato su una progressiva graduazione delle tutele, massime per l'*hard core* del diritto penale, via via più attenuate quanto più ci si allontani dal nucleo duro del diritto punitivo.

⁷⁶ A questo indirizzo pare appartenere anche l'opinione dell'illustre NUVOLONE, voce *Pena (dir. pen.)*, cit., p. 787, il quale afferma "Il diritto punitivo – che ontologicamente non si distingue, ma solo positivamente, dal diritto penale vero e proprio di cui è *genus* rispetto alla *species* – prospetta problemi comuni al diritto penale per quanto riguarda i principi di legalità e di irretroattività, anche se la lettera della Costituzione potrebbe prestarsi (ma fallacemente) a una diversa e più restrittiva interpretazione".

⁷⁷ Si è già ricordato, nel primo paragrafo, come grazie all'impiego del criterio della qualificazione formale- "vincolante esclusivamente in senso estensivo" per impiegare le parole di CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole*, cit., p. 260 – la formulazione di una autonoma nozione di materia pena possa, solamente, ampliare la portata delle garanzie penalistiche.

Le conclusioni raggiunte trovano del resto conferma nello stesso dettato costituzionale. Come si è, invero, già detto nelle prime righe del paragrafo, la diversa formulazione degli artt. 25 e 27 Cost. (optando per la prima ricostruzione teorica) escluderebbe la riferibilità della seconda disposizione al diritto non formalmente penale; tale circostanza sarebbe, invece, scongiurata qualora si propendesse per una ricostruzione autonoma della materia penale.

Fatta questa doverosa precisazione, la cui utilità potrà essere apprezzata appieno nell'ambito del prossimo paragrafo, occorre riprendere le fila del discorso principale. L'orientamento inaugurato con le sentenze degli anni '60 è stato, in seguito, per lungo tempo abbandonato dalla giurisprudenza nazionale, per riemergere, poi, di recente. Per quasi cinquant'anni, pertanto, i giudici costituzionali, dinanzi alle frequenti (soprattutto in seguito alla già illustrata progressiva evoluzione dell'illecito amministrativo) questioni di legittimità costituzionale in materia, nel dichiararle manifestamente infondate, muovevano dalla "spiccata specificità ed autonomia" dell'illecito amministrativo⁷⁸. Rifiutando l'idea di una matrice comune, la Corte costituzionale riconduceva i sistemi sanzionatori a due "*ordini diversi di parametri costituzionali*": la potestà sanzionatoria amministrativa, a voler seguire questa ricostruzione, avrebbe dovuto uniformarsi al disposto degli artt. 23 e 97 Cost., così come previsto per l'attività amministrativa comune; "*nessuna attinenza*"⁷⁹ avrebbero, invece, avuto gli artt. 25 e 27 Cost. riservati alla materia penale.

La propensione ad estendere i confini delle garanzie penalistiche oltre il mero dato formale riaffiora, evidentemente sotto l'influenza europea, nei provvedimenti della Corte costituzionale nel 2010⁸⁰. Con la notissima sentenza 12 maggio 2010, n. 196, infatti, la Consulta -dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma del codice della strada che consentiva di applicare, in via retroattiva, la confisca del veicolo per contrasto con il primo comma dell'art. 117 Cost. (così come integrato dall'art. 7 Cedu)- chiarisce, in un *obiter dictum*, l'effettiva portata dell'art. 25 Cost. Segnatamente, il

⁷⁸ C. cost., 21 aprile 1994, n. 159.

⁷⁹ In questi esatti termini si esprime la già richiamata C. cost. 159/1994.

⁸⁰ Difatti, ancora nell'anno precedente in C.cost., ord. 2 aprile 2009, n. 97, i giudici costituzionali, seppur recependo – attraverso il combinato disposto degli artt. 117 Cost. e 7 Cedu - i risultati raggiunti sul tema dalla giurisprudenza europea, ribadivano l'ormai radicato orientamento per cui "*in base al diritto vivente, il principio dell'irretroattività della legge penale, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost. e dall'art. 2 cod. pen., opera esclusivamente nei riguardi delle norme penali incriminatrici*".

provvedimento, ignorando completamente l'unanime orientamento precedente⁸¹, chiarisce come “*il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto*” fosse già desumibile dal secondo comma dell'art. 25 Cost. “*il quale – data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...») – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile - in senso stretto- a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato*”.

La pronuncia offre spunti interessanti⁸². In primo luogo, come dimostrato dalle righe che precedono, essa opta, seppur senza prestare una particolare attenzione alla questione, per una completa equiparazione⁸³ del regime giuridico di pene in senso formale e pene in senso sostanziale. Inoltre, manifestando un atteggiamento replicato poi in tutti i provvedimenti emessi in materia, la Consulta -anche nelle ipotesi in cui si occupi di verificare la compatibilità di una disciplina rispetto a parametri costituzionali “interni” (non integrati attraverso il rinvio alla normativa europea)- si rifà automaticamente, senza mai discostarsene, alla nozione di materia penale consolidata nella giurisprudenza sovranazionale, applicando (talvolta anche in maniera piuttosto disinvolta⁸⁴) gli *Engel criteria*. La dottrina più avveduta dinanzi alla diffusione di questa opzione ermeneutica si è interrogata circa la effettività vincolatività dei criteri europei nell'ambito di siffatte fattispecie, escludendola. La Consulta sarebbe, pertanto, libera di proporre un'autonoma nozione di materia penale, elaborando, a sua volta, degli indici per il cui tramite verificare la vera natura della misura di volta in volta

⁸¹ La dottrina sottolinea la *perplexità* lasciata da un ribaltamento così radicale dell'interpretazione non accompagnato nè da una effettiva motivazione (al passaggio sono dedicate poche righe) nè dall'aver preso in considerazione i numerosi precedenti contrari. In questo senso, MASERA, *Spunti di riflessione sulla nozione costituzionale di sanzione penale, cit.*, p. 1054.

⁸² Fra le indicazioni particolarmente significativi ricavabili dalla motivazione è possibile annoverare, senza dubbio, il riferimento al criterio della prevalenza, del quale si dirà, con maggior precisione, più avanti (par. 1.5).

⁸³ Concetto ribadito da ultimo dalla recente C.cost., 25 novembre 2018, n. 223, par. 2.4, della quale si dirà più approfonditamente nel prosieguo.

⁸⁴ In questo senso sempre MASERA, *Spunti di riflessione sulla nozione costituzionale di sanzione penale, cit.*, p. 1064, il quale richiama, altresì, a p. 1056, l'unica sentenza nella quale, in maniera estemporanea, la Corte rifiuta la commistione fra ordinamento nazionale ed europeo ora segnalata. Si tratta di C.cost. 5 aprile 2017, n. 109.

scrutinata. Autonomia che dovrebbe poi potersi estendere, ad avviso di chi scrive (ma l'argomento verrà poi trattato con maggiore compiutezza successivamente), alla selezione delle garanzie applicabili all'intero diritto punitivo.

Ebbene, la soluzione raggiunta dai giudici costituzionali con la sentenza del 2010 non è stata più revocata in dubbio. Del resto, la circostanza che i diversi sistemi punitivi siano espressione di un nucleo condiviso di principi comuni trova piena conferma nella normativa; notevoli sono le similitudini riscontrabili tra i diversi settori repressivi. In questo senso, non si può non valorizzare l'impianto para-penalistico sul quale si fonda la legge generale in materia di illeciti amministrativi⁸⁵; ma la rilevata affinità persiste anche ove si consideri la nuova normativa in tema di illeciti civili (d.lgs. 7/2016) così come le direttrici regolamentari dettate dalla suprema Corte in relazione ai danni punitivi⁸⁶. L'impostazione penalistica emerge, oltre che dal tenore della regolamentazione (la cui affinità al codice del 1930 è ancora più apprezzabile qualora si valorizzi la distanza dal disciplina civilistica), dalla stessa tecnica normativa impiegata. Anche in questi casi, infatti, il legislatore rifugge dall'impiego delle clausole generali proprie dell'illecito civile preoccupandosi, invece, di individuare, attraverso una normazione per tipi⁸⁷, le singole condotte vietate. Tale metodica consente di "fotografare", con maggior precisione, i profili di disvalore della condotta

⁸⁵ A questo proposito appare di particolare interesse quanto sostenuto dal giudice rimettente nel procedimento conclusosi con l'ord. 21 aprile 1994, n. 159, il quale, nel dubitare della legittimità costituzionale di una sanzione amministrativa determinata in maniera fissa, sosteneva che le disposizioni della legge 689/1981 altro non fossero se non espressione e specificazione dei principi costituzionali penalistici. Nello stesso senso NUVOLONE, voce *Pena (dir. pen.)*, cit., p. 877, il quale afferma *"l'esistenza della categoria giuridica del diritto punitivo, e in particolare di una species di diritto punitivo distinto dal "diritto penale" in senso stretto, è confermata dalla l. 24 novembre 1981, n. 689 recante «modifiche al sistema penale» ... Queste norme collocano le sanzioni amministrative pecuniarie sul piano delle sanzioni penali e dei loro presupposti, salvo la non giurisdizionalità dell'accertamento e la esclusione di ogni effetto penale"*. Egli, sottolinea, poi, l'inderogabilità dei principi di legalità e di irretroattività stabiliti dalla l. 689/81, alla luce del loro *"carattere costituzionale"*.

⁸⁶ Cfr., Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in particolare § 7, la quale, affermata l'astratta compatibilità fra i *punitive damages* ed il nostro ordinamento, subordina la riconoscibilità del singolo provvedimento alla circostanza che questo sia stato adottato nello stato straniero sulla base di determinati presupposti. Nell'individuare, i giudici di legittimità ricordano come la materia sia presidiata, oltre che dal disposto dell'art. 23 Cost., anche dai principi penalistici di cui agli artt. 25 Cost. e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Pertanto, la condanna potrà produrre effetti per lo Stato italiano solo qualora essa sia dotata di un preciso ancoraggio normativo nell'ordinamento di origine che sia conforme *"ai principi di tipicità e prevedibilità"* e che si informi, altresì, al principio di proporzionalità (di modo che vi sia una certa correlazione fra *"risarcimento compensatorio-riparativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata"*).

⁸⁷ Sul concetto di "tipo" si veda CARLIZZI, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in *Ars interpretandi*, fasc. 2, 2016, p. 91 e ss., *passim*.

vietata permettendo, altresì, di cogliere compiutamente la carica offensiva della fattispecie. Alcun rilievo viene, invece, attribuito al danno nella sua dimensione civilistica.

Gli elementi fino ad ora richiamati pur denotando, senza dubbio, l'esistenza di substrato comune agli statuti degli illeciti recanti connotati punitivi - che non può che discendere dalle affinità ontologiche ravvisabili tra le realtà regolate - nulla dice circa la possibilità di sussumere, o meno, nell'ambito di una categoria unitaria i diversi strumenti repressivi.

In questa prospettiva, un ruolo centrale deve essere attribuito alle disposizioni dettate per regolamentare le ipotesi in cui il medesimo fatto coinvolga strumenti sanzionatori riconducibili a rami ordinamentali diversi. Si vuole far riferimento, oltre al fenomeno della successione impropria di legge (ossia di riqualificazione di un reato come illecito amministrativo), anche a tutti quei casi in cui sia ravvisabile un concorso fra fattispecie normative riferibili ad ambiti differenti.

Ebbene, prendendo le mosse dalla prima delle questioni poc'anzi elencate, è necessario chiarire fin da subito come, di norma, il legislatore, nel procedere ad interventi di depenalizzazione, si preoccupi di regolare espressamente i rapporti fra i neo introdotti illeciti amministrativi e gli abrogati reati. Nella maggior parte dei casi, inoltre - replicando le disposizioni del codice penale in materia (art. 2 c.p.) - viene stabilita la retroattività delle disposizioni amministrative le quali, qualificate come *lex mitior* sulla base di una massima di esperienza, potranno trovare applicazione, in luogo dell'abolita fattispecie incriminatrice, anche con riferimento ai fatti commessi in precedenza⁸⁸ (circostanza che rafforza la già ricordata similitudine fra i rispettivi paradigmi normativi). Le problematiche sorgono qualora il legislatore non si preoccupi di regolare espressamente il fenomeno. In un primo momento la giurisprudenza penale escludeva perentoriamente la possibilità di colmare il vuoto normativo (creato dalla *abolitio criminis*) attraverso l'applicazione analogica delle fattispecie disciplinate dall'art. 2 c.p. In queste ipotesi, pertanto, ad avviso dei giudici di legittimità, l'esito sarebbe quello *“della «irrelevanza sanzionatoria» (tanto penale quanto*

⁸⁸ A questa opzione normativa è, infatti, ricorso il legislatore anche nell'ambito degli interventi di depenalizzazione più rilevanti. Si vedano, pertanto, gli artt. 40 della l. 689/81 e art. 8 d.lgs. 8/2016.

amministrativa) dei «fatti pregressi»⁸⁹. L'opzione normativa - che come sottolineato da attenta dottrina finisce per dar luogo ad una "amnistia occulta"⁹⁰ - proposta dai giudici di legittimità "pare derivare da un ragionamento tanto lineare quanto ferreo"⁹¹. Esso si fonda su tre ordini di ragioni: l'impossibilità di generalizzare la portata degli artt. 40 e 41 della l. 689/81; l'inesistenza di un principio di retroattività della *lex mitior* nel diritto amministrativo; l'adesione alla "teoria della diversità" secondo la quale sarebbe da escludere qualsiasi rapporto di continuità tra illecito penale e amministrativo⁹².

Per quanto questa sia, tutt'oggi, la soluzione nettamente prevalente nell'ambito della giurisprudenza penale, non si può non rilevare come la sua tenuta sia messa in dubbio su più fronti. *In primis*, nella giurisprudenza civile e amministrativa la tesi dell'impunità è assolutamente recessiva; così come accade in dottrina⁹³, infatti, i giudici amministrativi e civili optano per l'applicabilità retroattiva dell'illecito amministrativo. Ma non solo: l'evidente contrasto fra l'orientamento proposto e le conclusioni raggiunte nell'elaborazione di un concetto ampio di materia penale inizia ad essere percepito dalla stessa Corte costituzionale. Difatti, in diversi provvedimenti, occupandosi di questioni affini, la Consulta ha sottolineato come l'intervento di depenalizzazione non intacchi l'antigiuridicità del fatto che continua ad essere riprovato seppur per mezzo della sanzione amministrativa⁹⁴. Il ragionamento dei giudici è chiaro, per quanto essi non si dilunghino sul punto. La modifica della qualificazione giuridica non inficia l'antigiuridicità del comportamento vietato; il contrasto fra la condotta vietata ed l'ordinamento non viene meno neanche per un frangente. L'illecito si trasforma, è vero, ma senza mai dismettere la sua natura. Non può che apprezzarsi la connessione diretta che sussiste tra quest'ultime argomentazioni e l'adesione alla teoria della continuità dell'illecito. Non pare, pertanto, inopportuno ritenere che gli stessi giudici penali saranno portati a rivedere le loro conclusioni,

⁸⁹ BIANCHI, *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema punitivo*, Riv. it. dir. e proc. pen., 2014, p. 326.

⁹⁰ Il primo a paragonare tale situazione all'amnistia è stato TREMATERRA, *Depenalizzazione e procedure amministrative*, in Riv. giur. circ. trasp., 1993, p. 492.

⁹¹ BIANCHI, *Il problema della "successione impropria"...*, cit., p. 326.

⁹² In questo senso, si vedano Cass., sez. un., 16 marzo 1994, n. 7394, e Cass., sez. un., 28 giugno 2012, n. 25457.

⁹³ Fra i tanti BIANCHI, *Il problema della "successione impropria"...*, cit., p. 326; MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 260 e ss.

⁹⁴ In questo senso, da ultimo, C.cost., 25 novembre 2018, n. 223.

ammettendo, anche per il tramite dell'ausilio dell'art. 2 c.p., l'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa più favorevole⁹⁵.

Del resto – concentrandoci ora sull'altro profilo che coinvolge le relazioni fra i diversi settori sanzionatori - l'idea della unitarietà fra i sistemi punitivi trova altresì conferma nella disciplina dettata dall'art. 9 della l. 689/81 in materia di concorso fra illeciti penali ed illeciti amministrativi. La generalizzazione del principio di specialità⁹⁶, infatti, comporta il riconoscimento di “una sorta di fungibilità tra sistema penale e sistema amministrativo”⁹⁷, rafforzando le ragioni che fanno propendere per la creazione di un diritto punitivo unitario.

Sulla scorta di quanto finora affermato occorre, pertanto, domandarsi quale sia l'utilità della distinzione, ampiamente diffusa negli ordinamenti europei, fra diritto penale e diritto amministrativo punitivo. È davvero possibile la completa equiparazione fra i due regimi normativi? La ricostruzione di una teoria dell'illecito “comunque punito”⁹⁸ ha davvero raggiunto una tale estensione? E soprattutto, qualora così fosse, la piena omologazione fra i diversi statuti punitivi potrebbe ritenersi pienamente legittima?

⁹⁵A conclusioni non dissimili è giunta la stessa Corte costituzionale (20 luglio 2016, n. 193) dinanzi ad un'ordinanza di rimessione che contestava la legittimità costituzionale della l. 689/1981 nella parte in cui, nel disciplinare la successione fra illeciti amministrativi, non prevede il principio dell'applicabilità della *lex mitior*. La Consulta -seppur dichiarando l'infondatezza della questione sollevata (stante la sua eccessiva ampiezza)- afferma, senza nessuna ritrosia, l'applicabilità del principio convenzionale della retroattività favorevole anche per le ipotesi in cui la successione avvenga nel terreno esclusivamente amministrativo (punitivo). Ebbene, tale circostanza non può che rafforzare i dubbi suscitati dalla soluzione dell'impunità per i casi di *successione impropria*. A questo proposito si veda poi CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole*, cit., p.265, il quale -valorizzando “quale presupposto interpretativo la visione unitaria del diritto sanzionatorio” - propende per l'applicazione analogica dell'art. 2 c.p. al sistema amministrativo-punitivo.

⁹⁶ Sul tema si rinvia a PENCO, *Il principio di specialità “amministrativa”. Tra declinazioni interne “formali” e spinte europee “sostanziali”*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, fasc. III, p. 63 e ss.

⁹⁷ LARIZZA, *Profili della politica di depenalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 61.

⁹⁸ FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? “Materia penale”, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Rivista AIC*, 2014, p. 12.

1.4 È ancora essenziale individuare la natura strettamente penale di una sanzione?

Sovente, nelle trattazioni in materia (giurisprudenziali⁹⁹ e dottrinali¹⁰⁰), si rinviene l'affermazione secondo cui l'adesione all'indirizzo che vuole rideterminare autonomamente i confini della materia penale, imporrebbe l'applicazione di tutte le garanzie penalistiche ad ogni illecito sostanzialmente punitivo. La totale equiparazione normativa sarebbe imposta dalla stessa unitarietà della nozione: in una logica di coerenza, una volta "rivelata" la riconducibilità di una misura alla materia penale, il suo intero *corpus* disciplinare dovrebbe trovare diretta applicazione.

Muovendo da tale considerazione, ci si deve, dunque, interrogare sulla condivisibilità della affermazione ora riferita, soffermando poi l'attenzione sull'individuazione dei criteri impiegabili per differenziare, ove necessario, gli statuti punitivi.

Nell'affrontare la problematica adesso tracciata, pare doveroso premettere una considerazione di carattere preliminare. Nel corso delle pagine precedenti si è più volte ricordato come l'idea di una autonoma delimitazione della materia penale sia nata nella giurisprudenza sovranazionale con lo scopo di assicurare una corretta applicazione delle garanzie convenzionali. È, pertanto, la stessa *ratio* sottesa all'opzione emerneutica ad individuarne i confini operativi: l'equiparazione imposta dalla normativa convenzionale, ed anche costituzionale¹⁰¹, deve essere circoscritta alla garanzie ivi previste. Come precisato da attenta dottrina¹⁰², quindi, è la stessa nozione convenzionale a far propria "*una doppia qualificazione dell'illecito*"¹⁰³. Una prima

⁹⁹ Si veda a tal proposito C.cost. 25 novembre 2018, n. 223, par. 2.4.

¹⁰⁰ MASERA, *Spunti di riflessione sulla nozione costituzionale di sanzione penale*, cit., p. 1062, il quale sottolinea, richiamando quanto statuito nella sentenza *A. e B. contro Norvegia*, come la Corte Europea "*propenda in modo molto netto per la soluzione unitaria*".

¹⁰¹ In relazione ai principi costituzionali sorgono, infatti, problematiche analoghe: anche i giudici costituzionali si trovano dinanzi alla necessità di dover rimediare alle eventuali "truffe delle etichette" legislative, così che venga assicurata l'effettiva applicazione delle garanzie costituzionali.

¹⁰² VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso...*, cit., p. 19.

¹⁰³ In maniera non difforme si veda, MARCENÒ, *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi.it*, 2018, fasc. 7, p. 22, nella quale l'A., riferendosi a quanto statuito dalla sentenza della n. 68/2017, sottolinea come la Corte costituzionale aderisca al "c.d. doppio binario" ricordando altresì come l'espansione del diritto penale non debba avvenire a detrimento dell'autonomia dell'illecito amministrativo. Citando testualmente il provvedimento della Consula, l'Autrice chiarisce, infatti, che questa affermazione "*si basa sull'erroneo convincimento che l'attribuzione di una garanzia propria della pena implichi l'assegnazione di una certa misura al campo del diritto penale, con riferimento non soltanto a tale forma di tutela ma anche a qualsiasi altro effetto. [...] Al contrario, il recepimento della CEDU nell'ornamento giuridico su muove nel segno dell'incremento delle libertà individuali, e mai del loro*

qualificazione, ancorata al criterio formale, guiderà l'interprete nell'individuazione della disciplina ordinaria applicabile; la seconda, invece, ispirata a caratteri di matrice sostanziale, sarà rilevante per determinare quali garanzie costituzionali e convenzionali debbano essere riservate all'illecito. Questa duplice qualificazione avrà, chiaramente, ripercussioni significative soprattutto con riferimento alle sanzioni sostanzialmente penali che siano applicate al di fuori del processo penale. Mentre, infatti, nel caso di misure "accessorie" alla pena in senso stretto le distanze fra i due paradigmi normativi risultano essere minori, non altrettanto accade per le sanzioni formalmente amministrative o civili. Se, quindi, nella prima ipotesi, l'adeguamento della normativa ordinaria ai principi sovraordinati avverrà, principalmente, attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme, negli altri casi la questione risulterà più complessa rendendo, probabilmente, necessario l'intervento manipolativo del giudice costituzionale.

Il carattere imprescindibile della duplice qualificazione è stato d'altro canto valorizzato anche dalla stessa Corte costituzionale, nella sentenza 49/2015, in tema di confisca urbanistica: i giudici costituzionali hanno, invero, precisato come, in alcun modo, l'impiego dei criteri autonomi di qualificazione della pena possano *"operare una saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo"*¹⁰⁴. È proprio questo doppio binario *"ove da un lato scorrono senza opposizione le scelte di politica criminale dello Stato, ma dall'altro ne sono frenati gli effetti di detrimento delle garanzie individuali"*, infatti, ad avviso della Corte a far sì che si possa *"manifestare in modo vivido la natura della CEDU, quale strumento preposto, pur nel rispetto della discrezionalità legislativa degli Stati, a superare i profili di inquadramento formale di una fattispecie, per valorizzare piuttosto la sostanza dei diritti umani che vi sono coinvolti, e salvaguardarne l'effettività"*.

Orbene, una volta delimitato l'ambito applicativo della nozione e chiarita la sua connaturata ambiguità e parzialità, si deve cercare di comprendere se, quanto meno nella dimensione che gli è propria, il concetto di materia penale si mantenga sempre uguale a se stesso ovvero se questo muti, invece, la propria ampiezza in base alle garanzie e disposizioni ognivolta considerate. Si tratta, pertanto, di verificare se,

detrimento ... come potrebbe invece accadere nel caso di un definitivo assorbimento dell'illecito amministrativo nell'area di ciò che è penalmente rilevante".

¹⁰⁴ C.cost., 14 gennaio 2015, n. 49, par. 6 e ss.

ritenuta la natura sostanzialmente penale di una determinata sanzione, ne consegua la necessaria applicazione di ogni disposizione (“convenzional-costituzionale”) dettata per la materia penale, ed, altresì, se, in ogni caso, queste garanzie debbano trovare attuazione allo stesso modo.

La questione, oltre ad apparire particolarmente interessante sotto il profilo teorico¹⁰⁵, è evidentemente foriera di rilevanti conseguenze pratiche: anche qualora, in un determinato contesto normativo, venisse accertata la natura punitiva di una certa misura, la circostanza avrebbe scarso rilievo in una prospettiva più ampia. I risultati ottenuti in un settore non costituirebbero un argomento decisivo allorché si trattasse di valutare l’applicabilità di garanzie diverse e ulteriori.

L’analisi della giurisprudenza costituzionale e convenzionale consente di rimarcare come le Corti “sovraordinate” facciano sovente ricorso, più o meno consapevolmente, a questa cangiante declinazione degli istituti¹⁰⁶. La circostanza emerge con maggiore evidenza nella giurisprudenza della Consulta. Se, infatti, come chiarito nel paragrafo precedente, i giudici costituzionali hanno ormai pacificamente ampliato il portato dell’art. 25 Cost. -di modo che questo ricomprenda ogni misura punitiva- non altrettanto è accaduto in relazione all’art. 27 Cost. e alle garanzie da esso previste. Senza mai esplicitare le ragioni poste a fondamento di tale ricostruzione, la Corte costituzionale, con un orientamento “*assolutamente univoco*”¹⁰⁷ da ormai cinquant’anni, esclude categoricamente l’applicabilità del principio di personalità-colpevolezza e della finalità rieducativa della pena nei casi in cui venga in rilievo una sanzione non formalmente penale. La circostanza che desta perplessità ancora maggiori, oltre alla fragilità dell’impianto argomentativo fondante l’esclusione della

¹⁰⁵ La possibilità di accertare, di volta in volta, a seconda della garanzia in questione, la natura sostanzialmente punitiva di una certa misura –la quale, pertanto, potrebbe essere riconducibile alla materia penale a determinati fini ed esserle, invece, estranea in altre ipotesi – è, infatti, intimamente connessa alla distinzione tra definizioni *reali* e *stipulative*, e alla necessità di privilegiare le seconde nell’ambito dei linguaggi tecnici (fra i quali figura a pieno titolo il linguaggio normativo). A tal proposito si veda SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1955, p. 52 e ss. il quale afferma “*la scelta della definizione è guidata e limitata dallo scopo che si ha in vista nel definire, dall’esigenza di istituire conveniente e funzionali relazioni con le altre regole della struttura del linguaggio, dall’esigenza di mantenere ai significati l’intersoggettività che è necessaria perché il linguaggio serva come mezzo di comunicazione tra gli uomini*”.

¹⁰⁶ Questo indirizzo, volto ad escludere una piena estensione delle garanzie penalistiche ad ogni manifestazione dello *ius puniendi*, pare affondare le sue radici, seppur inconsciamente, nell’idea, ricorrente, secondo cui le garanzie sarebbero paragonabili ad una materia plastica che, per essere estesa, deve necessariamente perdere spessore.

¹⁰⁷ MASERA, *Spunti di riflessione sulla nozione costituzionale di sanzione penale*, cit. , p. 1059.

garanzia (la maggior parte delle sentenze si limitano, infatti, ad affermare apoditticamente la non attinenza dei principi in questione alle sanzioni amministrative e a richiamare dei precedenti in tal senso), è l'assenza di una qualsiasi riflessione della Corte sul tema della differenziazione dei criteri delimitanti l'area del penalmente rilevante. I giudici costituzionali non solo danno per scontata la possibilità di ricostruire in maniera non unitaria la natura degli istituti, ma, inoltre, non si preoccupano di giustificare in alcun modo l'opzione ermeneutica prescelta¹⁰⁸.

Per quanto l'atteggiamento della giurisprudenza sovranazionale sia molto più cauto, non sono mancate, in passato, pronunce nelle quali anche i giudici di Strasburgo hanno fatto propria una nozione di materia penale "variabile"¹⁰⁹. Per quanto tale orientamento debba ritenersi superato¹¹⁰ (in seguito alla precisazione che sul punto ha effettuato la sentenza *A. e B. contro Norvegia*), tra le righe delle motivazioni può, comunque, scorgersi la persistente tendenza a differenziare l'ampiezza del diritto punitivo. Difatti, seppure la Corte propenda, ormai, in modo netto per la soluzione unitaria – in tal senso, d'altro canto, depone la, più volte ribadita, generale applicabilità dei criteri Engel¹¹¹ - i giudici europei hanno comunque ammesso la possibilità di declinare diversamente le garanzie applicabili, introducendo, di conseguenza, statuti dell'illecito punitivo, quanto meno in parte, difformi. Significativo sotto questo profilo

¹⁰⁸ In questo senso si veda, da ultimo, C. cost. 11 maggio 2017, n. 109, dalla quale emerge con evidenza il diverso atteggiamento assunto dalla Consulta in relazione al disposto degli artt. 25 e 27 Cost. Per quanto venga dichiarata l'inammissibilità di entrambe le censure sollevate, il provvedimento conferma l'astratta riconducibilità delle misure sostanzialmente penali al principio di legalità, escludendo, invece, che questa debbano sottostare al dettato dell'art. 27 Cost., "la cui pertinenza esclusiva alle sanzioni propriamente penali è, peraltro, affermata dalla costante giurisprudenza di questa Corte: sentenze n. 281 del 2013 e n. 487 del 1989; ordinanze n. 125 del 2008, n. 434 del 2007, n. 319 del 2002, n. 33 del 2001 e n. 159 del 1994". Per un commento alla pronuncia si veda VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta dell'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 5, p. 330 e ss.

¹⁰⁹ Ci si riferisce segnatamente a *Storbråten c. Norvegia*, ric. 12277/04, 11 febbraio 2007; *Mjelde c. Norvegia*, ric. 11143/04, 11 febbraio 2007; *Haarvig c. Norvegia*, ric. 11187/05, 11 dicembre 2007.

¹¹⁰ È, pertanto, priva di alcun fondamento la tesi sostenuta in una relativamente recente pronuncia della Cassazione civile, sez. I, 2 marzo 2016, n. 4114, ad avviso della quale la nozione sostanziale di materia penale ricavabile dalla giurisprudenza della Cedu avrebbe un effetto circoscritto ai principi processuali; sarebbero, invece, inapplicabili i principi che sovrintendono il diritto penale sostanziale.

¹¹¹ Per quanto questi siano, infatti, stati enucleati, per la prima volta nell'ambito dell'art. 6 Cedu, debbono essere considerati validi ogni qualvolta venga in rilievo la nozione di materia penale e, pertanto, sia in relazione al disposto di cui all'art. 7 Cedu che a quello dell'art. 4 del Prot. add. 7. Dalla coincidenza dei criteri impiegati discende, quindi, inevitabilmente l'immutabilità del concetto.

è l'indirizzo formatosi in materia di pubblicità dell'udienza¹¹² così come la più recente giurisprudenza in tema di *ne bis in idem*¹¹³.

Chiarito, dunque, come anche nella giurisprudenza convenzional-costituzionale (ove la stessa teoria dell'illecito "comunque punito" ha avuto origine) continuo, tutt'ora, a persistere profili di differenziazione circa l'estensione della materia penale, pare opportuno interrogarsi sugli elementi posti a fondamento della mancata piena equiparazione, cercando altresì di vagliarne la ragionevolezza.

Si deve fin da ora anticipare come, molto spesso, nell'analizzare gli indici proposti (al fine di differenziare gli statuti dell'illecito punitivo) riaffiorino gli stessi ragionamenti ampiamente dibattuti dalla dottrina che si è occupata di individuare una *nozione sostanziale di reato*¹¹⁴. Se, infatti, una parte della letteratura ha sostenuto che proprio l'*argumentum libertatis*¹¹⁵ imporrebbe una graduata applicazione delle garanzie penalistiche¹¹⁶, dall'altra, sovente, la Corte edu, nel giustificare la

¹¹² Ci si riferisca a Corte EDU, *Jussila c. Finlandia*, Grande Camera, 23 novembre 2006, nella quale la Corte, affermata la natura sostanzialmente penale della sanzione tributaria applicata (tra l'altro valorizzandone il profilo funzionale e trascurando, invece, la sua esiguità), ha escluso che la mancata celebrazione di un'udienza pubblica comportasse una violazione dell'art. 6 Cedu rilevante, nel caso di specie, nel suo *volet pénal*. Le ragioni sottese a tale esclusione saranno poi esaminate con più precisione nella pagine seguenti. Ciò che occorre sottolineare in questo momento è come la Corte ammetta, ed anzi imponga, la costruzione di statuti punitivi difformi, seppure nell'ambito di una nozione unitaria di materia penale.

¹¹³ Si veda, in particolare, Corte EDU, *A. e B. c. Norvegia*, Grande Camera, 15 novembre 2016, che al par. 133 richiama la suddivisione, già proposta dalla sentenza *Jussila*, tra "lo zoccolo duro del diritto penale" e le altre misure sostanzialmente penali, fondando proprio su di essa la possibilità di graduare le garanzie punitive concesse. Sul punto, particolare interesse riveste la *dissenting opinion* del giudice Pinto par. 20 e ss., della quale si dirà più approfonditamente nel prosieguo.

¹¹⁴ Sul punto si rinvia a quanto si è detto nell'ambito del par. 1.1.

¹¹⁵ L'*argument libertatis* è stato valorizzato in maniera significativa anche nella sentenza della Corte costituzionale, 2 aprile 1968, n. 53, nel cui ambito, i giudici costituzionali, prescindendo dall'accertamento della natura penale o amministrativa dell'istituto sottoposto al loro giudizio, hanno sostenuto la necessità di estendere alle misure che incidano sulla libertà personale, "al di là della specifica tutela sancita dall'art. 24 ... il diritto, in relazione ai procedimenti che alla libertà si riferiscono, ad una effettiva integrale difesa di questo supremo interesse del cittadino" in forza della "propria e particolare rilevanza costituzionale" conferita dagli artt. 13 e 111 c. 2 Cost. alla libertà personale.

¹¹⁶ DONINI, *Teoria del reato*, Padova, 1996, p. 41, il quale sostiene che "di fronte a pene sin da principio definitivamente patrimoniali (cioè non convertibili in pene limitative della libertà) o lesive esclusivamente della pienezza dei diritti all'onore o al lavoro, l'ethos giuspubblicistico potrebbe accettare qualche sacrificio della tassatività e della stretta interpretazione, e soprattutto di altri fondamentali principi come quelli di sussidiarietà e di colpevolezza o di irretroattività della legge, la cui fondazione "necessaria" e pregnante risulterebbe fragile senza il richiamo perentorio alla minaccia della sanzione detentiva che in campo penale è stata indispensabile per la loro costruzione." La tesi riemerge anche nella motivazione di una recentissima pronuncia della C. cost. 223/2018, *cit.*, in cui la Consulta, al par. 6.2, afferma "che la sanzione penale si caratterizza sempre per la sua incidenza, attuale o potenziale, sul bene della libertà personale ..., incidenza che è, invece, sempre esclusa per la sanzione amministrativa".

discordanza ha fatto ricorso, non sempre esplicito, alla bipartizione tra *mala in se* e *mala quia prohibita*¹¹⁷.

Trascurando gli orientamenti che si risolvono nella riproposizione di argomenti già noti, in relazione ai quali è possibile muovere le stesse obiezioni già opposte, dall'esame delle trattazioni in materia si desumono, principalmente¹¹⁸, due diversi filoni interpretativi i quali, seppur fondati su prospettive pressocchè antitetiche, vengono in alcune occasioni (ed in particolare nella giurisprudenza convenzionale) impiegati simultaneamente (anche se al secondo viene di norma attribuita una funzione gregaria nell'economia della motivazione).

Il primo indirizzo argomentativo isolabile si fonda sulla suddivisione del diritto punitivo in due sotto categorie: una prima raggruppante gli illeciti, e le corrispettive sanzioni, coincidenti con l'*hard core* del diritto penale, ed un'altra, invece, residuale, nella quale andrebbero ricondotti tutti gli altri illeciti caratterizzati da più esiguo disvalore. A questa suddivisione dovrebbe poi corrispondere una correlativa declinazione della grazie penalistiche; queste, applicabili nella loro massima estensione qualora si tratti di illeciti riconducibili al nucleo duro del diritto punitivo, assumerebbero una dimensione più attenuata in relazione alle fattispecie meno rilevanti¹¹⁹. La dottrina più attenta parla, a questo proposito, di "*regime di tutela a*

¹¹⁷ La circostanza è evidenziata con chiarezza dal giudice Pinto di Albuquerque nella sua opinione dissenziente resa nel caso A. e B. contro Norvegia, al par. 29. Egli afferma espressamente che "*la magna quaestio della linea divisoria tra "fulcro della legge penale" e il resto della legge penale che ricorda la obsoleta distinzione tra il mala in se e mala quia prohibita*".

¹¹⁸ Sotto questo profilo particolare interesse suscita la costruzione proposta da NUVOLONE, voce *Pena* (*dir. pen.*), *cit.*, p. 789, il quale, pur essendo annoverabile fra i principali fautori nell'ordinamento italiano di una concezione unitaria dell'illecito punitivo, fa discendere la necessità di diversificare i paradigmi normativi dalla distinzione, da egli proposta, fra pena come categoria logica e pena come categoria storica. L'estraneità alla prima categoria della funzione di prevenzione speciale (ravvisabile, invece, solo in alcune declinazioni della seconda) farebbe sì che, ad avviso dell'A., l'art. 27 c. 3 Cost. (chiara espressione della pluridimensionalità della pena nel nostro ordinamento) dovrebbe potersi applicare al solo diritto punitivo formalmente tale (giacchè solo quest'ultimo sarebbe stato arricchito, dallo stesso legislatore, con l'inserimento di questa finalità ulteriore).

¹¹⁹ Questo modo di procedere è alla base delle già citate pronunce della Corte EDU *Jussila c. Finlandia* e *A. e B. c. Norvegia*, le quali, però, come si è già anticipato in precedenza, per giustificare le loro conclusioni impiegano, altresì argomenti sussimibili nell'alveo del secondo indirizzo interpretativo. In questo senso è chiaro quanto affermato dai giudici nel testo del primo provvedimento: "*Notwithstanding the consideration that a certain gravity attaches to criminal proceedings, which are concerned with the allocation of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction, it is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma. There are clearly "criminal charges" of differing weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a "criminal charge" by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional*

*cerchi concentrici*¹²⁰. Sulla stessa logica si fondano quelle ricostruzioni, improntate al principio di proporzionalità, a mente delle quali “*dalla nozione sostanzialistico-funzionale di “materia penale” si ricaverebbe uno statuto, anch’esso caratterizzato in senso sostanzialistico-funzionale*”: “*detto altrimenti, ... la “pena CEDU” risulta essere caratterizzata da una disciplina autonoma, collegata a mezza via tra la pena formalmente qualificata come tale da parte del legislatore nazionale, e la sanzione (anche sostanzialmente) amministrativa*”¹²¹.

Oltre alle difficoltà ricostruibili ogni qualvolta si ricorra ad una classificazione che si fondi su logiche meramente quantitative¹²², le problematiche insite in tale ricostruzione sono aggravate dalla circostanza che essa si accompagna, di norma, ad un recupero di opzioni formalistiche, ponendosi in evidente contrasto con lo stesso spirito che muove l’intera costruzione teorica. Segnatamente, nella maggior parte dei casi tale impostazione fa coincidere il “nucleo duro” del diritto punitivo con il diritto formalmente criminale, riconducendo, invece, automaticamente, all’insieme esterno tutti gli illeciti solo sostanzialmente penali¹²³. È evidente, dunque, come una ricostruzione di tal sorta non faccia altro che assecondare le eventuali “truffe delle etichette” normative: per il legislatore sarebbe, infatti, sufficiente non qualificare come penale una determinata offesa per essere certo che questa non possa, in ogni caso, beneficiare delle garanzie penalistiche nella loro massima estensione.

categories of the criminal law... Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency”.

¹²⁰ VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., p. 21, il quale sottolinea altresì come la distinzione “*avrebbe, certamente, una sua plausibilità, in ragione se non altro della considerazione che le garanzie penalistiche – e in specie quelle relative al ‘processo equo’ – sono state storicamente elaborate avendo come punto di riferimento la natura ‘terribile’ dello ius puniendi, legata a doppio filo con la sua capacità di privare l’individuo di beni personalissimi quali, in primo luogo, la vita e la libertà personale (quest’ultima anche durante lo stesso processo penale!); natura ‘terribile’ che si manifesta in forma quantomeno attenuata, ogniqualvolta la sanzione della cui applicazione si discute non possa toccare quei beni, e abbia invece una possibile incidenza soltanto su diritti – il patrimonio, la libera iniziativa economica, il diritto a esercitare una data professione, etc. – di rango certamente inferiore*”. È evidente come l’A., oltre che lasciarsi condizionare dall’*argumentum libertatis* impieghi, altresì, per confermare la bontà della tesi proposta, argomentazioni riconducibili all’indirizzo teleologico di cui si dirà in seguito.

¹²¹ MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale*, cit., pp. 13 e 14.

¹²² Per un rifiuto delle logiche *flou* si rinvia a MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, p. 21 e ss., ed in modo particolare alla bibliografia citata nella nota n. 46.

¹²³ In questo senso si veda C. cost. 10 gennaio 2017, n. 43 nella quale i giudici costituzionali scindono la portata dell’art. 25 c. 2 Cost. in più parti, isolandone “*il contenuto essenziale*” applicabile ad ogni manifestazione del poter punitivo e consentendo, invece, al legislatore di riservare le altre garanzie “*al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, qualificato come tale dall’ordinamento interno*”.

Questa tesi non potrà che scontrarsi, inoltre, con la palese considerazione, di recente valorizzata anche da una importante pronuncia della Consulta¹²⁴, per la quale è impossibile affermare, in via generale, la minore afflittività delle misure amministrative punitive rispetto a quelle formalmente penali.

Più convincenti appaiono, invece, le argomentazioni proposte dalla seconda opzione ermeneutica. Questa, propugnata in via principale dalla dottrina (ma impiegata altresì, seppur spesso inconsapevolmente e come *argumentum ad abundantiam* dalla giurisprudenza¹²⁵), si fonda su un impianto teleologico teso a valorizzare la *ratio* sottesa al principio rilevante nel caso concreto e le caratteristiche della sanzione e dell'illecito sostanzialmente penale del quale si tratta¹²⁶. Questa tesi

¹²⁴ Ci si riferisce ancora una volta alla sent. 233/2018, la quale, nel dichiarare la parziale illegittimità della disposizione che prevedeva l'applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative introdotte a seguito della depenalizzazione di corrispondenti illeciti penali ha chiarito, *in primis* (par. 6.2), come “la presunzione di maggior favore del trattamento sanzionatorio amministrativo rispetto al previgente trattamento sanzionatorio penale ... non può che intendersi, oggi, come meramente relativa” aggiungendo poi, nel riportare un frammento delle argomentazioni del rimettente, che “la comparazione tra la sanzione penale e quella amministrativa non può risolversi in una stretta equiparazione quantitativa.

¹²⁵ In questo senso si veda in *Jussila c. Finlandia*: “The Court does not doubt that checking and ensuring that the taxpayer has given an accurate account of his or her affairs and that supporting documents have been properly produced may often be more efficiently dealt with in writing than in oral argument. Nor is it persuaded by the applicant that in this particular case any issues of credibility arose in the proceedings which required oral presentation of evidence or cross-examination of witnesses and it finds force in the Government’s argument that any issues of fact and law could be adequately addressed in, and decided on the basis of, written submissions” e in *A. e B. c. Norvegia*: “Il grado in cui la procedura amministrativa presenta le caratteristiche di una procedura penale ordinaria è un importante elemento. Talune procedure miste hanno soddisfatto più verosimilmente i criteri di complementarità e di coerenza se le sanzioni imponibili nella procedura non formalmente qualificata come “penale” sono specifiche per i comportamenti in questione e non fanno perciò parte dello “zoccolo duro del diritto penale” (per riprendere la terminologia della *Jussila* precitata). In aggiunta, se tale procedura non ha un reale carattere diffamatorio, esistono minori possibilità che essa crei un carico non proporzionato in capo all'accusato. Al contrario, più la procedura amministrativa presenta caratteristiche punitive che si possono assimilare in larga parte alla procedura penale ordinaria, più le finalità sociali perseguite per la punizione del comportamento delittuoso all'interno di procedure”.

¹²⁶ Tale approccio è sviluppato in maniera particolarmente brillante da MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., passim. In particolare l’A. adopera questo approccio ermeneutico per sostenere la necessaria estensione del principio di colpevolezza all’intero diritto punitivo. A tal fine, (p. 44 e ss.) egli muove dalla ricostruzione del concetto di punizione ravvisandone il tratto caratterizzante “in una sofferenza legalmente inflitta”, il cui contenuto afflittivo “deve essere necessariamente avvertito dal destinatario, a prescindere dalla sua severità o dal tipo di diritto sacrificato” pertanto, se la percezione della sofferenza costituisce il *kern* della pena, questa non potrà essere inflitta se non a seguito della “formulazione di un giudizio di colpevolezza”. Il perimetro della materia penale, secondo la ricostruzione dell’Autore, è, dunque, tratteggiato dal principio di colpevolezza. In termini non dissimili si veda NUVOLONE, voce *Pena* (dir. pen.), cit., p. 789 il quale afferma “Il concetto di «pena» da un punto di vista logico, è concetto di valore, in quanto il «castigo» non può che essere collegato ad un comportamento volontario (sottolineatura nostra) contrario al dovere. La violazione del comando, da parte di coloro che hanno la capacità di adeguarvisi, porta come conseguenza la pena”. Qualsiasi punizione per essere tale deve presupporre un comportamento volontario posto in essere da un soggetto in grado di adeguarsi al precetto.

implica una declinazione fortemente differenziata della garanzie penalistiche e dei rapporti che tra loro si instaurano. Difatti, se a voler seguire l'impostazione precedentemente illustrata lo statuto punitivo dovrebbe articolarsi in cerchi concentrici, non altrettanto accadrebbe aderendo al secondo orientamento. In questo caso la questione si complicherebbe notevolmente. Per meglio comprendere gli esiti che consente di raggiungere quest'ultima impostazione pare rivelarsi particolarmente proficuo l'impiego di un concetto, elaborato nell'ambito del diritto amministrativo proprio sulla scorta dell'influenza europeista¹²⁷, qual è quello della nozione a geometrie variabili: “*in grado di dilatarsi e di restringersi a seconda dello scopo per cui essa viene definita*”. La “*delimitazione dell'area della materia penale avverrà, quindi, a seconda delle garanzie penalistiche che si tratti di applicare*”¹²⁸.

1.5 Conclusioni: come individuare la natura giuridica di un istituto.

È ora giunto il momento di tirare le fila del discorso finora svolto e di porre inoltre, alla luce delle riflessioni che precedono, le basi per la trattazione successiva che si concentrerà, in maniera precipua, sull'istituto della confisca.

Si è già più volte rimarcato come il punto di partenza per individuare il paradigma normativo di un istituto, e per verificarne la sua conformità ai principi costituzional-convenzionali, sia costituito dalla natura giuridica della sanzione comminata. La giurisprudenza si è, quindi adoperata al fine di enucleare gli indici da impiegare individuare il *proprium* di ogni strumento normativo (la questione è stata abbondantemente trattata nei paragrafi precedenti). Occorre, allora, adesso puntualizzare quale sia l'*iter* logico da seguire a tal fine, valorizzando la particolare declinazione da questo assunta ove l'oggetto dell'accertamento sia costituito da una misura ablatoria, quale la confisca.

Per quanto “*i tre macro-criteri Engel siano essi stessi tremendamente vaghi e imprecisi*” tanto da essere ormai degradati a “*meri indicatori, o 'spie'*” della natura di una misura – consentendo, così, alla giurisprudenza, anche costituzionale (che come si è detto se ne serve con particolare disinvoltura), di procedere “*discrezionalmente,*

¹²⁷ Ci si riferisce in particolare alla nozione comunitaria di pubblica amministrazione. Sul tema si veda compiutamente CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2016, IX ed., p. 545 e ss.

¹²⁸ MASERA, *Spunti di riflessione sulla nozione costituzionale di sanzione penale*, cit, p. 1062.

con approccio casuistico”¹²⁹- attraverso un’analisi sistematica delle pronunce in materia¹³⁰, e l’ausilio delle riflessioni dottrinali¹³¹, è possibile individuare quale fulcro della questione il profilo teleologico.

Evidentemente, la scelta di promuovere un approccio funzionale impone la formulazione di alcune precisazioni: segnatamente occorrerà chiarire che cosa si intenda per funzione (precisando, inoltre, quali concetti, seppur affini, le siano estranei) ed altresì a quale accezione del termine si debba e voglia far riferimento.

Come è noto con il *nomen* “funzione” si allude generalmente al compito o alla particolare attività svolta in un dato ambito. Già dalla definizione letterale del termine è possibile desumere come esso sia dotato di un’intrinseca connotazione oggettivistica. Tale circostanza riveste particolare rilievo qualora l’analisi terminologica venga trasferita sul terreno tecnico-giuridico. Difatti, la dimensione obiettiva, insita nell’espressione, ostacola la possibilità di ricondurre ad essa elementi aventi una connotazione soggettivistica, i quali dovranno, pertanto, essere trascurati qualora ci si proponga di verificare la natura di un determinato istituto. Si vuole, segnatamente, far riferimento alla c.d. *voluntas legislatoris* ovvero alle ragioni che hanno spinto il legislatore ad introdurre un certa disciplina e allo scopo che egli si proponeva di raggiungere attraverso l’utilizzo del nuovo strumento¹³². Indubbiamente questi ultimi profili esulano dalla nozione di funzione qui richiamata. È, invero, chiaro come questa coincida con il compito effettivamente svolto dall’istituto, il quale non può che discendere, direttamente, dalla sua conformazione strutturale. Gli intenti legislativi, in

¹²⁹ VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., p. 18.

¹³⁰ Si è già precisato, nel corso del primo paragrafo, come la giurisprudenza abbia attribuito sempre maggior valore all’analisi della sanzione ed al suo profilo funzionale, fino a conferirgli un ruolo primario nell’ambito del giudizio volto a verificare la natura della misura, con conseguente ridimensionamento del peso riconosciuto agli altri parametri.

¹³¹ In questo senso si vedano, *ex multis*, ROCCO, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, cit., *passim*, ed in modo particolare p. 437 in cui l’A., nel tratteggiare le differenze tra la pena e le altre sanzioni giuridiche afferma “*la verità, come sempre, è nel mezzo. Falso è che tra pene e le altre sanzioni giuridiche non siano che differenze. Falso ugualmente che non siano se non somiglianze... Il vero è che quei caratteri comuni altro, soprattutto, non sono che fini comuni, quei caratteri differenziali, non altro, anzitutto, che fini diversi*”; DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa*, cit., *passim*, il quale, spesso, nel suo scritto valorizza il profilo teleologico al fine di individuare la natura della misura, in particolare, a p. 380, l’A. impiega tale criterio per circoscrivere le sanzioni amministrative alle quali è possibile applicare la l. 689/1981. Questa impostazione è posta a fondamento delle riflessioni anche di CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 23 e ss., e PAGLIARO, *Sanzione: II) Sanzione penale* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, 1991, *passim*.

¹³² In questo senso si veda altresì PANZAVOLTA, *Confiscation and the concept of punishment: can there be a confiscation without a conviction?*, in LIGETI- SIMONATO, *Chasing Criminal Money. Challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Hart, 2017, p. 42.

quanto tali, risultano essere, di conseguenza, privi di qualsiasi rilievo ai nostri fini (non si può del resto trascurare come spesso sussista una forte discrepanza tra fini perseguiti dal legislatore e compiti effettivamente compiuti dalla misura). La precisazione non è casuale: frequentemente, nelle ricostruzioni in materia (in particolare in quelle concernenti la confisca), ci si riferisce all'*intentio legis* mettendola in risalto quali chiaro indice della natura dell'istituto.

Al fine di evitare, per quanto possibile, di incorrere in ingiustificate commistioni, un ausilio ci giunge, certamente, dalla dottrina civilistica e dalla consolidata distinzione fra causa del contratto e motivi. La causa, secondo la nozione ormai maggiormente diffusa di "*funzione economico individuale del contratto*"¹³³, coincide, infatti, con la sintesi degli effetti giuridici essenziali (o reali) del negozio¹³⁴; questa non deve mai essere confusa, invece, con i motivi soggettivi che animano il disponente o il promittente. Essi, destinati a non travalicare, di norma, una dimensione individualistica, sono pressochè privi di rilevanza essendo per lo più trascurati dal dettato normativo. Altrettanto dovrebbe accadere qualora ci si approcci alla nostra tematica.

L'accoglimento di un'accezione oggettivistica di funzione conduce, altresì, ad escludere che essa possa, in concreto, coincidere con concetti strettamente connessi alla percezione soggettiva del destinatario. Spesso, al fine di affermare la natura punitiva di una determinata misura, infatti, se ne esalta l'afflittività, ovvero la sua capacità di provocare una sofferenza nel destinatario. Tralasciando la confutazione più classica (l'individuazione dei connotati di un istituto non può dipendere dalle caratteristiche del suo destinatario: qualora così fosse si dovrebbe, ad esempio, escludere la natura punitiva ogniqualvolta il reo fosse incapace di patire sofferenze), si deve rimarcare come l'afflittività sia un tratto comune ad ogni sanzione giuridica¹³⁵. Anche il suo grado sembra ininfluenza ai nostri fini: non esiste alcuna correlazione fra maggiore afflittività e funzione punitiva; depone, d'altro canto, in tal senso l'esistenza,

¹³³ Sul punto cfr. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 370.

¹³⁴ In questo senso, PUGLIATTI, *Diritto civile*, Milano, 1951, pp. 108 e ss.

¹³⁵ In questo senso si veda ROCCO, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, cit., p. 454 il quale afferma espressamente "*l'applicazione di ogni sanzione è, dunque, sempre un male o un danno, che ora consiste nel mancato acquisto, ora nel sacrificio; ora nella restrizione di un bene. E poichè ogni male o danno genera dolore, tutte le sanzioni, e non le penali soltanto, nel momento della loro applicazione, hanno carattere, per loro natura, afflittivo*".

di palese evidenza, di misure civilistiche caratterizzate da una afflittività notevolmente maggiore rispetto ad altre sanzioni punitive.

Le riflessioni che precedono e la menzionata connessione fra funzione e struttura (della quale si dirà più approfonditamente nel prosieguo) consentono di evidenziare un altro profilo. Qualora l'interprete si accinga a ricostruire la natura giuridica di un istituto, dovrà prestare particolare attenzione a non incorrere nell'errore di "contaminare" il proprio giudizio attraverso il richiamo ad elementi diversi, giacché esterni, da quelli strutturali. È, infatti, importante, a tal fine, liberare il campo da possibili distrattori che potrebbero indurre in errore l'operatore; in particolare, l'esame dovrà essere condotto trascurando ogni riferimento alla disciplina normativa dettata per regolare l'impiego dell'istituto e le sue vicende. Anche in questo caso la precisazione proviene dalla necessità di arginare una prassi interpretativa diffusa: in molti casi, infatti, nelle argomentazioni giurisprudenziali¹³⁶ e dottrinali¹³⁷, si rinviene una forte confusione fra piani che dovrebbero, invece, rimanere ben distinti. Una tale interpretazione non può che scaturire da una chiara, quanto inammissibile, inversione dell'ordine logico delle questioni: la regolamentazione di un istituto deriva e dipende dalla sua natura giuridica, e non può, pertanto, concorrere a determinarla¹³⁸.

Ebbene, una volta chiarito che cosa si intenda per funzione, e quale connessione sussista tra essa e le caratteristiche strutturali di un istituto¹³⁹, è opportuno

¹³⁶ In questo senso oltre che a diverse pronunce adottate dalla Corte EDU, si veda anche C.cost., 29/1961 che ha escluso la natura penale della confisca dei beni prevista nella legislazione lungotenenziale dell'immediato dopo guerra a carico dei soggetti coinvolti nelle attività del regime fascista, sulla base di due dei suoi tratti caratterizzanti "l'applicabilità della confisca anche dopo la estinzione del reato e anche in confronto degli eredi".

¹³⁷ NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., p. 21, il quale, riferendosi in maniera specifica alla confisca, afferma: "la natura giuridica risulta essere insomma nella prassi interpretativa allo stesso tempo in prius e in posterius rispetto agli elementi che delineano il volto di questa o quella figura di confisca. Essa è in genere influenzata dalla disciplina normativa e dalla prevalente interpretazione giurisprudenziale degli elementi caratteristici della confisca normativamente disciplinati; ma allo stesso tempo, una volta definita, essa è in grado di influenzare a sua volta in maniera significativa la ricostruzione di tali elementi, determinandone la portata là dove questa non sia chiaramente definita a livello normativo". Si veda inoltre p. 133 in cui l'A. riferendosi all'oggetto della confisca afferma "probabilmente l'elemento caratteristico che più distingue ciascuna figura di confisca dalle altre", aggiungendo poi, nella pagina seguente "l'oggetto della confisca ... è suscettibile, a seconda della sua ampiezza, di influenzare significativamente (anzi forse in maniera determinante) le finalità e soprattutto gli effetti concreti, e dunque la natura giuridica della misura ablativa".

¹³⁸ Parla a tal proposito di "ragionamento ... viziato da un'evidente inversione metodologica", MASERA, *Spunti di riflessione sulla nozione costituzionale di sanzione penale*, cit., p. 1048.

¹³⁹ Sulla base di quanto si è affermato fin qui non si può che tacciare d'ingenuità l'impostazione, anche recentemente riproposta dalla Corte di cassazione (sez. un., 25 febbraio 2010, Caligo), a mente della quale la funzione svolta dalle sanzioni amministrative muterebbe a seconda del fatto che esse siano sanzioni principali o accessorie. Le Sezioni unite, infatti, sostengono: "Le sanzioni amministrative

introdurre un'ulteriore precisazione. Nell'economia degli elementi strutturali, in modo particolare qualora ci si accosti all'istituto della confisca, un rilievo speciale deve essere attribuito all'oggetto¹⁴⁰: esso è, certamente, il principale indicatore della caratterizzazione teleologica della misura e, pertanto, in grado di svelarne, in maniera più immediata la natura. Molteplici sono, invero, i caratteri dello strumento confiscatorio che fanno sì che, nel caso di specie, l'analisi dell'oggetto rappresenti il criterio principale per stabilire quale sia la sua collocazione dogmatica. La tendenziale immutabilità degli altri elementi strutturali, ed in particolare di quello contenutistico¹⁴¹, così come dei presupposti applicativi¹⁴², e la circostanza che l'istituto in esame appartenga al *genus* delle sanzioni omogenee¹⁴³ permettono - in modo particolare ove si tratti di ablazione dei "proventi" dell'illecito - di individuare, in maniera razionalmente argomentabile, una "soglia di rilevanza" che costituisce la base di un giudizio binario di appartenenza/non appartenenza alla materia penale. Ovviamente, la possibilità di ricorrere ad un giudizio binario è un portato della connaturale presenza, in questa ipotesi, di un parametro di riferimento (ovvero il "prodotto" del reato); esso attribuendo al giudizio una declinazione relazionale, impedisce che l'accertamento compiuto possa assumere una dimensione arbitraria¹⁴⁴.

accessorie, a differenza di quelle, per così dire, principali, che assumono una funzione essenzialmente punitiva del contravventore, assolvono direttamente o indirettamente una funzione riparatoria dell'interesse pubblico violato, e sono definite, perciò, specifiche ovvero riparatorie, oppure una funzione di prevenzione specifica, quando si tratti di fatti particolarmente pericolosi per la convivenza sociale". Un elemento estraneo al profilo strutturale della fattispecie non può incidere sulla funzione da essa svolta (se non nelle ipotesi in cui la modifica funzionale sia il portato dell'abbandono di un approccio atomistico, si veda in seguito).

¹⁴⁰ Nella giurisprudenza Nord Americana, si veda *Kokesh v. Securities and Exchange Commission*, 581 US (2017) in tema di *disgorgement*, "espressiva di una tendenza, probabilmente prolifica, a definire la natura di una misura patrimoniale sulla base del suo oggetto", in questo senso FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato. Misure di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di confisca non-conviction based confiscation*, Milano, 2018, p. 319.

¹⁴¹ Il contenuto, inteso come ciò che l'istituto dispone in relazione all'oggetto, come affermato in una datata sentenza dalla Corte costituzionale (sent., 25 maggio 1961, n. 29): "è sempre la stessa privazione di beni economici".

¹⁴² La confisca è sempre disposta "in conseguenza della commissione di un reato o comunque dello svolgimento di attività illecita o pericolosa", espressamente, NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., p. 2. Il mutamento dei presupposti distingue, invece, la confisca dalla misura ablatoria, contenutisticamente affina, dell'espropriazione per pubblica utilità. Per la riconducibilità dei diversi strumenti ablatori ad una categoria unitaria, proprio in forza del contenuto comune, si veda SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 736.

¹⁴³ Per la distinzione tra sanzioni omogenee ed eterogenee vedi *supra*.

¹⁴⁴ In senso apparentemente contrario si veda MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 22, il quale però rifiuta tale idea in quanto portato delle teorie *flou*, dalle quali si è, invece, preso le distanze in questa sede. Inoltre dalla complessiva analisi dello scritto pare che il fiuto di tale concezione sia legato alla impossibilità di individuare in criteri meramente quantitativi il *discrimen* esclusivo tra misure punitive

Una particolare attenzione dovrà, dunque, essere prestata in seguito allo studio dei criteri commisurativi, considerata la loro rilevanza nel procedimento di determinazione dell'oggetto¹⁴⁵

Il ruolo primario svolto dall'oggetto, e il conseguente ridimensionamento degli altri elementi strutturali, consente di ricondurre alla medesima categoria funzionale misure connotate da modalità attuative fortemente differenziate. Per tale motivo, ad esempio, non sussiste alcun ostacolo ad individuare nella *confiscation* inglese¹⁴⁶ un omologo dell'istituto nazionale. Il fatto che il primo non si espliciti -quanto meno in una prima fase- nell'apprensione diretta di un determinato bene, ma consenta, invece, al destinatario (in capo al quale fa sorgere un'obbligazione di dare) di scegliere liberamente attraverso quali beni o frammenti del suo patrimonio soddisfare la pretesa erariale, non incide sulla natura giuridica dell'istituto. Essa può, pertanto, convergere con quella propria della confisca italiana¹⁴⁷.

Le ultime due precisazioni in conclusione. Il carattere ibrido immanente all'istituto della confisca rende ancora più probabile l'eventualità che il giudizio teleologico debba fondarsi sul criterio della prevalenza¹⁴⁸ -così da ricavare la natura della

e no. La circostanza è confermata dal fatto che il medesimo Autore si serva, poi, nelle pagine successive di logiche quantitative (*cfr.* p. 33), che potrebbero, pertanto, essere legittimamente impiegate qualora, per le caratteristiche della fattispecie concreta, esse risultino essere indici inequivocabili del profilo teleologico di una misura.

¹⁴⁵ La correlazione fra criteri commisurativi e natura di un istituto è chiaramente sostenuta da DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa*, *cit.*, p. 378; PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa*, *cit.*, *passim.*; BARBIERI, *Il risarcimento come pena? Il 'danno morale' (ri)visto con le lenti del penalista*, in PALIERO - VIGANÒ - BASILE - GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, II, *passim.*, ed in particolare p. 828.

¹⁴⁶ Il *confiscation order* è un comando rivolto all'accusato di pagare la somma *ivi* stabilita: non colpisce, quindi, determinate porzioni del patrimonio. Esso ha subito un radicale mutamento nel 1986 attraverso l'emanazione del *Drug Trafficking Offences Act*, successivamente emendato ed oggi trafuso nel *Drug Trafficking Act* del 1994; questi interventi normativi hanno, infatti, avvicinato notevolmente l'istituto ad una confisca per sproporzione post-reato. Sul tema si veda, nella letteratura inglese MITCHELL - HINTON - TAYLOR, *Confiscation*, London, 1992, p. 22; in quella italiana FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, *cit.*, p. 171 e ss.

¹⁴⁷ Tale circostanza verrà, poi, valorizzata nel prossimo capitolo fra gli elementi favorevoli ad un ridimensionamento del ruolo della pertinenzialità.

¹⁴⁸ In senso analogo si veda NICOSIA, *La confisca, le confische*, *cit.*, p. 66 il quale sottolinea in primo luogo come "l'elemento più importante di cui tenere conto nel dare soluzione alle varie questioni applicative ... sembra essere quello dell'effetto concreto che la misura produce", aggiungendo poi "il fine/effetto concreto della misura non è infatti unico, ma può essere scomposto in più finalità compresenti, che a loro volta non sono variabili indipendenti ma dipendono essenzialmente dall'oggetto della confisca quale determinato a livello normativo. Alcune figure di confisca hanno infatti un oggetto "complesso", e l'ablazione di ciascuna delle parti di cui tale oggetto si compone risponde a precise e differenti finalità politico-criminali". In quest'ultima parte del discorso, l'A. pare suggerire un approccio, che distaccandosi dal criterio della prevalenza, tenda a garantire la concorrente applicazione di diversi statuti normativi, ognuno per la relativa porzione dell'oggetto. La soluzione non

misura dalla funzione prevalentemente svolta (la quale coesisterà, pertanto, con funzioni parallele ma secondarie) - e sull'abbandono di un approccio atomistico. La compresenza di una pluralità di istituti, aventi funzioni simili se non coincidenti, può fare in modo che, nelle ipotesi di contemporanea applicazione, la funzione astrattamente attribuita ad una delle misure applicate venga, nel caso concreto, svolta da un altro strumento concorrente. Tale circostanza si rifletterà, dunque, inevitabilmente sul profilo funzionale dell'istituto il quale, proprio alla luce delle interazioni che si instaurano nel caso concreto fra sanzioni simultanee, potrà subire dei mutamenti. In queste ipotesi, evidentemente, il primo istituto a veder modificato il proprio assetto sarà la confisca, per definizione mutevole e cangiante.

può essere condivisa. Oltre che di difficile praticabilità, essa contrasta evidentemente con l'unitarietà dello strumento, che non consente un suo "smembramento" sotto il profilo regolamentare.

Capitolo II. Le confische speciali.

Sommario. 2.1 *La conformazione originaria. L'art. 240 c.p. Le nuove fattispecie.* - 2.2 *L'inaccettabilità della qualificazione codicistica.* - 2.3 *Applicazione all'istituto della soluzione raggiunta nella prima parte della trattazione.* - 2.4 *La confisca civile.* - 2.5 *La confisca come pena.* - 2.6 *La confisca post-reato senza condanna.*

2.1 *La conformazione originaria. L'art. 240 c.p. Le nuove fattispecie.*

Una volta ripercorse le vicende che hanno contrassegnato il sistema sanzionatorio nell'ultimo cinquantennio circa, è d'uopo entrare in *medias res* dedicandosi all'istituto della confisca. Nelle prossime pagine, dopo un breve riassunto dell'evoluzione normativa in materia, l'attenzione verrà rivolta al problema della natura giuridica delle diverse fattispecie; l'inquadramento delle varie figure consentirà, perciò, di comprendere quale regime giuridico dovrebbe caratterizzarne l'applicazione, e di verificare, inoltre, la conformità della normativa attualmente vigente alla classificazione proposta.

A tal fine occorre, però, precisare quanto segue. Le conclusioni raggiunte nella prima parte del lavoro impongono di suddividere la trattazione successiva in due parti: nella prima ci si occuperà delle confische speciali¹⁴⁹; nella seconda, invece, di quelle generali. Rifacendoci ad una ripartizione proposta da una parte della dottrina¹⁵⁰, la riconducibilità di una figura alla prima ovvero alla seconda categoria verrà ricavata dalla "dimensione" assunta dall'oggetto nel caso singolo. Il particolare rilievo da attribuire, in una prospettiva funzionale, a questo elemento strutturale¹⁵¹ oltre ad influenzare, senza dubbio, le riflessioni che seguono non potrà non riflettersi sulla terminologia impiegata.

La precisazione non appare superflua.

Negli scritti in materia, infatti, la genericità o specificità della confisca viene ricavata e propugnata avendo come referente di base parametri diversi. In modo particolare, sovente, questa suddivisione si riferisce all'ambito operativo della fattispecie considerata: nel caso in cui la misura ablativa trovi applicazione in relazione

¹⁴⁹ In questi termini si esprime anche la *Relazione ministeriale al progetto preliminare del codice penale*, I, Roma, 1930, p. 245.

¹⁵⁰ Fra i tanti, MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 45; IBIDEM, *Confisca* (voce), *cit.*, p. 185 e ss.; NICOSIA, *La confisca, le confische*, *cit.*, *passim*.

¹⁵¹ A questo proposito si veda ampiamente quanto affermato nel par. 1.5.

ad ogni ipotesi criminosa, questa potrà dirsi generale; qualora, viceversa, possa essere attuata solo in determinati casi, si parlerà di confisca speciale. Non si esclude, che nel prosieguo, tali termini possano essere utilizzati anche con questa accezione. Ciò che importa, però, in questa fase precisare è come la “dimensione” dell’oggetto assuma un ruolo così rilevante ai nostri fini, tale da giustificare la creazione di due macro-categorie, ciascuna contrassegnata da una tendenziale unitarietà teleologica. Questa circostanza giustifica la scelta di trattare, contestualmente, delle confische generali, anche dette “allargate” o “per sproporzione”, a prescindere dal fatto che siano conseguenza della commissione di un reato, ovvero appartengano al *genus* delle misure *praeter delictum*¹⁵².

Fatta questa puntualizzazione terminologica, ci si può dedicare all’approfondimento della prima categoria.

La confisca, vera e propria costante del fenomeno punitivo¹⁵³, all’inizio del novecento ha subito una modifica radicale. I codici moderni¹⁵⁴, infatti, tendenzialmente bandita la confisca generale dei beni (si vedrà nel prossimo capitolo in quali termini), contemplano quale principale misura reale la confisca speciale. Questa trasformazione è figlia, certamente, dell’affermarsi e diffondersi di un “diritto penale del fatto”¹⁵⁵: solo, infatti, una misura “speciale” - non riguardante l’intero patrimonio del reo o sue intere parti, ma diretta a colpire singoli beni variamente collegati al reato per il quale si procede – poteva trovare spazio in un diritto penale che

¹⁵² Come si avrà cura di precisare nel capitolo successivo, infatti, alla circostanza deve attribuirsi un’importanza marginale ai nostri fini.

¹⁵³ ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 42.

¹⁵⁴ In Italia fin dal Codice Zanardelli, che già prevedeva tale istituto nel suo articolo 36, seppur relegandolo in una posizione alquanto marginale. Essa, infatti, veniva collocata fra gli effetti delle condanne penali, nonostante lo stesso codice prevedesse poi la possibilità di applicare la misura anche in assenza di condanna. Come è stato rimarcato da attenta dottrina “*anche questo un risalente esempio, dunque, del carattere intrisecamente ibrido e problematico dell’istituto e, in particolare, della sua idoneità a svolgere una funzione politico-criminale importante anche a prescindere da una pronuncia di condanna in sede penale*”.

¹⁵⁵ Per un’interessante trattazione sul tema si veda MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1 e ss., il quale, a p. 2 descrive tale modello di diritto penale come “*quello oggettivistico ... che designa l’orientamento che pone l’accento e assegna il rango primario al fattore oggettivo, scorgendo il fondamento della pena nella realizzazione del fatto, quintessenza dell’offesa ai beni penalmente protetti, assegnando al principio di colpevolezza — dolo, colpa, assenza di scusanti, errore sulla legge penale, imputabilità — il ruolo di limite alla rilevanza dei fatti offensivi dei beni giuridici...*”.

si fonda sulla responsabilità individuale e che richiede l'applicazione di pene umane e proporzionate alla colpevolezza e al disvalore del fatto¹⁵⁶.

Quanto appena affermato rende opportuna la formulazione di una riflessione incidentale. Spesso, nelle pagine che seguiranno sarà possibile cogliere come l'istituto della confisca, e le modifiche che l'hanno riguardata nel tempo e tutt'ora la riguardano, siano strettamente correlate alle correnti che influenzano, nel momento storico, l'ordinamento nel suo complesso¹⁵⁷. La circostanza probabilmente è connessa all'intrinseca "proteiformità" dell'istituto; questa caratteristica, infatti, consente alla misura di adattarsi, senza particolari difficoltà, e di norma celermente, alle modifiche che interessano il sistema penale nel suo complesso garantendo, altresì, la soddisfazione delle nuove esigenze imposte dal mutato contesto sociale di riferimento.

Seguitando nel discorso principale, la trattazione sulle misure speciali non può che prendere le mosse dal disposto dell'art. 240 c.p., ovvero da quello che è stato definito "*norma cardine... che purtuttavia non riesce a fungere anche da norma guida*"¹⁵⁸. Come è noto, esso prevede e disciplina una varietà di figure connotate da oggetti diversi e regimi giuridici parzialmente difformi. Tralasciando per ora gli ultimi due commi della disposizione (dei quali si dirà nella sede più opportuna, ovvero nel par. 2.7), la disposizione introduce quattro ipotesi di confisca applicabili in via generale, alle quali si aggiungono i casi previsti dal numero *1bis* del secondo comma che hanno però un ambito applicativo più ristretto¹⁵⁹. Le prime due figure sono disciplinate dal primo comma dell'art. 240 c.p.: esse prevedono, rispettivamente, la

¹⁵⁶ In questo senso MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., p. 45; NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., p. 7.

¹⁵⁷ Si veda, a questo proposito, MASSA, *Confisca (dir. e proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, p.981, il quale precisa come la confisca delle cose collegate al reato sia "*connaturale ai principi dell'ordinamento*".

¹⁵⁸ VERGINE, *Confisca* (voce), in *Arch. pen.*, 2013, n. III, p. 18, il quale giustifica questa conclusione rilevando come questa seconda funzione le sia preclusa "*stante le varie opzioni ermeneutiche cui presta il fianco e che ne condizionano, inevitabilmente, la sfera applicative*".

¹⁵⁹ Il numero *1bis* del secondo comma dell'art. 240 c.p., non ricompreso nella formulazione originaria della disposizione, è stato introdotto dalla legge 15 febbraio 2012, n. 12 recante "Norme in materia di misure per il contrasto ai fenomeni di criminalità informatica". Questo, in relazione ad una serie di specifiche ipotesi delittuose, accomunate dall'impiego di strumenti telematici ovvero dalla loro lesione, prevede, *in primis*, la confisca obbligatoria "dei beni e degli strumenti informatici o telematici che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione dei reati", ed inoltre, la confisca obbligatoria, anche nella forma per equivalente, "dei beni che ne costituiscono il prodotto o il profitto". Sul tema si rinvia a CORASANTI, *Brevi note in tema di confisca obbligatoria di "beni e strumenti" di commissione dei reati informatici alla luce della legge 15 febbraio 2012, n. 12*, in *Dir. inf. e inform.*, 2012, fasc. IV- V, p. 819 e ss.

confisca facoltativa “delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato” e la confisca, sempre facoltativa, delle “cose che ne sono il prodotto o il profitto”. Il comma secondo prevede, invece, le altre due ipotesi; in particolare, al numero uno, introduce la confisca obbligatoria “delle cose che costituiscono il prezzo del reato”, al due, invece, la confisca anche qui obbligatoria “delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna”.

Così riassunto il contenuto dell'art. 240 c.p., è già da ora possibile avanzare alcune considerazioni. Seppure la disposizione declini l'istituto in quattro casi diversi, le figure effettivamente introdotte sono solo tre: 1) la confisca dei c.d. *instrumenta sceleris*, “strumenti” del reato, ovvero di quei beni già nella disponibilità del reo (poiché di suo proprietà o comunque ad egli fruibili) ai tempi della condotta illecita e impiegati per la commissione del reato¹⁶⁰; 2) la confisca dei “proventi”¹⁶¹ del reato, ossia di ogni bene conseguito dal reo in seguito ed a “causa”¹⁶² del reato: l'incremento¹⁶³ del patrimonio connesso al reato, sia esso il “risultato empirico dell'illecito”¹⁶⁴ (prodotto), oppure “il compenso o il corrispettivo per indurre, determinare o istigare un altro soggetto a commettere un reato”¹⁶⁵ (prezzo), o ancora

¹⁶⁰ La nozione di *instrumenta sceleris* verrà poi definita con maggior precisione nelle pagine successive, anche tramite riferimenti giurisprudenziali. Altrettanto accadrà per la nozione di profitto. In questa sede verranno individuare, esclusivamente, le coordinate fondamentali dei concetti impiegati, sufficienti per raggiungere l'obiettivo che ci si propone per ora, ovvero tracciare i confini delle rispettive figure ed esplitarne, quindi, i rapporti.

¹⁶¹ Il termine, volutamente generico, deriva dalla normativa europea. Da ultimo, questo è stato impiegato dal Parlamento e dal Consiglio Europeo nell'ambito della Direttiva 2014/42/UE - relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea - il quale ne dà una definizione particolarmente ampia al considerando n. 11, includendovi: “i proventi diretti delle attività criminali e tutti i vantaggi indiretti, compresi il reinvestimento o la trasformazione successivi di proventi diretti. Pertanto, i proventi possono comprendere qualsiasi bene, anche trasformato o convertito, in tutto o in parte, in un altro bene, ovvero confuso con beni acquisiti da fonte legittima, fino al valore stimato dei proventi confusi. Possono inoltre comprendere introiti o altri vantaggi derivanti dai proventi da reato o da beni nei quali i proventi da reato sono stati trasformati o convertiti o da beni con i quali i proventi da reato sono stati confusi”.

¹⁶² Per un'interessante parallelismo, fondato sull'impiego delle ricostruzioni in tema di nesso causale, fra l'evento del reato e la nozione di profitto, si veda MUCCIARELLI-PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, fasc. IV, p. 248 e ss.

¹⁶³ Il termine viene impiegato in senso ampio ed atecnico; non si ha alcuna intenzione di prendere, allo stato, posizione sulla problematica relativa ai c.d. risparmi di spesa e alla loro riconducibilità al profitto.

¹⁶⁴ MAUGERI, *Confisca* (voce), *cit.*, p. 195, che riporta altresì una massima giurisprudenziale, datata ma ancora attuale – Cass., sez. un., 3 luglio 1996, n. 9149, Chabruì- nella quale si definisce espressamente il prodotto come “il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita, le cose create, trasformate, adulterate o acquisite mediante il reato”.

¹⁶⁵ MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, *cit.*, p. 112.

“qualsiasi vantaggio economico che si trae dall’illecito penale”¹⁶⁶; 3) la confisca delle cose obiettivamente illecite, ovvero delle cose che non possono essere oggetto di diritti poichè vietate dall’ordinamento.

La seconda figura ricomprende, pertanto, nel suo ambito operativo due delle fattispecie contemplate dall’art. 240 c.p., ed in particolare la confisca obbligatoria del prezzo del reato e quella facoltativa del prodotto o profitto. La scelta legislativa di scindere l’unitaria (sotto il profilo contenutistico) categoria della confisca dei *proventi* del reato deriva, certamente, dalla volontà di prevedere un regime giuridico differenziato per le due ipotesi. In particolare, si voleva vincolare il giudice all’ablazione del prezzo del reato. Le ragioni della scelta e la sua condivisibilità saranno poi prese in considerazione, ampiamente, nei due paragrafi successivi. Per ora, era però necessario mettere in risalto la riconducibilità del prezzo del reato al più ampio *genus* dei proventi; il nesso di causalità che lega il bene appreso alla condotta vietata, non può che condurre a questa conclusione.

Già nella sua versione originaria, il codice Rocco affiancava all’art. 240 c.p. una serie di confische speciali il cui fine principale era, oltre all’occasionale necessità di ampliare¹⁶⁷ o specificare l’oggetto della misura (al fine di adeguarlo alle specificità della fattispecie considerata), quello di modificare il regime giuridico delle figure generali. In particolare, fra le altre misure reali contemplate dall’impianto codicistico del ‘30 è possibile ricordare l’art. 722 c.p. che disciplina, in materia di giuoco d’azzardo, la confisca obbligatoria “*del denaro esposto nel giuoco e degli arnesi od oggetti ad esso destinati*”¹⁶⁸, e la confisca facoltativa, prevista dal secondo comma dell’art. 733 c.p., che una volta descritto, nella prima alinea, il reato di danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico, consente di sottrarre al proprietario la

¹⁶⁶ IBIDEM, p. 122, che fa altresì notare come esso “*costituisca per lo più elemento essenziale di fattispecie*”.

¹⁶⁷ A questo proposito si veda quanto disposto dal settimo comma dell’art. 416 *bis* c.p. il quale, con riferimento al reato di associazione di stampo mafioso, introduce la confisca obbligatoria, oltre che degli strumenti e dei proventi del reato, anche delle “cose che ne costituiscono il reimpiego”. Sul tema si veda FIANDACA, *L. 13 settembre 1982, n. 646. Commento*, in *Leg. pen.*, 1983, *sub art. 1*, p. 267, il quale rileva l’innovativa estensione dell’oggetto; MAUGERI, *Confisca* (voce), *cit.*, p. 213, che rileva, invece, le problematiche della fattispecie.

¹⁶⁸ La disposizione non pare ampliare la classe di beni confiscabili limitandosi a specificarli sulla base delle caratteristiche delle fattispecie incriminatrici considerate. Difatti, mentre gli “*arnesi od oggetti ad esso destinati*” sono chiaramente riconducibili alle “*cose che servono o furono destinate a commettere il reato*”, il “*denaro esposto nel giuoco*” può, a seconda delle circostanze del caso concreto, costituire o *profitto* del reato ovvero un suo *strumento*.

“cosa deteriorata o comunque danneggiata”, ovvero l’oggetto materiale del reato¹⁶⁹. È evidente come a queste fattispecie fosse stato attribuito un ruolo assolutamente marginale nell’ambito delle misure reali; le presenza di poche ipotesi speciali, così come lo scarso rilievo delle fattispecie incriminatrici che ne costituivano il presupposto (dagli esempi poc’anzi riportati emerge come si trattasse per lo più di reati contravvenzionali caratterizzati da un modestissimo disvalore) garantivano piena centralità al disposto dell’art. 240 c.p.

Negli anni le figure speciali sono, invece, progressivamente aumentate; il legislatore, infatti, ispirato da quello che pare essere ormai divenuto “*l’ultimo imperativo della politica criminale moderna: nullum crimen sine confiscatione*”¹⁷⁰, ha introdotto, nella legislazione speciale ed in quella codicistica, numerosissime disposizioni disciplinanti confiscatorie *ad hoc*. Fra queste pare opportuno menzionare, stante la loro particolare rilevanza: nella legislazione speciale, le confiscatorie in materia di edilizia e urbanistica (art. 19, l. 28 febbraio 1985, n. 47 oggi trasfusa nel secondo comma dell’art. 44 d.p.r. 380/2001) e quelle in tema di circolazione stradale (art. 186, c. 2, lett. c) ed art. 187, c. 1, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285); in quella codicistica, invece, oltre alla figura introdotta con l’art. 416*bis* c.p (della quale si è già detto *supra*) e all’omologa ipotesi contemplata, in seguito al d.l. 374/2001, dall’art. 270*bis* c.p. (“*associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell’ordine democratico*”), si devono ricordare l’art. 322*ter* c.p., dedicato alla confisca dei *proventi* ottenuti da una serie di gravi reati contro la pubblica amministrazione, e l’art. 452*undecies* c.p. il quale, nell’ambito di una generale riforma dei delitti in materia ambientale (attuata dalla l. 22 maggio 2015, n. 68 che ha introdotto un nuovo titolo nel codice penale), ha “forgiato” una nuova figura ablativa dotata di requisiti alquanto peculiari (sia per ciò che concerne la destinazione dei beni appresi sia per la

¹⁶⁹ Come è noto per oggetto materiale del reato si intende “*l’entità, fisica o non fisica, su cui cade la condotta tipica*”, in questo senso MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 193, in cui l’A. lo distingue dall’oggetto giuridico costituito, invece da “*la relazione tra il soggetto ed una entità nella sua attitudine a soddisfare una esigenza umana, che può essere materiale ma anche immateriale*”.

¹⁷⁰ Ci si rifà, evidentemente, all’espressione impiegato da MANES, nell’omologo articolo, *L’ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, fasc. 3, p. 1259 e ss., il quale al par. 1.4 precisa come “*il dogma illuministico nullum crime sine poena – messo in crisi sia dal pragma dell’ineffettività delle pene sia da un sistema punitivo che finalmente aspira a differenziarsi e a dimostrarsi perfino disposto a rinunciare alla pena – sembra avviato ad una riconversione nel dogma nullum crimen sine confiscatione, che vede appunto nella confisca l’unico avamposto irrinunciabile, la prima forma di risposta statale a cui sono affidate, anzitutto, le medesime istanze retributive, non senza chiare contaminazioni di marca generalpreventiva*”.

previsione di una singolare causa di esclusione della misura legata al ripristino o alla mera messa in sicurezza dei luoghi).

Il moltiplicarsi delle ipotesi speciali non ha, però, fatto venir meno il loro elemento in comune: le caratteristiche che contraddistinguono queste fattispecie dal paradigma tradizionale della misura reale è certamente la natura vincolata del potere applicativo, ovvero la loro obbligatorietà. L'eliminazione di ogni discrezionalità ha quale chiaro scopo quello di accrescere l'efficacia della misura¹⁷¹, accentuandone i profili afflittivi e deterrenti. Al contrario, invece l'esponentiale aumento delle figure specifiche non ha potuto che sortire effetti rilevanti in ordine alla centralità dell'art. 240 c.p.: esso è divenuto una figura pressochè residuale. In questo senso, d'altra parte, depone, più che l'elevato numero di previsioni specifiche, la particolare rilevanza delle stesse; è come se il legislatore, avvedutosi dell'importanza della misura reale nella "lotta" contro determinate fattispecie (o peggio, ancora, a prescindere da tale circostanza, ma "approfittando" semplicemente dell'intervento novellatore in una determinata materia), dovesse necessariamente prevedere una ipotesi ablativa *ad hoc*, finendo così per svuotare di portata precettiva la disposizione generale.

A fianco al progressivo aumento delle figure speciali che potremmo definire "ordinarie" (poichè in linea di massima ricalcate sulla fattispecie generale), nell'ultimo ventennio si è assistito al dilagare di un altro modello confiscatorio, con caratteristiche notevolmente divergenti dalle ipotesi più tradizionali, ovvero quello per equivalente¹⁷². Occorre fin da subito precisare che la scelta normativa è stata quella di introdurre, esclusivamente, ipotesi specifiche di questa tipologia ablativa: per chiarire, il codice, e tanto meno la normativa speciale, non prevede una disposizione analoga all'art. 240 c.p. che consenta, con riferimento ad ogni fattispecie incriminatrice, l'ablazione per equivalente¹⁷³. La prima confisca "di valore"¹⁷⁴ è stata introdotta

¹⁷¹ In questo senso NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., p. 31.

¹⁷² Si veda a questo proposito VERGINE, *Confisca* (voce), cit., p. 11 e ss. il quale si preoccupa di sottolineare come l'introduzione di questa fattispecie ablativa nel nostro ordinamento sia stata fortemente caldeggiata a livello internazionale, e di descrivere, altresì gli omologhi previsti negli altri ordinamenti.

¹⁷³ Cfr. AURIEMMA, *La confisca per equivalente*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 1, p. 11, il quale, alla nota 45, richiama GRASSO, *sub Art. 199-240 c.p.*, cit., p. 612 che fa notare come i vari interventi normativi in materia "hanno invertito il rapporto regola-eccezione, sicchè oggi la regola è costituita dalla previsione di un obbligo di confisca del profitto (o comunque dei proventi) del reato e della correlativa applicazione della confisca per equivalente".

¹⁷⁴ L'espressione, ormai divenuta di uso comune, è stata impiegata per la prima volta come sinonimo della confisca per equivalente da FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., p. 88.

nell'ordinamento italiano nel 1996 in occasione della legge di riforma che ha riscritto la fattispecie dell'usura¹⁷⁵. Da allora, pressochè ogni misura specifica di nuovo conio contempla altresì la variante per equivalente. Come è noto, la confisca di valore, recidendo il nesso di pertinenzialità¹⁷⁶ che lega il bene al reato nella confisca c.d. diretta, colpisce l'equivalente economico (anche detto *tatundem*) dei beni che avrebbero dovuto costituire l'oggetto della misura tradizionale. Segnatamente, la confisca per equivalente è di norma prevista con esclusivo riferimento ai proventi del reato (il profitto *in primis*). Di recente il legislatore ne ha, però, esteso l'operatività agli *instrumenta sceleris*¹⁷⁷. Questa tipologia confiscatoria costituisce, chiaramente, un surrogato della corrispondente misura diretta: solo qualora non sia possibile disporre la confisca dei beni specificamente connessi al reato, potrà procedersi alla *adprehensio* di una porzione del patrimonio del reo che sia "equivalente" al valore dei beni ormai dispersi.

Così ricostruito, seppur per sommi capi, il quadro delle confische speciali (poichè aventi ad oggetto beni determinati) previste nel nostro ordinamento, occorre ora volgere lo sguardo al profilo della loro qualificazione giuridica al fine di verificarne la divisibilità.

2.2 L'inaccettabilità della qualificazione codicistica.

L'articolo 236 c.p., nell'aprire il capo dedicato alle misure patrimoniali, al suo primo comma colloca la confisca fra le misure amministrative di sicurezza. La stessa qualificazione giuridica è stata poi riprosta dal legislatore, o nel silenzio di

¹⁷⁵ Si trascura volutamente la fattispecie prevista dall'art. 735 *bis* del codice di rito; seppur di tre anni antecedente (la disposizione è stata introdotta dalla l. 328/1993 di ratifica della Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio), essa si limitava a rendere eseguibili nel territorio dello Stato confische per equivalente disposte negli altri stati contraenti.

¹⁷⁶ Sul tema si rinvia nuovamente a MUCCIARELLI-PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, cit., p. 248 e ss.

¹⁷⁷ A questo proposito si veda MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 199, ed in particolare la nota 197; in senso critico verso una loro eventuale previsione MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., p. 121.

quest'ultimo dalla giurisprudenza¹⁷⁸, con riferimento alle figure speciali via via introdotte.

Il codice del 1930, in analogia con quanto accaduto in altri paesi europei (Germania e Svizzera¹⁷⁹) ha accolto il sistema, “*nato dal compromesso tra indeterminismo classico e determinismo positivista*”¹⁸⁰, cosiddetto del “doppio binario” fondato sul dualismo responsabilità individuale-pena e pericolosità sociale-misure di sicurezza. Esso si caratterizza per la compresenza di due diverse categorie sanzionatorie¹⁸¹, connotate da funzioni e discipline distinte; accanto alla più tradizionale delle sanzioni criminali, la pena – ancorata alla colpevolezza del soggetto per un fatto tipico e a questo ragguagliata- si staglia la classe delle misure di sicurezza imperniate sul concetto di pericolosità.

A dire il vero, che la distinzione fra misure di sicurezza e pene riposi sul requisito della pericolosità sociale del destinatario è un dato certo solo per ciò che concerne le misure personali (incidenti, in quanto tali, sulla libertà personale). Gli artt. 202 e 203 c.p., che nell'individuare i requisiti di applicabilità delle misure contemplano la pericolosità sociale del soggetto fornendone, poi, una definizione, sono inseriti fra le disposizioni generali dedicate, in via esclusiva alle misure personali. La circostanza è poi, parzialmente, confermata dal disposto dell'art. 236 c.p. il quale, dettate le regole generali che debbono sovrintendere l'attuazione delle misure patrimoniali, esclude l'applicabilità delle disposizioni concernenti la pericolosità. Esse vengono richiamate solo con riguardo alla “cauzione di buona condotta” (misura patrimoniale che presenta una spiccata vocazione specialpreventiva¹⁸²), il legislatore

¹⁷⁸ Si prenda, come esempio, l'indirizzo giurisprudenziale in materia di confisca del veicolo per il reato di guida in stato di ebbrezza o di alterazione psico-fisica da sostanze stupefacenti; in assenza di una qualificazione legislativa, infatti, una parte della giurisprudenza (maggioritaria fino ad un certo momento: si vedano in questo senso Cass., 2 aprile 2009, n. 38179, Meschieri; Cass., 13 maggio 2009, n. 27478, Bernard; Cass., 4 giugno 2009, n. 32932, Simioni) ha ricondotto anche questa misura ablativa alle misure di sicurezza.

¹⁷⁹ Sul tema si rinvia a PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, *passim*, che effettua un'ampia ricognizione della questione a livello europeo.

¹⁸⁰ In questo senso MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 712.

¹⁸¹ Il termine sanzione verrà impiegato, in questo contesto, nella accezione più tecnica, ed ampia, della quale si è ampiamente detto sin dalla *Introduzione*.

¹⁸² In termini analoghi si esprime CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, p. 142, che afferma “*il deposito di una somma di denaro presso la Cassa delle ammende (o la prestazione di una garanzia mediante ipoteca o fideiussione solidale) e la successiva devoluzione alla Cassa della somma stessa, nel caso in cui il soggetto, durante il periodo stabilito ..., commetta un delitto*”

ha, invece, voluto svincolare le altre misure patrimoniali, e la confisca *in primis*, “che è provvedimento relativo ad una cosa, dal requisito della pericolosità soggettiva”¹⁸³. Se tale circostanza non inficia la legittimità delle misure di sicurezza - non vi è alcun elemento nell’art. 25 c. 3 Cost. che consenta di stabilire un collegamento tra questa categoria ed il presupposto indicato – di per certo impone la necessità di sostituire il giudizio di pericolosità soggettiva con un altro elemento, che si sommi alla commissione del fatto tipico; se così non fosse la scelta di affiancare alla pena un’altra sanzione risulterebbe irrazionale, “non ci sarebbe stato bisogno di prevedere due specie diverse di sanzioni criminali”¹⁸⁴.

E proprio in questa direzione si sono mosse la dottrina e la giurisprudenza che nel corso degli anni si sono accostate allo studio delle confische. La necessità era del resto resa impellente, oltre che da non trascurabili esigenze sistematiche, dalla necessità, più pregnante sotto il profilo pratico-applicativo, di riempire di contenuto il primo comma dell’art. 240 c.1 c.p., che contempla una “*norma di potere*’ sprovvista di parametro valutativo anche implicito”¹⁸⁵. Difatti, mancando di individuare il *proprium* della misura ablativa, il legislatore non fornisce all’interprete alcun criterio che gli consente di “riempire” e “gestire” la discrezionalità conferitagli attraverso la previsione di una figura facoltativa.

Le soluzioni tradizionalmente proposte si fondano su un implicito assunto comune: se il legislatore ha collocato la confisca tra le misure di sicurezza lo ha fatto perchè questa ne condivide i caratteri fondamentali. Pertanto, muovendo da questo argomento, anche lo strumento ablativo dovrebbe perseguire una finalità *specialpreventiva* e basarsi altresì su presupposti non troppo distanti da quelli posti a fondamento delle misure personali. In questo senso sembra propendere del resto la Relazione al progetto del codice penale nella quale si afferma che la confisca “*consiste nell’eliminazione di cose che, provenendo da fatti illeciti penali o in alcuna guisa collegandosi alla loro esecuzione, mantengono viva l’idea o l’attrattiva del reato*”¹⁸⁶. Anche le misure ablative, dunque, contemplerebbero *l’elemento in più* il quale, seppur

... hanno appunto la funzione di impedire la realizzazione di questi reati ad opera di soggetti che sono da ritenersi capaci di commettere violazioni della legge penale”.

¹⁸³ Ancora CARACCIOLI, *Ibidem*, p. 143.

¹⁸⁴ Di nuovo CARACCIOLI, *Ibidem*, p. 143.

¹⁸⁵ FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., p. 26.

¹⁸⁶ *Relazione ministeriale al progetto preliminare del codice penale*, cit., p. 245.

non coincidente, sarebbe affine al giudizio della pericolosità sociale; si tratterebbe, infatti, di un requisito ricalcato sull'art. 203 c.p., il quale, perduti i connotati personologici, si adeguerebbe alle note *realistiche* che caratterizzano le fattispecie patrimoniali.

La circostanza che la pericolosità richiesta dall'art. 240 c.p. non possa, *tout court*, coincidere con quella fondante le misure personali è, peraltro, ulteriormente confermata dalla disciplina dettata per regolare i rapporti fra le misure di sicurezza ed altri istituti codicistici.

Sotto questo profilo è, infatti, significativo il disposto dell'art. 164 comma 2 n. 2 c.p. Esso, nello stabilire i limiti entro i quali può trovare applicazione la sospensione condizionale della pena, ed esclusa, in via generale, la compatibilità tra questa e le misure di sicurezza, ammette, invece, la possibilità di affiancare al provvedimento sospensivo la confisca dei beni. La questione è dotata di particolare rilievo ai nostri fini. Come è noto, infatti, il requisito fondante la sospensione è costituito da una prognosi personale di non recidivismo: il primo comma dell'art. 164 c.p., infatti, subordina l'applicazione del beneficio alla positiva valutazione del giudice circa l'astensione del colpevole dal compimento di ulteriori reati. È chiaro, pertanto, come - stante il disposto dell'art. 203 c.p. - fra i due istituti, di norma, sussista un rapporto di reciproca esclusione; la pericolosità del soggetto¹⁸⁷, presupposto indefettibile delle misure di sicurezza, deve essere esclusa per poter beneficiare della sospensione. Il divieto, viceversa, cade qualora si debba applicare la confisca: in questo caso, infatti, la segnalata incompatibilità viene a cessare, non presupponendo l'applicazione della misura patrimoniale alcuna valutazione che contrasti con la prognosi favorevole di non recidivismo.

Esclusa, pertanto, la possibilità di estendere direttamente e semplicemente il requisito della pericolosità sociale, fissato dall'art. 202 c.p., alla confisca - d'altra parte, se così non fosse, difficilmente potrebbe spiegarsi quanto stabilito dall'art. 236 c.p.- si sono proposte soluzioni diverse. Come già anticipato nelle righe precedenti, il

¹⁸⁷ BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in PALIERO - VIGANÒ - BASILE - GATTA (a cura di), *La pena, ancora, cit.*, p. 955 e ss., il quale dimostra con un'interessantissima analisi come la categoria concettuale della "pericolosità sociale" esprima sempre lo stesso concetto, costituendo, pertanto, una nozione ontologicamente unitaria.

tentativo è stato quello di adeguare il giudizio di pericolosità alle caratteristiche della figura, declinandolo, dunque, in una dimensione che si potrebbe definire *realistica*.

Se, per disporre la misura ablativa, non rileva la personalità del soggetto, il “*presupposto-ombra*”¹⁸⁸, dovrà attenere alla cosa da *adprehendere*: il requisito della pericolosità dovrà, allora, riguardare il bene. La pericolosità *reale* ha, però, ricevuto plurime declinazioni. Secondo una prima accezione, in senso oggettivo, la pericolosità dovrebbe attenere alla cosa di per sé e alle sue intrinseche caratteristiche: si tratterebbe, quindi, di una “*potenzialità di danno insita in un oggetto*”¹⁸⁹, ravvisabile solo qualora sussistesse “*un rapporto diretto ed immediato fra la cosa e il reato*”¹⁹⁰ di modo che ricorra “*un asservimento effettivo della cosa al reato*”¹⁹¹. L’adesione ad una così ristretta ricostruzione della pericolosità reale contrasta, con evidenza, con il disposto dell’art. 240 c.p. Essa - seppur compatibile con la confisca delle cose oggettivamente vietate e, in una certa misura, con quella degli *instrumenta sceleris* - con estrema difficoltà pare potersi adattare alle figure concernenti i c.d. *producta sceleris*, in particolare qualora questi, come di norma accade, consistano in beni fungibili quali il denaro. In beni di questo tipo è, infatti, difficile, se non addirittura impossibile, ricostruire una intrinseca dedizione all’illecito, cosicché il disposto dell’art. 240 c.p., nella parte in cui si occupa di questi casi, risulterebbe avere una portata precettiva in palese contrasto con il canone ermeneutico della salvaguardia dei valori normativi¹⁹².

Un’altra parte della dottrina e della giurisprudenza declina, viceversa, il concetto in senso soggettivo. A questo secondo indirizzo sono, in realtà, riconducibili diverse ricostruzioni teoriche, tutte accomunate dal tentativo di collegare la pericolosità oggettiva alla persona del colpevole.

Secondo un più datato orientamento¹⁹³, la “*«pericolosità della cosa» è rilevante in quanto provoca (o può provocare) la pericolosità soggettiva: si dice con formula espressiva, che la pericolosità «passa» (rectius: può passare) dalla cosa alla*

¹⁸⁸ Per questa espressione si veda FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., p. 23.

¹⁸⁹ *IBIDEM*, p. 23.

¹⁹⁰ Cass., 20 febbraio 1990, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 42.

¹⁹¹ Cass., sez. IV, 19 marzo 1986, in *Cass. pen.*, 1987, p. 2115.

¹⁹² In questo senso Cass., sez. un. 20 aprile 1995, Filidei nella quale si sottolineava come “*la criminalità e la pericolosità che impongono la confisca non costituiscono un carattere della cosa in sé, ma derivano dalla relazione fra questa e l’agente*”.

¹⁹³ Ben chiarito da CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, cit., p. 147 e 148, il quale cita come altro sostenitore della tesi BETTIOL, *Diritto penale: parte generale*, Padova, 1969, VII ed., p. 788.

persona”. Con l’introduzione delle misure patrimoniali, dunque, il legislatore avrebbe, sostanzialmente, “*spostato su un fronte avanzato la protezione delle collettività dal pericolo rappresentato dalla probabilità della futura commissione di reati*”¹⁹⁴, anticipando la soglia del proprio intervento.

Accanto a questa prima declinazione che pare presupporre una “*forza seduttiva*”¹⁹⁵ della *res*, vi è chi, discostandosi in realtà ben poco dal primo orientamento¹⁹⁶, sostiene che il concetto di pericolosità della cosa sia un concetto “*relazionale*”¹⁹⁷ insito, allora, nel rapporto che si instaura tra colpevole e la cosa in qualche modo connessa con il crimine, che se non sottratta dalla disponibilità del primo “*venga a costituire per lui un incentivo per commettere ulteriori illeciti, una volta che sia certo che il prodotto del reato non gli venga confiscato*”¹⁹⁸.

A questo filone argomentativo pare possibile ricondurre, altresì, la tesi, di più recente introduzione, formulata nell’ambito della confisca di prevenzione, ma comunque replicabile con riferimento alla confisca tradizionale¹⁹⁹ (quanto meno quella connessa all’illecita acquisizione del bene), a mente della quale “*la connotazione di pericolosità è immanente alla res, per via della sua illegittima acquisizione, e ad essa inerisce «geneticamente»...*”. Nelle misure patrimoniali, a voler seguire questa ricostruzione, infatti, “*il carattere della pericolosità si riconnette non tanto alle modalità ... di acquisizione ovvero a particolari caratteristiche strutturali dei beni, 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... L’anzidetto riflesso finisce, poi, con l’oggettivarsi”, traducendosi in attributo obiettivo o “qualità” peculiare del bene, capace di incidere sulla sua condizione giuridica*”²⁰⁰. Parafrasando quanto affermato dal Caraccioli, secondo

¹⁹⁴ In questo senso ancora CARACCIOLI, *Ibidem*.

¹⁹⁵ VERGINE, *Confisca* (voce), *cit.*, p. 10.

¹⁹⁶ Il *discrimen* tra le due opzioni ermeneutiche pare potersi ravvisare in una più forte vicinanza della prima all’impostazione oggettivistica di cui si è detto *supra*. Difatti, l’idea del passaggio del requisito della pericolosità dalla cosa al soggetto pare presupporre la pregressa sussistenza di questo carattere nella *res* oggetto della misura.

¹⁹⁷ FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, VII, 2014, p. 890.

¹⁹⁸ In questo senso MASSA, *Confisca*, *cit.*, p. 983.

¹⁹⁹ La stessa giurisprudenza, principale fautrice della ricostruzione ora riferita, ha spesso evidenziato l’assimilabilità, sotto questo profilo, tra misure di sicurezza e misure di prevenzione, in questo senso si veda Cass., sez. I, 23 settembre 2013, Ferrara, capostipite della ricostruzione in esame.

²⁰⁰ Cass., sez. un., 26 giugno 2014 (dep. 2015), n. 4880, Spinelli.

questa posizione, la pericolosità transiterebbe dal soggetto alla cosa al momento del suo acquisto, divenendo poi una *qualità peculiare del bene*, ad esso immanente.

Ebbene, le argomentazioni finora riferite, tutte accomunate da un certo grado di fantasiosità e prive, inoltre, di qualsiasi riscontro pratico paiono ispirarsi alla nozione, di antichissima origine e largamente diffusa nella cultura giuridica anglo-americana, della “*guilty property*”²⁰¹. Concetto alla base della c.d. *personification theory*, il suo scopo precipuo era quello di legittimare un’*actio in rem* volta ad aggredire i beni a prescindere da ogni accertamento circa la responsabilità della persona fisica proprietaria. Si tratta evidentemente di una *fiction iuris* tesa a semplificare i compiti degli organi inquirenti, ma priva di qualsiasi reale fondamento empirico.

Ritornando alla confisca speciale e al requisito della pericolosità della cosa, è la stessa disciplina normativa, oltre ai suoi connotati strutturali, a suggerirci l’estraneità della figura ablativa non solo alla categoria generale delle misure di sicurezza²⁰² ma, altresì al più ampio *genus* delle sanzioni meramente specialpreventive²⁰³ (quanto meno ove ci si riferisca ad ogni forma di confisca). Analizzando, infatti, le disposizioni dettate sul tema, si coglie con facilità come “*il tessuto comune con le altre misure di sicurezza sia davvero scarso, tale in ogni modo da non consentire autonomamente di fondare una reale appartenenza allo stesso genus di sanzioni, o almeno di assicurare la collocazione nel medesimo ambito finalisticamente determinato*”²⁰⁴. Oltre alla, già richiamata, assenza di riferimenti normativi espliciti alla pericolosità della cosa e alle sempre più numerose figure obbligatorie²⁰⁵ (in relazione alle quali è, evidentemente, precluso qualsiasi giudizio di

²⁰¹ Sul tema si rinvia, nella dottrina nazionale FINOCCHIARO, *La confisca “civile” dei proventi da reato*, cit., p. 300 e ss.; in quella internazionale, invece, HOUTZ, *The innocent owner defense to civil forfeiture proceedings*, in *University of Richmond Law Review*, 1997, vol. 31, p. 257 e ss.

²⁰² A questo proposito occorre ricordare come la stessa categoria generale delle misure di sicurezza sia, ormai da tempo, attraversata da una profonda crisi, in questo senso MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale*, cit., p. 8 e ss.;

²⁰³ FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., p. 22.

²⁰⁴ ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, cit., p. 44.

²⁰⁵ A tal proposito pare opportuno richiamare, invece, quanto accaduto con riferimento alle ipotesi di pericolosità presunta contemplate nell’ambito delle misure personali. Esse, infatti, sono progressivamente venute meno a seguito di interventi normativi (ci si riferisce alla l. 10 ottobre 1986, n. 663, che ha abrogato l’art. 204 c.p. dedicato alla pericolosità sociale presunta) e della giurisprudenza costituzionale (si veda a questo proposito C. cost. 8 febbraio 1995, n. 58, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 86 c. 1, d.p.r. 309/1990 nella parte in cui vincolava il giudice ad applicare la misura di sicurezza dell’espulsione a prescindere dall’accertamento della sussistenza in concreto della pericolosità), che condividono il comune rifiuto dell’idea di una pericolosità che prescinda da un accertamento concreto ed individualizzato.

pericolosità, anche se in una declinazione realistica), comunque numerosi sono i punti di divergenza tra il regime delle misure di sicurezza in generale e la confisca²⁰⁶. Questa, infatti, ex art. 459 c.p.p. può essere applicata anche con decreto penale di condanna; se non disposta dal giudice della cognizione, ex art. 676 c.p.p., diviene di competenza del giudice dell'esecuzione (e non di quello di sorveglianza come accade, invece, per le altre misure di sicurezza); è, inoltre, compatibile con il procedimento speciale della applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 445, c. 1 c.p.p.); deve essere impugnata, a norma dell'art. 579 c. 3 c.p.p., con i mezzi previsti per i capi penali (e non invece, così come dispone il c. 2 dell'art. 579 c.p.p. per l'impugnazione delle sole misure di sicurezza, dinanzi al tribunale di sorveglianza). Tutte queste eccezioni sottointendo, chiaramente, la volontà normativa di sottrarre l'istituto della confisca da ogni disposizione connessa, anche solo latamente, con la formulazione del giudizio di pericolosità.

La circostanza trova ulteriore e, oserei dire, definitiva conferma nella scelta di sottrarre la misura ablativa alla disciplina della revoca delle misure di sicurezza per cessata pericolosità.

L'opzione legislativa, perfettamente in linea con la conformazione strutturale della misura, dimostra, infatti, come essa non sia in alcun modo legata al requisito della pericolosità di per sé cangiante. È, infatti, l'intrinseco carattere di perpetuità dello strumento ablativo, che implica l'irreversibile trasferimento del bene al patrimonio dello Stato, ad escludere la possibilità di ricondurlo alla categoria delle misure di sicurezza, e, quanto meno di norma, a quella più ampia delle sanzioni *specialpreventive*²⁰⁷. La definitività della sanzione contrasta, con evidenza, con l'intrinseca instabilità della prognosi di recidività. E in questo senso depone, altresì, l'evoluzione dell'istituto negli ultimi decenni e, in modo particolare, il progressivo

²⁰⁶ Il riferimento alle misure di sicurezza in generale non è improprio. Dalla lettura dell'articolo 236 c.p. è, infatti, possibile desumere due dati rilevanti a questo proposito. Il legislatore, in primo luogo, non si preclude di prevedere altrove diverse misure patrimoniali, arricchendo così la categoria che potrebbe non contemplare, eccettuata la confisca, la sola cauzione; inoltre, circoscrivendo le deroghe alla normativa dettata per le misure personali alla sola confisca, dimostra l'intenzione di ricostruire un paradigma unitario della categoria generale delle misure di sicurezza, dal quale escludere la sola confisca.

²⁰⁷ In questo senso si veda MANGIONE, *Le misure di prevenzione*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte generale – III. La punibilità e le conseguenze del reato*, Torino, Utet, 2014, p. 472, il quale, però, una volta rifiutata la natura preventiva della sanzione, conclude, in maniera a nostro avviso non condivisibile, per la sua necessaria riconducibilità alla materia penale.

affievolimento del requisito della pertinenzialità e la diffusione delle forme per equivalente. Un'ulteriore conferma deriva, inoltre, dal raffronto tra il profilo strutturale e normativo delle misure ablativa e le altre misure patrimoniali, *in primis* della cauzione.

È, quindi, chiaro che la qualificazione normativa attribuita alla confisca non sia stato altro che un modo per giustificare, *ex post*, una scelta precedente, ovvero la volontà di escludere l'applicabilità a questa delle garanzie che presidiano la materia penale.

Abbandonata quindi questa prospettiva, nel prosieguo, rifacendoci all'orientamento ormai maggioritario²⁰⁸ in materia di sanzioni, sia in dottrina sia in giurisprudenza, la natura della confisca verrà vagliata avendo quale linea direttrice la tripartizione tra il fine (trascurato dalla dottrina più tradizionale ma chiaramente impresso in molte figure ablativa) *compensativo-riparatorio* (volto a ripristinare la situazione anteriore al reato), il fine *specialpreventivo* (per quanto riguarda la confisca sotto forma di mera incapacitazione, e non di rieducazione) e quello *punitivo*.

2.3 Applicazione all'istituto della soluzione raggiunta nella prima parte della trattazione.

Orbene, tenendo in considerazione quanto si è detto nelle pagine precedenti, in questa sede si cercherà di proporre una nuova lettura delle figure ablativa speciali; a tal fine, come precisato nel paragrafo conclusivo del primo capitolo, la nostra attenzione verrà rivolta, in modo particolare, all'oggetto dello strumento considerato. L'impiego di tale metodica implicherà, tuttavia, il superamento dell'unitarietà che il legislatore ha conferito, o meglio che ha cercato di conferire, all'istituto tramite l'accorpamento, in un'unica disposizione normativa, di ipotesi ben distanti tra loro. L'esigenza di scindere fattispecie fortemente differenziate è, d'altra parte, da tempo rimarcata da ampia parte della dottrina²⁰⁹, la quale ravvisa in essa la soluzione ai

²⁰⁸ NICOSIA, *La confisca, le confische, cit.*, p. 21.

²⁰⁹ Fra i tanti GRASSO, *sub Art. 199-240 c.p.*, in ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2011, III ed., p. 419 e ss. il quale ha suggerito, al fine di superare le difficoltà di inquadramento, di distinguere tra le diverse figure di confisca disciplinate dall'art. 240 c.p., le quali presentano tratti assai diversi e non possono, pertanto, essere inquadrate in modo unitario.

problemi posti da una impropria, tendenziale, equiparazione normativa di figure eterogenee.

In continuità, pertanto, con quanto si è già parzialmente anticipato nel par. 2.1 ripercorrendo le tappe che hanno interessato la confisca “speciale”, si deve ricordare come l’analisi strutturale consenta di ricavare, dal dettato dell’art. 240 c.p., tre diverse categorie ablativo le quali si ripropongono, poi, nelle numerose fattispecie previste dalla normativa speciale ed extracodicistica. Si tratta, come si è già precisato, della figura dei *producta sceleris*, di quella degli *instrumenta sceleris* ed infine di quella costituita dai beni oggettivamente illeciti.

Nelle righe che seguiranno verranno, dunque, illustrate, con maggior attenzione, le ragioni poste a fondamento dell’unitaria considerazione delle diverse specie, con l’obiettivo di individuare -sulla base delle indicazioni fornite dai risultati dell’analisi strutturale- il regime giuridico più confacente alla loro ontologica consistenza.

Fin da subito è, però, opportuno dar rilievo ad un’importante considerazione metodologica: l’unitarietà ora riscontrata non ha come, diretta ed immediata, conseguenza quella di imporre una necessaria omologazione di ogni figura riconducibile nell’alveo di una delle tre classi enucleate. Ad una classificazione di questo genere si oppone, infatti, la natura cangiante caratterizzante lo strumento ablativo, la quale preclude la possibilità di identificare, in astratto, e a prescindere dalle caratteristiche dallo stesso assunte nel caso concreto, il regime normativo applicabile.

La tripartizione proposta si rileverà in ogni caso di particolare utilità. Essa, infatti, ci consentirà di individuare, ricostruendoli sulla base delle peculiarità della classe considerata, i criteri per il cui tramite discernere la natura giuridica caratterizzante ogni singola misura e, di conseguenza, il paradigma sanzionatorio di riferimento.

Il dato di partenza, in questa prospettiva, è chiaro: l’attuale disciplina della confisca si discosta ampiamente dai principi che governano la materia penale e dai suoi dettami. La domanda che dovrà guidare l’analisi successiva è, dunque, se ed entro quali limiti questo regime derogatorio possa essere giustificato una volta abbandonata

la categoria delle misure di sicurezza. Davvero, come sostenuto da una certa dottrina²¹⁰, una volta esclusa la natura *specialpreventiva* della maggior parte delle figure ablative, l'unica opzione che rimane è quella di ricondurre l'istituto alla materia penale, decretando l'inevitabile illegittimità, costituzional-convenzionale della gran parte della disciplina codicistica in materia? La soluzione non può essere condivisa; essa, oltre a contrastare apertamente con il canone ermeneutico della conservazione dei valori giuridici, si discosta, altrettanto distintamente dalla funzione effettivamente svolta da un'ampia fetta delle ipotesi ablative.

Già nelle conclusioni del paragrafo precedente si è, infatti, anticipato - illustrando la nuova tripartizione teleologica- come tra i fini perseguibili dalle confische vi sia anche quello compensativo-riparatorio, tipico degli istituti riconducibili al diritto civile. La prossimità di alcune fattispecie agli strumenti sanzionatori civilistici pare, d'altronde, costituire il presupposto di scelte normative che non hanno trovato giustificazione nell'ambito dell'approccio teorico tradizionale, fondato sul requisito della pericolosità²¹¹. Ci si riferisce, segnatamente, alla ingiustificata disparità fra il regime obbligatorio che disciplina la confisca del prezzo del reato e quello facoltativo previsto, invece, per il prodotto e il profitto. La divergenza può, invece, trovare spiegazione in valutazioni di indole storico-sociologica²¹², che ne smentiscono l'asserita affinità. Considerando la realtà criminale del 1930 -nella quale era ancora sconosciuto il fenomeno dell'accumulo di capitali illeciti- ed, inoltre, i caratteri strutturali del sistema penale di tutela dell'epoca -diretto alla difesa di valori collegati all'individuo e alla salvaguardia della sfera patrimoniale- è plausibile che il legislatore abbia voluto, attraverso la previsione del regime facoltativo, assicurare la subalternità della ablazione del profitto o prodotto da parte

²¹⁰ MANGIONE, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 472.

²¹¹ Rifacendosi alla categoria della pericolosità, infatti, non si riesce a comprendere per quale ragione, dinanzi a beni di norma identici (come è noto, molto spesso, il profitto e il prezzo del reato sono costituiti da denaro contante), sulla base del solo diverso atteggiarsi del nesso di derivazione dal reato, in un caso non possa mai essere esclusa la pericolosità e nell'altro, viceversa, sì. Anche le soluzioni alternativamente proposte solo risultate essere poco persuasive. Si veda a questo proposito FURNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., p. 24., il quale, con riferimento alla tesi che vorrebbe leggere "nella discrezionalità fornita al giudice uno strumento atto a tagliare fuori (solo) le ipotesi caratterizzate da irrilevanza quantitativa del profitto o addirittura da una mera apparenza di esso", chiarisce come "una spiegazione del genere urterebbe però contro una chiara indicazione sistematica: l'obbligatorietà della confisca del prezzo ... a prescindere dalla sua consistenza e dall'eventuale concorrenza di spese sostenute. Non è certo agevole rinvenire una giustificazione del passaggio dal regime di facoltatività a quello di obbligatorietà della confisca dell'illecito guadagno."

²¹² In questo senso, nuovamente, FURNARI, *Ibidem*, p. 26.

dello Stato agli istituti risarcitori volti a reintegrare la sfera giuridica del danneggiato (di norma anche persona offesa) dal reato²¹³; esigenza evidentemente non ravvisabile con riferimento al *pretium sceleris*. In questo caso, infatti, il “danneggiato” dal reato verrebbe a coincidere con l’istigatore, o comunque con un concorrente; pertanto, “*la doverosità della confisca del prezzo era una soluzione del tutto obbligata, non essendo immaginabile che la cosa o la somma costituente il prezzo possa essere oggetto di pretese concorrenti rispetto a quella statuale*”²¹⁴. Nelle altre ipotesi, invece, “*l’istanza di redistribuzione dei beni illecitamente conseguiti dal reo*” poteva essere soddisfatta “*nell’assoluta normalità dei casi... azionando le pretese restitutorie e risarcitorie*”, garantendosi così “*un risparmio di attività giudiziale*”²¹⁵.

Una riprova, seppur implicita, della bontà della ricostruzione proposta è rinvenibile, anche, nel testo della Relazione ministeriale al progetto preliminare del codice. Il Prof. Arturo Rocco afferma, infatti, espressamente che “*a tutela dei diritti dei terzi, ho esplicitamente disposto, come accennavo, che non si fa luogo a confisca nelle ipotesi in cui essa è facoltativa*”²¹⁶, ricollegando, dunque, il regime facoltativo dell’*adprehensio* alla necessità di garantire i diritti dei terzi, tra i quali figurano anche i danneggiati dal reato²¹⁷.

Orbene, individuate le coordinate che dovranno guidare l’analisi successiva, possiamo ora entrare nel vivo del discorso dedicandoci all’esame delle tre categorie precedentemente isolate.

Muoveremo dalla confisca dei beni obiettivamente illeciti, trattandosi, probabilmente, della classe meno problematica.

²¹³ Un ulteriore conferma, a questo proposito, è ravvisabile nell’ambito delle confische obbligatorie. In dottrina vi è, infatti, chi ha acutamente rilevato come “*il settore più incisivamente caratterizzato dal ricorso a forme di confisca obbligatoria*” sia stato quello “*dei cosiddetti reati senza vittima, offensivi di beni giuridici ‘ad ampio spettro’, in cui la volatilizzazione dell’offesa non consente l’emersione, a fronte del conseguimento dei profitti, e di perdite individualmente definite e delle relative pretese risarcitorie*”, cfr., FORNARI, *Ibidem*, p. 31.

²¹⁴ Ancora, FORNARI, *Ibidem*, p. 27.

²¹⁵ Nuovamente, FORNARI, *Ibidem*, p. 27.

²¹⁶ *Relazione ministeriale al progetto preliminare del codice penale, cit.*, p. 245

²¹⁷ La possibilità di ricomprendere fra i terzi titolari di diritti anche i danneggiati dal reato è resa evidente dal raffronto tra il testo adesso riportato e le parole immediatamente successive della Relazione. Nel riferirsi alla confisca del prezzo del reato, infatti, il legislatore precisa “*e neppure la confisca delle cose, che costituiscono il prezzo del reato, se la cosa appartenga a persona, che sia rimasta estranea al reato medesimo*”. In questo caso, infatti, il legislatore, adattando la categoria dei terzi alle peculiarità della fattispecie concreta, esclude che la confisca possa essere esclusa dall’esigenza di restituire il bene a qualunque terzo.

Essa, come si è già avuto modo di dire, ha ad oggetto le “*cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione delle quali costituisce reato*”. Si tratta di una fattispecie incentrata, chiaramente sulla natura della cosa, prescindendo dalla sua origine o destinazione. Una parte della dottrina, non del tutto immotivatamente, ha sostenuto che “*è alla confisca delle cose obiettivamente criminose, priva dunque di finalità punitiva diretta, che probabilmente più si addice la qualifica normativa tradizionale di misura di sicurezza patrimoniale*”²¹⁸. Pur non essendo sfornita di ogni fondamento, l’affermazione, se non contestualizzata, non può essere condivisa. L’obbligatoria apprensione della *res illicita* è, infatti, in quanto tale, la mera “*proiezione del regime giuridico di una cosa*”²¹⁹. Le valutazioni in tema di pericolosità -che sarebbero necessarie per giustificare un inquadramento tra le misure di sicurezza- sono, dunque, estranee alle dinamiche delle figura. Tutt’al più, considerazioni di tal sorta possono essere poste a fondamento del divieto legislativo dal quale discende il giudizio circa l’illiceità della cosa.

La deroga ai principi penalistici è però, in questo caso, pienamente giustificata senza necessità di ricorrere al regime delle misure di sicurezza. L’ablazione, infatti, prescinde in maniera assoluta dalla condotta del soggetto e da ogni sua forma di responsabilità. Essa, si è anticipato, è conseguenza immediata e diretta delle caratteristiche della *res*. La confisca in questo caso, infatti, “*appare una soluzione obbligata*”: “*trattandosi di cose obiettivamente illecite, l’eventuale restituzione al proprietario costituirebbe l’automatica premessa per la commissione di un nuovo reato*”²²⁰.

La prospettiva muta radicalmente qualora si passi ad esaminare le altre due categorie. L’approccio oggettivistico che governa lo studio della classe precedente è assolutamente estraneo alle altre due ipotesi. Gli *instrumenta sceleris*, così come i *producta sceleris* sono costituiti da beni obiettivamente leciti; parafrasando le parole legislative, si tratta, infatti, di beni la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione *non* costituisce reato. La reazione ordinamentale, in questi due casi,

²¹⁸ NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., p. 137.

²¹⁹ In questo senso GRASSO, *sub Art. 199-240 c.p.*, cit., p. 610 e MAUGERI, *Confisca* (voce), cit., p. 193, la quale richiama a sostegno anche una serie di pronunce della Corte costituzionale.

²²⁰ ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, cit., p. 47.

dipende, perciò, non dagli intrinseci connotati della *res*, ma dall'*impiego* che di essa si fa, ovverosia dalla condotta di un soggetto.

In particolare, seppur in una comunanza di fondo, le figure riconducibili alle due categorie sottointendono fenomeni pressoché antitetici. Per quanto riguarda, invero, i proventi del reato il fulcro della fattispecie è costituito dalla origine illecita del bene. L'oggetto di queste tipologie ablativè, come si è già precisato, di per sé lecito. Inoltre la sua *adprehensio* prescinde da ogni riscontro volto a verificare la destinazione ad esso impressa; pertanto, la confisca dovrebbe essere disposta anche qualora si accertasse, ipoteticamente, che il "titolare" intenda impiegare il bene (o già lo impieghi) in una maniera assolutamente legittima.

Viceversa, il *focus* dei casi riconducibili all'ablazione degli strumenti del reato è rappresentato dall'illegittimo, o per meglio dire, illecito utilizzo di una *res* "pienamente" lecita, giacché tale sotto il profilo oggettivo e *soggettivo*. Il bene è di norma giunto nella disponibilità del reo non a seguito di reato, o quanto meno non in forza del reato per il quale si procede, ma è da questo adoperato per perseguire finalità illecite²²¹.

Sulla base di questa premessa fenomenologica, ci si deve concentrare sul possibile inquadramento delle due categorie, al fine di verificare entro quali limiti la deroga ai principi penalistici possa essere giustificata.

La finalità "ripristinatoria" della confisca dei *proventi* del reato può essere facilmente ravvisata ogniqualvolta lo strumento ablatorio si limiti a ristabilire, nel patrimonio del reo, la situazione economico-patrimoniale antecedente alla commissione del fatto di reato. Ovviamente, la possibilità di ricondurre questa figura nell'area delle misure "compensative" è subordinata ad una rigorosa delimitazione dei concetti di prodotto, prezzo e profitto del reato. Le problematiche maggiori, sotto questo profilo, sorgono qualora si debba individuare la nozione di profitto del reato²²².

²²¹La prospettiva antitetica sottesa alle categorie ora illustrate, emerge altresì qualora si prendano in considerazione gli strumenti ablativi impiegati a livello internazionale al fine di combattere il crimine organizzato. La questione verrà trattata, più approfonditamente, nel capitolo successivo dedicato alla confisca generale, anche attraverso l'ausilio della classificazione proposta da MAUGERI, *The criminal sanctions against the illicit proceeds of criminal organisations*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2012, vol. III, p. 257 e ss.

²²² Come sottolineato dalla Sezione Unite della Cassazione, nella sentenza Cass., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Impianti Spa "non è rinvenibile in alcuna disposizione legislativa una definizione della nozione di "profitto di reato" e che tale locuzione viene utilizzata in maniera meramente enunciativa nelle varie fattispecie in cui è inserita, assumendo quindi un'ampia "latitudine semantica" da colmare

Come è noto, anche a livello internazionale, sul tema si contrappongono ormai da tempo due visioni antitetiche comunemente note come principio del prelievo netto (*Nettoprinzip*) e principio del prelievo lordo (*Bruttoprinzip*).

A voler seguire il primo orientamento, il profitto confiscabile dovrebbe essere circoscritto all'effettivo incremento patrimoniale prodotto dal reato: potrebbero, allora, essere sottratti “*solo i profitti del reato al netto delle spese realizzate dal reo dalla sua consumazione*”²²³. All'accoglimento di questa impostazione si oppongono i sostenitori del *Bruttoprinzip*. Essi osservano, infatti, che sottraendo dall'entità confiscabile i costi connessi ad attività illecite, si consentirebbe “*all'autore di trarre vantaggio da una attività intrinsecamente illecita e posta in essere per esclusive finalità criminali*”²²⁴, dandogli inoltre la possibilità di spostare il rischio dell'impresa criminosa sullo Stato.

La giurisprudenza nazionale pare aver ormai accolto, in via maggioritaria, un indirizzo che potremmo definire mediano. Difatti, pur aderendo formalmente al principio del lordo, essa sottrae dalla somma confiscabile le spese lecitamente sostenute dal reo, e segnatamente quelle adoperate per realizzare prestazioni a favore della collettività: a tal fine, l'interpretazione giurisprudenziale si è servita della bipartizione tra reati-contratto e reati in contratto, della quale si dirà con maggior precisione nel paragrafo successivo.

Le osservazioni proposte dai sostenitori del *Bruttoprinzip* per contestare la divisibilità del principio del netto, disvelano, con chiarezza, la matrice punitiva della ricostruzione teorica. Si tratta, infatti, evidentemente di considerazioni di chiara indole deterrente e general-preventiva, in quanto tali incompatibili con un inquadramento civilistico dell'istituto.

Le deroghe al regime penalistico saranno, quindi, giustificabili fintanto che si avrà cura di circoscrivere il profitto acquisibile al solo effettivo incremento patrimoniale²²⁵.

in via interpretativa”. La possibilità di attribuire alla nozione in esame un significato difforme a seconda del contesto in cui questa è inserita sarà poi valorizzata nel prosieguo.

²²³ MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., p. 153.

²²⁴ MAUGERI, *Confisca* (voce), cit., p. 198.

²²⁵ In questo senso, MUCCIARELLI, *Sanzioni e attività di impresa: qualche nota*, in PALIERO - VIGANÒ - BASILE - GATTA (a cura di), *La pena, ancora*, cit., p. 1172, il quale afferma espressamente “*la confisca potrebbe allora trovare albero tra le sanzioni civili, ma ciò importerebbe (forse necessariamente) che l'oggetto della misura non possa andar oltre l'effettivo incremento patrimoniale conseguito dal reo*”.

Chiarito questo primo profilo, è necessario verificare quali riflessi possa avere sulla figura ablativa in esame l'abbandono delle dinamiche connesse al suo non condivisibile inquadramento nell'ambito delle misure di sicurezza, ed ancora più in generale tra le misure di matrice *specialpreventiva*.

L'affrancamento dall'idea di pericolosità, produce conseguenze di particolare rilievo. Innanzitutto, la deroga alla disciplina penalistica è giustificata a prescindere dalla circostanza che il bene confiscato sia legato alla condotta illecita da un nesso di pertinenzialità. La misura ablativa potrà legittimamente ritenersi non punitiva anche quando la somma sottratta coincida esattamente con quella ottenuta attraverso il reato. Non può, infatti, trascurarsi come l'idea della esatta corrispondenza tra *quantum* ottenuto e *quantum* sottratto (giustificata qualora venga in rilievo la cosa per i suoi connotati intrinseci e nella sua individualità) venga certamente meno ove la misura abbia ad oggetto beni privi di particolari caratteristiche oggettive e sia tesa al mero riequilibrio della situazione economico patrimoniale.

Di quanto appena affermato si ha conferma riferendosi alla disciplina tedesca in materia. Tralasciando l'evoluzione normativa²²⁶, l'ordinamento tedesco, tradizionalmente, conosce due forme abaltorie distinte: la prima, *Einziehung*, ha ad oggetto i "producta ed instrumenta sceleris, tipologicamente assimilabili alle cose" dai quali sono, invece, esclusi i profitti; la seconda, invece, *Verfall*, alla quale "spetta istituzionalmente il compito di incidere sui guadagni provenienti dal reato"²²⁷. La distinzione ravvisabile nella disciplina germanica chiarisce, ancor di più, come si tratti di ipotesi distinte, solo parzialmente assimilabili, e che meritano, dunque, considerazioni parzialmente difformi.

Abbandonato il nesso di pertinenzialità, dunque, potrà giustificarsi con maggiore facilità l'orientamento, ormai accolto dalla giurisprudenza maggioritaria (seppur attraverso forzature ermeneutiche imposte dal persistente riferimento alla categoria delle misure di sicurezza), che ritiene che la confisca del denaro sia, data la

²²⁶ Cfr. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., p. 99, il quale si preoccupa di riassumere gli effetti della modifica, attuate attraverso la l. 28 febbraio 1992, al disposto dell'art. § 73 *StGB*, rilevando come essa abbia di fatto imposto l'adesione al *Bruttoprinzip*.

²²⁷ FORNARI, *IBIDEM*, p. 89 e 90.

sua fungibilità, sempre confisca diretta²²⁸, così come quello volto a ricondurre, proprio attraverso il ridimensionamento del requisito della pertinenzialità, alla nozione di profitto anche i cosiddetti risparmi di spesa²²⁹.

Inoltre, il nuovo inquadramento civilistico della figura (del quale si tratterà più diffusamente nel paragrafo successivo ad esso dedicato) impone il rifiuto della tesi, ormai largamente maggioritaria nella giurisprudenza²³⁰, per la quale la confisca dei *producta sceleris*, nella forma per equivalente, sia, giacchè non diretta, necessariamente riconducibile alla materia penale. Accantonato il requisito della pertinenzialità, il ragionamento per cui maggiore è l'attenuazione del nesso causale tra reato e bene più accentuata sarà la natura punitiva della misura perde, inevitabilmente, valore.

Ma ad escludere la necessaria riconducibilità delle confische per equivalente alla materia penale è la sua stessa analisi struttural-funzionalistica. Come sottolineato dalla dottrina maggioritaria, infatti, l'elemento attorno al quale si costruisce la categoria in esame è proprio la "logica sostitutiva"; questa implica la inesorabile coincidenza, sotto il profilo valoriale, dell'oggetto ablato²³¹. Il rilievo che deve attribuirsi, come chiarito nelle pagine che precedono, all'elemento oggettivo nell'individuazione della natura di un istituto, non può che far propendere per l'identità funzionale²³² di istituti aventi oggetti tendenzialmente coincidenti (in modo

²²⁸ Cass., sez. un., 30 gennaio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10561, Gubert. Questa evoluzione giurisprudenziale è di per se espressiva dell'esigenza di abbandonare le dinamiche imposte dall'inquadramento dell'istituto ablatorio nell'ambito delle misure di sicurezza.

²²⁹ Sempre Cass., 10561/2014, *cit.*; l'abbandono della prospettiva *specialpreventiva* fa, inoltre, venir meno l'esigenza che il profitto rivesta sempre i requisiti di "materialità" e "attualità". Si tratta di un portato dell'impostazione civilistica, il cui accoglimento incide sulla declinazione del nesso causale. A questo proposito si veda MUCCIARELLI-PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, *cit.*, p. 5, i quali individuano questi requisiti del profitto attraverso un parallelismo tra esso e l'evento del reato.

²³⁰ In questo senso, *ex multis*, Cass., sez. V, 16 gennaio 2004, Napolitano e altro; Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci; Cass., sez. un., n. 26654/2008, Fisia Impianti Spa, *cit.* Nella giurisprudenza costituzionale, C. cost., ord. 1-2 aprile 2009, n. 97 nella quale si afferma, significativamente ai nostri fini, che la mancanza di "*pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un nesso di pertinenzialità tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole così una natura eminentemente sanzionatoria*".

²³¹ A tal proposito FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, *cit.*, p. 107, il quale rimarca la circostanza riferendosi all'intero panorama internazionale. Nello stesso senso COLAIANNI-MONZA, *Le confische nel diritto penale tributario: una pluralità di istituti ablatori a confronto. Dalla confisca ex art. 12-bis d.lgs. 74/2000 alla confisca di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. XI, p. 131, i quali parlano di "*pacifica natura «sussidiaria» dello strumento ablatorio «di valore»*".

²³² L'identità funzionale delle due figure è rimarcata anche da MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, *op. cit.*, p. 175, dove sostiene che "*una diversità di funzioni tra le due tecniche ablative non pare realmente*

particolare qualora i profili di divergenza –ovvero il nesso di pertinenzialità- non siano significativi)²³³.

La conclusione trova ulteriore conferma nell'inquadramento civilistico degli istituti. Una parte della dottrina²³⁴ ha, infatti, notato come sul concetto di "equivalenza" sia possibile tracciare un parallelismo con l'esperienza del diritto civile ove, ormai da tempo, si parla di risarcimento del danno per equivalente e debito di valore. Sia che si tratti di risarcimento in forma specifica che di risarcimento per equivalente, *"la funzione della responsabilità civile è considerata la restaurazione di un equilibrio preesistente turbato dalla condotta illecita di un soggetto"*²³⁵; nessuno dubiterebbe, né dubita dell'identità funzionale-ontologica delle due forme ripristinatorie. Altrettanto dovrebbe accadere per quanto riguarda le confische dirette e le sue forme per equivalente²³⁶. In entrambe le ipotesi, infatti, la riconducibilità della figura alla materia penale dovrebbe esser vagliata verificando la funzione meramente ripristinatoria o ultra-compensativa dello strumento nel caso concreto, abbandonando inappropriata generalizzazione²³⁷.

sussistere". Cionostante, l'A. propende per la natura penale della forma confiscatoria per equivalente quanto meno ai fini dell'estensione del principio di legalità, p. 168, nota 107.

²³³ Per la stessa opinione, seppur con riferimento esclusivo alla confisca di prevenzione, ma con motivazioni analoghe alle nostre e comunque replicabili con riferimento ad ogni forma ablativa, si veda FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato*, cit., p. 462 e 463, il quale afferma espressamente: *"A noi pare che non vi siano validi motivi per differenziare la natura giuridica della confisca diretta, di cui ci siamo essenzialmente occupati finora, da quella di valore. Anzitutto, ci pare irrazionale che la natura dell'istituto possa mutare in virtù di un'evenienza, quella della reperibilità del bene, del tutto legata alle caratteristiche del caso concreto. Ma soprattutto ci sembra che la confisca per equivalente risponda alla medesima logica – non penale – della confisca diretta: finché cioè l'effetto della misura è quello di portare il soggetto nella situazione patrimoniale in cui si troverebbe se non avesse commesso il reato, la funzione svolta dalla misura, direttamente o per equivalente, resta quella di neutralizzare-azzerare l'arricchimento illecito derivante dal reato"*. Nello stesso senso ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1690 e ss., il quale definisce *"arbitraria"* la distinzione tra confisca diretta e confisca per equivalente, in quanto giustificata muovendo da un'inesistente diversità teleologica.

²³⁴ Si veda AMISANO TESI, *Confisca per equivalente*, in *Leggi d'Italia*, 2008, p. 7.

²³⁵ AMISANO TESI, *Confisca per equivalente*, in *Leggi d'Italia*, 2008, p. 9.

²³⁶ Di particolare interesse appaiono, a questo proposito, delle datate pronunce di merito (Trib. Siracusa, 17 novembre 1980, in *Foro it.*, 1981, II, c. 369; Pret. Manduria, 13 ottobre 1981, in *Foro it.*, 1982, II, c. 211), secondo cui -in un momento nel quale l'ordinamento ancora non conosceva la forma ablativa per equivalente- *"l'attuazione della misura patrimoniale può realizzarsi anche mediante l'ottenimento di una somma «per equivalente», sorgendo a carico del reato, in seguito al provvedimento di confisca un'obbligazione ex delicto di dare, a norma dell'art. 1173 c.c."*. L'orientamento, non condivisibile allo stato della disciplina, consente di rilevare l'affinità funzionale tra le due forme confiscatorie, ridimensionando radicalmente il requisito della pertinenzialità.

²³⁷ Per una tendenziale identità funzionalistica tra confisca diretta e confisca per equivalente depone anche l'impostazione sottesa alla Convenzione di Strasburgo del 1990, la quale, *"in tutta la sua estensione normativa risulta percorsa dall'assimilazione, ben fondata sul piano teleologico, della*

A questo proposito, sembra opportuno rimarcare come, nella maggior parte delle ipotesi, la riconducibilità delle misure per equivalente alla materia penale abbia avuto quale principale effetto quello di irrigidire il regime applicativo²³⁸. In questo senso, è, di per certo, significativo l'orientamento formatosi in tema di confisca per equivalente e concorso di persone nel reato. Il ravvisare, in essa, una misura punitiva ha spesso giustificato la possibilità di apprendere, nei confronti di uno qualsiasi dei correi, l'intero ammontare del prezzo o profitto del reato, a prescindere dalla circostanza che egli avesse tratto alcun beneficio dal reato, ed *a fortiori* dall'ammontare dell'eventuale beneficio ottenuto²³⁹.

Il rifiuto della natura necessariamente penale²⁴⁰ della confisca per equivalente pare, allora, essere, oltre che più coerente sul piano sistematico, anche conforme alle esigenze garantistiche.

Individuati i riflessi della riconducibilità al diritto civile della ablazione dei *producta sceleris*, è possibile spostare l'attenzione sull'altra categoria ablativa contemplata dall'art. 240 c.p., quella relativa agli strumenti del reato. Anche in questo caso l'obiettivo è quello di individuare un inquadramento alternativo delle figure ad essa riconducibili il quale, esclusa l'invocabilità delle misure di sicurezza in quanto tali, possa giustificare una disciplina derogatoria rispetto ai principi penalistici. Anche in questa ipotesi si cercherà, pertanto, di individuare quale sia l'istituto civilistico più affine alla figura in esame, rimarcando altresì i confini dell'affinità, e verificando,

«confisca di beni» alla «confisca di valore»», FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., p. 115.

²³⁸ Nello stesso senso, NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., p. 152, il quale, circoscrivendo la critica alla giurisprudenza, ha affermato che “il riconoscimento di una funzione più marcatamente punitiva/sanzionatoria alla confisca per equivalente ha costituito la premessa necessaria per poter ammettere un risultato di particolare incisività sul piano repressivo”; MAUGERI, *Confisca* (voce), cit., p. 213, che esprime “il timore che proprio l'attribuzione di natura punitiva alla confisca per equivalente ha scatenato questi usi distorti della stessa trasformandola da misura di riequilibrio economico in un pericoloso strumento punitivo, applicato al di fuori del rispetto dei principi garantistici del sistema penale”.

²³⁹ Cfr. Cass., 16 gennaio, Napolitano, cit.; Cass. 14 giugno 2006, Chetta; Cass., 28 luglio 2009, Alloum; ed in particolare, Cass., 6 luglio 2006, Carere, in cui, la portata deterrente della misura è accentuata dalla considerazione per cui la riconosciuta natura sanzionatoria non trasforma la confisca in pena *tout court*, dalla quale si fa derivare l'inapplicabilità ad essa dal principio di proporzionalità tra *quantum ablato* e contributo concorsuale.

²⁴⁰ Per un atteggiamento di apertura in merito alla possibilità di ricondurre anche gli strumenti per equivalente nell'ambito delle misure civili MUCCIARELLI, *Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, in PALIERO - VIGANÒ - BASILE - GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, II, p. 1172.

inoltre, entro quali limiti la misura ablativa possa costituire una risposta adeguata e proporzionata al soddisfacimento della perseguita finalità.

In quest'ordine di idee, è necessario prendere le mosse dall'analisi della effettiva consistenza delle fattispecie riconducibili allo strumento reale in esame.

Come si è già avuto modo di rimarcare nelle pagine precedenti, il *focus* di questa ipotesi ablativa è costituito dall'impiego per finalità illecite di un bene lecito, del quale il soggetto può legittimamente disporre²⁴¹. A questo proposito può rivelarsi particolarmente utile richiamare quanto affermato, in relazione all'omologo istituto statunitense del *instrumentality forfeiture*, dal giudice Kennedy nella *concurring opinion* che ha accompagnato la pronuncia *Ursery*²⁴². Il giudice per giustificare l'inapplicabilità all'istituto del nostro principio del *ne bis in idem*, trascurando la natura penale o meno della figura, ne fotografa l'essenza parlando espressamente di sanzione collegata al "*misuse of the property*" aggiungendo poi "*the theory is that the property, whether or not illegal or dangerous in nature, is hazardous in the hands of this owner because either he uses it to commit crimes or allows others do so. The owner can be held accountable for the misuse of the property*".

Queste riflessioni non possono che evocare nell'interprete l'istituto, ormai unanimemente accolto dalla dottrina civilistica, dell'abuso del diritto.

È chiaro, infatti, come in questo caso ci si trovi dinanzi all'esercizio di un diritto soggettivo (in senso ampio, sia esso, dunque, una libertà, un potere, una facoltà, etc.), attribuito in via generale ed astratta dal diritto oggettivo, che è giudicato

²⁴¹ La teoria secondo cui il diritto alla proprietà privata poteva essere negato al trasgressore delle regole relative all'utilizzo di quel bene affonda le sue radici in tempi lontani; una sua prima applicazione è rinvenibile nella confisca dell'imbarcazione e delle merci illecitamente trasportate prevista dal Navigation Acts del 1660, sul tema si rinvia a FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato*, cit., p. 304 e ss.

²⁴² Ci si riferisce a *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267, 1996. La sentenza, autentico *leading case* in materia, si è occupata di verificare se l'applicazione del *civil forfeiture* sia preclusa, dalla *double jeopardy clause* di cui al V emendamento del *Bill of Rights*, laddove per il reato al quale sono ricollegabili i beni sia già intervenuta una condanna penale. La pronuncia, inaugurando un orientamento tutt'ora consolidato esclude l'operatività della clausola nel caso di specie, nonostante con un provvedimento di poco antecedente [*Austin v. United States*, 509 U.S. 602 (1993)], fosse stata sostenuta la natura penale della confisca in esame per ricondurla alla clausola dell'*excessive fines clause* di cui all'VIII emendamento. È interessante la motivazione. Sul tema si rinvia per una complessiva ricostruzione a CASSELLA, *The Uniform Innocent Owner Defense to Civil Asset Forfeiture*, in *Kentucky Law Journal*, 2001, p. 67 e ss.

giuridicamente inammissibile, poichè espresso, per l'appunto, attraverso una condotta "in qualche senso antigiuridica"²⁴³.

Come può desumersi dal frammento della *concurring opinion* ora riportato, la funzione che la misura ablativa si propone di perseguire, in questi casi, è evitare che il proprietario del bene possa reimpiegarlo, nuovamente a fini illeciti. Viene, pertanto, in rilievo la finalità preventiva²⁴⁴, intesa come mera incapacitazione (e non rieducazione): ciò che è necessario domandarsi, è entro quali limiti la sottrazione della *res* possa essere giustificata dal perseguimento di una finalità meramente preventiva, in particolare con riferimento a quelle ipotesi in cui l'incapacitazione potrebbe essere soddisfatta con l'impiego di strumenti, probabilmente più adeguati, e notevolmente meno afflittivi.

La deroga ai principi penalistici, nel caso degli *instrumenta sceleris*, è spesso difficilmente giustificabile. Di frequente, infatti, l'ablazione del bene impiegato per il reato si sostanzia in una misura punitiva, proprio perchè il mezzo eccede il fine perseguito.

Non sorprende, pertanto, che proprio in questa materia siano sorti, nella giurisprudenza nord-americana, i principali problemi in tema di proporzionalità della misura, che hanno condotto all'elaborazione di criteri per parametrarla²⁴⁵.

Nell'ordinamento nazionale, invece, si è cercato di ovviare alla problematica ricostruendo nel modo più stringente possibile la classe delle "cose che siano servite o siano state destinate a commettere il reato": secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale (che pare essere) maggioritario, infatti, gli strumenti, per essere tali, devono essere legati all'esecuzione del reato *da un nesso essenziale e non meramente*

²⁴³ Per questa definizione dell'abuso del diritto PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, n. 24, p. 161, il quale parla genericamente di "problematica del «right to wrong»".

²⁴⁴ MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea: la garanzia al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, fasc. IV, p. 1900 e ss., nelle quali l'A. si preoccupa di chiarire la polisemia che caratterizza il concetto di prevenzione, che come è noto viene spesso ricompreso tra i fini della pena. Egli, in particolare, dall'analisi della giurisprudenza della Corte edu, ricava due diverse significati del termine: secondo un primo orientamento, infatti, "tale finalità appare affidata essenzialmente all'effetto monitorio delle sanzioni, in quanto volto a dissuadere il reo dal commettere nuovi illeciti in ragione della sofferenza subita", per un altro, invece "l'idea di prevenzione sintetizza esigenze di neutralizzazione della pericolosità (soggettiva o reale)". L'argomento sarà ripreso e trattato con maggiore attenzione nel corso dell'ultimo capitolo.

²⁴⁵ Sull'argomento si veda, ampiamente, FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato*, cit., p. 360 e ss.

«occasionale»²⁴⁶, risultando indispensabili per la sua esecuzione. Tra la cosa e il reato deve sussistere, pertanto, un rapporto di «asservimento», che non può appiattirsi sulla circostanza che la *res* sia stata, nel caso di specie (stante le caratteristiche della singolo caso), *condicio sine qua non* dell'illecito, ma deve comportare “*uno stretto nesso strumentale che riveli effettivamente la possibilità futura del ripetersi di una attività punibile*”²⁴⁷. La misura non svolgerà una funzione punitiva nelle limitatissime ipotesi in cui la *res* abbia acquisito connotati tali, per cui, il suo impiego non possa che comportare la commissione di un reato²⁴⁸. In tutte le altre ipotesi, invece, l'incapacitazione potrà essere raggiunta con misure sanzionatorie meno incisive, che non implicino la definitiva sottrazione della cosa al suo proprietario²⁴⁹, pena la necessaria applicazione del paradigma normativo della materia penale.

Il parallelismo tra le figura confiscatoria in esame e l'istituto dell'abuso del diritto ci consente, quindi, di proporre, in una prospettiva *de iure condendo*, l'impiego di forme di tutela reale²⁵⁰, disegnate sui caratteri delle diverse ipotesi alle quali ricorrere al fine di evitare che la sanzione produca un indesiderato effetto punitivo in tutti quei casi in cui non sia ravvisabile quel nesso di necessario asservimento giustificante l'ablazione della *res*.

2.4 La confisca civile.

Nelle pagine precedenti si è cercato di applicare i risultati raggiunti nella prima parte del lavoro, in relazione alla collocazione dogmatica degli strumenti sanzionatori,

²⁴⁶ Cass., sez. feriale, 22 agosto 2013, n. 35519.

²⁴⁷ Cass., 10 marzo 2008, n. 25793, richiamata anche da MAUGERI, *Confisca* (voce), *cit.*, p. 194.

²⁴⁸ A questo proposito è significativo quanto statuito nella pronuncia Cass., 10 febbraio 1994, in *Giur. it.*, 1995, II, c. 96, la quale ha escluso la confiscabilità di un'autovettura nella quale era stata rinvenuta della droga stante l'assenza di “*particolari accorgimenti insidiosi*” e non essendo state rilevate modifiche strutturali tali da denunciare un permanente asservimento della *res* all'attività illecita.

²⁴⁹ In quest'ordine di idee, non si può condividere l'opinione espressa da una parte della giurisprudenza in tema di confisca urbanistica. Secondo questa ricostruzione, infatti, la natura punitiva della misura si dovrebbe escludere ogni qualvolta l'ablazione sia circoscritta ai terreni effettivamente interessati dal frazionamento o dalla lottizzazione. In realtà questa circostanza, di per sè, nulla dice circa la possibile reiterazione dei fatti illeciti. Per evitarla, a seconda della situazioni, potrebbe essere più che sufficiente la semplice modifica dello stato dei luoghi, senza dover necessariamente sottrarre il bene dalla disponibilità del soggetto.

²⁵⁰ Sul tema si veda BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in www.comparazioneDirittoCivile.it, p. 28 e ss.

alla confisca, avendo cura di individuare, con riferimento alle principali categorie ablativo, i criteri da impiegarsi per disvelare la natura punitiva o meno della singola ipotesi.

A questo punto pare, però, opportuno dedicare un, seppur breve, approfondimento ad una tematica più volte evocate nei discorsi che precedono. In particolare, concentrando la nostra attenzione sulla confisca dei proventi del reato (stante la centralità da questa acquisita, negli anni, nella lotta alla criminalità, anche a livello internazionale) nelle righe che seguono si cercherà di comprendere a quale istituto civilistico sia riconducibile, quanto meno in via di approssimazione, la misura ablativa in questione, al fine di verificare quali siano i meccanismi ed i principi che la governano.

A tal fine, il punto di partenza irrinunciabile è costituito dall'analisi del retroterra culturale sotteso alla tematica che si tratta. Come segnalato unanimemente dalla dottrina, questa figura confiscatoria è il principale punto di emersione di uno degli *imperativi categorici della politica criminale contemporanea, il diktat "il delitto non paga"*²⁵¹. La *policy* non codificata, è, ormai, divenuta una *"parola d'ordine strisciante"*, fondante l'introduzione di misure sempre incisive nel contrasto alla ricchezza illecita²⁵². Essa è chiara espressione di un'opzione legislativa propensa alla introduzione e diffusione, anche nel diritto criminale, di un programma riparativo, che non sia vendicativo, ma ripristinatorio²⁵³. La circostanza che lo tale strumento ablativo svolga, o quanto meno si proponga di svolgere, una funzione meramente ripristinatoria trova conferma nell'acuta osservazione secondo cui esso tende semplicemente a riportare il patrimonio di un soggetto "a somma zero"²⁵⁴. La riparazione può, dunque,

²⁵¹ MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, cit., p. 1260.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ In questo senso DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in PALIERO - VIGANÒ - BASILE - GATTA (a cura di), *La pena, ancora, cit.*, p. 595. L'A. sottolinea come così facendo *"l'ordinamento metta in primo piano la risposta riparativa al delitto, anziché quella repressiva"*. A questa tendenza normativa può ricondursi anche la valorizzazione in sede penale-ambientale degli obblighi di bonifica e ripristino, portato del principio comunitario "chi inquina paga". Per una matrice comune dei due principi *"crime doesn't pay"* e "chi inquina paga" si veda RUGA RIVA, *Bonifica e ripristino nel diritto penale dell'ambiente. Il ruolo delle condotte riparatorie nelle dinamiche della punibilità e la natura degli obblighi ripristinatori*, in PALIERO - VIGANÒ - BASILE - GATTA (a cura di), *La pena, ancora, cit.*, p. 739.

²⁵⁴ La fortunata espressione è stata impiegata per la prima volta da TRINCHERA, *Lo statuto costituzionale e convenzionale della confisca della ricchezza illecita* (tesi di dottorato), 2016, p. 240. Questa è stata poi riutilizzata, anche in relazione ad altri istituti, per indicare, in maniera ampia, quelle sanzioni patrimoniali, connesse al reato, il cui ammontare è determinato avendo come principale riferimento

ammettere anche spazi di attuazione coattiva da parte dello Stato²⁵⁵, ed anzi, l'evoluzione della materia dimostra come essa imponga un'attuazione coattiva qualora il fatto illecito assurga a reato (proprio a causa del rilievo ultra-individualistico della vicenda implicito nel coinvolgimento dell'armamentario penalistico).

Anche da queste ultime considerazioni si coglie, con semplicità, la vicinanza concettuale che sussiste tra gli strumenti volti alla sottrazione dei *producta sceleris* e il sistema sanzionatorio civilistico. Ciò che non è, invece, ancora chiaro è a quale settore, o meglio ancora, a quale istituto civilistico essi siano riconducibili.

La dottrina che si è occupata del tema ha quasi sempre ricostruito il fondamento della sanzione sovrapponendo e mescolando principi e *ratio* riconducibili ad istituti civilistici tra loro ben distanti. L'indebita commistione non può che fomentare le difficoltà interpretative già insite in una figura sanzionatoria di confine ed amorfa. Si deve allora tentare di fare un poco di chiarezza sul tema.

A tal fine, è opportuno prendere avvio da quella che pare, ad oggi, essere la definizione più comunemente adoperata qualora si tratti di confisca civile: strumento volto a “*garantire la sottrazione dell’ingiustificato arricchimento, una volta accertato il fatto tipico fonte, non rappresentando il reato un legittimo titolo di acquisto di beni, avente natura compensatoria*”²⁵⁶. La natura compromissoria della definizione è palese; per giustificare la natura esclusivamente ripristinatoria della misura l'autore ricorre a ben tre diversi istituti civilistici: l'azione generale di ingiustificato arricchimento, l'invalidità negoziale, ed infine, evocando il fine compensativo, il risarcimento del danno.

quanto indebitamente percepito dal reo. A questo proposito si veda BENUSSI, “*Riparazione pecuniaria: una riscoperta o la metamorfosi di un remoto istituto?*” in PALIERO - VIGANÒ – BASILE – GATTA (a cura di), *La pena, ancora, cit.*, p. 741, il quale riconduce a questa categoria anche il neo introdotto istituto della riparazione pecuniaria (disciplinato dall'art. 322-*quater*), pur riconoscendogli una “*chiara funzione di deterrenza, che finisce per trasformare l’originaria sanzione di natura civilistica ... in una vera e propria sanzione penale*”. Questa considerazione pare fondarsi sul, già suggerito, abbandono di un approccio meramente atomistico nello studio del profilo teleologico degli istituti.

²⁵⁵ DONINI, *Compliance, negoziabilità e riparazione dell’offesa nei reati economici*, *Ibidem*, p. 597, in cui l’A. si preoccupa di sottolineare l’esigenza che lo strumento riparatorio sia devoluto in favore della vittima del reato. Della questione si dirà poi nel prosieguo.

²⁵⁶ In questo senso espressamente MAUGERI, *Confisca* (voce), *cit.*, p. 203 e 204, con esplicito riferimento alla confisca speciale. La medesima definizione è poi richiamata da FINOCCHIARO, *La confisca “civile” dei proventi da reato*, *cit.*, p. 437 e da VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano*, in PALIERO - VIGANÒ – BASILE – GATTA (a cura di), *La pena, ancora, cit.*, p. 904, con riferimento alla confisca di prevenzione.

Per le ragioni che si avrà modo di spiegare in queste pagine, la ricostruzione maggiormente condivisibile, a nostro avviso, è quella che riconduce la sanzione ablativa nell'ambito del principio che vieta ingiustificati arricchimenti. Prima di illustrare le argomentazioni poste a fondamento dell'opzione ricostruttiva prescelta, si passeranno in rassegna le alternative scartate, individuando i motivi che ne ostacolano l'accoglimento.

Secondo un primo orientamento, la sottrazione del bene ottenuto attraverso il reato sarebbe giustificata dall'impossibilità di configurare, in capo a colui che lo ha commesso, una valida situazione giuridica soggettiva. Il crimine non potrebbe, infatti, mai costituire un legittimo titolo d'acquisto, per cui la proprietà del bene non sarebbe mai stata acquisita dal reo.

Ebbene questa impostazione è, chiaramente, figlia di una ricostruzione dei rapporti tra reato e contratto ormai da tempo abbandonata; essa presuppone l'illegalità di qualsiasi contratto la cui conclusione sia anche solo latamente connessa ad un fatto penalmente sanzionato²⁵⁷.

La giustificazione teorica della ricostruzione dovrebbe essere individuata nel disposto del primo comma dell'art. 1418 c.c.: ogni norma incriminatrice sarebbe, altresì, una norma imperativa, dalla cui violazione discenderebbe, necessariamente (escluse le limitate eccezioni espressamente stabilite dalla normativa civilistica) la nullità del contratto (in particolare di quello traslativo), pertanto, geneticamente e definitivamente privo di effetti.

La tesi non può condividersi. La dottrina ha ormai da tempo chiarito come questa ricostruzione dei rapporti tra reato e contratto si basi su una ingiustificata generalizzazione che, trascurando le caratteristiche strutturali delle fattispecie incriminatrici – e le difformità tra queste sussistenti – non consente di comprendere quali siano le effettive ripercussioni della violazione della norma penale sulla struttura contrattuale. L'analisi del diritto positivo ha consentito di apprezzare come, sovente, le ragioni del disvalore penale della condotta criminosa non coincidano con i fatti costituenti cause di invalidità del negozio. Spesso, infatti, la disposizione incriminatrice non ha ad oggetto il negozio in quanto tale, bensì condotte, che seppur

²⁵⁷ La tesi è sostenuta da FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, Milano, 1934, p. 335; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, II, Milano, 1947, p. 236; FOSCHINI, *Delitto e contratto*, in *Arch. pen.*, 1953, p. 72; DOLCE, *Considerazioni sul contratto penalmente illecito*, in *La scuola positiva*, 1959, p. 235.

ad esso connesse, se ne discostano, ponendosi, con il negozio, in un rapporto di alterità. In quest'ordine di idee, è dunque necessario servirsi della suddivisione, ormai generalmente accolta, tra reati-contratto e reati in contratto²⁵⁸. La nullità virtuale può ravvisarsi solo con riferimento alle fattispecie riconducibili alla prima categoria; solo in queste ipotesi, infatti, la norma incriminatrice, vietando il risultato pratico perseguito attraverso il negozio, configura, altresì, una norma imperativa *ex art. 1418 c.c.*²⁵⁹

La situazione muta, radicalmente, qualora ci si riferisca, invece, ai delitti ricompresi nella seconda categoria. Come si è già avuto modo di anticipare, infatti, nei reati in contratto il disvalore penalistico non si appunta sulla stipulazione in quanto tale, ma su comportamenti tenuti da una parte contrattuale (di norma a danno dell'altra) nel corso della contrattazione.

La dottrina più avveduta ha avuto modo di rimarcare come sia la stessa disciplina civilistica dell'invalidità ad escludere *“che dalla struttura astratta della fattispecie appartenenti a questa seconda categoria di reati possa desumersi l'illegalità del contratto”*²⁶⁰. A tal fine è sufficiente osservare che la nullità, in quanto tale, di qualsiasi specie essa sia, è un vizio intrinseco dell'atto: essa discende da un'imperfezione della fattispecie concreta, la quale non corrispondendo al modello normativo non viene riconosciuta dall'ordinamento, degradando ad un mero *quid facti*. Niente di tutto ciò accade nel caso in cui il reato sia commesso nella fase delle trattative. In queste ipotesi, in cui, lo si ribadisce, l'accordo è strutturalmente perfetto, possono, tutt'al più, ravvisarsi delle alterazioni nella formazione della volontà contrattuale dei contraenti; alterazioni sanzionate dal diritto civile ricorrendo ad istituti

²⁵⁸ Per una più completa ricostruzione dei possibili rapporti tra reato e contratto si veda MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 37 e ss., il quale distingue quattro diverse categorie: 1) reati che presuppongono un contratto (ad es. appropriazione indebita); 2) reati che consistono nella conclusione di un contratto (reati-contratto); 3) reati commessi nella conclusione di un contratto (reati in contratto); 4) reati commessi nella esecuzione di un contratto. Ai nostri fini, la prima ed ultima ipotesi non rilevano, non essendo in grado di avere ripercussioni sul meccanismo acquisitivo.

²⁵⁹ In termini ancora più chiari, LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 1051, che afferma espressamente *“il divieto posto dalla legge si appunta, in queste ipotesi, proprio sulla stipulazione di un determinato negozio (o sulla realizzazione di taluno dei suoi risultati pratici) e la ragione di tale divieto attiene alla finalità economico sociale del negozio, in quanto lesiva dell'interesse tutelato, o contraria allo scopo perseguito dal legislatore mediante l'incriminazione”*.

²⁶⁰ LEONCINI, *Ibidem*, p. 1056.

diversi dalla nullità²⁶¹. Pertanto, il contratto, in questi casi, produce di norma i suoi effetti (talvolta instabili), per cui il reo acquista la proprietà, seppur provvisoriamente, della *res* trasferitagli.

La giustificazione dogmatica della misura ablativa non può, dunque, derivare dal *deficit* di titolarità. Né è il caso che ciò accada. Alla non divisibilità teorica dell'impostazione si sommano, infatti, i non irrilevanti inconvenienti pratici che da essa deriverebbero. L'ingiustificata commistione tra giudizi penalistici e civilistici determinerebbe una eccessiva instabilità degli acquisti che non potrebbe che ripercuotersi, negativamente, sulla sicurezza dei traffici²⁶².

Inoltre, l'impostazione, tesa a valorizzare la situazione dominicale relativa ad un determinato bene, mal si concilia con le più recenti evoluzioni in materia. La diffusione della confisca per equivalente, il progressivo superamento del nesso di pertinenzialità, così come la crisi che ha investito la categoria generale delle misure di sicurezza, fanno propendere per l'abbandono degli approcci materialistici fondati sull'individualità della *res*. La nuova dimensione dell'istituto impone, trascurate le sorti del singolo bene, l'accoglimento di una sua declinazione patrimonialistica²⁶³,

²⁶¹ Spesso, il diritto civile ricollega a condotte di tal sorta la sanzione dell'annullabilità. È, però, opportuno rimarcare come la sovrapposizione tra i comportamenti penalmente rilevanti e le cause di annullamento sia spesso parziale. Si prenda come esempio la truffa. Nonostante sussista una forte similitudine tra “gli artifici e i raggiri”, integranti la fattispecie delittuosa, ed il dolo civilistico, non da ogni truffa contrattuale scaturisce un contratto annullabile. Ad esempio, se per l'integrazione della fattispecie criminosa è sufficiente il c.d. dolo incidente (quello, che secondo il disposto dell'art. 1440 c.c., non è tale da determinare il consenso), non altrettanto può dirsi per l'annullamento del contratto. Esso può essere disposto solo nei casi di dolo determinante, in relazione ai quali, in assenza della condotta decettiva, il contratto non si sarebbe concluso. Il dolo incidente, nell'ottica civilistica può, al massimo, far sorgere un'obbligazione risarcitoria. Altri profili di divergenza possono essere ravvisati, nell'irrelevanza, ai fini penalistici, del disposto di cui al secondo comma dell'art. 1439 c.c., così come nel diverso atteggiarsi del giudizio circa l'idoneità ingannatoria della condotta nei due settori. Sul tema vedi ampiamente, anche con riferimento ad altre ipotesi di reato in contratto, LEONCINI, *Ibidem*, p. 1058 e ss.

²⁶² A tal proposito si veda BLANCO CORDERO, *Modern forms of confiscation and protection of third parties*, in LIGETI-SIMONATO, *Chasing Criminal Money. Challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Hart, 2017, p. 143 e ss., che proprio muovendo dalla tesi per cui il reato non può costituire un modo legittimo di acquisto della proprietà, ed invocando la *relation back doctrine*, giunge a sostenere la nullità del trasferimento del provento del reato a terzi, propri applicando il principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. La questione verrà trattata più approfonditamente nel par. 2.7.

²⁶³ La tesi è confermata, altresì, dal dottrina e giurisprudenza tedesca in materia di *Verfall*, le quali accedono alla concenzione ‘economica’ del patrimonio (inteso come somma dei beni e rapporti economicamente valutabili del soggetto) che ha ormai soppiantato quella giuridica. Sul tema FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., p. 93, in particolare nota 16.

fondata sul mero raffronto delle consistenze patrimoniali dell'imputato *pre e post delictum*²⁶⁴.

Altrettanti, e di ugual peso, sono i motivi che ostacolano l'accoglimento dell'opzione ermeneutica che ravvisa nella confisca un omologo del risarcimento del danno extracontrattuale. Sovente, nei discorsi in materia, in particolare in quelli di matrice anglo-americana, si sostiene che l'ablazione dei profitti illeciti sia un modo per compensare i danni subiti dallo Stato in seguito alla condotta illecita²⁶⁵.

La tesi, seppur suggestiva, appare di difficile praticabilità. Limitandoci, semplicemente, ad osservare la struttura dei due istituti, si può, senza fatica, rilevare come essi regolino realtà empiricamente, non solo diverse, ma più che altro contrapposte²⁶⁶. Mentre nel rimedio risarcitorio l'attenzione si appunta, in via esclusiva, sul danneggiato e sulla diminuzione subita dal suo patrimonio, la prospettiva si ribalta qualora ci si concentri sullo strumento ablativo. Questo, al contrario, ha, infatti, come referente esclusivo l'autore del reato e l'incremento subito dal suo patrimonio per mezzo della condotta delittuosa. L'antitesi ora evidenziata replica, del

²⁶⁴ Per queste ragioni, non può esser condiviso l'auspicio espresso da una parte della dottrina, VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca*, cit., p. 904, nota 34, che auspica, in una prospettiva *de iure condendo*, che "le regole in materia di confisca dei proventi del reato vengano concepite come regole civilistiche sull'invalidità originaria dell'acquisto di denaro o beni tramite determinate attività criminose, che come tali si affianchino, segnatamente, alle regole già oggi previste dal codice civile in materia di nullità e annullabilità del contratto".

²⁶⁵ In questo senso, nell'ordinamento nazionale, Cass., sez. un., 23 novembre 1946, Ricci, in *Giust. pen.*, 1946, III, c. 728 ss., in cui la Suprema Corte, seppur riferendosi ad una confisca generale, parla di "sanzione civile specifica" avente anche la funzione di risarcire il danno cagionato alla collettività; in dottrina, POMPEO, *Confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà*, Milano, 2013, p. 156 e ss., la quale, richiamando l'arricchimento senza causa, parla di misura diretta ad un fine sostanzialmente compensativo-riparatorio della collettività; VERGINE, *Confisca* (voce), cit., p. 16, in cui l'A. accosta la confisca per equivalente al risarcimento del danno. Nel panorama internazionale, NKECHI, *Civil forfeiture vs. Civil liberties*, in *New York Law School Law Review*, 1994, vol. 39, p. 96 e ss., che nel ripercorrere le tappe della *civil forfeiture* evidenzia come, fin dalle prime applicazioni, la diffusione di questa *actio in rem* è stata giustificata ravvisando in essa un modo per compensare il governo dalle offese arrecategli attraverso l'attività illecita; per un discorso simile, seppur con riferimento all'ablazione delle c.d. *facilitative property* (paragonabili, nonostante si tratti di una categoria ben più ampia, ai nostri *instrumenta sceleris*), POLLOCK, *Proportionality in civil forfeiture: toward a remedial solution*, in *The George Washington Review*, 1994, vol. 62, p. 479, il quale ritiene che la proporzionalità della figura, e la sua riconducibilità alla materia civilistica, possa essere garantita limitando la confisca "to an amount no greater than necessary to compensate the government for its direct damages, as well as the costs of investigation and prosecution". La ricostruzione è dotata di particolare interesse individuando tra i danni risarcibili attraverso lo strumento ablativo anche le spese sostenute dal governo per la repressione del crimine.

²⁶⁶ In forma dubitativa MAZZACUVA, *Il recupero dei capitali illeciti: un vero 'terzo binario'?* in GIULLO-MAZZACUVA (a cura di), *Ricchezza illecita ed evasione fiscale. Le nuove misure penali nella prospettiva europea*, Casucci, 2016, p. 61 ss., il quale si domanda se i concetti di "eliminazione del vantaggio" e "risarcimento" siano sovrapponibili.

resto, il contrasto, più volte rimarcato nel corso del primo capitolo, tra approccio penalistico ed approccio privatistico. La circostanza trova, inoltre, conferma nell'istituto, "ibrido", dei *punitive damages*. Quando, infatti, come in questo caso, il *quantum* risarcibile si discosti dal danno effettivamente arrecato all'offeso - estendendosi fino a ricomprendere quanto ottenuto, attraverso la condotta illecita, dal danneggiante²⁶⁷ - l'istituto si trasforma in un *quid*, simile, ma altro rispetto al risarcimento *stricto sensu* inteso. Nello stesso senso (ovvero quello dell'alterità tra i due strumenti) depone, inoltre, la normativa in materia di responsabilità degli enti, e segnatamente il disposto dell'art. 19 d.lgs. 231/2001. Questa norma, nel disciplinare la confisca del profitto e del prezzo del reato da disporsi nei confronti dell'ente in caso di condanna, con una previsione assolutamente originale per l'ordinamento nazionale, circoscrive l'entità della misura a quanto residua a seguito delle restituzioni che spettano al danneggiato. La disposizione non può, dunque, che confermare la profonda diversità che sussiste tra i due strumenti ripristinatori; qualora, infatti, il legislatore avesse preso le mosse dall'assunto della coincidenza dei due istituti, non si sarebbe limitato a regolarne il concorso. Come in tutti i casi di concorso apparente di norme, egli avrebbe, senza dubbio, escluso l'operatività di uno dei due.

Una volta individuate le ragioni che ostano all'accoglimento delle opzioni ermeneutiche adesso citate, è necessario dedicarsi alla tesi ricostruttiva che si intende proporre. Negli ultimi anni, la confisca dei *producta sceleris* è stata accostata, in dottrina²⁶⁸ ed in giurisprudenza²⁶⁹, all'azione generale di arricchimento. Molto spesso,

²⁶⁷ Si è già evidenziato come nei paesi in cui ha avuto origine, l'istituto ha avuto ampia diffusione in quelle fattispecie in cui il guadagno procurato dalla condotta illecita superava di gran lunga il danno cagionato. In questi casi, il limitare l'obbligazione risarcitoria, secondo lo schema compensativo puro, al solo danno effettivamente arrecato appariva contrario ad elementari logiche di analisi economica del diritto. In queste ipotesi, pertanto, anche l'istituto dei danni punitivi veicola il medesimo messaggio veicolato dalla confisca dei profitti: occorre evitare che l'illecito sia fonte di un vantaggio per il suo autore.

²⁶⁸ In questo senso, FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., p. 95, nota 25, in, riferendosi alla *Verfall* tedesca cita EBERBACH, *Zwischen Sanktion und Prävention*, in *NSiZ*, 1987, p. 490, il quale, a sua volta sottolinea il parallelismo di funzione e struttura tra la misura ablativa e l'arricchimento senza causa; MAUGERI, *Confisca* (voce), cit., p. 193 (in cui parla di "sorta di corrispondente penalistico dell'istituto civilistico dell'arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c."); FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato*, cit., p. 438 e ss., in cui l'argomento viene ampiamente trattato, ma con riferimento alla confisca di prevenzione. Nell'ordinamento inglese, MITCHELL – HINTON - TAYLOR, *Confiscation*, cit., p. 1, in cui nonostante il richiamo all'ingiustificato arricchimento, si incorre nella già segnalata confusione tra questo ed il risarcimento del danno alla collettività.

²⁶⁹ Ci si riferisce alla giurisprudenza della Corte eu ed, in particolare, alla sentenza adottata il 10 luglio 2017, *Dassa Foundation and Others against Liechtenstein*, in cui i giudici escludono l'allegata

però, il paragone viene proposto in maniera superficiale, trascurando le necessarie precisazioni. Il raffronto tra gli strumenti ablativi e la disciplina di cui agli artt. 2041 e seguenti del codice civile disvela, infatti, numerose divergenze; si impone, pertanto, un approfondimento che si proponga di verificare in quale misura le riscontrate differenze costituiscano un effettivo impedimento.

Il combinato disposto degli artt. 2041 e 2042 c.c. individua ben cinque elementi costitutivi dell'azione di arricchimento: 1) l'arricchimento; 2) il danno; 3) la correlazione tra danno ed arricchimento; 4) la mancanza di giusta causa; 5) la mancanza di altra azione stabilita dalla legge²⁷⁰. Trattandosi di un istituto di chiara matrice privatistica, inoltre, l'azione presuppone la libera iniziativa del privato danneggiato. Trascurando per il momento i necessari adattamenti imposti dalla presenza, in relazione alla sanzione della confisca, di interessi sovraindividuali (non circoscrivibili nell'ambito della sfera giuridica di un unico soggetto), emerge, *ictu oculi*, come il principale *discrimen* tra lo strumento penalistico (poichè previsto dalla normativa penale, per l'appunto) e quello civilistico sia costituito dal requisito del danno. Esso impedirebbe, infatti, di neutralizzare i vantaggi causati dall'illecito penale in tutte quelle ipotesi in cui esso (l'illecito per l'appunto) non abbia determinato anche una diminuzione del patrimonio di un altro soggetto²⁷¹. Inoltre, l'equiparazione sarebbe preclusa anche dall'unanime accoglimento, nella dottrina e giurisprudenza civilistica, del c.d. principio di sussidiarietà in astratto. L'art. 2042 c.c., invero, subordinando la proponibilità dell'azione all'assenza di rimedi alternativi, circoscriverebbe l'ambito di operatività dell'istituto ai soli comportamenti *agiuridici*

violazione del principio di irretroattività *ex art. 7 par. 1 Cedu* proprio paragonando la *forfeiture* disciplinata dalla *section 20b §2* del codice penale del *Liechtenstein*. La Corte espressamente sostiene “*there are in fact several elements which make seizure and forfeiture, in the manner in which these measures are regulated under Liechtenstein law, more comparable to a restitution of unjustified enrichment under civil law... forfeiture is restricted to the actual enrichment of the beneficiary of an offence – a factor which distinguishes the present case from the case of Welch ... in which such a limitation did not exist*”, particolarmente rilevante, alla luce di quanto sostenuto precedentemente, è il riferimento al “*actual enrichment*” che non può che evocare il *Nettoprinzip*.

²⁷⁰ In questo senso, tra i tanti, GALLO, *Arricchimento senza causa. Artt. 2041-2042*, in SCHLESINGER-BUSNELLI, *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2003, X, p. 46; ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, p. 196.

²⁷¹ Per questa tesi MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, p. 194, nota 179, in cui l'A. afferma espressamente: “*infatti, anche l'azione residuale di arricchimento senza causa prevista dall'art. 2041 c.c. opera nel limite di un depauperamento di un altro soggetto e, pertanto, non potrebbe prestarsi a neutralizzare vantaggi ottenuti ingiustamente ai quali non corrisponda però una diminuzione nel patrimonio di un altro soggetto (unico interessato a presentare domanda giudiziale)*”.

che non siano, però, allo stesso tempo *antigiuridici*²⁷². Esclusa, dunque, la possibilità di ravvisare un ingiustificato arricchimento in tutti quei casi in cui l'autore agisca con dolo o colpa (la sussistenza dell'elemento soggettivo, infatti, richiamando l'elemento dell'illecito, ricondurre la fattispecie nell'area dell'art. 2043 c.c.), *a fortiori* esso non potrebbe esser chiamato in causa qualora si abbia a che fare con il fatto antigiuridico per eccellenza, il reato.

Nonostante la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria continuino ad attribuire un ruolo fortemente marginale all'ingiustificato arricchimento, non è mancato chi, in letteratura, spronato dagli spunti comparatistici, ha cercato di conferire alla disposizione il più ampio respiro che merita. Muovendo da quelli che sono i connotati precipui dell'azione, e ridimensionando i requisiti che derivano da una visione "*panaquiliana*", questa impostazione è riuscita a forgiare un istituto che pare rispondere, in modo più appropriato, alle dinamiche dell'illecito penale.

Il punto di partenza della auspicata rivisitazione è costituito, certamente, dalla valorizzazione dei caratteri essenziali del rimedio: la natura di causola generale e la sua autonomia rispetto alle altre fonti delle obbligazioni. Secondo la nuova impostazione dottrinale, infatti, proprio "*da questi due caratteri sembrerebbe possibile desumere la vigenza costante del divieto di arricchimento ingiusto, che ad onta della natura sussidiaria, non sembra ostacolata dalla possibilità di ricondurre la medesima fattispecie concreta sia nell'ambito restitutorio sia in quello aquiliano*". Pertanto, "*in questa prospettiva, l'art. 2041 c.c. si affiancherebbe all'art. 2043 c.c. e sarebbe di "sussidio" proprio a questa norma, arrogandosi, di fatto, una funzione riempitiva dei vuoti di tutela lasciati aperti dall'art. 2043 c.c., il quale non solo non può intervenire nei casi di buona fede (mancanza di dolo o colpa), perchè sanzionerebbe ingiustamente l'arricchito creando quello squilibrio che l'art. 2041 c.c. mira ad eliminare, ma non può essere chiamato in causa, neanche, se manchi un vero e proprio "danno"*"²⁷³.

Del resto, il requisito del danno – per la penalistica maggioritaria, l'ostacolo principale all'accoglimento della tesi – può essere minimizzato con semplicità. Solo la lettura della disposizione con le lenti dell'illecito civile ha, infatti, consentito di far

²⁷² Per questa espressione, SCHLESINGER, *Arricchimento (Azione di)*. *Diritto civile*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, I, p. 1006.

²⁷³ ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 357.

coincidere il requisito “*a danno di un'altra persona*” con il concetto di diminuzione patrimoniale. La dottrina più avveduta ha, infatti, avuto modo di precisare come il danno richiesto dall'art. 2041 c.c. sia ben diverso dal danno inteso secondo la concezione aquilana; pertanto, l'obbligazione indennitaria sorgerà ogni volta in cui “*vi è la lesione di una posizione giuridica meritevole di protezione: è la modalità di produzione della ricchezza che non trova riscontro nei fondamentali principi di giustizia, non la differenza tra danno e vantaggio*”²⁷⁴. E del resto proprio così la dottrina tedesca che ha sostenuto l'affinità, strutturale e funzionale, del *Verfall* all'arricchimento senza causa ha ricostruito il requisito del danno, sottolineando come “*ogni arricchimento prodotto da comportamenti penalmente illeciti avviene a costo, peraltro non necessariamente economico, degli interessi dei soggetti tutelati dalle norme violate*”²⁷⁵.

Lo stesso “*affiancamento*” è replicato, in maniera analoga, dagli artt. 240 c.p.²⁷⁶ e l'art. 185 c.p., i quali, secondo la ricostruzione che si sta cercando ora di proporre, non sarebbero altro che *lex specialis* delle corrispondenti disposizioni civilistiche generali, la cui specialità discenderebbe dagli adattamenti imposti dal *proprium* della materia penale. Il combinato disposto degli artt. 185 c.p. e 240 c.p. consentirebbe, quindi, di ricostruire lo statuto ripristinatorio della materia penale, la cui finalità è quella di ristabilire, dal punto di vista economico patrimoniale, la situazione antecedente al delitto. In conclusione, si deve, dunque, ritenere che gli strumenti ablativi volti sottrarre al reo quanto “*ingiustamente*” ottenuto dal reato non siano altro che espressione del principio generalissimo, accolto espressamente dal nostro ordinamento negli artt. 2041 e ss. del codice civile, che vieta trasferimenti di ricchezza che non siano compatibili con i principi generali dell'ordinamento (tra i quali non può che figurare il divieto di arricchirsi attraverso il reato). Del resto, qualificare l'art. 2041 c.c. come clausola generale significa riconoscerle “*un'eccedenza di*

²⁷⁴ ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 373.

²⁷⁵ FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., p. 95.

²⁷⁶ Il cui testo richiederebbe, però, un aggiornamento al fine di superare l'ormai ingiustificabile difformità tra il regime della confisca del prezzo e quello della confisca del profitto del reato. A questo proposito si veda FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., pp. 32 e 26, in cui l'A. sostiene inadeguatezza del regime facoltativo della confisca del profitto che “*non può che riflettere un'anacronistica visione 'privatistica' dell'incidenza della criminalità a scopo di lucro*” connessa all'idea, ormai superata, per cui “*il destinatario privilegiato della misura sarebbe stato un delinquente, mosso da impulso lucrativo, tendenzialmente 'disorganizzato' ed episodico*”.

contenuto «assiologico» rispetto ai contenuti delle norme altre norme disciplinanti un'obbligazione restitutoria²⁷⁷; eccedenza di contenuto assiologico che altro non sarebbe il principio generale dal quale discendono le singole fattispecie confiscatorie.

Dall'accoglimento di questa impostazione ermeneutica discende una prima, fondamentale, conseguenza per la disciplina penalistica. I rimedi ripristinatori previsti dalla normativa criminale (le confische dei *producta sceleris* ed il risarcimento dei danni) dovranno concorrere tra di loro²⁷⁸. Si vede, dunque, escludere la cumulabilità dei due rimedi. Qualora, infatti, si dovesse procedere all'applicazione cumulativa delle due fattispecie, la misura ablativa svolgerebbe, inevitabilmente, una funzione punitiva determinando un peggioramento delle ordinarie condizioni economico-patrimoniali del reo. La soluzione, già parzialmente accolta dalla normativa²⁷⁹ e dalla giurisprudenza²⁸⁰, è intrinsecamente connaturata alla struttura dei rimedi.

²⁷⁷ ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 42.

²⁷⁸ Non pienamente condivisibile risulta, dunque, quanto sostenuto da MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 197, il quale ritiene che “la prospettiva ripristinatoria presupporrebbe una perfetta sussidiarietà della misura (ablativa) rispetto agli altri istituti volti alla ricompizione delle conseguenze patrimoniali dell'illecito”. Più che di sussidiarietà dovrebbe parlarsi di cumulabilità dei rimedi, la cui coordinata applicazione consentirà di ricondurre il reato “a somma zero”. La sussidiarietà, infatti, rischia di replicare nella confisca italiana le dinamiche che hanno caratterizzato il *Verfall* tedesco (la cui applicazione era esclusa in presenza di pretese ‘privatistiche’ di terzi il cui esercizio eliminava il vantaggio patrimoniale conseguito dal reo) costituendo un grande fattore di ineffettività dell’acquisizione pubblica, sul tema ancora FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., p. 96, nota 28.

²⁷⁹ In questo senso si veda il già menzionato art. 19 d.lgs. 231/2001, e l’art. 12- bis del d.lgs. 74/2000, che accogliendo un indirizzo già sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria precedente, esclude l’applicazione della confisca prevista in materia di reati tributari qualora il contribuente abbia già estinto il suo debito tributario. Nella normativa internazionale si veda la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, firmata a Palermo nel 2000, in cui, con una vera e propria innovazione è stata prevista la possibilità di destinare i fondi confiscati al risarcimento dei danneggiati, coordinando, di fatto, i due rimedi.

²⁸⁰ Con riferimento alla confisca prevista dalla normativa sulla responsabilità degli enti, Cass., sez. I, 6 giugno 2018, n. 39874, in cui si afferma espressamente “per quanto attiene più specificamente ai rapporti tra la confisca emessa in sede penale ed eventuali provvedimenti risarcitori .. la autonomia del corso dei giudizi eventualmente contestuali non si risolve anche in una reciproca indifferenza dei rispettivi esiti decisori; al contrario, nel determinare l’ammontare pecuniario sino a concorrenza del quale confiscare in sede penale ... è necessario tenere conto della già avvenuta totale o parziale restituzione o corresponsione all’ente danneggiato di eventuali somme...”.

2.5 La confisca come pena.

Si è finora trattato della declinazione civilistica della confisca tentando, in particolare, di individuare quale fosse la più corretta collocazione dogmatica della figura.

Nelle pagine che seguiranno, invece, l'attenzione si sposterà sulla confisca-pena: si avrà cura di rimarcare quali benefici/vantaggi possa ricavare il sistema sanzionatorio dall'impiego dello strumento ablativo, non potendosi però trascurare le problematiche sollevate dall'impiego di una misura distante, per struttura e modalità applicative, dalle pene tradizionali.

Come si è già avuto modo di precisare l'acquisizione di una connotazione punitiva da parte della confisca dipende, in maniera determinante dalle caratteristiche dell'oggetto appreso. Esclusa nel caso di cose obiettivamente illecite, tale inquadramento è connesso al superamento, talvolta anche non programmato, della dimensione "civilistica" dell'istituto. Se per quanto riguarda gli *instrumenta sceleris*²⁸¹, la finalità repressiva potrà ravvisarsi ogniqualvolta la "requisizione" dell'oggetto non sia l'unico mezzo in grado di "inibire" la ormai abusiva conformazione della *res*, qualora si tratti, invece, dei proventi del reato la qualificazione penalistica discenderà dalla "*ultra-ripristinarietà*" dello strumento²⁸². La definizione, presa in prestito dalla terminologia impiegata in materia di responsabilità civile – ove, come è noto, si parla, con riferimento ai danni punitivi, di rimedio ultracompensativo – ed adeguata alle peculiari note della figura, sembra essere in grado di riflettere, appieno, l'eccedenza del mezzo rispetto alla sua ordinaria configurazione. Qualora, dunque, l'istituto non si limiti, seguendo le dinamiche dell'arricchimento senza causa, a sottrarre dalla disponibilità del reo i beni ottenuti attraverso la commissione del reato, ma peggiori la sua originaria situazione colpendo

²⁸¹ Cfr. *par. 2.3* ove la questione viene trattata approfonditamente.

²⁸² In questo senso, cfr. con Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, in cui, tra gli indici valorizzati per affermare la riconducibilità dello strumento ablativo alla *matière pénale* - tralasciando l'erronea considerazione di elementi che dovrebbero, come si è già avuto modo di precisare nel capitolo precedente, seguire l'accertamento di una determinata natura giuridica e non fonderlo – figura "*the fact that the confiscation order is directed to the proceeds involved in drug dealing and is not limited to actual enrichment or profit*".

valori per un ammontare superiore a quanto indebitamente percepito, la confisca, divenuta pena, dovrà uniformarsi ai dettami del diritto punitivo.

È appropriato notare come la confisca, quanto meno a legislazione invariata, non dovrebbe poter assumere questa dimensione. Difatti, che la declinazione civilistica sia quella “normale” si desume, con chiarezza, dalla sua generale disciplina normativa: la costante deviazione dai principi penalistici che la caratterizza non può che esser letta in questa maniera. L’impiego dello strumento ablativo per perseguire finalità repressive dovrebbe, quindi, essere circoscritto ad ipotesi specifiche, razionalmente individuate dal legislatore, aventi requisiti tali per cui l’impiego dei più tradizionali strumenti punitivi risulti inadeguato. Inoltre, il *novum* normativo dovrebbe accompagnarsi all’introduzione di un apposito paradigma regolamentare che estenda alla figura le garanzie che presidiano il diritto penale.

Allo stato, invece, spesso le confische acquisiscono una funzione punitiva in maniera del tutto estemporanea (è ciò che accade, ad esempio, qualora nella determinazione del *quantum* confiscabile ci si discosti dal principio del lordo); per di più, anche nei casi in cui la natura repressiva sia impressa, in maniera inevitabile, nella descrizione normativa della figura²⁸³, il legislatore manca, in assoluto, di predisporre una normativa *ad hoc* che regoli le ipotesi in modo appropriato. L’atteggiamento normativo dovrebbe essere assoggettato ad una decisa rivisitazione critica; sarebbe, infatti, auspicabile che, su impulso dell’evoluzione che ha caratterizzato l’istituto a livello sovranazionale, il parlamento, oltre ad impiegare in maniera più consapevole la misura²⁸⁴, si preoccupasse, altresì, di prevedere una disciplina generale della confisca-

²⁸³ A questo proposito è possibile richiamare le varie fattispecie che prevedono la confisca obbligatoria di beni coinvolti nella vicenda criminosa (giacché impiegati per la realizzazione del concreto fatto tipico) ma non rientrati nella angusta definizione degli *instrumenta sceleris* già proposta. Si vedano ad esempio: la confisca dei veicoli prevista dal codice della strada ovvero dalla disciplina penalistica in materia ambientale, ovvero la confisca dei terreni in caso di lottizzazione abusiva (in modo particolare qualora essa ricomprenda anche porzioni di terreno che non siano state fatte oggetto di alcun tipo di trasformazione non autorizzata).

²⁸⁴ Un parziale accenno verso un impiego più consapevole della confisca punitiva può essere ravvisato in alcune novelle normative. A questo proposito VERGINE, *Confisca* (voce), *cit.*, p. 22, in cui l’A. facendo riferimento al d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, di riforma dei reati societari, rimarca come essa abbia posto “*al centro della disciplina sanzionatoria proprio la confisca che assume, dunque, una posizione singolare e al contempo centrale rispetto all’abbattimento delle pene previste per le nuove fattispecie incriminatrici*”. In questa ipotesi, dunque, la valorizzazione di una nuova contestuale sanzione punitiva, quella reale, ha consentito di diminuire, correlativamente, l’impiego delle pene più tradizionali.

pena colmando, così, l'attuale vuoto normativo che ha più volte imposto l'intervento della Corte costituzionale e problemi interpretativi di non semplice soluzione²⁸⁵.

Dopo questa breve digressione, occorre riprendere le fila della trattazione principale dedicandoci all'analisi dei *pro* e *contra* insiti nell'impiego punitivo dello strumento ablativo.

Dapprima, è opportuno notare che la confisca speciale (tale perchè ha ad oggetto *res* specifiche e non un complesso patrimoniale o una sua frazione), perlomeno nelle ipotesi che potremmo definire fisiologiche (nel paragrafo successivo si prenderanno, invece, in esame i casi "*eccezionali*" in cui tale prerogativa pare mancare) si caratterizza per essere, in ogni caso, una misura punitiva accessoria. Il legislatore non rinuncia, infatti, mai ad affiancare allo strumento ablativo una pena principale, sia essa detentiva o pecuniaria. In dottrina, proprio valorizzando questa circostanza, si è parlato della confisca come pena accessoria²⁸⁶. In realtà la riconduzione delle figure ablativo punitivo nell'ambito di questa categoria fa sorgere non poche perplessità. Qualora, infatti, si raffrontino, analiticamente, le caratteristiche della sanzione reale con i tratti distintivi della pene accessorie si può rilevare, in modo lineare, come i profili di divergenza superino di gran lunga le similitudini riscontrabili²⁸⁷.

²⁸⁵ Un primo recepimento di queste indicazioni pare potersi ravvisare a livello europeo, ed in particolare nella direttiva n. 2014/42. Come sottolineato da attenta dottrina, infatti, nel «considerando» n. 17, la normativa europea, muovendo dalla possibile connotazione punitiva della confisca degli strumenti del reato precisa che essa può essere applicata "*se, alla luce delle circostanze particolari del caso di specie, tale misura è proporzionata, considerato, in particolare, il valore dei strumentali interessati*", cfr. MAUGERI, *Confisca* (voce), *cit.*, p. 195.

²⁸⁶ In questo senso, CACCIAVILLANI-GIUSTOZZI, *Sulla confisca*, in *Giust. pen.*, 1974, II, pp. 461 e 462, in modo particolare nella nota n. 12. Gli A., muovendo da un passo di una sentenza della Suprema Corte risalente agli anni '60 del secolo scorso, colgono "*l'esigenza, per giungere ad una valida definizione generale dell'istituto della confisca, di superare il concetto di misuea di sicurezza, nel cui novero l'ha ricompresa il codice, per avvicinarla e considerarla vera e propria pena accessoria (patrimoniale)*", sottolineando, inoltre, l'insufficienza della sola pena principale: "*senza la ... confisca la pena principale diventerebbe al limite una burla, una specie di tassa da pagarsi per conseguire un determinato utile, col che potrebbesi addirittura instaurare una immonda comparazione tra utile e danno conseguente al reato, potendosi giungere a scegliere quest'ultimo perchè dante luogo, dopo operate le opportune compensazioni, ad un saldo attivo per il delinquente*". Gli A. aggiungono, inoltre, che "*la configurazione della confisca come pena accessoria piuttosto che come misura di sicurezza appare più idonea sia a dare una giustificazione giuridica della sua applicazione, sia ad aiutare l'interprete nei casi dubbi*".

²⁸⁷ A questo proposito non si può non rilevare come la confisca si discosti dalle pene accessorie sia sotto il profilo contenutistico (non determinando un restringimento della capacità giuridica) sia per ciò che concerne il suo meccanismo applicativo. La misura ablativa, anche se obbligatoria, infatti, non consegue di diritto, a differenza di ciò che accade nelle pene accessorie, alla condanna come un effetto penale

Probabilmente, l'unico tratto effettivamente unificante può essere ravvisato nel concetto di relazione: in entrambe le sanzioni si rinviene il requisito della necessaria complementarità rispetto alle pene principali. In questo senso depone, del resto, anche la giurisprudenza maggioritaria²⁸⁸. Le peculiarità che caratterizzano la sanzione ablativa rendono, infatti, particolarmente complesso un suo accostamento alle più classiche misure punitive; allo stato attuale, dunque, la comparazione può essere effettuata, esclusivamente, con riferimento a ben circoscritti profili disciplinari: solo in ambiti così limitati possono, invero, ravvisarsi effettive similitudini tra i due strumenti punitivi²⁸⁹.

Un altro elemento che occorre valorizzare qualora si tratti della confisca come pena è la sua particolare attitudine a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita dalla dottrina prevalente, di introdurre strumenti sanzionatori che contemplino già al loro interno il momento riparativo²⁹⁰ e che, ridimensionata la centralità della pena detentiva, “ristabiliscano una stretta correlazione fra tipologia di illecito, sistema di accertamento e conseguenze sanzionatorie”²⁹¹.

Per quanto concerne l'assorbimento del profilo riparativo nell'ambito della funzione punitiva, nel descrivere la struttura della misura ablativa, si è ampiamente evidenziato come la riconducibilità di questa all'area della materia penale sia legata al superamento della soglia, di ordine quantitativo, che colloca lo strumento tra quelli di matrice ripristinatoria. È, allora, evidente che lo svolgimento della funzione punitiva, tenuto conto della particolare conformazione dello strumento, implica,

della stessa. Per una completa descrizione in materia, CERQUETTI, *Pene accessorie* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1982, vol. XXXII, p. 819 e ss.

²⁸⁸ Cass., sez. III, 10 settembre 2015, n. 43397; Cass., sez. II, 14 ottobre 2015, n. 45324 la quale, seppur muovendo dalla tesi (non condivisa in questo scritto) per cui ogni confisca per equivalente avrebbe una natura necessariamente punitiva, afferma espressamente “*la sospensione condizionale della pena non estende i propri effetti alla confisca per equivalente, non potendosi essa parificare ad una pena accessoria*”.

²⁸⁹ Sul tema si veda, BIONDI, *Confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. V, p. 51. L'A. invoca, a questo proposito, l'intervento nomofilattico della Suprema corte, che ad avviso di chi scrive non risolutivo non sarebbe di per sé risolutivo; esso si rilevarebbe essere insufficiente se non preceduto da una contributo legislativo.

²⁹⁰ In questi termini DEMURO, *L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in PALIERO - VIGANÒ - BASILE - GATTA (a cura di), *La pena, ancora, cit.*, pp. 691 e ss. ed in particolare p. 704.

²⁹¹ COMPAGNA - ROCCHI, *I nuovi orizzonti della sanzione penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, fasc. III, p. 5.

necessariamente, il soddisfacimento, quanto meno parziale, delle istanze riparative: in questo senso non può che deporre la sua rimarcata natura *utra-ripristinatoria*²⁹².

Con riguardo, invece, alla necessità di diversificare le reazioni ordinamentali al delitto, si deve rilevare come le misure reali appaiano essere le più adeguate a soddisfare le esigenze repressive poste da una particolare categoria di reati, quelli programmaticamente produttivi di lucro. La categoria, che ha acquisito negli anni un sempre più importante peso criminologico (anche a causa dell'evoluzione tecnologica che ha favorito la diffusione di forme criminali particolarmente aggressive), ha del resto ricevuto un espresso riconoscimento normativo per mezzo della legge di riforma del sistema sanzionatorio n. 689/1981: essa, infatti, nell'emendare il testo dell'art. 24 c.p., ha provveduto ad inserire un preciso riferimento ai "*delitti determinati da motivi di lucro*". D'altronde, con questa modifica normativa il legislatore ha dimostrato una prima propensione verso la necessità di adattare la pena alle caratteristiche della fattispecie delittuosa. Questa esigenza affonda le sue radici in tempi remoti; già Beccari, infatti, muovendo da questo presupposto scriveva nel paragrafo XXII dedicato ai furti "*i furti che non hanno unito violenza dovrebbero essere puniti con la pena pecuniaria. Chi cerca d'arricchirsi dell'altrui dovrebbe essere impoverito del proprio...*"²⁹³. In tempi più recenti, poi, anche attraverso l'ausilio di indagini empiriche, si è potuto rilevare come "*la sanzione pecuniaria (ma più in generale le sanzioni punitive) si rivela variamente efficace a seconda del tipo di reato e del tipo criminologico coinvolto*"²⁹⁴.

Per quanto, dunque, l'arricchimento dell'armamentario sanzionatorio debba essere accolto con favore, non si può trascurare come le più volte evidenziate peculiarità dello strumento ablativo pongano innumerevoli problematiche: la struttura della confisca, e in parte la sua disciplina, si trova, infatti, spesso in una situazione di

²⁹² Sotto questo profilo è di particolare interesse osservare come in lingua inglese, per trattare delle confisca-pena si impieghi, comunemente il termine "*beyond*" (tra i tanti, MAUGERI, *The criminal sanctions against the illicit proceeds of criminal organisations*, cit., p. 274, in particolare nota n. 88, in cui afferma espressamente "*they are not directed towards him in the sense that they seek to inflict punishment beyond the recovery of assets that do not lawfully belong to him*"). Corrispondente all'italiano "oltre", il vocabolo allude, inevitabilmente, all'idea di graduazione, facendo coincidere la riconducibilità della confisca alla materia penale con il "superamento" di una determinata soglia.

²⁹³ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1763, cap. XXII.

²⁹⁴ Sul tema si rinvia all'ampia trattazione di GOISIS, *Le pene pecuniarie. Storia, comparazione, prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 22 novembre 2017, in particolare p. 12.

incompatibilità rispetto ai principi costituzionali che regolano la materia della pena ed, in particolare, la sua commisurazione.

Lo svolgimento da parte della confisca di funzioni punitive pregiudica, in primo luogo, la razionalità del sistema sanzionatorio. La compromissione, in questo caso, è determinata più che dalle connotazioni della misura, dalla mancanza di un intervento normativo che, preso atto dei mutamenti occorsi in materia, si sia preoccupato di ristabilire gli equilibri ormai alterati. Il pericolo maggiore, sotto questo profilo, è certamente rappresentato dal rischio, a questo punto sempre più effettivo, di commistione e sovrapposizione tra la pena pecuniaria e il meccanismo ablatorio. La diffusione della confisca di valore, così come la correlativa attenuazione del nesso di pertinenzialità, ha inevitabilmente incrinato la prima chiara ‘divisione di competenze’ tra i due strumenti sanzionatori. Il fenomeno, già rilevato in ordinamenti stranieri che prima del nostro avevano fatto ampio ricorso alle forme per equivalente²⁹⁵, non pare possa trovare una definitiva soluzione, se non al costo di rinunciare all’effettività delle tecniche sanzionatorie reali²⁹⁶. Tutt’al più, ci si può augurare un intervento correttivo del legislatore che si preoccupi di coordinare i due rimedi, di modo che rimanga inalterato il rapporto di necessaria proporzionalità tra il disvalore del fatto ed il suo corredo sanzionatorio, oramai composito.

Andando oltre, non può trascurarsi come il potere giudiziario, sotteso all’applicazione della misura ablativa (anche punitiva), si articoli in maniera nettamente difforme rispetto alle più tradizionali dinamiche sanzionatorie. Potendo, infatti, idealmente suddividere il procedimento di irrogazione pena, si coglie come esso, tendenzialmente²⁹⁷, si componga di due fasi. Nella prima fase - quella attinente all’*an*, ovvero all’applicazione della pena – il potere conferito al giudice ha natura

²⁹⁵ A questo proposito, cfr. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., p. 107, che approfondisce la questione con riferimento all’ordinamento Austriaco.

²⁹⁶ In questo senso non pare condivisibile l’auspicio implicitamente manifestato da FORNARI, *Ibidem*, p. 112, secondo il quale, proprio per ovviare all’indebita commistione tra pene pecuniarie e confische, il legislatore dovrebbe rendere la misura ablativa, e segnatamente la determinazione del *quantum* requisibile, insensibile alle note oggettive e soggettive del fatto commesso. Il proposito, infatti, pur facendo salva la distinzione tra i due strumenti sanzionatori, rischierebbe di compromettere definitivamente la compatibilità della confisca-pena con i principi costituzionali.

²⁹⁷ La riflessione, sempre vera qualora si parli di pene principali, viene smentita, in alcuni casi, con riguardo alle pene accessorie, la cui applicazione è talvolta rimessa alla decisione discrezionale del giudice, e il cui ammontare è, invece, in determinate ipotesi, stabilito in maniera fissa (circostanza, quest’ultima, che ha imposto, anche di recente, un intervento correttivo della Corte costituzionale – sent. 222/2018 - del quale si dirà in seguito).

vincolata (prendendo in prestito i concetti elaborati dal diritto amministrativo, possono al più ravvisarsi profili di mera discrezionalità tecnica²⁹⁸): una volta, infatti, accertata l'integrazione della fattispecie (secondo le regole tecniche che presidiano questa fase), il giudice deve obbligatoriamente irrogare la pena, senza che alcun margine decisionale sia a lui attribuito²⁹⁹. Nel secondo segmento, invece, la legge attribuisce, di norma, un'ampia discrezionalità al giudicante, il quale, pur dovendosi attenere alle fondamentali direttive stabilite negli artt. 132, 133 e 133**bis** del codice penale, può liberamente (ovviamente entro i limiti della cornice edittale) determinare la pena, individuando quella più adeguata alle circostanze del caso concreto³⁰⁰.

Orbene, questa successione “vincolo-discrezionalità” viene, grosso modo, ribaltata qualora si prenda in esame il procedimento applicativo della confisca.

Quanto meno nella primigenia conformazione dell'istituto, infatti, la fase relativa all'*an* era abitualmente governata dalla discrezionalità: in conformità con la prescelta collocazione normativa, di regola, l'applicazione della confisca era facoltativa, essendo subordinata, così come previsto per tutte le misure di sicurezza, all'esito positivo del giudizio di pericolosità. Viceversa, una volta che si fosse optato per la sua applicazione, l'individuazione del bene da apprendere e, quindi, la determinazione dell'ammontare della sanzione³⁰¹ era improntato, in assoluto, alla “obbligatorietà”. Il *quantum* della misura conseguiva, puramente e semplicemente,

²⁹⁸ Da tempo, ormai, la dottrina e la giurisprudenza amministrativistica hanno chiarito come la discrezionalità tecnica non sia riconducibili, in alcun modo, alla vera e propria discrezionalità amministrativa, differendo da questa in maniera evidente. Si rinvia, a questo proposito, a CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1196.

²⁹⁹ Si è perfettamente consapevoli dell'esistenza di una molteplicità di istituti volti a spezzare questo evidenziato automatismo (tra i tanti può ricordarsi, ad esempio, la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, ex art. 131**bis** c.p.). Si ritiene, però, che nonostante la loro crescente diffusione, esse non siano state ancora in grado di incidere sulla regola ora illustrata che si ritiene essere ancora dotata portata generale.

³⁰⁰ È evidente la natura compromissoria dell'*iter* ora illustrato. Essa nasce dall'esigenza di soddisfare contemporaneamente principi, di rango costituzionale, che tendono, però, a risultati antitetici: il principio di legalità e la finalità rieducativa della pena. A questo proposito, cfr. NUVOLONE, voce *Pena* (*dir. pen.*), cit., p. 790, il quale, facendo riferimento al principio di legalità, afferma espressamente: “questo principio ha notoriamente una portata diversa in materia di pene rispetto a quella che ha in materia di incriminazioni. L'esigenza dell'individualizzazione della sanzione penale in fase giudiziaria ... fa sì che un ampio spazio venga dato alla discrezionalità giurisdizionale” aggiungendo poi come “la legalità delle pene si estrinseca, quindi, essenzialmente nel divieto di irrogare una sanzione penale diversa da quelle espressamente previste per un determinato reato e in un'entità diversa rispetto ai minimi e ai massimi edittali. Ma, per la scelta del tipo e dell'entità della sanzione nei limiti di cui sopra, opera il principio di discrezionalità”.

³⁰¹ Il termine è qui impiegato nella sua accezione più generale, comprensiva di ogni tipo di reazione ordinamentale all'illecito, cfr. nota 1.

alla sussunzione del caso concreto nella regola normativa: si trattava, di un giudizio pressochè matematico, in cui gli unici margini di discrezionalità potevano essere ravvisati nell'individuazione dei referenti reali dei significanti impiegati³⁰².

Nonostante la netta inversione di tendenza registrata in relazione al profilo dell'*an*³⁰³ - che ha determinato un inevitabile assottigliamento delle differenze riscontrabili tra le due categorie sanzionatorie- a tutt'oggi permane una forte asimmetria, nella declinazione del potere giudiziario, per quanto riguarda la seconda fase. Come è noto, di fatto, anche adesso, nonostante si sia preso atto della portata potenzialmente punitiva dello strumento, nessun potere discrezionale è attribuito al giudice nella quantificazione e determinazione dell'oggetto della confisca. È allo stato, di conseguenza, pressochè impossibile garantire un effettivo adeguamento del *quantum* sanzionatorio al concreto disvalore dell'episodio delittuoso. L'esigenza di individualizzare la pena al caso specifico non può dirsi soddisfatta neanche nelle ipotesi in cui la misura ablativa abbia ad oggetto i beni ottenuti attraverso il reato. Difatti, seppure in queste ipotesi, stante la conformazione della figura, l'entità sottratta rifletta, in parte, il disvalore oggettivo della fattispecie concreta (essendo, come è noto, il provento del reato correlato, di massima, al danno cagionato), la confisca permane, in ogni caso, insensibile, in maniera assoluta, alla vicende della colpevolezza, non considerando, neanche, le altre note distintive dell'elemento materiale, il cui valore non può essere obliterato (si pensi ad esempio alle caratteristiche della condotta ovvero alle qualità della vittima)³⁰⁴. Il *deficit* di proporzionalità adesso rimarcato è inoltre accentuato dalla giurisprudenza³⁰⁵ che, in caso di concorso di persone nel reato, affermata la natura punitiva della misura ablativa, non si preoccupa, in modo alcuno, di circoscrivere il *quantum* esigibile da ogni concorrente, sulla base del effettivo contributo arrecato nella commissione del reato. Invocando un poco comprensibile –

³⁰² A questo proposito si veda quanto si è detto, in particolare nel corso del par. 2.3 a proposito del significato da attribuire al termine "profitto" ed allo scontro tra il principio del netto e quello del lordo.

³⁰³ Cfr., par. 2.1 nel quale ci si è diffusamente soffermati sull'evoluzione dell'istituto confiscatorio, avendo cura di sottolineare come, con il tempo, siano state introdotte molteplici fattispecie ablativa speciali aventi come minimo comune denominatore l'obbligatorietà.

³⁰⁴ A questo proposito, in dottrina, MAUGERI, *Confisca* (voce), *cit.*, p. 208 che parla espressamente "*di pena patrimoniale non commisurabile, la cui determinazione dipende dalle circostanze del caso concret, e non risponde, quindi, ai criteri di determinatezza, nonché di proporzione (anche rispetto ai criteri di commisurazione della pena, a partire dalla colpevolezza) che dovrebbero caratterizzare le sanzioni penali*".

³⁰⁵ Cfr. par. 2.3, nota n. 230, e la giurisprudenza ivi citata. In dottrina, NICOSIA, *La confisca, le confische*, *cit.*, p. 50.

per la materia penale- principio di solidarietà, la giurisprudenza finisce, infatti, per far dipendere la quantificazione delle *res* sottraibili da circostanze del tutto contingenti (quali la maggiore “solvibilità” di un determinato correo) tralasciando così ogni genere di individualizzazione.

La particolarità della sanzione in questione, rende, inoltre difficoltoso, in assenza di pronunce in termini, immaginare l’esito di un eventuale giudizio di costituzionalità nel quale si lamenti il *deficit* di proporzionalità di una confisca-pena. Come è noto, negli ultimi anni, infatti, la Consulta, svincolandosi dalle strettoie autoimpostesi, ha progressivamente ampliato l’ambito del suo sindacato in materia di proporzione della pena. Abbandonata la tesi secondo cui la sproporzione della pena poteva essere affermata solo nei casi in cui fosse possibile individuare, nell’ordinamento, un *tertium comparationis* che, oltre a “dimostrare” il difetto della disposizione impugnata, fornisse altresì alla Corte una nuova cornice edittale, rendendo la soluzione adottata “*a rime obbligate*”, i Giudici costituzionali appaiono essere oggi più propensi a valutare l’intrinseca adeguatezza della punizione, servendosi dei “*precisi punti di riferimento*” e delle “*soluzioni già esistenti*” anche se non costituzionalmente obbligate³⁰⁶. Questa apertura, come precisato dalla stessa Corte, è però legata, inevitabilmente, alla circostanza che la pena tacciata di irragionevolezza appartenga alla categoria delle pene fisse. L’impostazione improntata al rigido *self restraint* permane, invece, intatta qualora si tratti di pene pecuniarie proporzionali, accompagnate da pene detentive commisurabili tra un massimo ed un minimo³⁰⁷. Ebbene, sulla base di quanto affermato in precedenza, pare possibile sostenere che, nonostante le irriducibili particolarità della sanzione ablativa, l’esame della sua struttura dovrebbe condurre ad affiancare la misure in questione, più che alle pene fisse, alle pena pecuniarie proporzionali. Si deve, quindi, ritenere che, in assenza

³⁰⁶ In questo senso, C. cost., 25 settembre 2018, n. 222 (sulla costituzionalità delle pene accessorie, fisse, per i delitti di bancarotta) ed in precedenza, in senso analogo, C. cost., 10 novembre 2016, n. 236 (che ha dichiarato costituzionalmente illegittime le pene previste per il delitto di alterazione di stato, per violazione degli artt. 3 e 27 cost.). Sul tema vedi, rispettivamente, GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse a ‘rime obbligate’: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2018; VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016. Per un ridimensionamento del ravvisato cambio di rotta BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, p. 139 e ss.

³⁰⁷ La circostanza è stata ribadita anche da C. cost. 222/2018 che ha richiamato, esplicitamente C.cost., 21 giugno 2017, n. 142 (con la quale la Consulta ha escluso l’illegittimità costituzionale delle pene pecuniarie proporzionali previste dal t.u. immigrazione) confermandone le conclusioni.

di interventi normativi, l'interprete, al fine di assicurare una effettiva individualizzazione del trattamento sanzionatorio - non potendo incidere, se non marginalmente, sul *quantum* confiscabile - si debba preoccupare di considerare, nella determinazione della pena principale che si affianca alla misura reale, il ruolo punitivo svolto dallo strumento ablativo. In questa maniera, infatti, seppure a fronte di una confisca punitiva sproporzionata, "*il saldo complessivo*" potrà apparire essere, per quanto possibile, adeguato alle fattispecie concreta³⁰⁸.

2.6 La confisca post-reato senza condanna.

Orbene, dopo aver analizzato la confisca speciale, nelle sue varie declinazioni, e chiarito l'*iter* logico da impiegare nell'individuazione del paradigma normativo al quale ricondurre ogni singola figura, in conclusione è necessario dedicarsi ad una questione specifica che, allo stato, impegna la giurisprudenza e la dottrina, non solo nazionale. Nonostante la sua specificità, il problema coinvolge questioni di notevole rilievo sistematico; la soluzione, come si avrà cura di rimarcare nel prosieguo, è, pertanto, inestricabilmente connessa alle tematiche affrontate in precedenza e discende, necessariamente, dai risultati raggiunti anche nel corso del primo capitolo.

Come è noto, ormai da tempo, a livello internazionale si è assistito alla diffusione di forme confiscatorie la cui applicazione prescinde da un previo accertamento della penale responsabilità del destinatario. Il fenomeno, individuato attraverso l'espressione anglofona "*non-conviction-based confiscation*"³⁰⁹ ha, in realtà natura composita. Esso, ricomprende, certamente, le misure ablativo *ante* o *praeter delictum* ed i *civil forfeiture* angloamericani (i quali, rispettivamente, precedono la commissione dell'illecito ovvero sono adottati nell'ambito di un processo civile), ma anche fattispecie, che pur presupponendo un reato ed imponendo la

³⁰⁸ Nel paragrafo successive, con un esempio, si metterà in evidenza la debolezza insita in questa impostazione che, allo stato, però pare essere l'unica ipotizzabile.

³⁰⁹ A questo proposito, PANZAVOLTA, *Confiscation and the concept of punishment: can there be a confiscation without a conviction?*, in LIGETI-SIMONATO, *Chasing Criminal Money. Challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Hart, 2017, p. 44.

celebrazione di un giudizio penale, dovrebbero poter far a meno di una condanna in senso formale.

In questa sede ci si occuperà delle ipotesi riconducibili alla seconda delle sottocategorie ora enucleate. La prima, infatti, costituirà l'oggetto del successivo capitolo.

Anche in questo caso, dunque, le ipotesi ablativo considerate sono quelle speciali, previste, oltre che dal disposto dell'art. 240 c.p., anche dalle singole fattispecie incriminatrici.

La domanda da porsi è dunque questa: può, in questi casi, la confisca prescindere da una statuzione irrevocabile di condanna? In modo particolare, può questa essere applicata anche nel caso in cui il reato che "coinvolge" il bene debba essere dichiarato prescritto ovvero non punibile giacché particolarmente tenue?

Per dare una risposta al quesito adesso formulato occorre muovere, così come sarebbe sempre indicato fare, dall'analisi della disciplina normativa in materia. L'art. 240 c.p. articola, sotto questo profilo, il regime delle figure ivi previste in modo difforme. Difatti, se per ciò che concerne la confisca dei proventi e degli strumenti del reato, la disposizione individua nella condanna un presupposto necessario (l'*incipit* della disposizione è chiaro nello stabilire "nel caso di condanna"), non altrettanto accade in relazione alle cose obiettivamente illecite le quali, stante l'inciso conclusivo del n. 2, c. 2, art. 240 c.p. debbono essere sottratte alla disponibilità dell'imputato "anche se non è stata pronunciata condanna"³¹⁰. L'apparente chiarezza del dettato legislativo è però stata messa in dubbio, anche attraverso la valorizzazione di una serie di indici normativi. In particolare, un consistente indirizzo interpretativo³¹¹ - che, per il momento, pare esser stato superato - riteneva di poter fondare la non necessarietà del requisito della condanna sul combinato disposto di cui agli artt. 210 e 236 c.p. In particolare, si riteneva che il secondo comma dell'art. 236 c.p., nell'escludere l'applicabilità alle confische dell'art. 210 c.p., introducesse una deroga al principio ivi stabilito, disponendo, quindi, *a contrario* che *l'estinzione del reato non impedisce*

³¹⁰ Sul tema NICOSIA, *La confisca, le confische, cit.*, p. 76 e ss., ed in particolare p. 82 ove precisa come "il presupposto della condanna è invece espressamente escluso a livello normativo" nel caso di confisca delle cose obiettivamente illecite.

³¹¹ Tra le tante pronunce, Cass., sez. II, sent. 25 maggio 2010, n. 32273, Pastore; Cass., sez. II, 5 ottobre 2011, Ciancimmin; Cass., sez. VI, 23 ottobre 2012, Abdelkhalki; in dottrina, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Milano, 1908, p. 391 e ss.

l'applicazione della misura patrimoniale né ne fa cessare l'esecuzione. Nello stesso senso deponiva, secondo questa tesi, il termine “sempre” adoperato nel secondo comma dell'art. 240 c.p.; esso, segnatamente, non avrebbe avuto la funzione di introdurre, così come si è precisato in precedenza, delle ipotesi confiscatorie obbligatorie, bensì quella di assicurare la sottrazione delle *res* a prescindere dal requisito della condanna.

La ricostruzione non può, però, esser condivisa. In particolare, per ciò che concerne l'art. 236 c.p. è stato chiarito come esso assuma *“la diversa ma fondamentale funzione di contribuire a delineare la disciplina complessiva delle misure di sicurezza patrimoniali, formulando un principio di carattere generale che, in quanto tale, lascia, poi, libero il legislatore di stabilire i casi in cui tale effetto impeditivo si produce”*³¹². Pertanto, non è fondatamente sostenibile *“la tesi di chi pretende dedurre dalla circostanza che l'estinzione del reato non sia “astrattamente” incompatibile con la confisca (ex artt. 236, co. 2 e 210 cod. pen.), che la confisca stessa possa essere disposta anche in seguito al proscioglimento, benché sia prevista da una disposizione che richieda specificamente la condanna”*.

Si deve, dunque, ritenere che, quanto meno nell'impostazione codicistica originaria, la condanna costituisca, di regola, un presupposto necessario per poter procedere alla confisca delle cose coinvolte nel reato.

Lo scenario è, però, parzialmente mutato a seguito della diffusione della nozione di condanna “in senso sostanziale”. L'origine di questo concetto pare poter essere individuata nella sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2008 la quale, pur non occupandosi di confische³¹³, ha sottolineato come vi siano sentenze di proscioglimento che comportano *“una sostanziale affermazione di responsabilità o attribuiscono, comunque, il fatto al prosciolto”*. Ed è proprio su questa circostanza che

³¹² TREGLIA, *Brevi osservazioni su un istituto ancora alle prese con una inversa logica triadica ferma all'«antitesi»: la confisca “senza condanna”*, in *Arch. pen.*, 2016, fasc. 2, p. 6, il quale precisa altresì: *“del resto, a ben considerare, in mancanza della disposizione in parola, si sarebbe potuto ravvisare nell'estinzione del reato un ostacolo alla confisca pure nei casi in cui ne è espressamente prevista l'applicazione in seguito al proscioglimento”*.

³¹³ La sentenza si è occupata di verificare la legittimità del disposto di cui all'art. 593 c.p.p., così come modificato a seguito della c.d. legge Pecorella. In particolare, la Corte è stata chiamata a verificare se fosse conforme o meno a costituzione la disposizione che stabiliva l'inappellabilità delle sentenze di non doversi procedere per prescrizione. Ed è proprio nel dichiarare l'illegittimità della preclusione che i giudici, richiamando tra l'altro un loro precedente (C. cost. 26/2007) hanno introdotto questa differenziazione nell'ambito delle sentenze di proscioglimento.

si fonda la tesi per cui il termine «condanna» ricomprenderebbe non solo le pronunce di condanna in senso formale, ma anche tutte quelle sentenze che, seppure recanti un'altra formula terminativa, implicano, comunque, un positivo accertamento della responsabilità dell'imputato. Ed è proprio su questa considerazione che si fonda l'indirizzo che ritiene applicabile la misura patrimoniale anche in caso di prescrizione, ovvero con la declaratoria di particolare tenuità del fatto. Entrambe le pronunce, infatti, non sono logicamente incompatibili con un positivo giudizio di colpevolezza³¹⁴. Anzi, seppur in misura diversa, tutt'e due presuppongono, quanto meno, l'assenza di elementi dai quali desumere l'estraneità dell'imputato al fatto di reato, e comunque la possibilità di adottare una pronuncia per lui più favorevole.

Occorre precisare che l'orientamento, attualmente avallato, secondo l'interpretazione dominante³¹⁵, anche da un provvedimento della Grande Camera di Strasburgo³¹⁶, dovrebbe trovare applicazione a prescindere dalla natura punitiva o meno della misura ablativa applicata³¹⁷. Non può che emergere, fin da ora, come, un'interpretazione di tal sorta possa far sorgere problemi di estrema complessità. Complessità che è del resto accentuata da un recente contrasto che sembra essersi creato, a seguito di un nuovo intervento legislativo³¹⁸, tra giurisprudenza e normativa. Il neo introdotto art. 578-bis c.p.p., infatti, contravvenendo all'orientamento per ora maggioritario in

³¹⁴ Cfr. 49/2015, la quale ha espressamente affermato “*nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità*”.

³¹⁵ In senso contrario CHELO, *La confisca urbanistica senza condanna: per la Cassazione si può ma i dubbi restano tanti*, in *Il penalista*, 25 marzo 2019, il quale sottolinea come “*la sentenza G.i.e.m. e altri c/ Italia, infatti, non pare confermare la compatibilità con la Convenzione di una regola generale che consenta l'applicazione di sanzioni dopo un accertamento “sostanziale” della colpevolezza e nonostante la maturazione del termine di prescrizione: una confisca senza formale condanna, infatti, quand'anche ammessa ai sensi dell'art. 7 Cedu, urta pur sempre con la presunzione di innocenza di cui all'art. 6, § 2, Cedu.*”

³¹⁶ Ci si riferisce a Corte edu, G.C., 28 giugno 2018, G.i.e.m. e altri c. Italia, la quale ha evidentemente ribaltato il precedente indirizzo della Corte in materia, espresso nella sentenza Corte edu, II sezione, sent. 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia. Per una prima lettura GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte edu, Grande Camera, in materia Urbanistica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 7-8, p. 221.

³¹⁷ Se, infatti, secondo una parte della giurisprudenza (si vedano, in questo senso, le già citate Sezioni Unite Lucci le quali hanno escluso l'irrogazione della misura per equivalente, stante la sua riconducibilità alla materia penale, in caso di prescrizione del reato-fonte) la natura punitiva della confisca costituirebbe un ostacolo alla sua applicabilità in assenza di una condanna in senso formale, per un'altra (nel cui novero rientra anche la già citata pronuncia della C. cost. 49/2015), invece, diffusa in materia di confisca urbanistica neanche questa circostanza costituirebbe un ostacolo.

³¹⁸ Ci si riferisce, segnatamente, al d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, uno dei decreti attuativi delle deleghe contenute nella l. 23 giugno 2017, n. 103, ovvero della c.d. riforma Orlando.

giurisprudenza³¹⁹, ha disciplinato - anche se, a dir il vero, l'ambito della disposizione risulta essere di difficile determinazione³²⁰ - l'applicazione della confisca contestuale alla declaratoria di estinzione del reato per prescrizione o amnistia. Segnatamente, la disposizione si limita a regolare l'ipotesi in cui la causa estintiva venga in rilievo nella fase dell'impugnazione impedendo, *a contrario*, l'adozione del provvedimento ablativo qualora il reato si prescriva in un momento antecedente, ed in particolare nel corso del primo grado³²¹.

Per cercare, quindi, di fare un poco di chiarezza, e per comprendere, altresì, entro quali limiti questa prassi possa ritenersi ammissibile, pare opportuno distinguere a seconda che la misura ablativa si declini nella sua versione civilistica o no.

Ragioni di ordine espositivo ci inducono ad indicare, già da adesso, quali siano le conclusioni che si intende sostenere. In aderenza con quanto affermato nella pagine precedenti, infatti, si ritiene di dover optare per l'ammissibilità della misura ablativa, in assenza di condanna, solo nei casi in cui essa svolga una funzione, esclusivamente, riequilibratrice; non altrettanto può dirsi, invece, qualora la figura acquisisca una valenza punitiva³²².

³¹⁹ Cfr. Cass., sez. III, 21 aprile 2017, n. 34537; Cass., sez. III, 20 novembre 2017, n. 53692, Martino; Cass., sez. III, 13 luglio 2017, n. 18895 (dep. 2018); per una completa individuazione dei provvedimenti espressi in tal senso v. CHELO, *La confisca urbanistica senza condanna*, cit.

³²⁰ Il testo della disposizione è, infatti, quanto meno equivoco. Questa nell'individuare il suo ambito applicativo fa espresso riferimento alla confisca ordinata "*in casi particolari*" precisando poi come essa debba essere "*prevista dal primo comma dell'art. 240 bis del codice penale e da altre disposizioni di legge*". Non si comprende, dunque, se la regola ivi fissata trovi applicazione solo con riferimento alla confisca *post delictum* per sproporzione (così come si dovrebbe desumere dalla lettera della disposizione) ovvero ad ogni fattispecie ablativa. Per una lettura estensiva cfr. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. Le ricadute in tema di riserva di codice nella materia penale*, il quale afferma testualmente "*facendo espresso riferimento anche alla confisca prevista "da altre disposizioni di legge", sembrerebbe estendere la propria portata a tutti gli altri casi in cui la legge prevede l'irrogazione della misura ablatoria*".

³²¹ I primi commentatori hanno notato come la disposizione pare abbia recepito l'orientamento giurisprudenziale espresso nelle più volte citate Sez. Un. Lucci. È importante, però, segnalare che se la pronuncia del Supremo collegio circoscriveva l'ultrattività del potere decisorio alle ipotesi in cui, nel corso del primo grado, si fosse accertata positivamente la colpevolezza dell'imputato, non altrettanto è stato previsto nella disposizione normativa. Sembra, dunque, doversi concludere che l'art. 578 bis c.p.p. imponga la prosecuzione del processo anche in relazione ai casi in cui in primo grado si sia concluso con una sentenza di assoluzione.

³²² Nello stesso senso NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., p. 98, il quale precisa, inoltre, come "*la realizzazione di un effetto afflittivo, indipendente dal fatto che ad essa si riconoscano scopi punitivi (rivolti al passato) o preventivi (rivolti al futuro) dovrebbe infatti, in linea generale, trovare fondamento in una pronuncia di condanna (o equiparata) che accerti l'esistenza di un reato e la rimproverabilità del suo autore*".

L'inquadramento dogmatico di alcune fattispecie nell'ambito del generalissimo divieto di ingiustificati arricchimenti o dell'abuso del diritto (ma ancor prima la loro riconducibilità al settore delle sanzioni civili) non può che far propendere per la compatibilità tra declaratoria di prescrizione, ovvero di particolare tenuità del fatto, e la sottrazione dei beni indebitamente percepiti od impiegati. In queste ipotesi nessun ostacolo si frappone alla apprensione delle *res*: né il principio di legalità né la presunzione di non colpevolezza. La spiegazione è semplice. L'oggetto del giudizio volto ad applicare queste misure coincide solo parzialmente con quello diretto ad accertare la penale responsabilità dell'imputato; la fattispecie alla cui integrazione consegue l'applicazione della confisca civilistica, invero, "fotografa" una situazione che pur condividendo dei profili con la condotta penalmente rilevante si discosta da essa in maniera significativa. Se, difatti, in relazione al reato, come è ovvio che sia, l'accertamento si concentra sul disvalore del comportamento tenuto e sulla sua rimproverabilità, viceversa, per ciò che riguarda la confisca civile, il *focus* si sposta sul diritto di proprietà, ed in particolare sulla sua origine ingiustificata ovvero sul suo impiego indebito. Questa ricostruzione trova del resto conferma nel raffronto con il risarcimento del danno da reato. In entrambi i casi, infatti, "*il reato non fa che somministrare [al diritto civile] la base di fatto*"³²³, base del fatto che deve poi essere integrata attraverso gli elementi che sono specifica emanazione dell'istituto civilistico in rilievo. Si pensi, ad esempio, all'elemento soggettivo ed alla giurisprudenza formatasi con riferimento al danno cagionato da una condotta che, seppur sussumibile nella fattispecie incriminatrice per ciò che concerne l'elemento materiale, se ne discosti sotto il profilo soggettivo. Si supponga, che il delitto, punito come di norma accade a titolo di dolo, sia conseguenza della mancanza di diligenza, prudenza o perizia dell'agente. Ebbene, in queste ipotesi, pur dovendosi escludere la penale responsabilità dell'autore, permangono impregiudicate le conseguenze civili, la cui integrazione dipenderà dalla sussistenza dei requisiti di volta in volta previsti³²⁴.

³²³ In questo senso, a proposito della responsabilità civile, MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, I, Torino, 1915, p. 86.

³²⁴ A questo proposito pare opportuno richiamare l'indirizzo formatasi in materia di diffamazione colposa e risarcimento dei danni con essa causati. Cfr. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1999, IV, p. 452 il quale impiega il termine "*diffamazione civilistica*" proprio per indicare le popolazioni, lesive dell'onore del destinatario, poste in essere con colpa.

La riflessione adesso proposta, se sviluppata per intero, conduce ad importanti conseguenze per ciò che concerne la confisca civile. In particolare, se come si è come si è sostenuto, la confisca dei *producta sceleris* deve operare secondo le dinamiche che sono proprie dell'ingiustificato arricchimento, non pare irragionevole affermare che essa possa trovare applicazione anche a prescindere dalla rimproverabilità della condotta appropriativa posta in essere. Come è noto, infatti, l'obbligazione restitutoria, nell'arricchimento senza causa dovuto ad un comportamento dell'arricchito³²⁵, sorge, in antitesi rispetto all'ordinario meccanismo della responsabilità, a prescindere dalla colpa dell'agente. Il dato attorno al quale ruota l'intera fattispecie, come si è già detto, è, infatti, costituito dalla antiggiuridicità dell'acquisizione. Pertanto, dovrebbe concludersi che, nonostante l'assoluzione perché "il fatto non costituisce reato" il giudice potrebbe, comunque, disporre la confisca dei beni acquisiti attraverso una condotta corrispondente al reato. La tesi è, inoltre, supportata dall'analisi comparativa. Nell'ordinamento tedesco, in effetti, la *Verfall* – forma di ablazione con funzione essenzialmente compensativa e con effetti di riparazione- è svincolata dall'elemento soggettivo ed è disposta "in virtù della mera commissione di un fatto antiggiuridico"³²⁶.

Ed è proprio l'evidenziata difformità tra elementi costitutivi dell'illecito penale e presupposti della fattispecie ablativa, nella sua declinazione civilistica, a giustificare l'ultrattività del potere giudiziale nel caso di prescrizione³²⁷. Il nostro sistema, infatti,

³²⁵ ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 31 e ss., il quale precisa come l'istituto in questione ricomprenda, al suo interno, due diversi fenomeni: l'arricchimento dovuto ad un comportamento dell'impovertito e quello, invece, collegato ad una condotta dell'arricchito.

³²⁶ VERGINE, *Confisca* (voce), cit., p. 12.

³²⁷ Per ciò che concerne la particolare tenuità del fatto il problema si pone in maniera fortemente diversa. Se in caso di prescrizione, l'art. 129 c.p.p. impone al giudice l'obbligo di dichiarare immediatamente - in ogni fase o stato del procedimento e a prescindere dal compimento di qualunque altra attività processuale- la causa estintiva, precludendogli, di fatto, di accertare, se non in maniera estremamente superficiale (stante il suo secondo comma) la sussistenza del reato, non altrettanto accade in relazione all'art. 131 *bis* c.p. La causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto può trovare applicazione, infatti, solo nel caso in cui il fatto tipico sia stato accertato in tutte le sue componenti e debba, pertanto, concludersi per la responsabilità dell'imputato. È, dunque, evidente che le problematiche poste dall'applicazione della confisca nell'ipotesi di particolare tenuità del fatto coincidano solo parzialmente con quelle che sorgono qualora debba dichiararsi la prescrizione del reato. Le differenze tra le due fattispecie si assottigliano notevolmente in alcune particolari situazioni (come dimostra l'accostamento, nell'ambito della medesima disposizione, l'art. 469 c.p.p. delle due fattispecie, prescrizione e particolare tenuità). Qualora, infatti, la dichiaratoria di particolare tenuità venga adottata in una fase antecedente alla conclusione del giudizio dibattimentale, l'accertamento di colpevolezza che essa presuppone non potrà che essere incompleto e manchevole. La situazione nella quale questa circostanza si apprezza con maggior evidenza è, senza dubbio, costituita dal caso in cui la tenuità del fatto venga dichiarata nella fase degli atti preliminari al dibattimento. Considerato il limitatissimo, pressochè nullo, materiale probatorio di cui dispone il giudice in questo specifico momento processuale, non si può non rilevare la difficoltà, o meglio, l'impossibilità, di formulare un giudizio di colpevolezza che sia pieno e conforme

conosceva già un meccanismo volto a mantenere, quella che potremmo definire, la “competenza civile” del giudice penale nel caso della sopraggiunta prescrizione del reato. Ci si riferisce, in particolare al disposto di cui all’art. 578 c.p.p. il quale, come è noto, consente al giudice dell’impugnazione di decidere sugli interessi civili nonostante la sopravvenuta estinzione del reato, qualora nei gradi precedenti sia stata pronunciata condanna anche generica al risarcimento dei danni. Il “sipario” che la prescrizione fa calare sul reato non intacca, né potrebbe mai farlo, le conseguenze civili dell’illecito, proprio perché queste discendono da fattispecie diverse non coinvolte dalla causa estintiva integrata. Pertanto, in simmetria con quanto disposto dall’art. 578 c.p.p., deve ritenersi che, nonostante l’estinzione del reato, residui in capo al giudice penale la competenza per disporre la sottrazione dei beni oggetto della confisca civile. Ma non solo; superando i limiti imposti alla possibilità di accertare, in sede penale, il diritto al risarcimento dei danni, si deve ritenere che alla sottrazione di quanto indebitamente percepito possa procedersi, una volta effettuati i necessari accertamenti (conformi agli standard probatori del processo civile), anche nel caso in cui la causa di non punibilità emerga nel corso del primo grado. Se, infatti, la soluzione, compromissoria, adottata dall’art. 578 c.p.p. si giustifica in considerazione del fatto che la pretesa civilistica ivi disciplinata può trovare soddisfazione anche in sede civile non altrettanto accade, quanto meno nella legislazione vigente, in relazione allo strumento ablativo. Non pare, dunque, irragionevole sostenere che, in quest’ultimo caso, la “competenza civile” del giudice penale persista anche ad una estinzione del reato intervenuta prima della sentenza di primo grado.

Il discorso cambia radicalmente qualora, invece, si passi a trattare della configurazione punitiva della confisca. In questo caso, infatti, la misura ablativa consegue, e non potrebbe essere altrimenti, all’integrazione della fattispecie incriminatrice; la sua applicazione, quindi, dipende da un positivo accertamento della rimproverabilità della condotta tenuta e, di conseguenza, da un giudizio circa la penale responsabilità dell’imputato. Quanto appena affermato trova del resto conferma, quanto meno ad avviso di chi scrive, oltre che in incontestabili ragioni di ordine logico,

alla regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio. La questione non potrà che pesare qualora si tratterà della compatibilità di questa fattispecie con la confisca punitiva. Con riferimento, invece, alla confisca civilistica si deve ritenere che l’accertamento compiuto, seppur parziale, sia conforme agli standard probatori imposti nel giudizio civile rendendo, pertanto, ammissibile la sottrazione di quanto indebitamente percepito per il tramite della condotta particolarmente tenue.

nel disposto del neo introdotto art. 578bis c.p.p. In particolare, nel raffrontare il testo di quest'ultima con quello dettato, invece, dall'omologo art. 578 c.p.p. è possibile scorgere, con semplicità, come l'accertamento "ultrattivo" demandato al giudice nei due casi sia significativamente diverso. Se, infatti, secondo la disposizione più datata - esaurita, se così si può dire, la competenza penale - il giudice può conoscere solo "gli interessi civili", a mente della seconda, viceversa, per poter applicare la confisca egli deve procedere al "previo accertamento della responsabilità dell'imputato"³²⁸. Il *discrimen* non può essere casuale; il legislatore, invero, non può che aver inserito questo inciso nella consapevolezza della riconducibilità alla materia penale delle misure sanzionatorie ivi disciplinate. La scelta normativa pare essere perfettamente coerente con i risultati raggiunti dalla giurisprudenza della Corte ed sul tema; solo l'applicazione di una "pena" in senso sostanziale può essere condizionata ad un pieno accertamento della penale responsabilità dell'imputato.

Chiarito, allora, come in questo caso il potere che residua, nonostante l'intervento della causa estintiva, coincida, sotto il profilo qualitativo, con quello ordinariamente attribuito al giudice per l'accertamento del reato, è adesso necessario interrogarsi circa la legittimità di un'opzione normativa di tal sorta.

Segnatamente, ricollegandoci a quanto si è detto nel primo capitolo, il quesito al quale è opportuno cercare, quanto meno, di dare una risposta è questo: la non completa equiparazione del regime giuridico tra pene in senso stretto e pene in senso ampio investe, anche, la disciplina della prescrizione³²⁹? È possibile ravvisare delle

³²⁸ Non può, dunque, condiversi quanto sostenuto da una parte della dottrina - nella fattispecie da VARRASO, *La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (c.d. "spazzacorrotti") trasforma gli artt. 578 e 578 bis c.p.p. in una disciplina a termine*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, p. 3 - per la quale le due norme, oltre ad essere "ispirate dalla stessa ratio" avrebbero in "comune a ben vedere anche la condicio sine qua non per addivenire alla due pronunce": in entrambi i casi, infatti, presupposto indeffettibile sarebbe "l'accertamento ... di un fatto di reato in tutti i suoi elementi costitutivi oggettivi e soggettivi", che dovrebbe "essere poi "confermato", nel rispetto sempre delle stesse regole del giusto processo in appello". Si è, infatti, già rimarcato - anche attraverso la valorizzazione del diverso tenore letterale delle due disposizioni- come la decisione sulle statuizioni civili prescinda da ogni ulteriore accertamento circa il rilievo penale della vicenda. Segnatamente, si deve ritenere che il requisito della "previa condanna" riportata nei gradi precedenti (tra l'altro, secondo la *littera legis*, "alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato"), sia stato individuato dal legislatore, non per collegare la previsione ad un positivo accertamento della responsabilità dell'imputato, bensì per limitare l'attribuzione di una competenza eccezionale per il giudice penale.

³²⁹ Proprio sulla valorizzazione di questa considerazione, infatti, la Corte costituzionale, tralasciando gli argomenti volti a circoscrivere il rilievo dell'orientamento sovranazionale invocato quale parametro interposto, ha fondato la declaratoria di inammissibilità di cui alla pronuncia 49/2015, sul tema cfr. par. 1.4.

valide ragioni per escludere l'applicazione della garanzia in questione alle sanzioni solo sostanzialmente punitive? Per quale ragione "l'oblio"³³⁰ che cade sul reato una volta intervenuta la causa estintiva dovrebbe non coinvolgere alcune sue conseguenze?

Orbene, il metodo più corretto, lo si è già precisato, per ricostruire le "geometrie variabili" della materia penale è, senza dubbio, quello informato al criterio teleologico³³¹. In quest'ordine di idee, bisogna prendere le mosse dall'analisi della *ratio* sottesa all'istituto della prescrizione del reato. Come è noto, nonostante il contrario avviso della giurisprudenza europea³³², la prescrizione è un istituto avente, quanto meno nell'ordinamento nazionale, natura sostanziale³³³ inestricabilmente connesso all'idea di punizione. Seppure non siano mancate giustificazioni dell'istituto con riferimento alla prevenzione speciale (punire un soggetto a molti anni di distanza dalla commissione del fatto equivarrebbe a punire un altro soggetto, frustando così le esigenze di risocializzazione e compromettendo la personalità della responsabilità penale)³³⁴, infatti, l'esigenza di prederminare la durata della potestà punitiva dipende essenzialmente dalla "*categoria logica della pena*"³³⁵. Difatti, "*assegnare alla variabile del tempo trascorso una rilevanza autonoma, da bilanciare con la rilevanza assegnata alla gravità del commesso reato, è una soluzione normativa suggerita (imposta?) dalla considerazione dei tempi della memoria sociale e dei tempi di vita delle persone, in relazione ad esigenze di proporzione degli interventi penali non*

³³⁰ Per questa espressione CIVELLO, *Le Sezioni unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale"*, in *Arch. pen. web*, 2015, fasc. 2, p. 10.

³³¹ MAZZACUVA, *Le pene nascoste, cit., passim*.

³³² *Ex multis*, Corte giust., Grande sezione, 8 settembre 2015, C-105/2014, *Taricco e a.*

³³³ In questo senso, sia in dottrina MANNA, *Corso di diritto penale*, Padova, 2015, p. 571 e ss., sia nella giurisprudenza costituzionale, tra le tante, C. cost., 23 novembre 2006, n. 393 in cui si afferma espressamente "il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale della stato alla potestà punitiva". Nella giurisprudenza sovranazionale, per un riconoscimento della legittimità dell'inquadramento nazionale del regime della prescrizione nell'ambito del diritto penale sostanziale – assoggettato in quanto tale al principio di legalità dei reati e delle pene e ai suoi corollari – Corte giust., 5 dicembre 2017, C-42/2017, *M.a.s. e M.b.* Per un'interessante soluzione intermedia: SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in *Arch. pen. web*, 2015, fasc. III, p. 11 che, ricondotto al diritto sostanziale l'art. 157 c.p. - che si occupa di individuare il tempo necessario a prescrivere il reato, entro il quale lo stato deve necessariamente attivare la pretesa punitiva- colloca, invece, nella materia processuale gli art. 160 c. 3 e 161 c. 2 c.p., essendo il termine massimo di prescrizione un rimedio alla farraginosità del processo, legato a ragioni di opportunità.

³³⁴ Si veda, SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato, cit.*, p. 10.

³³⁵ Cfr. nota 118, nella quale, richiamando Nuvolone, si spiega la contrapposizione tra categoria logica e categoria storica della pena, evidenziando, altresì, la *vis expansiva* dei caratteri e delle garanzie che connotano la prima classe.

*semplicemente rispetto al commesso reato, ma rispetto a bisogni di risposta che il corso del tempo può ragionevolmente concorrere a modellare e ridurre, fino ad azzerare l'esigenza di una risposta sanzionatoria*³³⁶. È allora chiaro come nello stesso concetto della punizione sia insita l'idea di una sua limitazione temporale; si deve, pertanto, ritenere che sia onere del legislatore, nell'introdurre un qualsiasi tipo di reazione punitiva -a prescindere dalla sua riconducibilità o meno al nucleo duro del diritto penale- quello di delimitarne temporalmente l'efficacia. Anche *“la pena che sarebbe stata giusta se tempestiva, se tradiva acquisterebbe il sapore di un'indebita sovraccentuazione”*³³⁷.

Non esistono, quindi, ragioni per differenziare il paradigma delle forme punitive sotto questo profilo. Una volta intervenuta la prescrizione del reato ogni pena, anche se accessoria ed estranea all'*hard core* del diritto punitivo, è preclusa. L'illegittimità della confisca punitiva senza condanna è poi del resto confermata da almeno altri due argomenti: l'univoco significato del termine condanna e il vincolo imposto dalla presunzione di innocenza. Come segnalato dalla dottrina³³⁸, e rimarcato altresì dal giudice Pinto de Albuquerque nella sua opinione parzialmente concordante, parzialmente dissenziente allegata alla pronuncia G.i.e.m., infatti, il termine “condanna” ha nel linguaggio tecnico-giuridico un unico significato: con esso si indica, esclusivamente, una condanna irrevocabile. Il concetto di condanna in senso sostanziale si fonda, dunque, su una inammissibile analogia *in malam partem* tra condanna e motivazione³³⁹. L'equiparazione tra motivazione e condanna è, inoltre, *“fondamentalmente errata”*, poiché oltre ad essere contraria al principio del *ne bis in idem*, viola *“in modo scandaloso”*³⁴⁰ il principio della presunzione di innocenza. Segnatamente, la garanzia in questione, intatta a seguito della sentenza di proscioglimento, non può che essere *“seriamente compromessa da una decisione che*

³³⁶ PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, vol. I, p. 230.

³³⁷ MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nov. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 684.

³³⁸ CIVELLO, *Le Sezioni unite “Lucci” sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto*, *cit.*, p. 19.

³³⁹ In questo senso cfr. *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, §§ 28-35, ed in particolare § 32.

³⁴⁰ Per queste espressioni, ancora una volta, si vedano §§ 32 e 34 della *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque.

*accerta non già solo uno stato di sospetto, bensì (la materialità dell'illecito e) la colpevolezza del reo, pur senza concretizzarsi in una condanna formale*³⁴¹.

Una volta esclusa, pertanto, l'applicabilità di una confisca punitiva in caso di prescrizione del reato, in conclusione occorre rivolgere, seppur brevemente, la nostra attenzione all'altra ipotesi di confisca punitiva senza condanna. Ci si riferisce, in particolare, al caso in cui una misura ablativa "*ultra-ripristinatoria*" venga irrogata attraverso una sentenza che dichiari il reato non punibile perché particolarmente tenue. Non si tratta di un'ipotesi di scuola. In giurisprudenza è, infatti, ravvisabile un ormai consolidato orientamento, accolto anche dalla giurisprudenza di legittimità³⁴², che ritiene compatibile, anzi doverosa, l'applicazione della misura ablativa, a prescindere dalla sua ascrivibilità alla materia penale, nel caso di pronuncia *ex art. 131 bis c.p.*

Evidentemente, l'adesione ad un sifatto orientamento ripropone le medesime questioni sollevate dalla applicazione delle confisca-pena in caso di prescrizione. Ma non solo. La sottrazione del bene e il suo valore punitivo, in caso di reato particolarmente tenue, non solo viola la presunzione di non colpevolezza, ma contrasta altresì con la stessa *ratio* della causa di non punibilità (per quale ragione se il reato, nel caso concreto, non appare essere meritevole di pena dovrebbe essere meritevole di confisca (punitiva) ovvero di una pena) ed, inoltre, con il principio di proporzionalità (se il fatto di reato è particolarmente tenue, può dirsi proporzionata una misura ablatoria, che in quanto punitiva, è particolarmente grave?).

³⁴¹ MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, cit., p. 18. Nello stesso senso CHELO, *La confisca urbanistica senza condanna*, cit., il quale, dopo aver sottolineato come anche la pronuncia G.i.e.m. –una volta esclusa la violazione della'art. 7 Cedu- abbia comunque accertato una violazione della presunzione di innocenza, afferma altresì che "*in relazione alla concreta possibilità di applicare la confisca in caso di estinzione del reato per prescrizione, il limite della presunzione di innocenza rappresenta uno sbarramento insuperabile*".

³⁴² Si vuole, in particolare, far riferimento alla pronuncia della Cassazione 31 maggio 2016, n. 16607 (dep. 2017) nella quale la suprema Corte ha consentito l'applicazione della confisca del veicolo prevista dalla legislazione ambientale per l'illecito trasporto di rifiuti, nonostante la non punibilità del reato per la sua particolare tenuità. Il provvedimento riveste una particolare importanza ai nostri fini; non vi sono dubbi circa la natura punitiva della misura ablativa in questione. È, infatti, chiaro come in alcuna ipotesi la confisca del veicolo usato per il trasporto dei rifiuti possa assumere una declinazione esclusivamente civilistica; mai l'ablazione del mezzo, invero, può costituire la più appropriata sanzione all'impiego abusivo del diritto, non potendosi verificare, in questo caso, quella "trasformazione" del bene che lo rende necessariamente dedito al crimine.

Capitolo III. La confisca generale.

Sommario. 3.1 *L'importanza dell'oggetto: le confische per sproporzione. Una trattazione unitaria.* - 3.2 *L'inquadramento tradizionale.* - 3.3 *La reale struttura della fattispecie: un'impostazione retrospettiva.* - 3.4 *La qualificazione civilistica.* - 3.5 *Una nuova prospettiva: una fattispecie di pericolo. Anticipazione della tutela.*

3.1 *L'importanza dell'oggetto: le confische per sproporzione. Una trattazione unitaria.*

Seguendo il percorso tracciato nelle prime pagine del capitolo precedente, la nostra attenzione dovrà ora essere rivolta alle confische generali. Si è già chiarito come con tale espressione intendiamo riferirci alle cosiddette confische “per sproporzione” o “allargate” che in quanto tali si indirizzano non verso una singola *res* ma nei confronti dell'intero patrimonio del destinatario della sanzione.

Si tratteranno, pertanto, in maniera unitaria due fattispecie ablatorie normativamente ben distinte: l'ipotesi disciplinata dall'art. 240 *bis* c.p.³⁴³ e quella contemplata nel sistema della prevenzione³⁴⁴.

³⁴³ L'articolo è stato inserito solo di recente (a far data dal 6 aprile 2018) nel codice penale. Come è ben noto la fattispecie era però già da tempo in vigore nell'ambito del d.l. 8 giugno 1992, n. 133 convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 1992, n. 356 che l'ha introdotta per la prima volta all'art. 12-*sexies*. Il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 si è limitato a “trasferire” la disposizione dalla legge complementare al codice penale collocandola subito dopo l'art. 240 c.p. (ovvero alla norma dedicata alla confisca speciale). In realtà il d.lgs. 21/2018, pur senza introdurre alcuna sostanziale novità, ha frammentato il dettato normativo trasladando nel codice penale solo i commi 1 e 2-*ter* del precedente art. 12-*sexies* i quali individuano presupposti, modalità applicative e la maggior parte (nella versione aggiornata) dei casi in cui l'istituto può trovare applicazione. Il nucleo essenziale della misura è stato, quindi, collocato tra le misure di sicurezza patrimoniale. Alcuni reati presupposto, però, non figurano più nella disposizione generale; il legislatore ha preferito inserire una norma *ad hoc* nella legge “*che disciplina in modo organico la materia*” (ci si riferisce all'art. 73 del t.u. in materia di sostanze stupefacenti e all'art. 295 del t.u. in materia doganale); norma che si limita a sancire l'applicabilità della confisca allarga anche ove la condanna concerna queste ipotesi delittuose. Il decreto ha inoltre opportunamente dislocato le disposizioni regolanti gli aspetti più propriamente esecutivi tra le norme di attuazione del c.p.p., lasciando, invece, inalterata l'ubicazione dei commi 4-*ter* e 4-*quater*. Per un riepilogo delle novità introdotte dal d.lgs. in commento si veda BERNARDI, *Il nuovo principio della 'riserva di codice' e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. IV, p. 127 e ss.

La modifica non è altro che il risultato della attuazione del nuovo principio della riserva di codice espressamente sancito dal neo introdotto art. 3bis c.p. a proposito del quale si rinvia a PAPA, *Dal codice penale "schemorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. V, p. 129 e ss.; GALLO, *La cosiddetta riserva di codice nell'art. 3-bis: buona l'idea, non così l'attuazione*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2018; RICCARDI, *Riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2018.

³⁴⁴ Ci si riferisce, ovviamente, alla confisca di prevenzione disciplinata dal disposto dell'art. 24 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 ovvero del c.d. codice antimafia.

Come si è già avuto modo di accennare in precedenza, l'esame contestuale è suggerito dalla relazione di identità che pare potersi ravvisare tra gli oggetti delle due misure. Nelle pagine che seguono si cercherà di dimostrare come, nonostante le apparenti divergenze, le due disposizioni non solo perseguano la medesima finalità ma svolgano altresì la stessa funzione, essendo, inoltre, caratterizzate da una struttura pressoché coincidente.

A questo fine è necessario, senza dubbio, muovere dal dato normativo il quale ci consentirà di descrivere i tratti salienti delle due figure.

L'art. 240 *bis* c.p., rubricato "*confisca in casi particolari*", stabilisce quale primo presupposto della figura ablativa ivi disciplinata la condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti. Il primo tratto caratteristico dell'istituto -che giustifica la "*particolarità*" rispetto al contiguo art. 240 c.p.- è costituito dal numero limitato di ipotesi per le quali deve essere intervenuta la condanna. La norma, infatti, detta un elenco tassativo di delitti al ricorrere dei quali è possibile applicare la misura in questione. Si tratta, come si può cogliere già ad un primo sguardo, di un insieme di fattispecie accomunate, pressoché esclusivamente, dalla particolare gravità e dalla tendenza a suscitare un particolare allarme sociale³⁴⁵.

Una volta delimitato l'ambito applicativo della misura l'art. 240 *bis* c.p. ne specifica l'oggetto. Testualmente deve sempre essere disposta la confisca "del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica". La misura dovrà quindi colpire ogni utilità, a disposizione del condannato, che risulti essere ingiustificatamente sproporzionata rispetto ai suoi redditi legittimi.

Il requisito della sproporzione svolge un ruolo da protagonista anche nella confisca di prevenzione; l'art. 24 d.lgs. 159/2011 individua quale oggetto della fattispecie ablativa in questione i beni sequestrati di cui il proposto non può giustificare la legittima provenienza e il cui valore sia sproporzionato rispetto alle sue attività

³⁴⁵ La circostanza è confermata dalla evoluzione della disposizione. Il catalogo dei reati presupposto è stato, infatti, progressivamente ampliato sulla base di provvedimenti normativi spesso estemporanei e frutto di interventi emergenziali. Inevitabili sono, pertanto, le ripercussioni in termini di razionalità intrinseca della fattispecie. Come si avrà modo di dire più approfonditamente nel prosieguo, per molti dei delitti presupposto l'applicazione della misura ablativa non può che apparire ingiustificata.

“lecite” nonché i “*beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego*”. Tralasciando per il momento il secondo gruppo, dall’analisi della categoria dei beni confiscabili comuni alle due disposizioni sembra emergere un unico profilo differenziale: i beni sproporzionati colpiti tramite il procedimento di prevenzione dovrebbero essere già stati attinti da un provvedimento di sequestro. Si tratta, in realtà, di una difformità meramente apparente. Un recente intervento delle Sezioni Unite³⁴⁶ – recepito anche dal legislatore³⁴⁷ – ha chiarito *il significato non prescrittivo* della espressione contenuta nell’art. 24 d.lgs. 159/2011; se ne deduce, allora, che il sequestro non costituisce “*né un presupposto applicativo, né un momento procedimentale ineludibile rispetto alla confisca*”³⁴⁸, conservando la sua tradizionale natura di provvedimento meramente eventuale e provvisorio³⁴⁹.

Fatta questa breve precisazione in merito all’oggetto, proseguendo nell’illustrazione delle condizioni di applicabilità della confisca prevenzione, è necessario rimarcare che anche tale fattispecie non può trovare applicazione nei confronti di chiunque. Invero, in aderenza con quella che è la struttura caratterizzante il sistema delle misure *ante delictum*, la legge si preoccupa di circoscrivere la classe dei possibili destinatari della ablazione, dettando, in via tassativa, dei “*presupposti*

³⁴⁶ Ci si riferisce a Cass., sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20215. La sentenza al fine di dirimere il contrasto formatosi a proposito dell’appellabilità del decreto di rigetto della proposta di confisca di prevenzione, non preceduto da sequestro cautelare si è dovuta interrogare, in via preliminare, circa i rapporti tra sequestro e confisca di prevenzione. In particolare, la suprema Corte ha avuto modo di chiarire l’effettiva portata di un proprio precedente arresto (ci si riferisce in particolare a Cass., sez. un., 16 dicembre 2000, n. 36, Madonia) che aveva posto le basi della tesi secondo la quale la confisca di prevenzione deve essere necessariamente preceduta dal provvedimento cautelare. La pronuncia del 2000, infatti, si era limitata a riconoscere la natura perentoria del limite temporale, oggi previsto dal dall’art. 24 del c.d. codice antimafia, di efficacia del sequestro.

³⁴⁷ La recente legge 17 ottobre 2017, n. 161, nel riformare sotto più profili il sistema della prevenzione, ha modificato, con il suo art. 6, anche le disposizioni relative all’impugnazione delle misure patrimoniali prevedendo, in maniera espressa, la possibilità di esperire appello avverso “il rigetto della richiesta di confisca anche qualora non sia stato precedentemente disposto il sequestro”.

³⁴⁸ In questo senso FORTE, *Impugnare o non impugnare? Questo è il dilemma. Le sezioni unite della Cassazione prendono l’armi contro una “svista del legislatore”*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 7/8, p. 57.

³⁴⁹ Anche tale opzione ermeneutica rafforza la tesi che si sta cercando di sostenere in questo paragrafo (ovvero la tendenziale coincide tra la confisca di prevenzione e la confisca in casi particolari ex art. 240 *bis* c.p.) Difatti, la mancanza della necessaria propedeuticità della cautela è un dato ormai da tempo acquisito nella giurisprudenza relativa al vecchio art. 12 *sexies* l. 356/1992, cfr. Cass., sez. II, 29 gennaio 2008, n. 6383 e Cass., sez. III, 23 gennaio 2013, n. 7079.

sogettivi”³⁵⁰. L’art. 16 d.lgs. 159/2011 a tal fine richiama, sostanzialmente³⁵¹, il disposto dell’art. 4, facendo così coincidere i destinatari della prevenzione patrimoniale con quelli della prevenzione personale.

Rifacendoci ad una classificazione ormai generalmente accolta è possibile suddividere i soggetti destinatari in due categorie: i soggetti caratterizzati da pericolosità generica e quelli invece dotati di pericolosità sociale qualificata³⁵², individuati rispettivamente dall’art. 1 e dall’art. 4 del codice. Nel rinviare alle trattazioni specifiche in materia, ai nostri fini è sufficiente mettere in luce, brevemente, quale sia il nucleo di questo presupposto soggettivo. Dal complessivo esame delle disposizioni adesso richiamate può, infatti, dedursi, senza tema di smentita, che i destinatari del sistema *praeter delictum* coincidano con gli “indiziati” o “sospettati” della commissione di determinati “comportamenti illeciti”, connessi (pericolosità qualificata) o meno (pericolosità generica) con la criminalità organizzata³⁵³.

Una volta riassunti i profili principali delle due fattispecie ablative ci si può dedicare alla loro analisi comparativa.

In quest’ordine di idee il primo dato da valorizzare è costituito, anche alla luce di quanto si è avuto modo di affermare nelle righe precedenti, dall’elemento che accomuna i due strumenti: il requisito della sproporzione. Allo stesso tempo, non può

³⁵⁰ Sul tema si veda FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 19 febbraio 2019, p. 7, il quale non condivide l’impiego dell’espressione “presupposto soggettivo”. Ad avviso dell’A., infatti, questa definizione pare essere “sviante nella misura in cui induce a guardare a tale accertamento come a qualcosa che è meramente funzionale a svolgere una preliminare delimitazione “soggettiva” dell’ambito di applicazione della misura”. Come si avrà cura di precisare più avanti, invece, l’integrazione dei requisiti previsti dall’art. 16 del codice esaurisce le valutazioni di natura soggettiva attualmente richieste.

³⁵¹ In realtà la norma in questione, alla lettera b), individua anche un’altra classe di destinatari ovvero “le persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali”. L’inciso presenta però scarso interesse ai nostri fini e verrà quindi trascurato.

³⁵² Una dottrina minoritaria affianca alle due classi di destinatari ora evocati una terza categoria costituita dalle “fattispecie di pericolosità connesse al fenomeno del terrorismo”. A questa dovrebbero ricondursi alcune delle ipotesi descritte dall’art. 4 del codice -in particolare le lettere d), e), f), g) e h) - così come la fattispecie dettata dalla lett. b) del primo comma dell’art. 16. In questo senso, BALSAMO-D’AGOSTINO, *I soggetti destinatari*, in FIORENTIN (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, 2018, p. 571.

³⁵³ Anche in questo caso non si può far a meno di notare come la platea dei destinatari dello strumento ablativo abbia subito con il tempo un ampliamento progressivo, causato sia dagli innumerevoli interventi legislativi in materia sia dalla “funzione di atipizzatore” svolta dall’art. 1 del d.lgs. (per questa espressione FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, cit, p. 6). La questione verrà poi ripresa successivamente.

però trascurarsi come le due misure presentino una serie, non irrilevante, di profili differenziali. In modo specifico si intende far riferimento da un lato alla maggior ampiezza che caratterizza la confisca di prevenzione (il suo oggetto si estende, infatti, anche ai “beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego”) dall’altro al diverso articolarsi del “presupposto soggettivo” (nella misura “penale” l’intervenuta condanna per una serie predeterminata di delitti, in quella *ante delictum* la mera riconducibilità del destinatario in una delle classi di pericolosità individuate dalla legge).

Ebbene, nelle prossime pagine si cercherà, quindi, di verificare se le differenze strutturali ora illustrate siano tali da incidere ineluttabilmente sulla natura delle due sanzioni - configurandole come rimedi radicalmente difformi - ovvero se queste ricoprano un peso marginale nell’economia dei due istituti, non intaccandone l’affinità di fondo.

Negli scritti in materia, e nella giurisprudenza anche più recente, la tendenza è quella di valorizzare la radicale differenza che sussisterebbe tra le misure in questione. I due provvedimenti ablatori agirebbero “*in campi diversi*” e avrebbero “*diverse latitudini operative*”³⁵⁴. Il primo insormontabile ostacolo ad una anche solo parziale equiparazione degli istituti in esame sarebbe rappresentato dalla rispettiva articolazione del presupposto soggettivo. La confisca “antimafia”, infatti, come si è avuto modo di precisare, prescinde necessariamente dall’adozione di una pronuncia di condanna. Ma non solo. La sua riconducibilità al sistema della prevenzione fa sì che questa si presenti, quanto meno ad un primo sguardo, come completamente svincolata dalla stesso universo penalistico. Essa non richiede l’accertamento di fatti penalmente

³⁵⁴ Per queste espressioni Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 33451, Repaci. Nello stesso senso: in giurisprudenza, Cass., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, Spinelli, la quale nel ribadire la natura preventiva delle confisca ex art. 24 del codice antimafia afferma espressamente: “*non può valere il prospettato parallelismo con la confisca di cui art. 12-sexies d.l. n. 356 del 1992, a cagione della diversità strutturale tra i due istituti... Diversi sono, infatti, ratto legis e presupposti legittimanti. La confisca per equivalente presuppone, infatti, la commissione di un reato ed anzi il suo accertamento giudiziale con sentenza di condanna, in quanto quel fatto-reato è, ordinariamente, generatore - per sua precipua essenza - di disponibilità illecite di natura delittuosa, ancorché l’adozione della misura ablatoria prescinda da un nesso di pertinenzialità del bene con il reato per il quale è intervenuta condanna. La confisca di prevenzione non presuppone, invece, la commissione di reati determinati, ma postula una condizione esistenziale, ossia una condotta di vita reputata estranea ai canoni legali della civile convivenza.*”; in dottrina FILIPPI – CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione. Aggiornato al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, Torino, 2011, p. 102 nella quale gli A. parlano della confisca ai tempi prevista dall’art. 12 – *sexies*, d.l. 306/1992 come si uno strumento nettamente distinto dalle misure *ante delictum*.

rilevanti e prescinde, inoltre, dalla celebrazione (e anche solo dall'avvio) di un procedimento penale³⁵⁵. Questa autonomia dall'apparato penalistico, in uno con la maggiore estensione del suo oggetto, dovrebbe conferire alla misura preventiva un fine più ampio³⁵⁶.

Prima di addentrarci nella verifica della condivisibilità della tesi adesso riferita e dei suoi presupposti, occorre rimarcare un dato di fondamentale rilievo. Come si è avuto modo di accennare nella trattazione precedente (anche attraverso l'impiego del comune *genus* "confische allargate") le due fattispecie ablative condividono molto più che il mero requisito della sproporzione. Esse, invero, si fondano sul medesimo meccanismo presuntivo che si basa, in via principale, sull'inversione dell'onere della prova³⁵⁷. A differenza delle confische speciali, queste prescindono, in realtà, da ogni

³⁵⁵ A questo proposito cfr. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in PALIERO - VIGANÒ - BASILE - GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, II, p. 891 il quale mette in luce come "la misura in parola si distingue nettamente dalle ipotesi di confisca senza condanna ("non-conviction based confiscation" nell'ormai consolidato linguaggio internazionale) ... che si riferiscono essenzialmente alle ipotesi in cui, essendo stato avviato un procedimento penale nei confronti di un soggetto, il processo non possa concludersi in ragione della morte, della malattia o della fuga dell'imputato, ma i fatti sui quali la confisca si basa risultino comunque provati. Nel mondo della confisca di prevenzione italiana, invece, l'avvio di un procedimento penale nei confronti del titolare del bene non è in alcun modo un presupposto della misura".

³⁵⁶ In questi termini Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 33451, Repaci. La sentenza si è occupata di risolvere la controversia circa la deducibilità dell'evasione fiscale al fine di giustificare la ritenuta sproporzione degli accumuli patrimoniali ai fini della confisca di prevenzione. A tal fine i giudici muovono dall'analisi dei rapporti intercorrenti tra la misura antimafia e l'attuale art. 240 *bis* c.p. Un orientamento giurisprudenziale consolidato, infatti, ammetteva con riferimento alla confisca *post delictum* la possibilità di giustificare la sproporzione attraverso l'evasione fiscale. I giudici remittentipertanto, sottolineando l'analogia di fondo che ricorre tra le due fattispecie, proponevano l'estensione al sistema della prevenzione dell'orientamento formatosi con riferimento alla confisca allargata. Orbene, la suprema Corte, nella sua massima composizione, contesta l'assunto di fondo di tale opzione ermeneutica. Le due misure avrebbero una *ratio* ed un ambito applicativo diverso: la sovrapposibilità delle rispettive disposizioni normative sarebbe solo apparente. Dal testo della pronuncia si ricava come ad avviso del collegio la confisca di prevenzione avrebbe lo scopo di colpire ogni bene che risulti essere il "presunto" frutto di attività illecita a prescindere dal suo eventuale rilievo penalistico. Non altrettanto potrebbe invece affermarsi con riferimento all'art. 240 *bis* c.p. Allo stato le conclusioni raggiunte in questa occasione sulla specifica questione relativa alla deducibilità dei proventi dell'evasione fiscale hanno perso rilievo. Di recente, infatti, il legislatore è intervenuto in materia omologando il regime giuridico delle due misure sul punto. Come si avrà modo di dire successivamente, permane, in realtà, una sola marginale differenza.

³⁵⁷ La giurisprudenza, nonostante le numerose questioni sollevate, ha sempre escluso che le disposizioni in commento contemplassero una vera e propria inversione dell'onere probatorio. In particolare, l'indirizzo dominante – confermato di recente anche dalla C.cost. 33/2018 con riferimento all'art. 240 *bis* c.p. – ritiene che la presunzione relativa di illecita provenienza faccia sorgere in capo al destinatario della ablazione una semplice facoltà esercitabile attraverso la mera allegazione di elementi che rendano credibile la provenienza lecita dei beni. Questo orientamento fa evidentemente proprie le conclusioni già raggiunte dalla giurisprudenza costituzionale in relazione all'art. 707 c.p., al fine di "rimediare" al patente contrasto con le garanzie costituzionali (presunzione di innocenza e diritto di difesa *in primis*). Anche a voler trascurare le evidenti difficoltà teoriche connesse con il qualificare in termini di mera

tipo di collegamento tra le condotte-presupposto e i beni appresi. Non solo viene reciso il nesso di pertinenzialità che lega le cose al reato nelle fattispecie ablative tradizionali, ma si fa a meno di ogni legame di derivazione tra le cose espropriate e i comportamenti tipizzati³⁵⁸.

Fatta, dunque, questa precisazione è ora il tempo di dedicarci alla questione principale. Per verificare la condivisibilità della tesi che rigetta il parallelismo tra le due figure reali, la via migliore pare essere concentrarsi sui presunti profili differenziali. Si cercherà, perciò, di appurare se le riscontrate discrepanze siano in grado di incidere in modo effettivo sulla natura degli istituti ovvero se si risolvano in difformità meramente apparenti.

A tal fine prenderemo le mosse dall'esame dell'oggetto. Si è già avuto modo di precisare, a tal proposito, come l'art. 24 del d.lgs. 159/2011 si rivolga, quanto meno a prima vista, verso una classe di oggetti più ampia colpendo, non solo i beni di valore sproporzionato dei quali non sia stata giustificata la legittima provenienza, ma ogni bene che risultino essere il frutto di attività illecite e ne costituisca il reimpiego.

Il primo elemento da valorizzare, in una prospettiva positivista, non può che essere costituito dal dato letterale. Attenta dottrina ha, infatti, avuto modo di rilevare come il legislatore sia all'art. 20 sia all'art. 24 del codice impieghi, nel tracciare la classe dei beni confiscabili, due congiunzioni disgiuntive – rispettivamente “ovvero” e “nonché” - chiarendo così *“che i due presupposti della sproporzione e dell'illecita provenienza sono alternativi tra loro e che, pertanto, il primo non deve necessariamente coesistere col secondo”*³⁵⁹.

Se il dato letterale pare propendere incontrovertibilmente per la tesi della discrasia, non altrettanto può dirsi qualora si prendano in esame gli altri criteri di ermeneutica legale ovvero l'interpretazione storica e quella sistematico-finalistica.

facoltà la situazione giuridica del destinatario di una presunzione relativa, la tesi si scontra con la stessa impostazione giurisprudenziale sul tema. Difatti, l'orientamento dominante richiede che il contributo probatorio del privato sia connotato da un grado di precisione e congruenza tale da escludere anche solo qualsiasi differenza di tipo quantitativo rispetto al più tradizionale onere probatorio. Si rinvia a UGOLINI, *L'utilizzabilità dei dati statistici elaborati dall'ISTAT nel giudizio di sproporzione patrimoniale*, in *Arch. pen.*, 2018, in particolare p. 6 che nell'affrontare una questione specifica riassume la problematica in oggetto.

³⁵⁸ Questa considerazione, così come quelle che seguiranno, saranno riprese e approfondite ancora nelle pagine che seguiranno. Esse, infatti, avranno un peso particolare nell'analisi volta a verificare l'effettiva natura giuridica delle confische allargate.

³⁵⁹ BRIGNONE, *L'oggetto delle misure patrimoniali*, in FIORENTIN (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, 2018, p. 670.

Per ciò che concerne il primo criterio, l'evoluzione subita dalle disposizioni che regolano la fattispecie preventiva dimostrano come le due proposizioni impiegate per descrivere le cose da ablare indichino, sostanzialmente, la medesima realtà. L'originaria formulazione delle disposizioni dettate in tema di sequestro e confisca di prevenzione attribuiva, infatti, ai requisiti della sproporzione e della origine illecita il ruolo a loro rispettivamente più confacente. Prima della riforma attuata con la legge 24 luglio 1993, n. 256³⁶⁰, la sperequazione³⁶¹ (in questo modo veniva definita allora la sproporzione) figurava in via esclusiva nella norma dedicata alla cautela e veniva indicata come uno dei vari indici probatori dai quali poter inferire l'origine illecita dal bene, unico e reale presupposto dello strumento ablativo³⁶².

La scelta legislativa di indicare la sproporzione quale oggetto (esclusivo per ciò che concerne l'art. 240 *bis* c.p.) della ablazione -probabilmente mossa dalla volontà di renderla meno complessa³⁶³- pare essere il frutto di una tecnica normativa che potremmo definire "metonimica". La mancata indicazione dei beni di presunta origine illecita nel testo della disposizione codicistica non può, dunque, costituire una reale differenza trattandosi di una esclusione soltanto apparente³⁶⁴. Anche la confisca per

³⁶⁰ Con la quale si è cercato invano - non potendo la *voluntas legis* incidere sulla natura delle cose- di far assurgere la sproporzione a requisito autonomo, con il solo fine di rendere, ove possibile, ancora più semplice la sottrazione delle cose illecite.

³⁶¹ Per consentire una più agile lettura si riporta qui il testo originario dei commi 2 e 3 dell'art. 2 *ter* della legge 575/1965:

"Salvo quanto disposto dagli articoli 22, 23 e 24 della legge 22 maggio 1975, n. 152, il tribunale, anche d'ufficio, ordina con decreto motivato il sequestro dei beni dei quali la persona nei confronti della quale e' stato iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, e che sulla base di sufficienti indizi, come la notevole sperequazione fra il tenore di vita e l'entità dei redditi apparenti o dichiarati, si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.

Con l'applicazione della misura di prevenzione il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati dei quali non sia stata dimostrata la legittima provenienza. Nel caso di indagini complesse il provvedimento puo' essere emanato anche successivamente, ma non oltre un anno dalla data dell'avvenuto sequestro."

³⁶² Il mancato richiamo della sperequazione nella disposizione dedicata alla misura definitiva pare essere in linea con il suo valore esclusivamente probatorio.

³⁶³ In particolare, non pare possa sbagliarsi nell'affermare che la finalità del legislatore, nel concentrare l'attenzione sulla sproporzione, sia stata anche quella di rendere meno evidente l'inversione dell'onere della prova su cui si fonda la misura ablativa. Spostando, infatti, il focus della fattispecie dalla origine illecita del bene al requisito della sproporzione, si è cercato di nascondere come il contributo probatorio del privato concerna, in realtà, il reale presupposto applicativo della misura.

³⁶⁴ In questo senso FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione? Note a Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 33, Pres. Grossi, Est. Modugno*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 2, p. 137, il quale afferma "l'art. 12-sexies potrebbe cioè essere letto come una norma che obbliga a confiscare non già tutti i beni di valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività svolta, come parrebbe suggerito dal suo tenore letterale, ma piuttosto il denaro o i beni che costituiscono il profitto di reati, e che dunque hanno origine delittuosa (e il soggetto non ha titolo di possedere). Rispetto a questo implicito *thema probandum*, la

sproporzione penale ha, infatti, quale unico obiettivo le cose che si suppone siano state acquisite attraverso attività illecite³⁶⁵.

E in questo senso depone anche l'argomento logico sistematico³⁶⁶. Il fine perseguito dal legislatore con entrambe le disposizioni è quello di colpire i capitali illecitamente accumulati. La circostanza è confermata senza dubbio dalla complessiva struttura delle due disposizioni. La sproporzione, infatti, non è da sola sufficiente a fondare la misura ablativa dovendo questa coordinarsi con un elemento ulteriore: l'omessa giustificazione della legittima provenienza dei beni da parte del destinatario della sanzione. Se ne deduce, allora, l'assoluta identità degli oggetti delle due misure consistenti, in via esclusiva ed in entrambi i casi, in oggetti di origine sospetta.

Appurata, allora, la natura meramente fittizia della prima delle isolate differenze, ci si deve dedicare allo studio della seconda.

È ricorrente l'affermazione secondo cui il presupposto della condanna previsto dalla "confisca in casi particolare" rappresenti un ostacolo insuperabile nella strada del raggruppamento dei due fenomeni all'interno di una cornice unitaria. L'istituto disciplinato dall'art. 240 *bis* c.p., dovendo essere preceduto dalla celebrazione di un processo penale (basato sull'oltre ragionevole dubbio), sarebbe notevolmente più in linea con il dettato costituzionale e le garanzie penalistiche. La figura codicistica, quindi, si distinguerebbe nettamente dalle misura di prevenzione presentandosi come una figura più garantistica.

Anche tale affermazione merita di essere fatta oggetto di una più attenta riflessione. Ci si deve, infatti, interrogare su quale sia l'effettivo valore discrezionale della condanna nel caso di specie, anche alla luce del ruolo ad essa attribuito nella dinamica della fattispecie. A questo proposito non possono che apparire dirimenti le considerazioni poc'anzi premesse in merito alla relazione tra condotte presupposte e cose confiscate. Si è avuto modo di osservare come la forma espropriativa prescinda

sproporzione costituirebbe un indizio: un fatto noto da cui desumere il fatto ignoto rappresentato dall'origine delittuosa del patrimonio".

³⁶⁵ In termini analoghi C. cost. 27 febbraio 2019, n.24, § 10.3, la quale però insiste sulla natura di requisito alternativo e autonomo della sproporzione.

³⁶⁶ Ancora FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, cit., p. 137, ad avviso del quale "Che l'oggetto della confisca non sia il "bene di valore sproporzionato", bensì il "bene di origine delittuosa" lo si evince in particolare dalla ratio della norma che, come conferma in vari punti la Corte, è quella di aggredire la ricchezza accumulata illecitamente, non già quella di sanzionare situazioni di oggettiva sproporzione".

dal nesso derivativo; i comportamenti accertati nella sentenza di condanna non costituiscono, di conseguenza, la “fonte” dei beni appresi i quali originano da comportamenti ulteriori non presi in considerazione, in via diretta, dalla fattispecie.

La condanna, allora, degrada ad uno degli indici da cui poter inferire la presunta origine illecite del patrimonio³⁶⁷. In modo particolare, come osservato acutamente in giurisprudenza³⁶⁸, la sentenza diviene una «qualità soggettiva» che consente di circoscrivere la classe dei possibili destinatari della misura. L’aver riportato una condanna per determinate fattispecie delittuose assurge, perciò, a indicatore della pericolosità sociale del soggetto, per tale intendendosi (quanto meno in una accezione patrimonialistica³⁶⁹) l’astratta capacità di generare illeciti arricchimenti³⁷⁰.

Ragionando in questi termini non si può che constatare la perfetta coincidenza, sotto il profilo funzionale, tra l’intervenuta condanna e le categorie soggettive enunciate a norma dell’art. 16 d.lgs. 159/2011.

La riscontrata similitudine acquisisce una pregnanza ancora maggiore ove si rifletta, anche solo brevemente, sull’effettiva consistenza delle fattispecie soggettive previste dal codice antimafia. Nonostante l’apparente autonomia³⁷¹ dall’universo penalistico, il sistema preventivo ha ormai da tempo avviato un inesorabile processo di progressiva tipizzazione. Se è vero che nella loro primigenia formulazione le misure

³⁶⁷ In termini analoghi MAUGERI, *La lotta all’evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio. La confisca dei proventi dell’evasione fiscale o dei redditi leciti non dichiarati fiscalmente?* Cass. Pen. Sez. Un., 29 maggio 2014 (dep. 29 luglio 2014), n. 33451, Pres. Santacroce, Rel. Zampetti, Imp. Repaci, in *Dir. pen. cont.*, 2015, fasc. 4, p. 214 in cui si afferma “Anche se, comunque, la confisca allargata fondata su una condanna rimane più garantistica, la condanna in sé non può giustificare la confisca di altri beni che non rappresentano il diretto profitto del reato oggetto della condanna, anche la confisca penale estesa come la confisca di prevenzione si fonda, come esaminato, sulla presunzione di illecita accumulazione patrimoniale” aggiungendo inoltre “anche se l’art. 12-sexies presuppone la condanna per un reato, la confisca di tutti i beni di valore sproporzionato si fonda sulla presunzione iuris tantum dello svolgimento da parte del reo di un’attività criminale di carattere continuativo, e quindi in questo senso sulla sua pericolosità sociale”.

³⁶⁸ Segnatamente Cass., sez II, 13 marzo 2018, n. 14165.

³⁶⁹ La questione sarà ripresa poi successivamente. Allo stato è sufficiente rimarcare come di “peculiare forma di pericolosità” con riferimento al sequestro e alla confisca di prevenzione si sia già parlato in dottrina, in particolare FILIPPI – CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, cit., p. 10.

³⁷⁰ Cfr. ALBANESE, *Confisca di prevenzione: smussato il requisito della ‘correlazione temporale’*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 4, p. 194.

³⁷¹ Sul progressivo venir meno della autonomia tra procedimento di prevenzione e procedimento penale, anche per ciò che concerne il profilo probatorio cfr. CORTESI, *Confisca di prevenzione “antimafia” e confisca “allargata”*, cit., p. 2 e 3. L’A. giunge a tale conclusione muovendo dalla sentenza della Cassazione a sezioni unite, 25 marzo 2010, Cagnazzo che ha vietato l’impiego nell’ambito del procedimento di prevenzione delle prove inutilizzabili nel processo penale.

di prevenzione erano “*legate a comportamenti inequivocabilmente illeciti, ma non identificati in una peculiare e precisa fattispecie criminosa*”³⁷², già dal 1965 la situazione è senza dubbio mutata. Con l’ampliamento -ad opera della legge n. 575/1965- della categoria dei destinatari agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose ex art. 416 – *bis* c.p., il mondo della prevenzione ha iniziato ad ispirarsi “*ad un diritto penale del fatto*”³⁷³ avviando una tendenza che tutt’ora prosegue.

Difatti, tutte le fattispecie di pericolosità c.d. qualificata, via via introdotte, sono costruite attraverso il richiamo di fattispecie incriminatrici, ma non solo. Seppur in maniera meno evidente, il processo di tipizzazione ha ormai attinto anche le classi di pericolosità generica. A questo proposito non si possono non tenere in debita considerazione i più recenti risultati raggiunti sul tema dalla giurisprudenza sovranazionale ed interna. Si vuole, in modo specifico, far riferimento all’orientamento originato dalla pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso de Tommaso contro Italia³⁷⁴, il quale ha posto le basi per una declaratoria di parziale incostituzionalità dell’art. 4, c. 1, lett. c) d.lgs. 159/2011.

Come è noto i giudici di Strasburgo sono stati chiamati a verificare la legittimità convenzionale delle misure di prevenzione personali (in particolare si trattava di un caso nel quale il ricorrente era stato attinto dalla misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno) nelle ipotesi in cui queste trovassero applicazione nei confronti di soggetti genericamente pericolosi. La Corte europea, pur escludendo l’applicabilità del *volet pénal*, ha comunque dichiarato la disciplina scrutinata incompatibile con la Convenzione poiché in contrasto con la libertà di circolazione. Difatti, la disposizione non soddisferebbe gli *standard* di accessibilità e prevedibilità necessari affinché la restrizione di una libertà convenzionalmente garantita possa dirsi prevista per legge³⁷⁵; segnatamente la pronuncia ha concluso nel senso della insufficiente prevedibilità delle conseguenze della propria condotta per il soggetto colpito dalla misura personale.

³⁷² Espressamente FILIPPI – CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, cit., p. 9.

³⁷³ Ancora FILIPPI – CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, cit., p. 8.

³⁷⁴ Corte edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, sulla quale vedi VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 3, pp. 370 e ss.

³⁷⁵ Non può che tornare alla mente, a questo proposito, la distinzione formulata già da NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza* (voce), *Enc. dir.*, Milano, 1976, p. 635, tra “*legalità repressiva*” e “*legalità preventiva*”

Le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza europea con riguardo alle misure personali hanno avuto ripercussioni più ampie, inducendo i giudici nazionali a dubitare più in generale della legittimità costituzionale e convenzionale di tutte le misure di prevenzione ove dirette a “colpire” la pericolosità generica (che come si è già avuto modo di precisare può costituire il presupposto anche di una misura patrimoniale). Ha iniziato a diffondersi³⁷⁶, conseguentemente, un orientamento volto a rileggere in chiave restrittiva le ampie formule impiegate per descrivere la pericolosità generica. I risultati di questo “percorso” ermeneutico sono poi confluiti nel summenzionato provvedimento della Corte costituzionale. Ai nostri fini è importante rimarcare come la Consulta abbia avuto modo di precisare che una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata impone di ricondurre nell’alveo dell’art. 1 del codice antimafia le sole attività del proposto caratterizzate “*in termini di delitto e non di un illecito qualsiasi*”. In questo senso non può che deporre, del resto, l’aggettivo “delittuoso” richiamato in entrambe le disposizioni³⁷⁷.

Si può, allora, rilevare come anche i destinatari della confisca antimafia siano individuati tramite un giudizio che tenta di accertare la commissione di condotte penalmente rilevanti.

Non pare allora inopportuno affermare che la differenza tra le due misure, sotto il profilo soggettivo, si riduca ad un mero dato quantitativo, non incidendo, invece sull’aspetto qualitativo. Si vuole in particolare sostenere che la discrepanza tra le confische di sproporzione finisce per sostanziarsi, con riferimento alla specifica questione, in via principale, se non esclusiva, nel grado di prova raggiunto³⁷⁸.

³⁷⁶ Come precisato dalla Corte costituzionale nella sent. 24/2019, in realtà, il tentativo di “tassativizzare” il contenuto dell’art. 1 d.lgs. 159/2011 aveva avuto avvio già prima dell’intervento della Corte edu. A questo proposito può ricordarsi l’indirizzo giurisprudenziale formatosi con riferimento al c.d. “evasore socialmente pericoloso”, a proposito del quale *cfr.* Cass., sez. V, 6 dicembre 2016, n. 6067 la quale esclude che il mero *status* di evasore fiscale sia sufficiente a fondare al misura ben potendo l’evasione tributaria integrare semplici illeciti amministrativi.

³⁷⁷ L’opera di “tipizzazione” della Consulta non si arresta alla sola valorizzazione del termine “delittuoso”; l’area delle condotte rilevanti è, infatti, circoscritta ulteriormente grazie all’impiego di termini quali l’avverbio “abituamente” (che compare nel testo di entrambe le disposizioni esaminate) ovvero di “traffici” (contemplato nella sola lettera a) dell’art. 1 del codice) e “proventi” (di cui alla successiva lettera b)). Proprio il contrasto giurisprudenziale sul significato da attribuire all’espressione “traffici delittuosi” ha impedito una “tipizzazione” delle condotte contemplate dalla prima lettera della norma, determinando la sua dichiarazione di incostituzionalità.

³⁷⁸ A questo proposito occorre ricordare come già da tempo la dottrina più avveduta abbia avuto cura di rimarcare il ruolo “surrogatorio” del sistema di prevenzione rispetto alla condanna penale. Sul punto FILIPPI – CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione, cit.*, p. 12 in cui l’Autrice parla de “*le misure di prevenzione quale surrogato della condanna impossibile*” aggiungendo inoltre come “*a ben vedere,*

Il *discrimen* si risolverebbe, allora, nel *quantum* probatorio disponibile: in grado di superare ogni ragionevole dubbio in un caso, arrestatosi al livello meramente indiziario nell'altro³⁷⁹.

Le conclusioni raggiunte sembrano trovare un'ulteriore conferma nel disposto del neo-introdotta art. 578 *bis* c.p.p. La disposizione, recependo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidatosi³⁸⁰, consente di applicare la confisca *ex art.* 240 *bis* c.p. anche ove non sia possibile addivenire ad un formale provvedimento di condanna. Il presupposto della misura in questione viene pertanto fatto coincidere con il semplice accertamento, secondo gli *standard* penalistici, della commissione di un fatto penalmente rilevante, assottigliando ulteriormente le differenze rispetto alla confisca antimafia. Inoltre, con riguardo alla pericolosità qualificata, non si può fare a

dunque, le misure c.d. di prevenzione non sono, in realtà, sine o praeter delictum, ma, più esattamente, sine o praeter probationem delicti: esse hanno cioè come presupposto la partecipazione di un soggetto ad un'associazione di tipo mafioso o equiparata ovvero la sussistenza di indizi relativi a determinati delitti, che solo l'insufficienza della prova impedisce di attribuire alla responsabilità penale del prevenuto, ma che l'ordinamento sanziona con il succedaneo o surrogato della misura di prevenzione". In termini analoghi MARAFIOTI, *Sinergie fra procedimento penale e procedimento di prevenzione. Relazione presentata al Convegno annuale della Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso"*, Cagliari 29-30 ottobre 2015, disponibile su *Dir. pen. cont.*, ad avviso del quale "si realizza qui, plasticamente, quella integrazione compensativa tra regole di giudizio cui si faceva cenno in precedenza. Se, per un verso, l'assoluzione dell'imputato impedisce di disporre la confisca ai sensi dell'art. 12-sexies L. n. 356 del 1992; per altro verso, non vigono analoghe preclusioni rispetto al simultaneo o successivo giudizio di prevenzione patrimoniale. Con la conseguente possibilità di disporre una confisca di prevenzione in funzione surrogatoria della sanzione patrimoniale inapplicabile" e FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, p. 116 in cui l'A. rileva la riduzione del ruolo della prevenzione a "funzione di surrogato di una repressione penale inattuabile per mancanza dei normali presupposti probatori". Ancora ALBANESE, *Confisca di prevenzione: smussato il requisito della 'correlazione temporale'*, *cit.*, p. 195 in cui l'A. parla di possibile sovrapposizione e per certi versi di fungibilità tra gli istituti della confisca di prevenzione e della c.d. confisca 'allargata'.

³⁷⁹ In dottrina vi è chi auspica una presa d'atto legislativa dell'effettivo atteggiarsi dei rapporti tra le due fattispecie ablative ci si riferisce in particolare a MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, *cit.*, p. 386 il quale ha espressamente affermato: "è da questa constatazione che matura l'auspicio riformatore a concepire i due tipi di confisca quali strumenti, qualitativamente omogenei, di una comune, e coordinata, strategia, che ne articola i rapporti interni sul piano del differente spessore dei compendi probatori e non su quello della diversità dei presupposti sostanziali di applicabilità." L'autore si era già espresso in questi termini in MAIELLO, *La prevenzione patrimoniale in trasformazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 811.

³⁸⁰ Per un breve riepilogo dell'orientamento in questione si rinvia a CANTONE, *La confisca per sproporzione*, in MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, pp. 123 e 124.

meno di notare la tendenziale simmetria tra le fattispecie richiamate dall'art. 4 del decreto antimafia e quelle selezionate dalla confisca codicistica³⁸¹.

Le considerazioni che precedono, complessivamente considerate, non possono che confermare e giustificare la tesi dalla quale abbiamo preso le mosse: quella della sostanziale coincidenza tra le due figure ablativo.

Tale conclusione è stata di recente accolta anche dalla Corte costituzionale. La Consulta, già in due occasioni³⁸², ha avuto modo di precisare come le due confische perseguano il medesimo fine “*costituendo altrettante species di un unico genus*”. D'altra parte, seppur in mancanza di un espresso riconoscimento, pare potersi ritenere che lo stesso legislatore condivida tale assunto. Risulta, infatti, “*difficile ignorare come il legislatore stia indirizzando la propria spinta riformatrice delle due misure lungo un unico binario*”³⁸³. A questo proposito molteplici sarebbero gli esempi da fare: l'applicabilità di entrambi gli strumenti in caso di morte del condannato/preposto³⁸⁴, l'omologazione del regime relativo alla giustificabilità della sproporzione attraverso l'evasione fiscale³⁸⁵, così come la progressiva assimilazione del regime processuale³⁸⁶.

³⁸¹ Sul punto anche se con esclusivo riferimento anche se con esclusivo riferimento alle fattispecie dell'art. 51, c. 3 *bis* del codice di procedura penale MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, cit., p. 226.

³⁸² Ci si riferisce a C.cost. 21 febbraio 2018, n. 33 e a C.cost. 27 febbraio 2019, n. 24.

³⁸³ FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, cit., p. 142.

³⁸⁴ Non può condividersi quanto sostenuto a questo proposito da FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, cit, p. 16, nota 58 il quale ravvisa sotto questo profilo una differenza tra le due misure evidenziando come “*in sede di confisca c.d. allargata ex art. 240-bis c.p. la possibilità di applicazione della confisca in caso di morte del reo è invece limitata ai casi in cui la misura ablativa, al momento del decesso, sia già stata disposta con sentenza di condanna passata in giudicato*”. A ben vedere, si tratta solo dell'adeguamento della previsione ai connotati che caratterizzano la confisca di prevenzione. Anche con riferimento alla figura *ante delictum* l'omologo presupposto (riconducibilità del proposto nella categoria soggettiva di riferimento) deve essersi già verificata alla morte del soggetto.

³⁸⁵ Il legislatore, infatti, con due interventi normativi quasi contestuali (la l. 161/2017 e il d.l. 148/2017) ha superato l'orientamento giurisprudenziale che diversificava sul punto il regime delle due fattispecie. Soffermandosi attentamente sulle neo introdotte disposizioni si può constatare come esse non abbiano, in realtà, dato luogo ad una completa equiparazione: difatti, il nuovo art. 240 *bis* c.p. arreca un inciso ulteriore che fa salva l'ipotesi in cui “*l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge*”. In merito alla ragionevolezza di tale opzione normativa FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, cit, p. 13 nota 45 ove si afferma espressamente “*La mancata inclusione di una identica previsione nell'art. 24 del c.d. codice antimafia ci sembra poco ragionevole e probabilmente illegittima al metro dell'art. 3 Cost., a meno di ritenere possibile (in chiave costituzionalmente orientata) un'applicazione analogica dell'inciso contenuto nell'art. 240-bis c.p. anche alla confisca di prevenzione, alla luce della rilevata affinità di ratio tra le due misure, ben evidenziata da ultimo dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 33 del 2018*”.

³⁸⁶ Sul punto possono ricordarsi le considerazioni di MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, cit., p. 215 in cui si afferma espressamente “*a parte il rilievo che nella prassi ... ai fini della valutazione della similarità tra le due forme di confisca, si tende a separare l'applicazione della confisca ex art. 12-sexies dalla pronuncia della sentenza di condanna, che ne*

La tesi della sostanziale identità delle due misure ha raggiunto fra gli interpreti, sia in dottrina che in giurisprudenza, una condivisione tale da essere impiegata per sostenere l'estensione analogica di normative³⁸⁷ ed interpretazioni³⁸⁸ formatesi con riferimento ad una delle due fattispecie all'altra.

3.2 L'inquadramento tradizionale.

L'appurata riconducibilità delle due figure nell'ambito di un *genus* unitario si riverbera, anche, nel loro inquadramento giuridico. Anche se con qualche differenza terminologica, infatti, l'orientamento tradizionale (pur ove rifiuti la tesi dell'analogia) tende a qualificare le misure in maniera affine.

In particolare, è opportuno rimarcare fin da subito che in ogni caso, nonostante le sfumature, tutte le qualificazioni giuridiche proposte escludono la riconducibilità degli istituti alla materia penale.

rappresenta solo il necessario presupposto, in quanto la confisca allargata può essere disposta anche dal giudice dell'esecuzione a norma dell'art. 676 c.p.p., e art. 667 c.p.p., co. 4, ovvero all'esito di procedura in contraddittorio a norma dell'art. 666 c.p.p., salvo che sulla questione non abbia già provveduto il giudice della cognizione; emerge una prassi, rilevata anche in altri ordinamenti, in base alla quale il procedimento volto all'applicazione della confisca tende a separarsi dal giudizio di cognizione, prassi che può presentare profili positivi in termini di efficienza, - evitando che la complessità delle indagini patrimoniali ritardi la condanna o comporti la prescrizione, o consentendo di applicare la confisca laddove i beni siano individuati successivamente alla condanna -, ma pone dei problemi in termini di garanzie difensive. Per contro il procedimento di prevenzione diventa spesso un procedimento contro il patrimonio parallelo al processo penale, diventando anche esso una sorta di procedimento patrimoniale accessorio specializzato, piuttosto che una vera e propria actio in rem".

³⁸⁷ A questo proposito è interessante richiamare l'ord. 16 maggio 2014 con la quale la Cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 10 c. 3 e 27 c. 2 del d.lgs. 159/2011 per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. nella parte in cui consentono il ricorso in Cassazione solo per violazione di legge. I giudici di legittimità hanno impiegato quale *tertium comparationis* la disciplina dell'art. 240 bis c.p. sottolineando come la differenza (nella confisca "allargata" il ricorso può essere esperito per tutti i motivi indicati dall'art. 606 c.p.p.) "non trova ... giustificazione..., giacchè tanto quella di prevenzione quanto quella d.l. n. 306 del 1992, ex art. 12-sexies, postulano l'accertamento della medesime condizioni di fatto e producono le medesime conseguenze negative nel patrimonio dei soggetti destinatari".

³⁸⁸ Al riguardo appare significativa la giurisprudenza che, nell'ottica di circoscrivere l'ambito potenzialmente illimitato delle due fattispecie, ha introdotto i requisiti della correlazione e della ragionevolezza temporale. Ferma restando la loro tendenziale coincidenza, non può trascurarsi come la giurisprudenza tenda ad impiegarli promiscuamente. Cfr. Cass., sez. II, sent. 13 marzo 2018, n. 14165 in cui si impiega il requisito della ragionevolezza temporale (creato dalla giurisprudenza relativa all'art. 12 sexies) con riferimento alla confisca di prevenzione.

Occorre però procedere con ordine. Si cercherà, quindi, di riepilogare, seppur per sommi capi, le classificazioni prospettate per ogni strumento, mettendo da ultimo in luce i tratti comuni alle diverse opzioni.

Per quanto riguarda la confisca di prevenzione, nel primo decennio di vita circa, la sua classificazione è stata influenzata in modo incisivo dall'inserimento dell'istituto tra le misure di prevenzione. Assecondando l'opzione normativa, l'attuale art. 24 d.lgs. 159/2011 è stato assimilato alle preesistenti misure personali dalle quali avrebbe mutuato il fine preventivo³⁸⁹.

Il primo importante mutamento (quanto meno all'apparenza) si è registrato con la sentenza delle Sezioni Unite Simonelli³⁹⁰. La pronuncia, per comprendere quali effetti potesse produrre la morte del proposto (intervenuta nelle more dell'appello) sulla confisca disposta in primo grado, ha indagato la natura dello strumento espropriativo giungendo ad importanti conclusioni. La Corte, infatti, ha categoricamente rifiutato l'invocato parallelismo con le misure personali. Pur riconoscendo che il tenore letterale della disciplina inclini verso il carattere preventivo³⁹¹, i giudici hanno ritenuto che *“la devoluzione allo Stato dei beni confiscati, ...e le finalità indiscutibilmente «ablativo» dei corrispondenti provvedimenti, non consentano ... di qualificare gli stessi, in senso tecnico/giuridico, quali misure di prevenzione”*, riducendo l'inquadramento normativo a una mera *“improprietà lessicale”*. *“Escluso... il carattere sanzionatorio di natura penale³⁹² e, parimenti, quello di un provvedimento di «prevenzione»”*, la Consulta ha deciso per la riconducibilità della confisca di prevenzione *“nell'ambito di quel tertium genus costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile (quanto al contenuto ed agli effetti) alla misura di sicurezza prevista dall'art. 240, cpv., c.p.”*.

³⁸⁹ Per un breve riepilogo delle posizioni precedenti all'intervento delle Sez. Un. Simonelli, si rinvia a CASSANO, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni. Questioni e materiali di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 1998, p. 153 e ss.

³⁹⁰ Cass., sez. un., 3 luglio 1996, Simonelli, in *Foro it.*, 1997, I, p. 18 e ss.

³⁹¹ Si afferma espressamente: *“È dato di fatto incontrovertibile, ora, che la legge richiamata, sia nel titolo, che nel testo, fa riferimento a «disposizioni in materia di prevenzione di carattere patrimoniale» e, in via generale (capo II), a «disposizioni in materia di misure di prevenzione»...”*.

³⁹² L'esclusione si fonda, come può desumersi dalla lettura della motivazione, su due concomitanti elementi: la circostanza che la misura sia prevista nell'ambito del procedimento di prevenzione e ne segua, in linea di massima, le regole; il fatto che essa avesse (ai tempi) quale presupposto la pericolosità del soggetto destinatario di misure di prevenzione vere e proprie, ancorchè non eseguite o non eseguibili. Quest'ultimo profilo è, per l'appunto, venuto meno nell'attuale formulazione della norma; nei paragrafi successivi si avrà cura di verificare quale incidenza abbia avuto questa modifica sulla natura dell'istituto.

Le conclusioni raggiunte dalla pronuncia Simonelli meritano alcune considerazioni. In primo luogo, l'accostamento alle sanzioni amministrative non può considerarsi risolutivo. Come si è avuto modo di illustrare nel corso del primo capitolo, alla classe delle sanzioni amministrative sono riconducibili istituti eterogenei, strutturalmente e funzionalmente variegati³⁹³. La diffusione del concetto di pena in senso sostanziale osta all'accoglimento di una tale qualificazione, non essendo essa in grado di "rivelare" (quella che con il linguaggio delle Corti sovranazionali potremmo definire) "*the very nature of the penalty*", ed intralciando, perciò, il processo di identificazione del paradigma garantista di riferimento.

Inoltre, nonostante la Corte si preoccupi di rimarcare la distanza della confisca dalle misure di prevenzione in senso proprio, attraverso l'equiparazione alla misura di sicurezza di cui al secondo comma dell'art. 240 c.p., la pronuncia pare comunque voler ricollegare l'istituto alla finalità preventiva *lato sensu* intesa³⁹⁴, giustificando, in qualche modo, la sua regolamentazione in deroga ai principi penalistici.

Pur se in modo diverso ripetto alle misure di prevenzione in senso proprio³⁹⁵, anche la confisca antimafia avrebbe, allora, natura "preventiva" avendo anch'essa, come presupposto una situazione di pericolosità alla cui neutralizzazione dovrebbe tendere³⁹⁶.

La volontà di mantenere inalterato il legame con "l'universo della pericolosità" (se così può definirsi) emerge con evidenza anche dalle osservazioni della dottrina del tempo all'indomani della richiamata sentenza. Fin da subito, infatti, in letteratura³⁹⁷ si

³⁹³ Come riprova di quanto appena affermato è sufficiente richiamare la giurisprudenza formatasi con riferimento alla c.d. confisca stradale (con tale espressione ci si vuole riferire alle confische del veicolo previste nel codice della strada), la quale, nonostante l'espressa qualificazione in termini di "sanzione amministrativa accessoria" ex art. 224 *ter* d.lgs. 285/1992, è sempre stata ricondotta dalla giurisprudenza nell'alveo delle sanzioni penali accessorie. A questo proposito, Cass., sez. un., 25 febbraio 2010, n. 23428, Caligo.

³⁹⁴ Non può, dunque, condividersi quanto affermato da FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, cit., p. 22, il quale, trascurando il menzionato parallelismo con le misure di sicurezza, sostiene che le Sezioni Unite Simonelli abbiano "*rifutato espressamente di riconoscerle un reale funzione preventiva*", quasi disconoscendo il più ampio significato del termine.

³⁹⁵ Tra le quali dovrebbero annoverarsi, oltre alle misure personali, il sequestro e la cauzione.

³⁹⁶ A questo proposito appaiono certamente condivisibili le osservazioni contenute nella sentenza Occhipinti (che verrà trattata più approfonditamente nel prosieguo) a mente dalla quale: "*è dunque innegabile che, in tanto esiste una possibilità di equiparazione fra le due tipologie di misura, in quanto se ne individui un comune presupposto nella verifica della perdurante pericolosità del soggetto che ne sia destinatario*".

³⁹⁷ L'affermazione è rinvenibile, in realtà, anche nei coevi provvedimenti della Corte costituzionale. In particolare C.cost., 30 settembre 1996, n. 335, ove si afferma "*La pericolosità del bene, per così dire, è considerata dalla legge derivare dalla pericolosità della persona che ne può disporre.*"

è messo in luce come “*la pericolosità sociale del soggetto che ha la disponibilità, diretta o indiretta, di quei valori patrimoniali e la illecita provenienza degli stessi, se da un lato costituiscono, come si avrà modo di rilevare, i normali presupposti di applicabilità della misura preventiva a carattere ablatorio, dall’altro, si traducono in una condizione di obiettiva pericolosità che investe gli stessi valori patrimoniali, in sé considerati: pericolosità della persona che si trasmette, quindi, ai valori e ai beni patrimoniali, i quali, tuttavia, ne restano inevitabilmente caratterizzati*”³⁹⁸, aggiungendo, inoltre, che i beni confiscabili si caratterizzerebbero per “*intrinseca ed obiettiva pericolosità... desumibile dalla loro illecita provenienza*”³⁹⁹.

Tale indirizzo è rimasto inalterato nella giurisprudenza maggioritaria per circa due decenni: le pronunce della Corte di cassazione⁴⁰⁰ collocavano, ricorrendo ad una massima ormai tralatizia, le misure di prevenzione tra le sanzioni amministrative equiparandole alla confisca obbligatoria *ex c. 2 dell’art. 240 c.p.*

La monotonia dell’orientamento ha però subito una battuta di arresto nel 2012. Con una pronuncia “*eterodossa*”⁴⁰¹, infatti, la Cassazione⁴⁰² ha affermato la “*natura oggettivamente sanzionatoria*” dell’istituto in esame.

Con il suo *revirement*, la Corte non ha disconosciuto il precedente consolidato orientamento, ma si preoccupata di adeguarlo alla nuova conformazione assunta dello strumento ablativo con le riforme del biennio 2008-2009. Come è ben noto, infatti, il

³⁹⁸GAROFOLI, *Costituzione economica, trasformazione in atto del modello economico e tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa. Atti del Convegno Nazionale. Bari, 14-16 febbraio 1997*, p. 70.

³⁹⁹ GAROFOLI, *Costituzione economica, trasformazione in atto del modello economico e tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale*, *cit.*, p. 75. Questa tesi, come si è già precisato nel corso del primo capitolo era già stata avanzata con riferimento alla confisca codicistica e sarebbe poi stata riproposta, con sempre maggior enfasi, dopo le riforme del 2008. A questo proposito si veda MANGIONE, *La ‘situazione spirituale’ della confisca di prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, fasc. 2, p. 621, “*in realtà nihil novi sub soli: questioni simili erano già apparse per giustificare l’introduzione della confisca di cui all’art. 240 c.p. E la più attenta letteratura aveva avuto buon gioco nel mettere in chiaro le ragioni dell’inconsistenza di una teoria di ascendenza medioevale. Ma lo scorrere del tempo e l’evoluzione della cultura non sempre sono sufficienti: ‘a volte ritornano’ vecchie e ataviche idee, per giunta contrabbandate come frutto della modernità. Eppure esse restano quel che sono: un relitto culturale e giuridico di cui non si sente alcun bisogno.*”

⁴⁰⁰ A questo proposito cfr. Cass., sez. II, 14 aprile 1999, n. 1790, Fici; Cass., sez. II, 31 gennaio 2005, n. 19914, Bruno; Cass., sez. V, 11 giugno 2008, n. 25676, Alfano. Nello stesso senso si sono poi ripronunciate le stesse Sezioni Unite Cass., 19 dicembre 2006 (dep. 2017), n. 57, Auddino.

⁴⁰¹ Per questa espressione MAZZACUVA, *Le sezioni unite sulla natura della confisca di prevenzione: un’altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura. Nota a Cass. pen., Sez. Un.*, 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, Pres. Santacroce, Rel. Bruno, ric. Spinelli e altro, in *Dir. pen. cont.*, 2015, fasc. IV, p. 238.

⁴⁰² Ci si riferisce alla già menzionata Cass., sez. V, 13 novembre 2012 (dep. 2013), n. 14044, Occhipinti.

d.l. 92/2008 e la l. 94/2009 (c.d. pacchetti sicurezza) hanno reciso il nesso di necessaria presupposizione che legava, nell'assetto previgente, la confisca di prevenzione alle misure personali, rendendo, inoltre, la prima autonoma rispetto alla verifica della attuale pericolosità del proposto. I giudici di legittimità, chiamati a verificare quale criterio dovesse sovraintendere l'applicazione della legge nel tempo⁴⁰³, hanno ritenuto che una volta “*sganciata ... definitivamente l'applicazione della misura patrimoniale dalla persistenza dello status di pericolosità sociale*”⁴⁰⁴, il parallelismo con le misure di sicurezza (sul quale si fondava l'applicazione estensiva del disposto dell'art. 200 c.p.) non avesse più alcuna ragion d'essere. Questo, per la sentenza Occhipinti, doveva essere “soppiantato” con una nuova analogia, tra confisca di prevenzione e confisca per equivalente. Entrambe le fattispecie, invero, parafrasando la motivazione “*riguardano beni che, oltre a non avere alcun rapporto con la pericolosità individuale del reo, neppure hanno alcun collegamento diretto con il singolo reato [...] e la cui ratio è quella di privare il reo di qualunque beneficio economico derivante dalla attività criminosa*” e non possono, dunque, essere ricondotte all'area delle pericolosità.

Negli stessi mesi, un'altra sezione della suprema Corte⁴⁰⁵, nonostante il *novum* normativo, aveva invece riconfermato l'orientamento tradizionale, determinando l'insorgere di un contrasto che ha imposto un nuovo intervento delle Sezioni Unite.

A questo proposito, occorre premettere che, nonostante l'apparente adesione del nuovo arresto a Sezioni riunite all'orientamento tradizionale (avendo esso escluso la natura oggettiva sanzionatoria dell'istituto) l'*iter* argomentativo ivi proposto diverge in maniera considerevole da quello fatto proprio dalla capostipite Sez. Un. Simonelli.

Le Sezioni Unite Spinelli⁴⁰⁶, invero, in un certo qual modo, “superano” l'impostazione inaugurata nel 1996, introducendo un approccio che potremmo definire più europeista, svincolato dai più classici schemi codicistici.

⁴⁰³ A seguito della modifica normativa ci si domanda, infatti, se fosse possibile applicare (a norma dell'art. 200 c.p.), anche con riferimento agli episodi verificatisi nel vigore della precedente disciplina, le nuove disposizioni ovvero se fossero soggette al divieto di applicazione retroattiva, imposto ex art. 25 c. 2 Cost. per la materia penale.

⁴⁰⁴ Per questa suggestiva espressione MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza “storica”?*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, fasc. 4, p. 359.

⁴⁰⁵ Ci si riferisce a Cass., sez. I, 27 maggio 2013, n. 39204, Ferrara.

⁴⁰⁶ Cass., sez. un., 26 giugno 2014 (dep. 2015), n. 4880, Spinelli.

Nella motivazione (al punto 8.3) il supremo Consesso mette in evidenza come la classificazione tratteggiata riproposta fino alla pronuncia Occhipinti – basata sul parallelismo con le misure di sicurezza e sulla categoria delle sanzioni amministrative – non potesse considerarsi più attuale proprio in ragione del mutato scenario normativo⁴⁰⁷. Inoltre, la Corte pare rifiutare la propugnata alterità tra confisca di prevenzione e misure preventive propriamente intese⁴⁰⁸. Essa sembra, altresì, presupporre una macro-categoria nella quale far confluire ogni strumento preventivo, sia esso una misura di sicurezza, una misura di prevenzione in senso proprio ovvero il meccanismo confiscatorio. L'unico minimo comune denominatore della categoria è costituito dal presupposto della pericolosità. In quest'ordine di idee perde, allora, inevitabilmente rilievo la diversa declinazione assunta dalla pericolosità. Si tratti di pericolosità sociale, di pericolosità per la pubblica sicurezza ovvero della pericolosità oggettiva⁴⁰⁹, nulla cambia; quasi come se si disquisisse di una categoria residuale – accomunata dall'assenza del fine punitivo – in ogni caso, sono legittime deroghe al regime penalistico.

Questa tendenza a creare una categoria unitaria, nella quale far confluire ogni strumento volto a neutralizzare una qualche forma di pericolosità ha in realtà radici lontane nel tempo. Già dagli anni sessanta dello scorso secolo, infatti, la Corte costituzionale, pur mantenendo ancora formalmente distinte le due categorie, inclinava ad associare le misure di sicurezza e quelle di prevenzione affermandone “*il fondamento comune e la comune finalità*”⁴¹⁰ e riferendosi alla sola pericolosità sociale.

⁴⁰⁷ La Corte soggiunge: “*Ed infatti, come è stato correttamente osservato in dottrina, il proposto inquadramento sistematico aveva una sua ragion d'essere a fronte delle difficoltà ermeneutiche che sembravano frapporsi all'applicabilità della confisca di prevenzione all'ipotesi di morte del proposto intervenuta nel corso del procedimento; necessità oggi non più esistente a seguito della consacrata autonomia della misura patrimoniale rispetto a quella personale*”.

⁴⁰⁸ Questa netta contrapposizione era già stata superata in realtà da altre pronunce giurisprudenziali di poco antecedenti. Ci si riferisce, in modo particolare, a C. cost., 25 gennaio 2012, n. 21, ad avviso della quale la *ratio* della confisca di prevenzione “*comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione*” ovvero alle Sezioni Unite Repaci (già menzionate in precedenza) che, al fine di escudere l'invocata coincidenza tra confisca di prevenzione e la confisca allarga, qualificano la prima come “*una misura di prevenzione, fondata su un giudizio di pericolosità sociale*”.

⁴⁰⁹ Con tale espressione si vuole far riferimento al più volte illustrato “stratagemma dialettico” che sposta il requisito della pericolosità dalla persona alla cosa. A questo è, infatti, ricorso la pronuncia delle Sezioni Unite da ultimo citata, sostenendo che la pericolosità trasmigrerebbe dalla proposto ai beni all'atto della loro acquisizione.

⁴¹⁰ C.cost. 20 gennaio 1964, n. 68, ove espressamente “*È vero che il fondamento comune e la comune finalità delle misure di sicurezza e di quelle di polizia di sicurezza si trovano nella esigenza di prevenzione di fronte alla pericolosità sociale del soggetto*”.

Inoltre, ormai da tempo, negli scritti in materia (siano essi dottrinali⁴¹¹ o giurisprudenziali) si propende per l'equiparazione della pericolosità sociale (presupposto delle misure di sicurezza) con quella di pubblica sicurezza (condizione di applicabilità delle misure di prevenzione)⁴¹² di fatto omologandole, o semplicemente confondendole. Tale indirizzo, probabilmente inconsapevole, non ha potuto che rafforzarsi con il tempo anche a causa della sempre più forte influenza della giurisprudenza comunitaria, la quale – come si è ampiamente dimostrato nella prima parte di questo lavoro- propone un unico ampio genere di sanzioni preventive.

A riprova di quanto si è appena affermato, è sufficiente richiamare i più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale in tema di confisca di prevenzione. La pronuncia della C.cost. 24/2019⁴¹³ prescinde dalle categorie tradizionali e - lasciando sullo sfondo, anzi forse respingendola, anche la più vasta classe delle misure preventive in senso lato⁴¹⁴- si limita a dichiarare la natura non punitiva dello strumento ablativo, qualificandolo (si è già detto nel paragrafo precedente) come una *species* del *genus* «*confisca dei beni di sospetta origine illecita*».

Le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza nazionale sono in linea e trovano conferma nella giurisprudenza della Corte europea. Il sistema di prevenzione, più volte sottoposto allo scrutinio della Corte sovranazionale, è sempre stato considerato, quanto meno in via generale, compatibile con le garanzie della Cedu. Evidentemente, in considerazione delle peculiari caratteristiche che connotano il complesso “antimafia”, il giudizio di compatibilità ha sempre presupposto l'esclusione della riconducibilità delle misure in questione alla materia penale. In particolare, per ciò che concerne lo strumento espropriativo, si è sempre ritenuto che si tratti di una semplice limitazione del diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1 del primo protocollo addizionale della

⁴¹¹ *Ex multis* GAROFOLI, *Costituzione economica, trasformazione in atto del modello economico e tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale*, cit., p. 69 che collega le misure di prevenzione alla neutralizzazione della “pericolosità sociale”.

⁴¹² A questo proposito MAZZACUVA, *Le sezioni unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, cit., p. 234, nota 12.

⁴¹³ La stessa impostazione è condivisa, così come si dirà a breve, anche da C. cost. 33/2018 nell'occuparsi della fattispecie *ex art. 240 bis c.p.*

⁴¹⁴ Il provvedimento verrà preso in considerazione ancora una volta nel corso del par. 3.4; esso pare, infatti, aderire alla tesi civilistica della cui condivisibilità si tratterà in quella sede.

Convenzione, pienamente legittima poiché rientrante “*nell’ambito di una politica di prevenzione della criminalità*”⁴¹⁵.

Esaurita l’esposizione in tema di confisca di prevenzione, occorre spostare la nostra attenzione sulla confisca allargata attualmente prevista dall’art. 240 *bis* c.p.

Come si è già anticipato nelle prime righe di questo paragrafo, anche in relazione a quest’ultima figura ablativa ormai da tempo si è diffuso un orientamento, quasi unanimemente condiviso, che propende per la natura di misura di sicurezza seppur atipica⁴¹⁶, con funzione anche dissuasiva⁴¹⁷. Inoltre, ancora una volta tale collocazione si fonda “*sul rilievo che [l’istituto] incida sulla pericolosità dei beni i quali, lasciati nella libera disponibilità dei soggetti condannati per gravi delitti, potrebbero propiziare la commissione di ulteriori reati*”⁴¹⁸.

Si ricorre, pertanto, nuovamente al binomio pericolosità della res- natura preventiva, fondando su di esso l’inapplicabilità delle garanzie afferenti alla materia penale.

Alle stesse conclusioni è giunta anche la Corte europea, la quale, così come per la confisca di prevenzione, si è espressa per la legittimità della fattispecie trattandosi di misure non punitive ma meramente limitative del diritto di proprietà, “*disposta in conformità alla legge e al fine legittimo di combattere un fenomeno criminoso, il che corrisponde a un interesse generale*”⁴¹⁹.

⁴¹⁵ In questo senso C.edu, sez. II, 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri c. Italia, la quale aggiunge inoltre che nell’attuazione di tale politica di prevenzione delle criminalità “*il legislatore deve avere un ampio margine di manovra per pronunciarsi sia sull’esistenza di un problema di interesse pubblico che richiede una normativa che sulla scelta delle modalità applicative di quest’ultima*”. Negli stessi termini C.edu, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia; C.edu, sez. II, 15 giugno 1999, Prisco c. Italia; C.edu, sez. I, 4 settembre 2001, Riela c. Italia.

⁴¹⁶ “*Ove l’atipicità vale a differenziarla dalle confische richiedenti il nesso di derivazione del bene da confiscare con il reato commesso*”, in questi termini ROVINI, *Alle Sezioni Unite la questione sulla possibilità di disporre il sequestro preventivo finalizzato alla confisca cd. allargata ex art. 12-sexies l. 356/1992 in relazione al reato di tentata estorsione aggravata ex art. 7 l. 203/1991*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 4, p. 189.

⁴¹⁷ In questi termini Cass., sez. un., 17 luglio 2001, n. 29022, Derouach; Cass., sez. IV, 10 gennaio 2002, n. 6301, Amelio; Cass., sez. un., 19 gennaio 2004, n. 920, Montella (in cui la Corte accosta la confisca in esame “*all’affine misura di prevenzione antimafia*”); Cass., sez. I, 13 maggio 2008, n. 21357, Esposito; Cass., sez. VI, 11 ottobre 2012, n. 10887, Alfiero.

⁴¹⁸ CORTESI, *Confisca di prevenzione “antimafia” e confisca “allargata”: rapporti ed interferenze processuali*, cit., p. 7.

⁴¹⁹ In questi termini C.edu, sez. I, 10 aprile 2003, Yldirim c. Italia, in *Cass. pen.*, 2004, vol. III, p. 1413.

In realtà, secondo un certo orientamento⁴²⁰, la giurisprudenza, in almeno una occasione, avrebbe attribuito natura sanzionatoria alla misura. Un'attenta disamina dell'invocato provvedimento non consente, a dir il vero, di condividere l'assunto. Le Sezioni Unite Repaci, infatti, al solo fine di escludere l'invocata analogia con la confisca di prevenzione, definiscono la confisca allargata come “*una misura di sicurezza o sanzione accessoria applicabile in seguito a condanna*”. Lo stesso tenore letterale dell'enunciato permette di rilevare come in questa ipotesi la Corte abbia impiegato il termine “sanzione” volendo riferirsi alla sua più ampia accezione. Ai Giudici di legittimità interessava, invero, dimostrare la necessaria correlazione, nel caso di specie, tra condanna e confisca per sproporzione e quindi l'elemento dell'accessorietà.

In conclusione, occorre rilevare come pure in questo caso la più recente giurisprudenza costituzionale abbia svincolato l'inquadramento dell'istituto dalle etichette tradizionalmente impiegate. Con la sentenza 33/2018 la Consulta si è limitata a valorizzare, in via esclusiva, il fine con esso perseguito: il contrasto all'accumulazione di capitali illeciti⁴²¹, prescindendo da ogni riferimento alle misure di sicurezza o simili.

3.3 *La reale struttura della fattispecie: un'impostazione retrospettiva.*

È giunto ora il momento di indagare, sulla base degli elementi emersi e delle considerazioni formulate nei primi due paragrafi, la reale struttura delle fattispecie in commento. Come si è avuto modo di precisare nella prima parte di questo lavoro, lo studio della struttura rappresenta, infatti, l'irrinunciabile punto di partenza di ogni

⁴²⁰ Ci si riferisce all'indirizzo espresso dalle Sez. Un. Spinelli le quali, nel corso del § 8.1, sostengo che le di poco antecedenti Sez. Un. Repaci avrebbero ricondotto— in linea peraltro con la giurisprudenza Cedu relativa all'art. 7- l'art. 12 *sexies* l. 356/1992 alla materia penale.

⁴²¹ La tesi che individua quale fine delle confische per sproporzione quello dell'eliminazione dal circuito economico di beni di illecita provenienza, è stata esplicitata per la prima volta, in maniera chiara, dalla Sezioni Unite Simonelli. Ciò che colpisce è però l'evoluzione che ha caratterizzato la teoria e la sua diffusione. Se, infatti, nella sua originaria formulazione i beni colpiti erano solo quelli “*provenienti da attività che ... devono ritenersi ricollegate alla ritenuta appartenenza del soggetto ad un'associazione mafiosa*”, nel tempo, in uno con il progressivo ampliamento dell'ambito di operatività dell'istituto, anche le attività illecite fonte dell'arricchimento hanno subito una graduale estensione, fino a giungere, ad oggi, a ricomprendere ogni cosa non legittimamente acquisita, anche a prescindere dall'eventuale rilievo penale della condotta generatrice.

analisi che si proponga di accertare la natura di un istituto e, quindi, il presupposto indispensabile per individuare il paradigma garantista di riferimento⁴²².

A tal fine, in via preliminare, è necessario muovere della verifica della condivisibilità della tesi, che si è visto essere maggioritaria, della natura preventiva delle confische per sproporzione. In quest'ordine di idee occorre, dunque, interrogarsi, in via preliminare, su che cosa si intenda con tale espressione e, di conseguenza, su quali siano le caratteristiche necessarie per ricondurre una fattispecie al settore della prevenzione "autentica".

Il concetto di "prevenzione" – si è già detto seppure incidentalmente- è connotato da una certa polisemia, che *"prende forma sullo stesso terreno degli scopi della pena"*⁴²³.

Nonostante, infatti, il problema del fondamento della pena sia tra i più dibattuti non solo della scienza penale, ma anche delle altre scienze⁴²⁴, tuttavia è possibile rilevare come la dottrina moderna si stia *"sempre più attestando su posizioni sincretistiche, riconoscendo la plurifunzionalità della pena moderna"*⁴²⁵: affianco alla funzione retributiva si staglia, appunto, la finalità preventiva.

Per poter procedere con chiarezza è, però, necessario fissare -seppur in via di prima approssimazione- il significato (che potrebbe dirsi "minimo") del concetto in questione. In maniera generica può dirsi che la finalità preventiva si sostanzia nel tentativo di evitare la commissione di fatti illeciti.

Per rimanere, sempre, nel campo delle approssimazioni, le teorie succedutesi in materia di pena ci consentono di enucleare una prima suddivisione all'interno della categoria più generale: storicamente la prevenzione si articola in "prevenzione generale" e "prevenzione speciale". La distinzione si fonda, in via principale, sulla platea dei destinatari: la prima è rivolta alla collettività indistinta, rappresentando uno dei mezzi per distogliere i consociati dal compimento di atti criminosi; la seconda è,

⁴²² Le differenze tra i principi applicabili permangono tutt'oggi – consentendoci ancora di parlare di "geometria variabile" dei principi - nonostante un'attenta dottrina abbia avuto modo di osservare come *"alcune recenti pronunce di Strasburgo sembrano mettere in discussione il suddetto modello assiologico, non tanto estendendo l'area di operatività delle tutele penalistiche, quanto piuttosto ampliando il contenuto delle disposizioni «trasversali»"* in questi termini MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea*, cit., p. 1914.

⁴²³ Ancora MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea*, cit., p. 1907.

⁴²⁴ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 715.

⁴²⁵ Di nuovo MANTOVANI, *op. cit.*, p. 720.

invece, indirizzata ad un singolo soggetto, specificamente individuato, al fine “*di metterlo anche materialmente in condizione di non nuocere*”⁴²⁶.

La suddivisione adesso ricordata ci consente di circoscrivere il nostro campo di indagine. Difatti, ai nostri fini - vale a dire al fine di tracciare i confini tra punizione e prevenzione “pura” – assume rilievo, in via esclusiva, la prevenzione c.d. speciale, l’unica, del resto, effettivamente connessa alla pericolosità. La prevenzione generale è, invero, una caratteristica comune ad ogni sanzione giuridica; l’effetto intimidativo così come l’influenza moralizzatrice ed educativa (per il cui tramite si attua la prevenzione generale) non sono altro che portati del giudizio di disapprovazione formulato dal legislatore, il quale viene veicolato attraverso l’introduzione delle fattispecie sanzionatorie. Questi effetti sono, invece, estranei alle misure preventive in senso proprio, quanto meno nella loro originaria conformazione⁴²⁷ e del resto - come si avrà modo di precisare in seguito una volta indagata la loro struttura - non potrebbe essere altrimenti.

Soffermandoci, perciò, sulla sola prevenzione speciale, è d’uopo precisarne il contenuto. In questa prospettiva rivestono una particolare utilità i risultati raggiunti dagli studi più recenti in tema di pericolosità. Una parte della dottrina, concentrandosi in modo particolare sulle misure di sicurezza e su quelle di prevenzione, ha avuto modo di rimarcare come esse presuppongano “*una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità*”⁴²⁸. Segnatamente, la ricerca effettuata ha consentito di evidenziare come le due classi di misure formalmente, quanto meno, preventive aspirino entrambe ad impedire il compimento di una specifica categoria di illeciti, ossia quelli penalmente rilevanti. Può dunque sostenersi che la prevenzione speciale, afferente all’area penalistica, si sostanzia in un complesso di tecniche e misure volte a inibire la commissione di reati da parte del destinatario della misura.

Questa finalità è, però, perseguita dal legislatore attraverso l’impiego di due tecniche radicalmente difformi; ed è proprio su questo profilo - sul quale riposa la

⁴²⁶ VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 323.

⁴²⁷ In termini analoghi, anche se con esclusivo riferimento alle misure di sicurezza VASSALLI, *op. cit.*, p. 321, ove l’A. afferma espressamente: “*sotto questo profilo non v’ha dubbio che la prevenzione generale dei delitti, obbiettivo costante e preminente delle pene, caratterizza queste e non le misure, volte preminentemente a fini di prevenzione individuale*”.

⁴²⁸ In questi termini BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale?*, *cit.*, p. 975. La questione è già stata menzionata nel corso del primo capitolo. Essa richiede, però, in questa sede un approfondimento specifico.

distinzione tra pena e misure preventive in senso stretto- che dobbiamo soffermarci. Solo l'individuazione di questo *discrimen* ci consentirà di puntualizzare il *proprium* che connota l'area della prevenzione e di verificare, infine, la riconducibilità delle confische per sproporzione a questo settore.

Impiegando una terminologia diffusa nel settore della prevenzione, si può affermare che mentre le sanzioni, in via principale, “*guardano al passato*”, le misure preventive, invece, “*guardano al futuro*”⁴²⁹. Ci troviamo, ovviamente, dinanzi ad una definizione compromissoria che cerca di mettere in risalto i tratti caratteristici dei due strumenti i quali si avvalgono, quanto meno formalmente, di ambedue le prospettive.

Come emerge dagli stessi scritti in cui la contrapposizione ha avuto origine, così come dalle considerazioni che si è avuto modo di formulare in merito alla finalità preventiva della pena, infatti, sia le misure di prevenzione che le sanzioni si rivolgono contemporaneamente al passato e al futuro; si tratta, però, di stabilire quale influenza abbiano, rispettivamente, ognuna della due componenti sull'economia dei singoli istituti. Ed è proprio questo l'angolo visuale che ci consentirà di dimostrare la condivisibilità delle definizioni poc'anzi proposte.

Dedicandoci in prima battuta alle sanzioni punitive non può, invero, non rilevarsi come l'elemento attorno al quale esse ruotano sia rappresentato, senza dubbio, dalla violazione commessa. In particolare, potrà parlarsi di sanzioni punitive per ogni “*limitazione subita in conseguenza della violazione di un obbligo, e sempre che la limitazione dei diritti sia comminata per impedire la violazione dell'obbligo, e non abbia carattere omogeneo (come il risarcimento del danno) rispetto al contenuto dell'obbligo stesso*”⁴³⁰.

La centralità della violazione trova del resto conferma nella stessa prassi giurisprudenziale, ed in modo particolare nella struttura del giudizio che precede l'irrogazione di una “pena” in senso sostanziale. Ancora oggi, infatti, i nostri giudici

⁴²⁹ In questi termini, per la prima volta, CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, p. 205. La distinzione è stata poi ripresa da BASILE, *op. cit.*, p. 976, anche in questo caso però al solo fine di ricostruire i rapporti tra misure di sicurezza e misure di prevenzione.

⁴³⁰ NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1968, p. 63. La definizione delinea i margini superiori ed inferiori del concetto di punizione: da un lato, valorizzando il suo rapporto di consequenzialità rispetto alla violazione, fornisce le basi per distinguere le sanzioni, in generale, dai meccanismi preventivi; dall'altro, mettendo in risalto il carattere della disomogeneità tra contenuto dell'obbligo violato e limitazione comminata, ricorda la ripartizione tra sanzioni punitive e sanzioni meramente compensative.

“nell’atto in cui pronunciano la condanna ... altro non prendono in considerazione se non l’avvenuta violazione del diritto”⁴³¹. Si può, dunque, affermare, senza tema di smentita che – “nonostante essa conosca e subisca delle incisive limitazioni e deroghe in nome di altre non secondarie esigenze” – “l’idea retributiva resta l’idea forza, l’idea centrale” del diritto punitivo⁴³². Tale circostanza non può che riverberarsi sul profilo funzionale del sistema punitivo, il quale, tenderà innanzitutto alla “riaffermazione del diritto oggettivo violato, compiuta mediante pubblica e solenne squalificazione sociale del fatto”⁴³³.

Lo sguardo verso il futuro assume nella dinamica delle sanzioni punitive un ruolo del tutto subalterno. All’atto dell’applicazione di una misura punitiva, infatti, nessun rilievo viene, di regola, attribuito alla futura condotta del trasgressore. La pena, così come le sanzioni in generale, svolgono solo incidentalmente funzioni riconducibili alla prevenzione speciale, rimettendone, tra l’altro, l’attuazione in via principale alla fase esecutiva. Vi è poi da rimarcare come questa finalità venga perseguita in maniera automatica. L’irrogazione della sanzione prescinde, infatti, da ogni verifica circa la pericolosità del destinatario: esso si ritiene esser tale sulla base di una presunzione *iuris et de iure* che pare fondare la stessa attuale conformazione, costituzionalmente rilevante, della pena. L’assunto dal quale si muove è, appunto, quello secondo chi viola un precetto necessita, solo per tale ragione, di essere rieducato e neutralizzato essendoci il rischio che questi reiteri nella trasgressione.

È, allora, sufficiente riflettere sulle cadenze che precedono l’irrogazione di una sanzione repressiva, per comprovare la conformazione retrospettiva degli strumenti sanzionatori ad essa riconducibili.

A conclusioni opposte si giunge ove le medesime riflessioni vengano traslate sul terreno delle misure preventive in senso proprio. La prospettiva qui si ribalta. Il *focus* degli strumenti riconducibili a questo settore è rappresentato dal giudizio prognostico; esso, *guardando verso il futuro*, dovrà indagare le probabili future condotte o i probabili futuri impieghi della persona o della cosa attinte dal provvedimento. In questa prospettiva, il valore da attribuire alle condotte

⁴³¹ VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, cit., p. 314.

⁴³² In questi termini MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 720, il quale si riferisce però, in via esclusiva, al “diritto penale della libertà”.

⁴³³ VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, cit., p. 311.

precedentemente tenute e alle eventuali violazioni commesse è assolutamente secondario e strumentale. Dalla analisi delle misure di prevenzione e di sicurezza personali (strumenti certamente afferenti all'area della prevenzione in senso stretto) emerge, infatti, con chiarezza come lo sguardo verso il passato persegua il solo scopo di delimitare la classe dei possibili destinatari – così da adeguarne lo statuto al principio di legalità- e fornendo, allo stesso tempo, gli elementi sulla cui base formulare il giudizio predittivo. Gli elementi raccolti sulla base della analisi diagnostica degradano allora a semplici indizi, privi di ogni efficacia concludente, dovendo questi essere rivalutati in una nuova prospettiva. Manca, dunque, quella necessaria consequenzialità che contraddistingue i rapporti tra violazione e repressione, fino ad impersonificare il *proprium* del fenomeno repressivo, teso, per statuto, alla riaffermazione del diritto violato.

Le considerazioni adesso esposte ci guideranno nelle riflessioni successive, fornendoci le coordinate per verificare quale sia l'impostazione sottesa modello confiscatorio per sproporzione.

In quest'ordine di idee non può che segnalarsi come entrambe le fattispecie riconducibili alla classe delle confische generali non contemplino, quanto meno in modo espresso, tra i loro presupposti applicativi alcuna valutazione prognostica. Il dato si coglie con chiarezza ove si raffronti la normativa che disciplina le misure ablativo in questione con quella dettata, invece, per regolare le corrispettive misure personali (ovvero le misure di sicurezza e di prevenzione personali). Difatti, sia il combinato disposto degli artt. 202 e 203 c.p, così come gli artt. 2 e 6 del d.lgs. 159/2011, ancorano saldamente, ed esplicitamente, le misure personali alla verifica della pericolosità del soggetto; mettono, così, al centro delle figure personali il giudizio prognostico personalizzato, compiuto dal giudice nel caso concreto, facendo a meno di automatismi di sorta.

Per ciò che concerne poi, in modo specifico, la confisca di prevenzione una conferma ulteriore - circa l'assenza di espliciti riferimenti alla pericolosità in concreto- è rinvenibile nella stessa evoluzione che ha caratterizzato la legislazione in materia. Si è già avuto modo di ricordare come le modifiche introdotte nel corso del biennio 2008-2009 - incidendo significativamente sulla conformazione dello strumento ablativo - abbiano reciso in via definitiva il nesso di necessaria presupposizione che legava, in

origine, le misure patrimoniali a quelle personali. Ma non solo. Al fine di eliminare ogni dubbio, il legislatore si è, infatti, preoccupato di stabilire espressamente che la confisca dei beni sproporzionati può, anzi deve, prescindere dall'accertamento della pericolosità attuale del proposto⁴³⁴, non soppiantando tale requisito con nessun'altra valutazione prognostica⁴³⁵.

Assodato, quindi, come il dato letterale non possa fornire alcun "sostegno" per far afferire gli istituti in questione al settore della prevenzione propriamente intesa (offrendo esso, invece, indicazioni opposte), occorre verificare se conducano o meno a risultati diversi i tentativi giurisprudenziali volti ad individuare una forma di pericolosità alternativa, che possa continuare a giustificare una disciplina in deroga alle garanzie penalistiche. Si è, infatti, già anticipato, in più occasioni, come la giurisprudenza maggioritaria continui a ricondurre le confische in questione all'universo della prevenzione; a tal fine essa sostiene che anche le disposizioni in questione annoverino tra i loro presupposti il requisito della pericolosità che, stante il loro carattere patrimoniale, dovrebbe però attenersi alle sole cose oggetto della *adprehensio*. Si ritiene, in modo specifico, che la pericolosità sarebbe "*immanente alla res per via della sua illegittima acquisizione*" derivandole, altresì, dalla stessa pericolosità sociale che caratterizzava il proprietario all'atto della sua acquisizione⁴³⁶, ed essa consisterebbe nel rischio che le illecite accumulazioni patrimoniali possano essere "*investite in ulteriori attività criminali nonché [impiegate per] inquinare l'economia e il mercato lecito*"⁴³⁷.

Per poter ravvisare in tali norme gli anzidetti requisiti - in assenza di specifiche indicazioni legislative in tal senso- si deve ritenere che entrambe le disposizioni si servano del contestuale operare di una pluralità di presunzioni, tra loro coordinate.

La prima riguarderebbe la pericolosità del soggetto all'atto dell'acquisto; questa deriverebbe in maniera automatica dalla possibilità di ricondurre il destinatario

⁴³⁴ MAZZACUVA, *Le sezioni unite sulla natura della confisca di prevenzione*, cit., p. 235 che a questo proposito afferma: "già tenuti nei presupposti originari, infine, le colorazioni preventive della confisca si sbiadiscono definitivamente nel momento in cui viene reciso il legame con l'attualità della pericolosità del proposto...".

⁴³⁵ Ancora MAZZACUVA, *Le sezioni unite sulla natura della confisca di prevenzione*, cit., p. 233, che in modo particolarmente efficace parla di un "*progressivo arretramento della pericolosità dalla scena dei presupposti applicativi della misura*".

⁴³⁶ In questo senso Cass., sez. un., Spinelli, cit.

⁴³⁷ *Ex multis*, riferendosi al vecchio art. 12 *sexies* d.l. 306/1992, MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, cit., p. 215.

in una delle classi soggettive alternativamente previste quale presupposto delle fattispecie ablativo. In particolare, essendo stato condannato per determinati reati ovvero essendo sospettato della commissione di altrettanti delitti, il proposto deve ritenersi essere stato, in un periodo ragionevolmente connesso con quello nel quale si sono verificati gli illeciti, socialmente pericoloso⁴³⁸. A questa presunzione assoluta, se ne dovrebbero aggiungere altre due: la seconda, relativa –sulla quale si radica la più volte menzionata inversione dell’onere probatorio- in forza della quale si dovrebbe ritenere che ogni bene sproporzionato rispetto ai redditi dichiarativi abbia un’origine illecita; l’ultima, nuovamente *iuris et de iure*, secondo cui ogni bene di sospetta provenienza illecita sarebbe in quanto tale necessariamente pericoloso per l’ordine pubblico (poiché atto ad alimentare la commissione di fatti delittuosi) ovvero per l’ordine economico.

Anche a voler tralasciare i dubbi suscitati dalla stessa previsione di istituti che si servono contestualmente di una pluralità di meccanismi presuntivi, le perplessità permangono, comunque, innumerevoli. Ad una più approfondita riflessione non può, infatti, sfuggire l’irragionevolezza che caratterizza le inferenze in questione.

Per quanto concerne le prime due presunzioni, la loro affidabilità è andata via via ad attenuarsi a causa del progressivo ampliamento dei reati e dei comportamenti matrice. Il legislatore, allargando il catalogo delle condotte-presupposto, si è inesorabilmente discostato dalla logica che reggeva l’originaria conformazione degli istituti, richiamando delle incriminazioni-spie che in alcun modo implicano la necessaria propensione a delinquere dell’autore, o che, ancor peggio, sono prive di

⁴³⁸ L’automatismo è, correttamente, avvertito dalla dottrina. Si veda, ad esempio, BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale?*, cit., p. 961, il quale citando una pronuncia della Corte costituzionale risalente agli anni ’60 dello scorso secolo sottolinea come l’appartenenza ad una delle categorie soggettive ora individuate dal codice antimafia non possa giustificare, di per se, l’applicazione di una misura di prevenzione non esprimendo una effettiva pericolosità, ma una tutt’al più una pericolosità meramente potenziale. Nello stesso senso, con riferimento al concetto di pericolosità proposto dalla giurisprudenza sulla confisca di prevenzione dopo il 2008, MAUGERI, *Un’interpretazione restrittiva delle intestazioni fittizie ai fini della confisca misura di prevenzione tra questioni ancora irrisolte (natura della confisca e correlazione temporale)*, in *Cass. pen.*, 2014, fasc. I, p. 262: “sia chiaro che quando si parla di “pericolosità” del destinatario, anche in relazione al passato, in realtà non si parla di particolare capacità a delinquere rivolta al futuro, ma semplicemente della sussistenza degli indizi circa lo svolgimento nel presente o nel passato (se la pericolosità non è più attuale) di quell’attività criminale che consente di ascrivere il soggetto tra i destinatari delle misure di prevenzione. Le misure di prevenzione, infatti, non sono fondate sulla «pericolosità», intesa come pericolo della commissione di futuri reati, ma piuttosto sulla sussistenza di indizi circa l’attuale o la passata commissione di determinati reati”.

ogni capacità lucrogenetica. A questo proposito è sufficiente ricordare come l'art. 240bis c.p. individui tra le condotte legittimanti l'ablazione anche delle semplici aggravanti, consentendo la confisca qualsiasi sia la fattispecie delittuosa in relazione alla quale è intervenuta la condanna purchè sia stata commessa avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p. o al fine di agevolare le associazioni indicate nel medesimo articolo⁴³⁹ ovvero per finalità di terrorismo⁴⁴⁰. Per quanto, invece, concerne la fattispecie prevista dal codice antimafia la neo introdotta, ad opera della recente legge di riforma 161/2017, possibilità di confiscare i beni sproporzionati di chi sia indiziato dei delitti di maltrattamenti in famiglia ed atti persecutori, evidentemente inidonei non solo ad accumulare capitali illeciti, ma, ancor prima, a determinare qualsiasi incremento patrimoniale a favore del sospettato, il quale non può neanche considerarsi, in alcun modo, "patrimonialmente pericoloso".

Per quanto concerne, invece, l'ultima presunzione – ovvero quella secondo cui ogni bene di provenienza, anche solo presumibilmente, illecita sarebbe necessariamente pericoloso- la sua infondatezza è dimostrata efficacemente dalla stessa cronaca giudiziaria. Come sottolineato da attenta dottrina⁴⁴¹, infatti, nella maggior parte dei casi i beni attinti da confische per sproporzione sono materialmente privi di ogni attitudine offensiva: si tratta di beni per natura non sono suscettibili di reimpiego alcuno, né nell'ambito della economica lecita né in quella illecita, ed inoltre sono spesso utilizzati per soddisfare esigenze esclusivamente personali del proposto o dei suoi familiari⁴⁴².

⁴³⁹ Nell'attuale formulazione la disposizione non contempla più espressamente tale inciso, essendo esso stato soppiantato dal riferimento all'art. 51 c. 3 bis c.p.p. Le finalità e i metodi mafiosi sono ancora sufficienti allora per giustificare la confisca del patrimonio sproporzionato.

⁴⁴⁰ In termini analoghi cfr. CANTONE, *La confisca per sproporzione*, cit., p. 125 il quale, con riferimento all'aggravante mafiosa, afferma espressamente: "scelta quest'ultima che lascia perplessi, perché finisce per consentire la confisca anche per reati che non perseguono finalità né di arricchimento né di lucro (ad esempio una violenza privata, un omicidio o un favoreggiamento) e rende, quindi, difficile giustificare la presunzione legale di pertinenza tra reati e illiceità del patrimonio, a cui ha fatto cenno la Corte costituzionale" e per ciò che riguarda l'aggravante terroristica, a p. 126, "resta discutibile la possibilità di adottare la misura ablatoria in presenza della sola aggravante e, quindi anche per reati che non sono funzionali ad accumulare ricchezza". L'A. evidenzia, infine, a p. 127, come anche in relazione alla classe dei reati contro la p.a. richiamati spicchino "alcune macroscopiche irrazionalità".

⁴⁴¹ MAZZACUVA, *Le sezioni unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, cit., p. 236, nota 18 il quale richiama una recente statistica "secondo cui nel totale dei beni confiscati quasi la metà sarebbe costituita da immobili, mentre la somma dei beni finanziari e delle aziende non supera il 20%".

⁴⁴² A questo proposito non possono tacersi le perplessità suscitate dalla stessa conformazione della lettera b) dell'art. 1 del d.lgs. 159/2011. Come precisato dalla giurisprudenza in materia – significativa a questo proposito è Cass., sez. I, 24 marzo 2015, n. 31209, § 5- infatti, la stessa integrazione del

La dimensione attualmente assunta dalle confische generali, sia sotto il profilo dei possibili destinatari che sotto il profilo soggettivo, è così ampia ed estesa da escludere, sotto il profilo della ragionevolezza, anche solo l'astratto pericolo di accumulazione di patrimoni illeciti, e *a fortiori*, il rischio del loro reimpiego⁴⁴³.

Assolutamente insufficienti si sono, poi, rivelati essere i tentativi della giurisprudenza maggioritaria di ricondurre gli istituti in esame nei ranghi della ragionevolezza attraverso la creazione del requisito della correlazione o ragionevolezza temporale. A parte i dubbi che fa inevitabilmente sorgere l'introduzione giurisprudenziale di presupposti applicativi non previsti, in alcun modo, dalla disciplina normativa e frutto di preconcepite prese di posizione in punto di natura giuridica, l'elemento in questione risulta essere inidoneo al raggiungimento dell'obiettivo perseguito. Esso non solo non consente, infatti, di preservare il carattere preventivo delle misure in questione⁴⁴⁴, ma non permette, ancor prima, neanche di circoscrivere l'effetto ablativo da esse prodotto ai soli beni effettivamente illeciti.

Esso potrà tutt'al più attenuare il rigore sanzionatorio della misura, mitigandone, nei limiti del possibile, l'afflittività⁴⁴⁵.

Le considerazioni esposte non possono che indurre l'interprete a ritenere non condivisibile la tesi, unanimemente proposta in giurisprudenza, della natura preventiva delle confische generali. Al contrario, invece, esse fanno propendere per l'indole

presupposto soggettivo richiede che una parte dei proventi delittuosi sia destinata al sostentamento della persona e del suo eventuale nucleo familiare. Evidenti sono, allora, le difficoltà nel coordinare un tale presupposto con la presunta natura preventiva dell'istituto e con la sua attitudine a prevenire inquinamenti dell'economia legale.

⁴⁴³ In termini analoghi, seppur concentrandosi sul solo profilo soggettivo FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, cit., note 90 e 105, dalle quali emerge come la tesi preventiva si scontri con l'attuale classe dei possibili destinatari della misura.

⁴⁴⁴ Nello stesso senso, MAUGERI, *Un'interpretazione restrittiva delle intestazioni fittizie*, cit., p. 281 ove si afferma espressamente "Tale assunto, però, per cui basterebbe la correlazione temporale per preservare il carattere preventivo della confisca ex art. 2-ter l. n. 575/1965, ... , sembra discutibile, perché in ogni caso tale pericolosità non sussiste più e quindi è esclusa alcuna finalità preventiva in senso proprio rispetto al futuro, e comunque si tratta sempre di un anomalo concetto di pericolosità sociale, legata – tanto più nell'ipotesi di applicazione disgiunta – non tanto alla futura consumazione di reati, ma alla precedente (non più attuale) consumazione; rimane problematicamente il rischio che si voglia preservare l'applicazione retroattiva di una misura *praeter probationem delicti*, più che "ante delictum", come del resto riconosciuto dalle Sezioni unite nella sentenza Simonelli che ha negato la mera natura preventiva della confisca in esame".

⁴⁴⁵ In senso pressochè conforme MAZZACUVA, *Le sezioni unite sulla natura della confisca di prevenzione*, cit., p. 237 che nel commentare le sezioni unite Spinelli afferma: "Lo stesso requisito della correlazione temporale, a ben vedere, non è affatto dettato da logiche preventive – come la sentenza sembra invece suggerire –, bensì da un'esigenza di temperamento delle tecniche presuntive che caratterizzano l'accertamento dell'origine illecita dei patrimoni in nome di un'esigenza di proporzione delle strategie di neutralizzazione degli stessi".

repressiva degli strumenti in questione, mancando ogni, anche solo implicito, aggancio alla pericolosità ed ogni diretto ancoraggio prognostico. Il giudizio che procede la loro applicazione si sostanzia nella sola «parte constatativa», obliterando ogni riferimento, anche presuntivo, a quella «prognostica»⁴⁴⁶.

Più precisamente può affermarsi che la struttura delle figure ablativo in esame si caratterizza per essere “doppiamente retrospettiva”: l’accertamento meramente diagnostico sovraintende, infatti, non solo l’integrazione del requisito soggettivo, ma anche quella del presupposto oggettivo. La verifica demandata all’interprete si riduce ad una semplice constatazione di comportamenti e condizioni passati sia ove si tratti di verificare la supposta pericolosità del soggetto destinatario⁴⁴⁷ sia ove ci si riferisca alle cose da apprendere. Anche in quest’ultima ipotesi, infatti, l’interprete è chiamato a verificare la presunta origine illecita del bene; non gli è richiesto, in modo alcuno, di valutare i possibili impieghi di quest’ultimo, né di tener conto delle vicende che l’hanno in qualche modo riguardato una volta conclusasi la fase acquisitiva⁴⁴⁸.

La conferma della tendenziale irrilevanza di ogni vicenda sopravvenuta può oggi rinvenirsi, per quanto riguarda il codice antimafia, nella disciplina della revocazione⁴⁴⁹. La “rimozione” della confisca è, infatti, ammessa solo nelle ipotesi in cui si dimostri la mancanza dei presupposti originariamente ravvisati, essendo, invece, preclusa in ogni altra ipotesi.

La pericolosità del titolare della cosa così come la sua idoneità ad essere reimpiegata divengono “*elementi la cui sussistenza è sostanzialmente accidentale*”⁴⁵⁰;

⁴⁴⁶ Per l’impiego di queste espressioni si rinvia a Cass. 31209/2015, *cit.*, la quale le utilizza per descrivere le articolazioni che debbono caratterizzare un reale giudizio di prevenzione.

⁴⁴⁷ Per considerazioni di analogo tenore, fra i tanti, FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, *cit.*, p. 27 ove l’A. afferma espressamente: “*l’accertamento dell’integrazione di tali fattispecie sottende unicamente un accertamento diagnostico-retrospettivo relativo a fatti commessi in passato*”.

⁴⁴⁸ Questa tendenza era ben esplicitata dalla giurisprudenza, oggi parzialmente superata dalla lettera della legge, formatasi in materia di giustificabilità della sproporzione in caso di evasione fiscale e rilevanza dell’eventuale condono fiscale *medio tempore* intervenuto. Si è, infatti, sostenuto che “*non rileva che a seguito del perfezionamento dell’iter amministrativo, previsto dalla citata normativa, le somme di cui all’evasione fiscale entrino a far parte legittimamente del patrimonio del proposto, dal momento che l’illiceità originaria del comportamento con cui quest’ultimo se le era procurate continua a dispiegare i suoi effetti ai fini della confisca*” (Cass., sez. II, 28 settembre 2011, n. 36913, Lopalco).

⁴⁴⁹ Con riferimento alla disciplina della revocazione è di particolare interesse la rilessione proposta da MANGIONE, *La ‘situazione spirituale’ della confisca di prevenzione*, p. 621, il quale in essa rinviene “*la dimostrazione insuperabile del fatto che il suo fondamento legittimante non risiede nella pretesa pericolosità intrinseca del bene*”.

⁴⁵⁰ MAZZACUVA, *Le sezioni unite sulla natura della confisca di prevenzione*, *cit.*, p. 236.

il cardine attorno al quale ruota attualmente l'intera fattispecie è costituito dalla presunta origine illecita del patrimonio, la quale assurgerebbe contemporaneamente a *“sintomo e causa della invocata pericolosità sociale”*⁴⁵¹.

Non può, pertanto, dubitarsi che nella loro attuale conformazione, gli strumenti in questione diano luogo a *“l’inflizione di una sofferenza “reattiva” rispetto alle precedenti condotte illecite, con un’eventuale funzione di prevenzione affidata proprio a tale contenuto necessariamente afflittivo, conformemente ai tradizionali schemi punitivi”*⁴⁵².

La confisca *“diventa allora un’ipotesi di responsabilità patrimoniale oggettiva”*⁴⁵³. Nessun rilievo può e deve essere, infatti, attribuito alle opposte conclusioni dalla giurisprudenza sovranazionale per due concomitanti ragioni: da un lato è, appunto, nota la deferenza tradizionalmente dimostrata dalla Corte europea verso le problematiche connesse con la criminalità organizzata⁴⁵⁴; dall’altro, a quanto risulta, con riferimento alla confisca antimafia, il giudice europeo non ha ancora avuto modo di pronunciarsi sulla disciplina come risultante dalle riforme 2008-2009⁴⁵⁵.

Chiarita, allora, la struttura *“retrospettiva- stigmatizzante”*⁴⁵⁶ che caratterizza le fattispecie in questione, e ricondotte queste nell’alveo delle sanzioni repressive, si tratta di comprendere se le deroghe alle garanzie penalistiche previste nelle rispettive discipline possano, comunque, considerarsi legittime.

⁴⁵¹ Per questa interessante metafora FILIPPI – CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, cit., p. 10.

⁴⁵² MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, in *Cass. pen.*, 2018, fasc. III, p. 1027.

⁴⁵³ FILIPPI – CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, cit., p. 17.

⁴⁵⁴ In questi termini MAZZACUVA, *Le sezioni unite sulla natura della confisca di prevenzione*, cit., p. 242, nota 64, ove richiama a sostegno della propria affermazione la timida giurisprudenza europea in materia di 41bis ord. pen.

⁴⁵⁵ FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, cit, p. 19, nota 70, ove l’A. afferma: *“va tuttavia rilevato che, nelle cause in materia di confisca di prevenzione finora portate all’attenzione della Corte europea, quest’ultima non ha ancora potuto esaminare la disciplina come risultante dalle citate riforme del 2008-2009, e quindi comprensiva – tra l’altro – della possibilità di applicazione della confisca anche in forma per equivalente, a prescindere dalla pericolosità attuale della persona, e in relazione a forme di criminalità ben distanti da quella organizzata di stampo mafioso”*.

⁴⁵⁶ Per questa efficace espressione VISCONTI, *Il controllo giudiziario “volontario”: una moderna “messa alla prova” aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2019. L’autore impiega tale espressione per indicare una delle possibili forme assumibili da parte della nuova misura di prevenzione del controllo volontario.

3.4 La qualificazione civilistica.

La riconduzione delle confische generali nell'ambito delle sanzioni repressive non è in grado di risolvere, in modo definitivo, l'interrogativo che percorre trasversalmente il nostro studio. Essa, infatti, ci permette di affermare la natura "reattiva" degli strumenti in questione – trattandosi di una "*reazione dell'ordinamento alla violazione di una norma che prevede l'illecito*"⁴⁵⁷ - ma non di comprendere quale indole abbia questa reazione. In modo specifico, richiamando la classificazione già proposta in apertura, occorre ancora comprendere se l'ordinamento, con la sua reazione, si proponga di svolgere una funzione meramente ripristinatoria-compensativa, ovvero se, travalicando gli argini in questa impliciti, persegua una finalità punitiva.

Solo dopo aver fornito una risposta a questo fondamentale quesito, ci sarà, infatti, consentito esprimere un parere circa la legittimità del regime giuridico che le caratterizza, il quale, come si è già più volte affermato, è in larga parte in deroga alle garanzie penalistiche.

La questione non è priva di rilievo ed anzi ha acquisito negli ultimi anni un peso ed un'importanza sempre maggiori. Nel corso del secondo capitolo, invero, si è avuto modo di ricordare come si sia assistendo ad una "*progressiva convergenza funzionale dei modelli di asset recovery*" i quali "*originano da una medesima concezione ripristinatoria*"⁴⁵⁸. La concezione ripristinatoria ha, del resto, guidato le nostre riflessioni in merito alla confisca speciale, legittimandone una nuova lettura, svincolata da inutili laccioli connessi al più tradizionale inquadramento.

Il tema è allora chiaro. Ove, infatti, si propendesse per la "natura civilistica" (giacchè meramente ripristinatoria) degli strumenti per sproporzione si cancellerebbero, con un colpo di spugna, tutti i dubbi, ripetutamente sollevati dalla dottrina che ha studiato l'argomento, circa la loro compatibilità cosituazionale e convenzionale. L'operazione pare, inoltre, semplice. È la stessa legge ad individuare tra i loro presupposti applicativi l'origine illecita dei beni colpiti, quasi suggerendo un

⁴⁵⁷ In questi termini, con riferimento alla confisca a carico dell'ente prevista ex art. 19 d.lgs. 231/2001, ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1683.

⁴⁵⁸ Espressamente MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, op. cit., p. 183.

parallelismo tra questi e le mere limitazioni del diritto di proprietà (*ex art. 42 Cost.*)⁴⁵⁹, parallelismo confermato dalla stessa *voluntas legislatoris*.

Constato il fallimento della più tradizionale classificazione, pertanto, una parte della dottrina e della giurisprudenza, *in primis* costituzionale, anche grazie agli influssi delle teorie nord americane ed inglesi, ha cercato di attribuire questa “nuova” veste alle confische c.d. allargate.

Si tratta a questo punto, allora, di verificare se gli elementi poc’anzi menzionati costituiscano semplici suggestioni, prive di reali riscontri, ovvero se un’attenta analisi strutturale fornisca gli elementi per giustificare questa nuova lettura.

A questo fine, occorre muovere dall’esame delle tesi che hanno proposto ed alimentato questa ricostruzione.

In quest’ordine di idee, in via preliminare, conviene evidenziare un dato ricorrente. I fautori della tesi civilistica, nel proporla, fanno precedere, di regola, le loro riflessioni da considerazioni di politica-criminale. La dottrina⁴⁶⁰, in modo esplicito, e la giurisprudenza⁴⁶¹, allusivamente, si preoccupano di considerare quali conseguenze deriverebbero dal ravvisare in tali forme ablative una pena mascherata. Questa conclusione travolgerebbe, invero, uno dei cardini nel contrasto alla criminalità economica, producendo “*conseguenze altamente disfunzionali rispetto a un’efficiente politica di contrasto della criminalità*”⁴⁶².

⁴⁵⁹ In questi termini, in tempi ancora non sospetti, FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, *cit.*, p. 114, ove l’A., citando studi di diritto costituzionale, afferma che “*in linea di principio, le misure incidenti sul patrimonio – a differenza di quelle a carattere personale – trovano ampia copertura costituzionale*», con riferimento sia all’art. 41 Cost., che vieta all’iniziativa economica privata di svolgersi in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità e ne consente l’assoggettamento ai controlli legislativi in funzione di indirizzo e coordinamento a scopi sociali; sia all’art 42 Cost., che tutela la proprietà privata ma nei limiti della sua funzione sociale”. Ad oggi la prospettiva pare essersi ribaltata per ciò che riguarda l’ordine delle preoccupazioni.

⁴⁶⁰ A questo proposito si vedano FINOCCHIARO, *La confisca “civile” dei proventi da reato*, *cit.*, p. 415 e ss. e VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca*, *cit.*, p. 903 e ss.

⁴⁶¹ Dalla lettura delle sentenze che hanno fatto proprio questo orientamento emerge infatti, a più riprese, la consapevolezza dei giudici della necessità di «*superare i limiti di efficacia della confisca penale “classica”... inidonea a contrastare in modo adeguato il fenomeno dell’accumulazione di ricchezze illecite da parte della criminalità*». Negli stessi termini, C.cost. 33/2018 e C.cost. 24/2019.

⁴⁶² Testualmente FINOCCHIARO, *La confisca “civile” dei proventi da reato*, *cit.*, p. 418. Lo stesso A., poco dopo, pare rendersi conto della inopportunità delle considerazioni proposte e si preoccupa, allora, di fornirne una pseudo-giustificazione tecnico-giuridica. Citiamo testualmente “*Si tratta di motivi che, attenendo alla sfera della politica criminale, non possono certo risultare prevalenti sulle esigenze di rispetto dei diritti fondamentali della persona, ma al contempo non possono nemmeno essere del tutto obliterati, se non altro per il fatto che la diffusione di quel tipo di criminalità influisce perniciosamente sull’assetto economico e politico e, quindi, anche sui diritti personali di tutti coloro che, nella legalità, subiscono innegabili pregiudizi dal proliferare di quelle forme di criminalità*”.

Se tale circostanza non può, di per sé sola, determinare la reiezione della suddetta tesi, è, però, senza dubbio sufficiente a gettare un'ombra di sospetto circa l'imparzialità delle conclusioni raggiunte.

Una volta premesse tali considerazioni di carattere generale, è necessario dedicarsi all'esame delle ragioni proposte dai sostenitori dell'opzione ermeneutica civilistica. Al riguardo, si ritiene appropriato procedere in questo modo. Da un lato si tenterà di fare il punto sugli istituti civilistici invocati, dall'altro, invece, si riepilogheranno gli argomenti impiegati per affermare la natura meramente ripristinatoria della fattispecie in esame.

Un'ultima precisazione, prima di entrare *in medias res*. La dottrina citata, alla quale continueremo a riferirci nelle pagine che seguono, propone questa ricostruzione in scritti dedicati unicamente alla confisca di prevenzione. Solo incidentalmente è possibile rinvenire osservazioni sull'omologa sanzione di cui all'art. 240 *bis* c.p., tra l'altro di tenore, quanto meno apparentemente, contrastante⁴⁶³. Orbene, anche alla luce delle copiose riflessioni precedentemente esposte – che ci hanno consentito di individuare il fondamento comune delle due disposizioni- il dato deve considerarsi ininfluenza, non sussistendo effettivi ostacoli all'estensione della tesi oltre i suoi originari confini. E d'altronde, in questo senso depone la giurisprudenza costituzionale. La prima pronuncia del Giudice delle leggi che ha proposto siffatta ricostruzione⁴⁶⁴ aveva, infatti, ad oggetto proprio una questione di legittimità concernente la fattispecie *post delictum*; ed è proprio in tale ambito, che per la prima volta, la Consulta, per impiegare le sue stesse parole⁴⁶⁵, ha identificato il genus della «*confisca dei beni di sospetta origine illecita*».

Precisato, dunque, questo primo profilo, è adesso possibile dedicarsi all'esame del primo degli aspetti della tesi civilistica. Nel dedicarsi a verificare quali strumenti civilistici siano stati invocati per spiegare, in via analogica, le fattispecie per

⁴⁶³ Se, infatti, per un verso FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato*, cit., p. 46 valorizza le similitudini tra le due forme ablativo (affermando che "la neonata confisca ex art. 12-sexies si presentava, dunque, per struttura e presupposti applicativi, ben più simile alla confisca di prevenzione di cui alla l. n. 575/1965 che all'istituto generale previsto dall'art. 240 c.p."); viceversa VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca*, cit., p. 890, parla espressamente di "essenziale differenza tra confisca di prevenzione e confisca allargata", seppur, circoscrivendola alla estraneità della prima dal processo penale.

⁴⁶⁴ C. cost. 33/2018, cit.

⁴⁶⁵ Impiegate in C.cost. 24/2019 che richiama espressamente il suo precedente.

sproporzione, l'interprete riscontra una situazione molto simile a quella già descritta, a tal proposito, nel capitolo precedente ove si è trattato delle confische speciali. Anche in questo caso, infatti, ci si trova dinanzi ad una ricostruzione tendenzialmente confusa, che invoca una pluralità di istituti e di principi ricorrendo spesso ad asserzioni che sembrano essere frutto di petizioni di principio. Le confische generali sarebbero contestualmente una forma di reazione dell'ordinamento "*per far cessare il godimento su beni che sono stati acquistati in modo illecito*"⁴⁶⁶, "*una naturale conseguenza della ... illecita acquisizione*"⁴⁶⁷, uno strumento "*mirante a far venir meno uno status di possesso illegittimo*"⁴⁶⁸, così come uno dei portati del principio dell'arricchimento senza causa⁴⁶⁹. Esse, inoltre, aggredirebbero un dominio giuridicamente inesistente: il titolo di acquisto dovrebbe, infatti, colorarsi di nullità, inefficacia o ancora di mera inopponibilità allo Stato, ogniqualvolta la vicenda acquisitiva coinvolga, anche solo indirettamente, un episodio delittuoso; a tal fine sarebbe sufficiente concepire "*le regole in materia di confisca dei proventi da reato*" come "*regole civilistiche sull'invalidità originaria dell'acquisto di denaro o di beni*"⁴⁷⁰.

Per quanto, invece, concerne gli elementi valorizzati per accostare le "espropriazioni" generali all'ambito civilistico, in accordo con le conclusioni da noi stessi raggiunte nella prima parte del lavoro, i sostenitori della natura esclusivamente *remedial* di tali fattispecie si concentrano, in maniera precipua, sull'oggetto della confisca stessa, e segnatamente sul *quid e quantum* confiscabile⁴⁷¹. Ed è proprio questo argomento a fornire un, quanto meno apparente, forte ancoraggio logico-interpretativo alla tesi in esame. Le norme hanno infatti "*un unico oggetto confiscabile: la ricchezza illecita*".

⁴⁶⁶ FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato, cit.*, p. 438.

⁴⁶⁷ C. cost. 24/2019, § 10.4.1.

⁴⁶⁸ VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca, cit.*, p. 906.

⁴⁶⁹ Il quale viene menzionato sia da FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato, cit.*, pp. 438 e ss., che da VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca, cit.*, p. 906.

⁴⁷⁰ Ancora VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca, cit.*, p. 904, nota n. 34. La proposta pare essere inficiata da un errore prospettico. Le regole che dovrebbero essere "riconcepite" in chiave civilistica non sono tanto quelle relative alla confisca (che si limitano ad individuare la conseguenza che dovrebbe seguire ad una determinata situazione) quanto quelle che introducono e disciplinano fattispecie incriminatrici connesse meccanismi acquisitivi o comunque lucrogenetiche.

⁴⁷¹ FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato, cit.*, p. 422.

Ebbene, una volta riassunti i nuclei fondati la concezione ripristinatoria se ne deve valutare la divisibilità.

A tal fine, in questa sede, si eviterà di elencare analiticamente i dubbi suscitati dalla “disinvolta” invocazione di multiformi istituti e fattispecie civilistiche, tra loro spesso incompatibili. Questi, infatti, coincidono con quelli già sollevati nel corso del precedente capitolo. Non si può, però, far a meno di notare come la confusione sia il primo indice della problematicità, e in qualche modo, debolezza dell’impostazione proposta.

La tesi presenta, infatti, ad avviso di chi scrive un limite insuperabile. Soffermandosi in via esclusiva sull’individuazione del presunto oggetto, essa non attribuisce sufficiente importanza alle peculiari caratteristiche strutturali che connotano questa specifica figura ablativa trascurando, di conseguenza, i riflessi da queste inevitabilmente prodotte sulla stessa delimitazione dell’oggetto.

È, infatti, la stessa conformazione delle fattispecie di cui si tratta a costituire un insormontabile ostacolo verso la loro collocazione nell’ambito dei meccanismi esclusivamente compensativo-ripristinanti. Come si è già avuto modo di precisare nel corso del secondo capitolo, infatti, il requisito imprescindibile per attestare la natura meramente riparatoria di una misura è rappresentato dalla sua capacità di rispettare il c.d. principio di indifferenza, tratto saliente di ogni sanzione civile. Con specifico riferimento ai meccanismi ablativi, per impiegare il linguaggio dei uno dei principali sostenitori della tesi civilistica, lo strumento deve conformarsi al “*principio di indifferenza in chiave autore-centrica*”⁴⁷² così da poter indirizzarsi, in ossequio alla *differenztheorie*, in via esclusiva verso “*la differenza aritmetica tra i patrimoni ante e post delitto*”⁴⁷³.

Orbene, le confische per sproporzione non forniscono questa garanzia, né mai potranno farlo.

Come è emerso dalla pagine precedenti, infatti, gli strumenti confiscatori in questione sono dotati di una struttura statica, la quale si limita a “fotografare” una certa situazione attuale, senza essere in grado di far luce, neanche in modo indiretto, sui fatti che hanno generato la ricchezza sproporzionata. Ma non solo. La prospettiva statica si

⁴⁷² FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, cit, p. 30, nota 107.

⁴⁷³ In questi termini, per definire la *differenztheorie*, FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010 II ed., p. 123, il quale dedicandosi esclusivamente all’illecito civile parla di sinistro invece che di delitto.

accompagna ad una visione, che potremmo definire, onnicomprensiva: queste misure, infatti, si rivolgono ad interi patrimoni, potendo estendersi a tutti i beni di cui il soggetto abbia la disponibilità diretta o indiretta⁴⁷⁴. Molto spesso, inoltre, l'apprensione dei beni interviene a molti anni di distanza dagli episodi che hanno determinato l'insorgere del dominio su di essi; è, pertanto, inevitabile, che questi subiscano, *medio tempore*, molteplici trasformazioni e reimpieghi, commistionandosi con profitti leciti, in alcun modo coinvolti nelle presunte attività illecite del proposto o condannato⁴⁷⁵. Proprio questi elementi, tra loro coordinati, rendono impossibile individuare, anche solo in modo approssimativo, quali e quanti siano gli effettivi proventi illeciti impedendo, di conseguenza, di rintracciare il parametro di riferimento sul quale costruire il giudizio binario di appartenenza/non appartenenza alla materia penale⁴⁷⁶.

Ogni parallelismo con istituti civilistici, qualunque essi siano, è, dunque, necessariamente inappropriato. Questi, infatti, mettono sempre in primo piano (e non potrebbero fare altrimenti) il fatto generatore dell'incremento patrimoniale, valorizzando il nesso di derivazione che lega i due elementi. Altrettanto non accade nelle confische per sproporzione, e mai potrà accadere essendo state loro concepite proprio per lasciare sullo sfondo i presunti fatti lucrogenetici⁴⁷⁷ e per privare di ogni

⁴⁷⁴ Questo profilo è valorizzato dagli stessi fautori della teoria civilistica sia con riferimento alla confisca di prevenzione che in relazione alla confisca ex art. 240 *bis* c.p., vedi VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca*, cit., rispettivamente pp. 889 e 890.

⁴⁷⁵ A questo proposito, risultano essere particolarmente chiare le conclusioni raggiunte, sul punto, dalla Sezioni Unite Repaci (ultimo capoverso del § 5), le quali hanno affermato, in maniera espressa, che *“il caso di specie -in cui è pacifico, essendo addirittura oggetto di aperta rivendicazione nei motivi di ricorso, che l'evasione fiscale è stata ripetuta negli anni, sistematica e “colossale” – preclude di entrare nella valutazione della problematica circa la quota confiscabile (che avrebbe senso solo ove si trattasse di un'evasione puntuale, circoscritta ed insussistente, senza effettivo reimpiego) essendosi di contro in realtà realizzato il reimpiego e la confusione totale tra profitti leciti ed illeciti; del resto al di là dell'impossibilità ratica di accertare la concreta distinzione in caso di lunghi periodi, è del tutto evidente, per legge economica, che le attività lecite non sarebbero state le stesse (con quei volumi e con quei profitti) ove vi fosse stato impiego di capitali minori (solo quelli leciti): dunque l'inquinamento, per definizione e per legge logico-economica, non può non essere onnipervasivo e travolgente”*. Significative sono, in merito, le riflessioni di MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, cit., p. 220, la quale mette in evidenza come la giurisprudenza abbia sostanzialmente esteso lo stesso ragionamento alla base della confisca della c.d. “impresa mafiosa” ai casi di impresa originariamente lecita che svolge attività economica legale, definendo poi l'operazione spaventosa.

⁴⁷⁶ Per questo concetto si rinvia al §1.5.

⁴⁷⁷ Deve, infatti, ricordarsi che nessuna verifica viene effettuata, né in concreto, né in astratto (anche alla luce della già evidenziata selezione delle fattispecie presupposto) circa l'idoneità del presunto reato a determinare un incremento patrimoniale.

rilievo il nesso di derivazione⁴⁷⁸. Nesso di derivazione che rimane, invece, centrale in ogni altro strumento ablativo effettivamente ripristinatorio-compensativo: anche la confisca per equivalente, pur facendo a meno della pertinenzialità, non prescinde dall'individuazione dell'effettivo incremento patrimoniale scaturito dall'illecito, avendo cura di circoscrivere ad esso la propria efficacia ablativa. Non condivisibili appaiono, allora, le tesi che accomunano le confische per equivalente e quelle allargate, riconducendole ad un'unica linea di tendenza volta a “spezzare il tradizionale legame tra reato e bene confiscato”⁴⁷⁹. Per quanto, infatti, le due tipologie confiscatorie si fondino su un progressivo allentamento del nesso tra reato e bene, solo le fattispecie per sproporzione giungono effettivamente ad interrompere tale collegamento.

Le difficoltà fino ad adesso rilevate sono, poi, acuite dalla stessa selezione dei parametri impiegati dal legislatore per inferire l'origine illecita della *res*. Per quanto concerne, in particolare, il requisito della sproporzione (perno attorno al quale ruota la presunta origine illecita), la dottrina maggioritaria ha avuto modo di rimarcare come esso sia un dato neutro⁴⁸⁰, cioè di per sé inidoneo a provare la provenienza da condotte delittuose, potendo derivare da una molteplicità di cause. La neutralità si trasforma, poi, in “insignificanza ed inadeguatezza” ove il parametro probatorio venga affrancato da “un contesto caratterizzato ... dallo status professionale del mafioso”⁴⁸¹.

L'inidoneità persiste, ad avviso di chi scrive, anche a voler applicare gli accorgimenti giurisprudenziali escogitati al fine di qualificare il requisito in esame.

⁴⁷⁸ La stessa tesi pare essere condivisa da MAUGERI, *Un'interpretazione restrittiva delle intestazioni fittizie ai fini della confisca misura di prevenzione*, cit., p. 274, la quale affermando che “In relazione alla confisca misura di prevenzione, invece, non sembra che vengano rispettati tali principi: manca la prova del nesso causale con il delitto che potrebbe giustificare la confisca come misura di compensazione–riequilibrio economico; manca la condanna per un reato e la commisurazione al disvalore del fatto che potrebbero giustificarla come pena; manca la pericolosità della cosa o un suo comprovato rapporto con un delitto, che potrebbe giustificare per ragioni di prevenzione in senso stretto il venire meno della garanzia costituzionale del diritto di proprietà e della libertà d'iniziativa economica”, pare ritenere essenziale il nesso causale per poter ricondurre una sanzione al diritto civile.

⁴⁷⁹ FINOCCHIARO, *La confisca “civile” dei proventi da reato*, cit., p. 46.

⁴⁸⁰ Fra i tanti, ALBANESE, *Confisca di prevenzione: smussato il requisito della ‘correlazione temporale’*, cit., p. 197, a mente del quale “più si mette in ombra il dato della ‘pericolosità’, più quello della sproporzione sbiadisce nella ‘neutralità’, così rendendosi inadeguato a fondare la presunzione dell'origine illecita di determinati beni”.

⁴⁸¹ NANULA, *La lotta alla mafia*, Milano, 1996, p. 46 ove l'A. chiarisce, con precisione, come “la circostanza secondo cui il valore dei beni posseduti “risulta sproporzionato al reddito dichiarato e all'attività economica svolta”, infatti, prova soltanto che il soggetto investe più di quanto ufficialmente guadagna” facendo poi notare che “occorrono altri supporti probatori, tant'è che il passaggio, di per sé solo, non è ritenuto sufficiente neanche in materia fiscale”.

Come è noto, infatti, ormai da tempo la Corte di cassazione ha cercato di circoscrivere la tendenzialmente illimitata portata espansiva delle disposizioni in questione, arricchendo di particolari il dato della sproporzione. Operando attraverso tre diverse direttrici, la Corte ha avuto modo di precisare, in primo luogo, come non ogni sproporzione possa ritenersi rilevante (dovendo trattarsi di uno “*squilibrio incogruo e significativo*”⁴⁸²), aggiungendo, poi, che essa deve essere verificata in relazione a ciascun bene (e segnatamente rifacendosi al momento del singolo acquisto) e tenendo presente il dato della correlazione o ragionevolezza temporale⁴⁸³.

Anche a voler trascurare le evidenti difficoltà insite nell’impiego di tali parametri addizionali (legate sia all’origine peculiare, che alla loro stessa conformazione), non si può trascurare come essi costituiscano, in un certo qual modo, un ostacolo ulteriore alla possibilità di ricondurre tali istituti all’area civilistica. Tutti questi elementi addizionali sono, infatti, accomunati da una forte discrezionalità che contrasta, in modo chiaro, con la natura quasi “matematica” che connota, e deve connotare, gli strumenti meramente ripristinario-compensativi.

Nonostante tali accorgimenti la misura continua a non essere in grado di accertare, in modo attendibile, l’origine illecita dei beni appresi⁴⁸⁴, così come la loro precisa entità.

Inappropriati appaiono essere, inoltre, i parallelismi proposti, sempre in un’ottica civilistica, con alcune misure previste in normative europee e in ordinamenti stranieri. Entrambe le disposizioni invocate richiedono, infatti, uno *standard* probatorio più elevato e che meglio consente di verificare l’origine illecita della cosa,

⁴⁸² L’orientamento è stato recepito anche da C.cost. 33/2018, *cit.*, la quale, a tal proposito, parla di “*corrente indirizzo giurisprudenziale*”.

⁴⁸³ Con tale espressione ci si intende riferire alla relazione di identità che deve sussistere tra il periodo in cui la persona si è manifestata “pericolosa” (per aver tenuto i comportamenti indicati nell’art. 16 del codice antimafia ovvero per aver commesso i fatti per i quali è poi stata pronunciata la condanna) e il momento in cui il bene risulta essere stato acquistato o comunque confluito nella disponibilità patrimoniale del soggetto. Non può non rilevarsi, in questa sede, come il presupposto in questione nasca e trovi fondamento in un contesto in cui la fattispecie veniva ricondotta, senza ombra di dubbio, tra le misure preventive. Una volta rifiutato tale inquadramento, il requisito in esame perde, inevitabilmente, ogni legittimazione. Per un’approfondita disamina sulla correlazione temporale MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo “statuto” della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, in *Dir. pen. cont.*, 26 maggio 2014, in modo particolare § 9.

⁴⁸⁴ A questo proposito MAUGERI, *La lotta all’evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, *cit.*, p. 212, ove si afferma “*sembrerebbe che l’origine illecita non si fonda sull’accertamento, anche indiziario, del carattere illecito dell’attività fonte, ma piuttosto sulla mera pericolosità sociale, sul fatto che appartengono a soggetti abitualmente dediti a traffici illeciti, anche se poi tale pericolosità può non essere più attuale*”.

così come il *quantum* confiscabile. Per quanto, infatti, concerne il modello di confisca estesa prefigurato dalla dir. 2014/24/UE, è lo stesso art. 5 a chiarire come la sproporzione, in un'ottica europeista, non sia sufficiente a fondare, di per sé sola, la misura in esame. Questa degrada a solo uno dei “*fatti specifici*” e degli “*elementi di prova*” dai quali il giudice può trarre la convinzione che i beni da confiscare “*derivino da condotte criminose*”. Con riferimento, invece, allo statunitense *civil forfeiture* emerge, con chiarezza, dalla sua struttura, complessivamente considerata, come essa presupponga, comunque, un più forte ancoraggio al fatto generatore della ricchezza. In modo specifico, affinché si possa disporre una *civil forfeiture*, il governo è quanto meno tenuto a dimostrare il tipo di attività delittuosa da cui si ritiene derivino le cose da sottoporre ad ablazione, di modo che così sia possibile verificare non solo se, in relazione a quelle fattispecie, la legge consenta la confisca, ma, altresì, la quanto meno astratta lucrogeneticità dell'illecito commesso. Non altrettanto può, invece, dirsi per quanto riguarda le misure per sproporzione nostrane, ove, invece, alla luce degli ultimi approdi normativi in tema di redditi frutto di evasione fiscale, l'ablazione può addirittura prescindere dal rilievo penale della condotta che ha generato l'incremento patrimoniale.

Da ultimo, non rimane altro che fare una considerazione di ordine sistematico. Ammettendo che le confische per sproporzione abbiano, effettivamente, una natura civilistica – essendo volte, esclusivamente, ad eliminare l'utile economico proveniente dalla attività delittuosa- si dovrebbe ritenere che queste svolgano la stessa funzione che, anche alla luce delle considerazioni espresse nel corso del secondo capitolo, compete alle confische speciali. Orbene, può tale coincidenza ritenersi ragionevole?⁴⁸⁵ Se così fosse, infatti, il legislatore consentirebbe agli organi inquirenti di perseguire il medesimo fine aggirando, però, i limiti probatori che sono insiti nell'applicazione della confische speciali. Quale senso avrebbe, allora, questa duplicazione?

Tirando le fila del discorso, si può in conclusione concordare con chi ha affermato che sostanzialmente nelle confische per sproporzione “*si trasforma il tema probatorio relativo all'origine illecita (che richiederebbe appunto la prova della*

⁴⁸⁵ In questi termini pare esprimersi anche MAZZACUVA, *Le sezioni unite sulla natura della confisca di prevenzione*, cit., p. 238 ove afferma “*Ora, giunti a questo punto, è bene precisare che il fatto che le varie soluzioni sin qui descritte risultino effettivamente coerenti con una concezione compensativo-ripristinativa della misura non significa anche che le medesime siano perciò legittime*”.

commissione di specifici delitti, dai quali siano scaturiti determinati profitti) in un altro tema probatorio, costituito dalle mere circostanze che giustificano il sospetto”⁴⁸⁶, aggiungendo, inoltre, che “*nella misura in cui manca un pieno accertamento della natura illecita dei profitti da confiscare, la confisca allargata rischia di assumere una natura punitiva dell’attività criminale sospetta, ferma restando la sua finalità di impedire l’infiltrazione criminale nell’economia lecita*”⁴⁸⁷. Del resto è la stessa ampiezza dei poteri attribuiti alle giurisdizioni dalla legislazione in materia a non consentire di escludere che essa persegua anche lo scopo di punire l’autore del presunto reato⁴⁸⁸.

Proprio dalle conclusioni ora raggiunte occorre preder le mossa per offrire una ricostruzione alternativa degli strumenti per sproporzione, della quale si tratterà nel paragrafo che segue.

3.5 Una nuova prospettiva: fattispecie di pericolo. Anticipazione della tutela.

Gli argomenti esposti nelle pagine precedenti, così come le conclusioni ivi raggiunte ci consentono, adesso, di avanzare, seppur con cautela, alcune considerazioni in ordine all’autentica natura delle confische generali. Tali considerazioni verranno accompagnate da una serie di riflessioni *de iure condendo*, mosse dall’intento di attribuire alle fattispecie per sproporzione una fisionomia ed una disciplina, anche sistematicamente, più coerente con la funzione da loro svolta.

I dati dai quali muovere sono principalmente due: l’impianto retrospettivo-stigmatizzante che caratterizza gli strumenti in esame e l’affermazione, ricorrente in quasi tutti gli scritti in materia, secondo la quale essi svolgerebbero una funzione “*di prevenzione sistemico-economica*”⁴⁸⁹. Segnatamente, tali ipotesi ablativo sarebbero volte ad “*evitare il pericolo – non tanto o non solo di commissione di nuovi reati, quanto soprattutto – di inquinamento del sistema economico mediante l’immissione di capitali illeciti*”⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ MAUGERI, *La lotta all’evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, cit., p. 214.

⁴⁸⁷ MAUGERI, *op. cit.*, p. 218.

⁴⁸⁸ In questi stessi termini si è espressa la Corte europea nel caso *Welch*.

⁴⁸⁹ PALAZZO, *Per un ripensamento radicale delle misure del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia*, 2018, p. 7.

⁴⁹⁰ PALAZZO, *op. cit.*, p. 7.

Il coordinamento di questi due elementi pare, infatti, suggerire, una nuova veste per le disposizioni in esame. Ma è necessario procedere con ordine.

A questo fine la prima questione da risolvere concerne la struttura delle disposizioni in questione. Escluso il carattere preventivo, così come quello compensativo-ripristinatorio, residua in ogni caso l'interrogativo su quale sia l'effettiva indole sottesa a tali disposizioni. Dedicando per il momento al solo profilo funzionale, può dirsi – compiendo quasi una scelta obbligata, fondata su un ragionamento *ad excludendum* – che le misure ablativo generali, stante la loro conformazione, svolgono (o così almeno pare a chi scrive) una funzione *lato sensu* punitiva. Esse, infatti, sono volte a sanzionare una determinata condotta, già verificatasi, nell'ottica di riaffermare l'ordine giuridico violato attraverso il comportamento tipico.

Chiarito questo profilo, la nostra riflessione deve, ora, spingersi oltre, ed in particolare, deve dedicarsi all'analisi di un elemento logicamente antecedente, ovvero all'esatta individuazione della condotta sanzionata. Più volte, in precedenza, si è fatto cenno alla funzione surrogatoria delle misure di prevenzione (*in primis*). Si potrebbe ritenere, allora, che il comportamento vietato, al quale l'ordinamento reagisce opponendo la confisca generale dei beni, sia, in effetti, quello tipizzato dal legislatore nell'ambito delle disposizioni incriminatrici presupposto, incriminazioni presupposto dalle quali sarebbe dovuto derivare il presunto incremento patrimoniale da ablatore.

In realtà la questione pare, ad un più attento sguardo, essere più complessa. L'impostazione appena riferita sottointende una certa lettura degli artt. 240 *bis* c.p. e 24 d.lgs. 159/2011 (lettura che tra l'altro, a quanto risulta, è unanimemente condivisa da dottrina e giurisprudenza): in particolare, il punto di partenza indiscusso di questa ricostruzione, è costituito dall'assunto per cui tali disposizioni introdurrebbero, esclusivamete, una sanzione. Questi articoli, dunque, mancherebbero della parte precettiva (segmento indispensabile di ogni norma incriminatrice, sia essa penale o amministrativa), limitandosi a prevedere una delle possibili conseguenze giuridiche della violazione di precetti altrove individuati.

Orberne, tale considerazione non può essere condivisa per una pluralità di ragioni. La prima, di stampo storico, concerne l'origine dell'attuale art. 240 *bis* c.p. È, invero, interessante notare come esso sia nato “dalle ceneri” dell'antecedente c. 2

dell'art. 12- *quinquies* del d.l. 306/1992, il quale, a sua volta, si proponeva come una più evoluta versione dell'antico art. 708 del codice penale. L'osservazione non si fonda, soltanto, sull'analogo tenore delle fattispecie evocate, bensì su elementi più specifici. Difatti, non solo l'art. 12- *sexies* è stato introdotto nel d.l. 306/1992 attraverso un intervento normativo - il d.l. 20 giugno 1994, n. 399- adottato solo pochi mesi dopo la declaratoria di incostituzionalità che ha colpito il disposto di cui al secondo comma dell'art. 12-*quinquies*⁴⁹¹, ma pare trovare il proprio fondamento nella sentenza in esame. Come rimarcato da attenta dottrina, invero, è stata la stessa Corte costituzionale a fornire al legislatore una "apertura"⁴⁹² in tal senso. La Consulta ha ritenuto "*non in contrasto con i principi costituzionali una norma che, al limitato fine di attivare misure di tipo preventivo, desume dalla qualità di indiziato per taluni reati il sospetto che la sproporzione tra beni posseduti e reddito dichiarato possa esser frutto di illecita attività*", escludendo, invece, che altrettanto potesse dirsi "*ove l'analogia situazione venisse ricondotta all'interno di una previsione incriminatrice, giacché la legittimità di una fattispecie rinverrebbe un insormontabile ostacolo proprio nel principio di presunzione di non colpevolezza*".

L'art. 12- *sexies* del d.l. 306/1992, adesso confluito nel neo-introdotta art. 240bis c.p. è, allora, l'ultimo rappresentante di una categoria di illeciti da sempre presente nella legislazione penale italiana, anche preunitaria⁴⁹³, ovvero dei cosiddetti reati di mero sospetto e, in special modo, della speciale sotto categoria dei reati di possesso ingiustificato⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ Il dato è stato valorizzato sia della giurisprudenza costituzionale successiva - si veda, in modo specifico, C.cost. 33/2018 la quale rimarca come "*a fronte di tale declaratoria, il legislatore introdusse, con il decreto-legge 20 giugno 1994, n. 399 (Disposizioni urgenti in materia di confisca di valori ingiustificati), convertito, con modificazioni, in legge 8 agosto 1994, n. 501, non già una nuova figura criminosa diversamente strutturata, ma una speciale ipotesi di confisca, disciplinata in un articolo aggiunto, immediatamente successivo a quello caducato (il 12-*sexies*)*" - sia dalla dottrina che si è occupata della questione, cfr. CANTONE, *La confisca per sproporzione*, cit., pp. 119 e 120, ove l'A. rimarca prima il profilo meramente cronologico - ricordando come "la confisca per sproporzione ... sia stata introdotta dopo la bocciatura, ad opera della Corte costituzionale, del reato di cui all'art. 12-*quinquies* comma 2 del medesimo d.l. n. 306/1992 - e poi quello che potremmo definire più propriamente causale, rimarcando che "*nelle pieghe della motivazione, la Corte sembrava suggerire al legislatore una possibile alternativa e cioè ancorare una nuova fattispecie al ben diverso presupposto della sentenza definitiva di condanna*".

⁴⁹² Per questa espressione e tesi cfr. FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato*, cit., p. 45.

⁴⁹³ Per una, seppur breve, disamina storica si rinvia a COPPI, *Osservazioni sui «reati di sospetto» e in particolare sul «possesso ingiustificato di valori»*, in *Giur. cost.*, 1968, vol. II, pp. 1713 e ss.

⁴⁹⁴ A questo proposito vedi CALISTI, *Il sospetto di reati. Profili costituzionali e prospettive attuali*, Milano, 2003, che ritiene "*possibile profilare una linea di continuità*" tra le fattispecie in questione,

La circostanza adesso rimarcata ci offre, allora, un primo sostegno per dimostrare e corroborare la tesi che si sta cercando di proporre. Gli studiosi che si sono, infatti, occupati di studiare le fattispecie in questione, pur senza trascurare che l'art. 708 c.p. ha operato "*al limite di ogni ragionevolezza incriminatrice e come vera e propria forma di repressione sussidiaria fondata sul sospetto*" non hanno, comunque, potuto negare che anche esse contemplavano, nella loro struttura, una parte precettiva. In modo particolare, superando le prime perplessità avanzate da alcuni autori – che aveva individuato quale minimo comune denominatore della categoria la ritenuta mancanza di una condotta⁴⁹⁵ - si è concluso che anche tali disposizioni prevedono e tipizzano un'azione vietata; azione che sarebbe anzi, a voler seguire alcune tesi⁴⁹⁶, "*sempre plurima*", articolandosi in un comportamento positivo - il possedere con coscienza e volontà- e in uno omissivo, costituito dall'assenza di giustificazioni in merito alla legittima provenienza del bene.

Ebbene, prescindendo in questa sede dal compiere valutazioni circa la più appropriata qualificazione da attribuirsi al profilo omissivo⁴⁹⁷, un dato è sicuramente certo: l'art. 708 c.p., così come l'abolito comma secondo dell'art. 12- *quinquies* d.l. 306/1992, accentrano la loro attenzione su una azione diversa, e cronologicamente successiva, rispetto alla presunta attività illecita che avrebbe dovuto generare il supposto incremento patrimoniale, ovvero nella condotta del possedere. Seppur modificando, in parte, la terminologia impiegata⁴⁹⁸, infatti, entrambe le disposizioni si rivolgono, se così si può dire, al risultato della condotta acquisitiva, ovverosia alla, ingiustificata, situazione di signoria instaurata su determinati beni.

Altrettanto, a nostro avviso, accade non solo nell'attuale art. 240 *bis* c.p., ma anche nell'ambito della confisca di prevenzione. Tutte e due, come rivela lo stesso dettato normativo, tipizzano, e poi sanzionano, la titolarità e la disponibilità, ingiustificata, di valori sproporzionati rispetto ai redditi dichiarati.

mettendo in risalto proprio l'*iter* normativo che ha condotto all'introduzione dell'art. 12-*sexies* d.l. 306/1992.

⁴⁹⁵ In questi termini MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, cit.*, p. 460.

⁴⁹⁶ GALLO, *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1964, vol. XIII, p. 754.

⁴⁹⁷ A voler seguire la teoria del Manzini, infatti, la mancata giustificazione del possesso integrerebbe una condizione obiettiva di punibilità.

⁴⁹⁸ Il dato, seppure irrilevante nella prospettiva adesso indagata, non è, però, del tutto trascurabile. Come si avrà modo di precisare nel prosieguo, infatti, la modifica terminologica tende a riflettere il più generale mutamento di prospettiva che ha coinvolto le fattispecie in esame, in modo particolare nel passaggio dall'art. 708 c.p. alle disposizioni *extra-codicistiche*.

La conclusione adesso raggiunta si accompagna, e deve evidentemente accompagnarsi, ad un più generale ripensamento del ruolo della confisca nell'ordinamento. L'idea, da tutti manifestata, per cui l'introduzione delle confische speciali sarebbe avvenuta, necessariamente, attraverso la soppressione delle fattispecie incriminatrici di possesso ingiustificato, è figlia di una concezione accessoria delle sanzioni ablativo. Si intende dire che, tradizionalmente, alle confische è sempre stato attribuito un ruolo secondario, accompagnando loro sempre una "pena principale", ed essendo, di regola, disciplinate in disposizioni diverse ed autonome da quelle esplicitanti il precetto. L'evoluzione che ha caratterizzato il concetto di pena dovrebbe consentirci di reputare ormai superata questa impostazione, ritenendo ammissibile l'impiego isolato della confisca, la quale si rivela essere, in alcune occasioni, la più appropriata risposta repressiva.

Alla luce di quanto finora affermato può dirsi raggiunta una prima, parziale, conclusione: gli artt. 240 *bis* c.p. e 24 d.lgs. 159/2011 introducono, se non propriamente delle nuove disposizioni incriminatrici (non potendo affermarsi con certezza, in modo particolare per ciò che concerne la seconda ipotesi, la loro natura *stricto sensu* penale) delle sanzioni punitive, tipizzando, inoltre, ed anzi preliminarmente, la condotta censurata. Ma non solo. È evidente, tenendo a mente le connotazioni che caratterizzano le condotte ivi tipizzate come le disposizioni in questione possano essere ricondotte nell'alveo degli illeciti di possesso.

Chiarito questo profilo, occorre adesso dedicarsi alla soluzione dell'ultimo e più complesso interrogativo. Rimane da chiarire se, alla luce delle precisazioni in merito alla struttura e nonostante le modifiche che le hanno riguardate (di cui si dirà poi più approfonditamente), si possa ancora ritenere che le norme in esame continuino a svolgere un ruolo meramente sussidiario. Si tratta, in pratica, di comprendere se esse siano tutt'oggi destinate, esclusivamente, a raggiungere "una parte dell'area caratteristica dei reati commessi e non scoperti, facendo così emergere per altra via una quota della c.d. cifra oscura dei reati (o almeno dei proventi di tali attività illecite)"⁴⁹⁹. Occorre, allora, domandarsi se le considerazioni che portavano ad

⁴⁹⁹ MUCCIARELLI, *Commento all'art. 12-quinquies d.l. 8/6/1992 n. 306*, in *Leg. pen.*, 1992, p. 161.

escludere, con vigore, la finalità preventiva dell'originario art. 708 c.p. siano ancora condivisibili, ed in particolare conformi al nuovo dettato normativo⁵⁰⁰.

Una precisazione prima di entrare nel vivo della questione. All'espressione finalità preventiva si attribuisce in questa sede un significato completamente diverso da quello ad essa attribuito in precedenza. In questo caso ci si intende riferire, come si avrà modo di precisare meglio a breve, al c.d. diritto penale preventivo, ossia alla tendenza, che interessa ormai la materia penale da decenni, ad anticipare progressivamente la soglia del penalmente rilevante e che ha forse ormai già prodotto addirittura l'irreversibile "*trasformazione del diritto penale in una protezione contro i pericoli*"⁵⁰¹. L'espressione più evidente di questa nuova frontiera del diritto penale è costituita, senza dubbio, dall'esponentiale diffusione dei c.d. reati di pericolo, così come dei *délits obstacles*⁵⁰². Si rimane allora senza dubbio nell'ambito del fenomeno punitivo, il quale però si amplia, dirigendosi verso condotte che precedono, spesso anche di gran lunga, lo stadio dell'offesa al bene giuridico, proprio allo scopo di prevenirla.

Ritornando, nuovamente, alla questione principale, per fare un poco di chiarezza, pare opportuno principiare da un breve riassunto degli argomenti che una parte della dottrina⁵⁰³ ha, a ragione, prospettato per escludere la natura preventiva dell'art. 708 c.p. L'Autore, valorizzando in modo specifico le differenze che intercorrevano tra le due ipotesi di possesso ingiustificato⁵⁰⁴, mette in luce come di

⁵⁰⁰ A questo proposito si rivelano essere particolarmente utili le osservazioni della dottrina che si è occupato della materia dei reati di sospetto in particolare M. MANTOVANI, *La struttura dei reati di sospetto*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2012, in particolare p. 1. L'A., infatti, rimarca come la ragione del successo di questa tipologia sanzionatoria risieda "*nell'essere il possesso ... di determinati oggetti si il risultato di reati precedentemente commessi (dallo stesso detentore o da terzi, in concorso o meno con lui); sia, anche e soprattutto, il prologo rispetto all'commissione di (ulteriori) futuri reati*". Emerge, pertanto, con tutta evidenza, la neutralità che caratterizza questa categoria delittuosa sotto il profilo finalistico.

⁵⁰¹ DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3752, il quale aggiunge poi "*il paradigma preventivo inserisce il diritto penale in un sistema di produzione e conservazione della sicurezza, rendendolo così uno strumento di lotta ai problemi e di dominio dei rischi. Quest'orientamento funzionale sfuma i confini ed elimina le differenze tra colpevolezza e pericolosità e tra il diritto sostanziale e quello processuale*".

⁵⁰² Pur reati ostativi, si tratta di "*quelle incriminazioni, lontanamente arretrate, che non colpiscono comportamenti offensivi di un bene, ma tendono a prevenire il realizzarsi di azioni effettivamente lesive o pericolose, mediante la punizione di atti che sono la premessa idonea della commissione di altri reati*", espressamente MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 216.

⁵⁰³ Ci si riferisce ancora una volta a COPPI, *Osservazioni sui «reati di sospetto»*, cit., pp. 1726 e ss., § 9.

⁵⁰⁴ Coppi riconduce, invece, all'ambito preventivo l'art. 707 c.p. Tale incriminazione, infatti, di regola consente di "*bloccare sul nascere imprese criminose*".

regola⁵⁰⁵, la disposizione concernente i valori “*intendesse colpire coloro che presumibilmente, dati i precedenti, hanno acquistato il possesso di certe cose attraverso un reato e che non possono però essere puniti per questo reato perché ne mancano le prove*”, allo scopo di “*restringere al massimo le possibilità di impunità di coloro che commettono reati contro il patrimonio*”. La fattispecie doveva allora essere rincondotta tra le incriminazioni a tutela del patrimonio, avendo essa lo scopo di rafforzare il grado della protezione ad esso apprestata.

Una lettura semplicistica, volta a valorizzare soltanto i profili di continuità e le innegabili affinità, condurrebbe a replicare le conclusioni raggiunte, in relazione all’art. 708 c.p., sia con riferimento al secondo comma dell’art. 12- *quinquies* d.lgs. 306/1992 sia per ciò che concerne le confische allargate. In realtà pare che una più attenta disamina ed il raffronto delle disposizioni poc’anzi richiamate sia in grado di rivelare, nonostante la contestata linea di continuità, più differenze che similitudini.

In questa prospettiva, *in primis*, deve darsi rilievo al dato letterale. Seppur mantenendo pressochè invariato il nucleo centrale del significato, il legislatore ha, infatti, modificato la terminologia impiegata facendo, inoltre, venir meno l’inciso “è colto”.

Orbene, l’elemento non può essere trascurato.

I termini impiegati nelle nuove disposizioni - le quali si svincolano dalla problematica nozione di possesso⁵⁰⁶- rinviano, implicitamente, ad un tipologia di dominio diverso, che prescinde da una relazione materiale tra soggetto e cosa, alludendo ad una nuova tipologia di beni e, più in generale, a nuove tipologie di mercati e ricchezze. In quest’ottica, si comprende, allora, il venir meno dell’inciso che individuava quale presupposto della fattispecie uno stato di pseudo flagranza. Questa diviene irrilevante (potendo anzi costituire un intralcio all’effettività dell’incriminazione) nel momento in cui essa il legislatore si propone di perseguire, con queste nuove fattispecie, realtà criminali diverse, più complesse e innovative.

⁵⁰⁵ Solo in alcuni casi eccezionali l’art. 708 c.p. avrebbe potuto svolgere, invero, una funzione effettivamente preventiva: “*si pensi, per esempio, ad un pretium sceleris riscosso prima della consumazione del crimine*”. Ove il soggetto venisse colto in quel frangente, infatti, la disposizione in same sarebbe in grado, realmente, di interrompere sul nascere l’*iter criminis*.

⁵⁰⁶ Sul tema rimane insuperata la fondamentale monografia di NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1992, *passim*.

Sia il secondo comma dell'art. 12 *quinquies* d.lgs. 306/1992 che l'attuale 240 *bis* c.p. sono, allora, connotati da una finalità diversa⁵⁰⁷, che viene a galla, in modo specifico, ove si tenga a mente la selezione, quanto meno nel suo nucleo originario, dei reati presupposto, il più delle volte espressione del crimine organizzato. La circostanza è, d'altro canto, stata evidenziata anche dalla Corte costituzionale, la quale, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 708 c.p., ha avuto modo di osservare i cambiamenti, che negli anni, avevano riguardato la criminalità patrimoniale rilevando, altresì, come proprio attraverso l'introduzione dell'art. 12- *quinquies* il legislatore avesse cercato di adeguare la fattispecie di ingiustificato possesso di valori alle nuova dimensione della criminalità⁵⁰⁸.

Non pare, allora, inappropriato sostenere che le confische per sproporzione siano poste a presidio di un bene giuridico diverso rispetto a quello tutelato con i supposti reati presupposto. Esse, infatti, non si ridurrebbero a semplice "surrogato" dei delitti contro il patrimonio – presunti generatori della ricchezza colpita - bensì si proporrebbero di tutelare interessi di rilievo super-individuale quali l'ordine pubblico economico, la trasparenza e la correttezza dei mercati. Si dirigerebbero, dunque, verso una tipologia criminosa diversa, quella dei "*commercial offences*"⁵⁰⁹.

Per comprendere affondo il significato della affermazioni poc'anzi formulate può dimostarsi utile rammentare l'evoluzione che ha caratterizzato la disciplina dei fatti di riciclaggio e reimpiego. Per usare le parole delle Sezioni Unite, infatti, "*il complesso degli interventi legislativi ... e l'esame della giurisprudenza conseguentemente formatasi mostrano una progressiva e sempre più accentuata autonomia dei fatti di riciclaggio e reimpiego rispetto al reato presupposto, una loro*

⁵⁰⁷ In questi termini CALISTI, *Il sospetto di reati*, p. 306.

⁵⁰⁸ C. cost., 17 ottobre 1996, n. 370 ove si afferma testualmente "E' oggi visibile nella società un nuovo dato, ch'era in passato più difficile da cogliere: l'esistenza di preoccupanti fenomeni di arricchimento personale ottenuto mediante vie illecite e occulte. Di fronte a queste tendenze degenerative della vita economica e civile, la previsione incriminatrice contenuta nell'art. 708 del codice penale e' una ipotesi assolutamente marginale e ormai irragionevole nella sua esclusiva riferibilità a coloro che sono pregiudicati «per delitti determinati da motivi di lucro e per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio... Di tali mutamenti si e' peraltro reso conto pure il legislatore, che ha introdotto nell'ordinamento giuridico (con il decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356) una nuova figura di reato con cui si puniva la disponibilità di beni di valore sproporzionato al reddito o alla propria attività economica".

⁵⁰⁹ L'espressione è rinvenibile in NAYLOR, *Towards a general theory of profit-driven crimes*, in *Brit. J. Criminol.*, 2003, fasc. 43, pp. 81 e ss., in cui l'A. si propone di classificare, facendo ricorso a schemi economici, i reati commessi a scopo di lucro, giungendo alla conclusione che essi possono essere suddivisi in tre classi: *predatory offences*; *market-based offences* e *commercial offences*.

*chiara emancipazione rispetto ad ipotesi di partecipazione post delictum al reato precedentemente commesso, con un loro netto affrancamento concettuale e strutturale dalla categoria della complicità criminosa*⁵¹⁰. Affrancamento concettuale e strutturale che ha raggiunto il suo apice con la recente introduzione del delitto di autoriciclaggio, il quale *“se, per un verso, rappresenta un’indubbia rottura rispetto alla nostra tradizione di costruire il riciclaggio sulla falsariga dei delitti di ricettazione e favoreggiamento reale, per altro verso, costituisce una novità in qualche misura preparata da un processo normativo di lento ma inesorabile distacco del delitto di riciclaggio dal delitto presupposto*⁵¹¹.

Svincolate dagli illeciti-fonte, le confische allargate potrebbero disvelare – ed in parte già disvelano- tutta la loro indole preventiva. Se, infatti, *“il riciclaggio del denaro di provenienza delittuosa costituisce l’anello di congiunzione tra la criminalità organizzata e quella di impresa*⁵¹², la situazione fotografata dalle disposizioni oggetto della nostra analisi non può che costituire il presupposto indispensabile per poter poi dar luogo all’attività di *“lecito-vestizione*⁵¹³

Così inquadrati, gli istituti acquisiscono allora una nuova dimensione. Si tratterebbe, in sostanza, di una chiara espressione di quel diritto penale (o meglio, diritto punitivo) preventivo di cui si è in precedenza già detto. In modo specifico, le disposizioni introdurrebbero dei reati di pericolo, probabilmente indiretto, ovvero dei delitti ostacolo.

Ovviamente, anche se rivisti sotto questa prospettiva gli strumenti in esame non mancano di manifestare profili problematici e di far sorgere dubbi di legittimità costituzionale. Se, infatti, in linea di principio deve ritenersi ammissibile l’impiego, in questa particolare materia, di tecniche di anticipazione della tutela - stante il rilievo primario dei beni giuridici coinvolti - è, indubbio, che allo stato attuale (anche a causa della diffusione di prassi giurisprudenziali non conformi all’inquadramento adesso proposto) le disposizioni in esame siano ancora lontane dall’atteggiarsi a vere e proprie

⁵¹⁰ Cass., sez. un, 27 febbraio 2014, n. 25191.

⁵¹¹ GULLO, *L’autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2015, p. 1.

⁵¹² GENTILE, *La disciplina sanzionatoria della normativa antiriciclaggio*, in MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, cit., p. 31

⁵¹³ MANGIONE, *Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui recenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1130.

fattispecie di pericolo. Non possono, allora, che auspicarsi degli interventi volti a rendere la condotta tipizzata più pregnante sotto il profilo della pericolosità.

A questo proposito, un ausilio può, senz'altro essere fornito dall'analisi comparativa. Illustre dottrina, nell'affrontare questa specifica tematica, ha avuto modo di enucleare, dall'esame delle fattispecie ablativo impiegate dagli ordinamenti degli stati occidentali per combattere la piaga del crimine organizzato, ben quattro modelli di confisca: la confisca pena; la confisca dei sospetti proventi illeciti; l'*actio in rem* ed, infine, la confisca basata sulla presunzione della illecita destinazione dei beni⁵¹⁴.

Proprio quest'ultima categoria dovrebbe allora ispirare il legislatore e gli interpreti nell'ottica di adeguare l'attuale struttura delle confische allargate alla invocata finalità preventiva. Segnatamente, sarebbe necessario spostare l'attenzione dal profilo dell'origine a quello della destinazione, al fine precipuo di verificare -anche attraverso la valorizzazione di indici quali la natura del bene- la sussistenza di un concreto pericolo di alterazione dei meccanismi della libera concorrenza.

Da ultimo, è importante rimarcare come la soluzione adesso proposta non sia in grado di inficiare l'effettività delle sanzioni analizzate. Difatti, l'inquadramento nell'ambito delle misure punitive di tali disposizioni non impone l'estensione ad esse di ogni garanzia penalistica. La mancata incidenza, anche solo potenziale, delle confische sulla libertà personale le rende, infatti, estranee al nucleo duro del diritto criminale legittimando, in aderenza al principio di proporzionalità deve guidare ogni valutazione di questo genere, un arretramento delle garanzie anche processuali⁵¹⁵.

⁵¹⁴ MAUGERI, *The criminal sanctions against the illicit proceeds of criminal organisations*, cit., p. 257.

⁵¹⁵ Sul tema della proporzionalità CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, fasc. 3-4, p. 143 e ss. Per il concetto di *middle-ground process*, vedi KING, *Using civil process in pursuit of criminal law objectives*, cit., p. 358.

Bibliografia.

- ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005.
- ALBANESE, *Confisca di prevenzione: smussato il requisito della 'correlazione temporale'*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 4, p. 194.
- ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 42.
- ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1966, vol. I.
- ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1999, IV.
- AMISANO TESI, *Confisca per equivalente*, in *Leggi d'Italia*, 2008, p. 7.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, XVI ed.
- AURIEMMA, *La confisca per equivalente*, in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 1, p. 11.
- BALSAMO- D'AGOSTINO, *I soggetti destinatari*, in FIORENTIN (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, 2018, p. 571.
- BARBIERI, *Il risarcimento come pena? Il 'danno morale' (ri)visto con le lenti del penalista*, in PALIERO - VIGANÒ – BASILE – GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, II, p. 828.
- BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, p. 139.
- BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in PALIERO - VIGANÒ – BASILE – GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, II, p. 955.
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1763, cap. XXII.
- BENATTI, *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2017, fasc. V, p. 575.

- BENUSSI, *“Riparazione pecuniaria: una riscoperta o la metamorfosi di un remoto istituto?”* in PALIERO - VIGANÒ – BASILE – GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, II, p. 741.
- BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 729.
- BERNARDI, *Il nuovo principio della ‘riserva di codice’ e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. IV, p. 127.
- BETTIOL, *Diritto penale: parte generale*, Padova, 1969, VII ed.
- BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2012, II ed.
- BIANCHI, *Il problema della “successione impropria”: un’occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema punitivo*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 326.
- BIONDI, *Confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionario*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. V, p. 51.
- BLANCO CORDERO, *Modern forms of confiscation and protection of third parties*, in LIGETI- SIMONATO, *Chasing Criminal Money. Challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Hart, 2017, p. 143.
- BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in www.comparazionedirittocivile.it.
- BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.
- BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle pene private*, in BUSNELLI- SCALFATI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.
- BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, 1973.
- BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in DE ACUTIS- PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984.
- BRIGNONE, *L’oggetto delle misure patrimoniali*, in FIORENTIN (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, 2018, p. 670.
- CACCIAVILLANI-GIUSTOZZI, *Sulla confisca*, in *Giust. pen.*, 1974, II, p. 461.

- CALISTI, *Il sospetto di reati. Profili costituzionali e prospettive attuali*, Milano, 2003.
- CANTONE, *La confisca per sproporzione*, in MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, pp. 123.
- CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970.
- CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2016, IX ed.
- CARLIZZI, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in *Ars interpretandi*, 2016, fasc. 2, p. 91.
- CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933.
- CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946.
- CASSANO, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni. Questioni e materiali di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 1998.
- CASSELLA, *The Uniform Innocent Owner Defense to Civil Asset Forfeiture*, in *Kentucky Law Journal*, 2001, p. 67.
- CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla "cultura del penale"*, in *Arch. pen.*, 2018.
- CERQUETTI, *Pene accessorie* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1982, vol. XXXII, p. 819.
- CHELO, *La confisca urbanistica senza condanna: per la Cassazione si può, ma i dubbi restano tanti*, in *Il penalista*, 25 marzo 2019.
- CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative. Nota a Corte costituzionale, sentenza 20 luglio 2016, n. 193, Pres. Grossi, red. Amato*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, fasc. III, p. 259.
- CIVELLO, *Le Sezioni unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale"*, in *Arch. pen. web*, 2015, fasc. 2.

COLAIANNI-MONZA, *Le confische nel diritto penale tributario: una pluralità di istituti ablatori a confronto. Dalla confisca ex art. 12-bis d.lgs. 74/2000 alla confisca di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. XI, p. 131.

COMPAGNA-ROCCHI, *I nuovi orizzonti della sanzione penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, fasc. III.

COPPI, *Osservazioni sui «reati di sospetto» e in particolare sul «possesso ingiustificato di valori»*, in *Giur. cost.*, 1968, vol. II, p. 1713.

CORASANTI, *Brevi note in tema di confisca obbligatoria di “beni e strumenti” di commissione dei reati informatici alla luce della legge 15 febbraio 2012, n. 12*, in *Dir. inf. e inform.*, 2012, fasc. IV- V, p. 819.

CORTESI, *Confisca di prevenzione “antimafia” e confisca “allargata”: rapporti ed interferenze processuali*, in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 3.

DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. Le ricadute in tema di riserva di codice nella materia penale*, in *Arch. pen.*, 2018.

DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l’adeguamento dell’Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

DEMURO, *L’incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in PALIERO - VIGANÒ – BASILE – GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, II, p. 691.

DOLCE, *Considerazioni sul contratto penalmente illecito*, in *La scuola positiva*, 1959, p. 235.

DOLCINI, *Sanzione penale e sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.

DONINI, *Teoria del reato*, Padova, 1996.

DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3752.

DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell’offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in PALIERO - VIGANÒ – BASILE – GATTA (a

cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, II, p. 595.

EBERBACH, *Zwischen Sanktion und Prävention*, in *NStZ*, 1987, p. 490.

FAONE, *Le sanzioni civili previste dal d.lgs. 7/2016 tra responsabilità e danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, fasc. V, p. 1722.

FERRI, *Relazione sul Progetto preliminare di Codice penale italiano*, in “*Scuola Positiva*”, 1921, p. 111.

FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

FIANDACA, *L. 13 settembre 1982, n. 646. Commento*, in *Leg. pen.*, 1983, sub art. 1, p. 267.

FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, p. 116.

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, VII ed.

FILIPPI – CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione. Aggiornato al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, Torino, 2011.

FINOCCHIARO, *La confisca “civile” dei proventi da reato. Misure di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di confisca non-conviction based confiscation*, Milano, 2018.

FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione? Note a Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 33, Pres. Grossi, Est. Modugno*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 2, p. 137.

FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 19 febbraio 2019, p. 7.

FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? “Materia penale”, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Rivista AIC*, 2014, p. 12.

FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, Milano, 1934.

FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale 'moderno'*, Padova, 1997.

FORTE, *Impugnare o non impugnare? Questo è il dilemma. Le sezioni unite della Cassazione prendono l'armi contro una "svista del legislatore"*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 7/8, p. 57.

FOSCHINI, *Delitto e contratto*, in *Arch. pen.*, 1953, p. 72.

FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010 II ed.,

GALLO, *Arricchimento senza causa. Artt. 2041-2042*, in SCHLESINGER- BUSNELLI, *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2003, X.

GALLO, *La cosiddetta riserva di codice nell'art. 3-bis: buona l'idea, non così l'attuazione*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2018.

GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse a 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2018.

GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte edu, Grande Camera, in materia Urbanistica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 7-8, p. 221.

GAROFOLI, *Costituzione economica, trasformazione in atto del modello economico e tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa. Atti del Convegno Nazionale. Bari, 14-16 febbraio 1997*, p. 70.

GAROFALO, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale*, in *Archivio di psichiatria*, 1882, III, fasc. 1.

GENTILE, *La disciplina sanzionatoria della normativa antiriciclaggio*, in MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi* Torino, 2015, p. 386.

GOISIS, *Le pene pecuniarie. Storia, comparazione, prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 22 novembre 2017.

GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in *Leg. pen.*, 2017, p. 18.

GRASSO, *sub Art. 199-240 c.p.*, in ROMANO- GRASSO- PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2011, III ed., p. 419.

GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, Milano, 1947.

GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, II, Milano, 1947.

GULLO, *L'autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2015.

HOUTZ, *The innocent owner defense to civil forfeiture proceedings*, in *University of Richmond Law Review*, 1997, vol. 31, p. 257.

KING, *Using civil process in pursuit of criminal law objectives: a case law of non-conviction-based asset forfeiture*, in *The International Journal of Evidence & Proof*, 2012, 16(4), p. 348.

LARIZZA, *Profili della politica di depenalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 61.

LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 1051.

LOCKE, *“Due trattati sul governo”*, (a cura di) BRUNELLA CASALINI, Edizioni PLUS scrl, 2007.

MAGGIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1951.

MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, p. 386.

MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, I, Torino, 1915.

MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.

MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

MANES, *L’ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, fasc. 3, p. 1259.

MANGIONE, *Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui recenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1130.

MANGIONE, *Le misure di prevenzione*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte generale – III. La punibilità e le conseguenze del reato*, Torino, Utet, 2014, p. 472.

MANGIONE, *La ‘situazione spirituale’ della confisca di prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, fasc. 2, p. 62.

MANNA, *Corso di diritto penale*, Padova, 2015.

MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.

MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, X ed.

M. MANTOVANI, *La struttura dei reati di sospetto*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2012.

MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Milano, 1908.

MARAFIOTI, *Sinergie fra procedimento penale e procedimento di prevenzione. Relazione presentata al Convegno annuale della Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso"*, Cagliari 29-30 ottobre 2015, disponibile su *Dir. pen. cont.*

MARCENÒ, *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi.it*, 2018, fasc. 7, p. 22.

MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1.

MASERA, *Spunti di riflessione sulla nozione costituzionale di sanzione penale*, in PALIERO - VIGANÒ – BASILE – GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, II, p. 1064.

MASSA, *Confisca (dir. e proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961.

MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei “doppi binari” nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della “materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.

MAUGERI, *The criminal sanctions against the illicit proceeds of criminal organisations*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2012, vol. III, p. 257.

MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza “storica”?*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, fasc. 4, p. 359.

MAUGERI, *Un’interpretazione restrittiva delle intestazioni fittizie ai fini della confisca misura di prevenzione tra questioni ancora irrisolte (natura della confisca e correlazione temporale)*, in *Cass. pen.*, 2014, fasc. I, p. 262.

MAUGERI, *Confisca (voce)*, in *Enc. dir.*, Annali – VIII, Milano, 2015, p. 185.

MAUGERI, *La lotta all’evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio. La confisca dei proventi dell’evasione fiscale o dei redditi leciti non dichiarati fiscalmente? Cass. Pen. Sez. Un., 29 maggio 2014 (dep. 29 luglio 2014), n. 33451, Pres. Santacroce, Rel. Zampetti, Imp. Repaci*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, fasc. 4, p. 214.

MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte Europea: la garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, fasc. IV, p. 1900.

MAZZACUVA, *L’incidenza della definizione “convenzionale” di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio. Osservazioni a margine della legge delega n.67/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, fasc. III.

MAZZACUVA, *Le sezioni unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura. Nota a Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, Pres. Santacroce, Rel. Bruno, ric. Spinelli e altro, in Dir. pen. cont., 2015, fasc. IV, p. 238.*

MAZZACUVA, *Il recupero dei capitali illeciti: un vero 'terzo binario'?* in GIULLO-MAZZACUVA (a cura di), *Ricchezza illecita ed evasione fiscale. Le nuove misure penali nella prospettiva europea*, Casucci, 2016.

MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2018.

MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, in *Cass. pen.*, 2018, fasc. III, p. 1027.

MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo "statuto" della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, in *Dir. pen. cont.*, 26 maggio 2014.

MITCHELL – HINTON - TAYLOR, *Confiscation*, London, 1992.

MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nov. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 684.

MUCCIARELLI, *Commento all'art. 12- quinquies d.l. 8/6/1992 n. 306*, in *Leg. pen.*, 1992, p. 161.

MUCCIARELLI-PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, fasc. IV, p. 248 e ss.

MUCCIARELLI, *Sanzioni e attività di impresa: qualche nota*, in PALIERO - VIGANÒ – BASILE – GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, II, p. 1172.

- MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.
- NAYLOR, *Towards a general theory of profit-driven crimes*, in *Brit. J. Criminol.*, 2003, fasc. 43, p. 81.
- NANULA, *La lotta alla mafia*, Milano, 1996.
- NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012.
- NKECHI, *Civil forfeiture vs. Civil liberties*, in *New York Law School Law Review*, 1994, vol. 39, p. 96.
- NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968.
- NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza* (voce), *Enc. dir.*, Milano, 1976, p. 635.
- NUVOLONE, voce *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 788.
- NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1992.
- PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in BUSNELLI- SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.
- PAGLIARO, *Sanzione: II) Sanzione penale* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, 1991.
- PALAZZO, *Per un ripensamento radicale delle misure del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia*, 2018.
- PALIERO, “Minima non curat praetor”. *Ipertrofia del diritto penale decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.
- PANZAVOLTA, *Confiscation and the concept of punishment: can there be a confiscation without a conviction?*, in LIGETI- SIMONATO, *Chasing Criminal Money. Challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Hart, 2017, p. 42.

PAPA, *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. V, p. 129.

PARDOLESI, *Disgorgment* (voce), in, *Enc. Giur. It.* – Treccani (sezione Aggiornamenti), 2006, vol. XIV, Roma.

PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008.

PENCO, *Il principio di specialità “amministrativa”. Tra declinazioni interne “formali” e spinte europee “sostanziali”*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, fasc. III, p. 63.

PIERGALLINI, *Pene ‘private’ e prevenzione penale: antitesi o sincrasi?*, in PALIERO - VIGANÒ – BASILE – GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, II, p. 658.

PINO, *L’esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell’abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, n. 24, p. 161.

POLLOCK, *Proportionality in civil forfeiture: toward a remedial solution*, in *The George Washington Review*, 1994, vol. 62, p. 479.

POMPEO, *Confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà*, Milano, 2013.

PONZANELLI, *Non é tanto il danno esistenziale ma il quantum il vero problema del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2013, II, p. 138.

PUGLIATTI, *Diritto civile*, Milano, 1951.

PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2015, VI ed.

PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, vol. I, p. 230.

RICCARDI, *Riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2018.

ROBINSON, *The criminal-civil distinction and the utility of desert*, in *Boston university law review*, 1996, p. 201.

ROCCO, *Sul c.d. diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, p. 403.

ROCCO, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, in *Opere giuridiche varie*, III, Roma, 1933.

ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 875.

ROMANO, *sub Art. 182 c.p.*, in ROMANO- GRASSO- PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2011, III ed., p. 350 e ss.

ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1683.

ROVINI, *Alle Sezioni Unite la questione sulla possibilità di disporre il sequestro preventivo finalizzato alla confisca cd. allargata ex art. 12-sexies l. 356/1992 in relazione al reato di tentata estorsione aggravata ex art. 7 l. 203/1991*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 4, p. 189.

RUGA RIVA, *Bonifica e ripristino nel diritto penale dell'ambiente. Il ruolo delle condotte riparatorie nelle dinamiche della punibilità e la natura degli obblighi ripristinatori*, in PALIERO - VIGANÒ – BASILE – GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, II, p. 739.

SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in *Arch. pen. web.*, 2015, fasc. III.

SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, p. 71.

SANDULLI, *Sanzione: IV) Sanzioni amministrative (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, p. 18.

SAVOIA, *Le Sezioni Unite aprono la strada al riconoscimento in Italia di sentenza straniera che contengano risarcimenti punitivi*, in *Dir. & giust.*, 2017, fasc. VII, p. 118.

SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1955.

- SCHLESINGER, *Arricchimento (Azione di). Diritto civile*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, I, p. 1006.
- SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2017.
- SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015.
- STABILE, "Fra diritto penale e diritto civile", in PITTARO (a cura di), "Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?", Trieste, 2012, p. 113.
- TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925.
- TREGLIA, *Brevi osservazioni su un istituto ancora alle prese con una inversa logica triadica ferma all'«antitesi»: la confisca "senza condanna"*, in *Arch. pen.*, 2016, fasc. 2.
- TREMATERRA, *Depenalizzazione e procedure amministrative*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1993, p. 492.
- TRINCHERA, *Lo statuto costituzionale e convenzionale della confisca della ricchezza illecita* (tesi di dottorato), 2016.
- TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012, XIII.
- UGOLINI, *L'utilizzabilità dei dati statistici elaborati dall'ISTAT nel giudizio di sproporzione patrimoniale*, in *Arch. pen.*, 2018.
- VARRASO, *La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (c.d. "spazzacorrotti") trasforma gli artt. 578 e 578 bis c.p.p. in una disciplina a termine*", in *Dir. pen. cont.*, 2019.
- VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942.
- VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 323.
- VERGINE, *Confisca* (voce), in *Arch. pen.*, 2013, n. III, p. 18.
- VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016.
- VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. Legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta dell'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 5, p. 330.

VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 3, pp. 370.

VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in PALIERO - VIGANÒ – BASILE – GATTA (a cura di), *La pena, ancora : fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, I, p. 904.

VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2019.

ZARRA, *L'ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/2017*, in *Dir. del comm. intern.*, 2017, fasc. III, p. 722.