

The logo consists of three overlapping circles: a yellow one on the left containing the letter 'C', a green one in the middle containing 'J', and a blue one on the right containing 'N'.

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

A blurred, low-angle photograph of police officers marching in formation on a wet street. The officers are wearing dark uniforms and carrying shields with the word 'POLICE' written on them. The background is out of focus, showing a city street scene.

2/2020

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò
Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt

Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITOR

Carlo Bray

EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Aller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

Se desideri proporre una pubblicazione alla nostra rivista, invia una mail a editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

<p>PROBLEMI ATTUALI DEL SISTEMA PENALE</p> <p><i>PROBLEMAS ACTUALES EN EL SISTEMA PENAL</i></p> <p><i>CURRENT PROBLEMS IN THE PENAL SYSTEM</i></p>	<hr/> <p>Note sulla <i>Police brutality</i> a partire dai fatti di Minneapolis 1</p> <p><i>Notas sobre la brutalidad policial a partir de los hechos de Minneapolis</i></p> <p><i>Notes on Police Brutality Starting from the Minneapolis Case</i></p> <p>Roberto Cornelli</p> <hr/> <p>Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia 16</p> <p><i>Salud y seguridad en los lugares de trabajo en tiempos de pandemia</i></p> <p><i>Health and safety in the workplace in times of pandemic</i></p> <p>Vincenzo Mongillo</p> <hr/> <p>Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e 63</p> <p><i>Bundesverfassungsgericht</i></p> <p><i>El suicidio médicamente asistido en la Corte Constitucional italiana y el</i></p> <p><i>Bundesferfassungsgericht alemán</i></p> <p><i>Physician-Assisted Suicide Between the Italian Constitutional Court and the German</i></p> <p><i>Bundesverfassungsgericht</i></p> <p>Nicola Recchia</p> <hr/> <p>Limitless. Prescrizione e pretesa punitiva 86</p> <p><i>Limitless. Prescripción e ius puniendi</i></p> <p><i>Limitless. Statute of limitations and right to punish</i></p> <p>Davide Bianchi</p>
--	--

<p>TEMI DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE</p> <p><i>TEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL</i></p> <p><i>THEMES OF CRIMINAL PROCEDURAL LAW</i></p>	<p>Il disaccordo tra gli esperti nel processo penale: profili epistemologici e valutazione del giudice?</p> <p><i>El desacuerdo entre los expertos en el proceso penal: cuestiones epistemológicas y evaluación del juez</i></p> <p><i>The Disagreement Among Expert Witnesses in the Criminal Trial: Epistemic Profiles and Judicial Evaluation</i></p> <p>Damiano Canale</p>	<p>116</p>
	<p>Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117</p> <p><i>Tomando el derecho a guardar silencio en serio: un comentario a la ordenanza de la Corte Constitucional italiana n. 117-2019, de 10 de mayo</i></p> <p><i>Taking the Right to Remain Silent Seriously: a Comment to Constitutional Court, Order No. 117 Of May 10, 2019</i></p> <p>Giulia Lasagni</p>	<p>135</p>
<p>'SANZIONI PATRIMONIALI' E DIRITTO PENALE DELL'IMPRESA</p> <p><i>LAS 'SANCIONES PATRIMONIALES' Y EL DERECHO PENAL DE LAS EMPRESAS</i></p> <p><i>MONETARY SANCTIONS AND CORPORATE CRIMINAL LAW</i></p>	<p>Civil forfeiture e confisca di prevenzione: quale comparazione possibile?</p> <p><i>Civil forfeiture y comiso de prevención italiano: ¿Es realmente posible una comparación?</i></p> <p><i>Civil Forfeiture and Italian Preventive Confiscation: Is a Comparison Really Possible</i></p> <p>Tommaso Trinchera</p>	<p>164</p>
	<p>Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità</p> <p><i>Perspectivas para racionalizar la disciplina de la "oblazione" en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas entre recompensas y no punibilidad</i></p> <p><i>Rationalizing the Provisions on "oblazione" in the Corporate Criminal Liability, Between Rewarding and non Punishability</i></p> <p>Elisa Scaroina</p>	<p>189</p>
	<p>La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente</p> <p><i>La reforma de los delitos tributarios entre responsabilidad de la persona física y responsabilidad de la persona jurídica</i></p> <p><i>Tax Crimes Reform Between Individual Liability and Corporate Liability</i></p> <p>Francesca Piergallini</p>	<p>217</p>

‘SANZIONI PATRIMONIALI’ E DIRITTO PENALE DELL’IMPRESA
LAS ‘SANCIONES PATRIMONIALES’ Y EL DERECHO PENAL DE LAS EMPRESAS
MONETARY SANCTIONS AND CORPORATE CRIMINAL LAW

- 164 **Civil forfeiture e confisca di prevenzione: quale comparazione possibile?**
Civil forfeiture y comiso de prevención italiano: ¿Es realmente posible una comparación?
Civil Forfeiture and Italian Preventive Confiscation: Is a Comparison Really Possible
Tommaso Trinchera
- 189 **Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell’oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità**
Perspectivas para racionalizar la disciplina de la “oblazione” en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas entre recompensas y no punibilidad
Rationalizing the Provisions on “oblazione” in the Corporate Criminal Liability, Between Rewarding and non Punishability
Elisa Scaroina
- 217 **La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell’ente**
La reforma de los delitos tributarios entre responsabilidad de la persona física y responsabilidad de la persona jurídica
Tax Crimes Reform Between Individual Liability and Corporate Liability
Francesca Piergallini

Civil forfeiture e confisca di prevenzione: quale comparazione possibile?*

Civil forfeiture y comiso de prevención italiano: ¿Es realmente posible una comparación?

Civil Forfeiture and Italian Preventive Confiscation: Is a Comparison Really Possible?

TOMMASO TRINCHERA

Assegnista di ricerca in Diritto penale presso l'Università Bocconi di Milano
tommaso.trinchera@unibocconi.it

CONFISCA

COMISO

CONFISCATION

ABSTRACTS

a confisca di prevenzione introdotta nell'ordinamento italiano dall'art. 2 *ter* della legge 31 maggio 1965, n. 575 e oggi disciplinata dagli artt. 16 e ss. del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 viene spesso assimilata allo strumento del *civil forfeiture* statunitense. Esiste senz'altro un tratto comune tra le due misure, rappresentato dal fatto che entrambe colpiscono il patrimonio di un soggetto sul presupposto che è stato commesso un reato, senza che sia richiesta una sentenza di condanna. Al di là di questa similitudine, però, la confisca di prevenzione e il *civil forfeiture* sembrano essere misure profondamente diverse. Innanzitutto, l'ambito di applicazione delle due misure non è identico, perché diverse sono le categorie di beni che costituiscono oggetto dell'ablazione. Altrettanto diverso risulta essere anche il fondamento e la natura giuridica delle due misure. La tesi sviluppata nel presente contributo è che l'accostamento tra confisca di prevenzione italiana e *civil forfeiture* statunitense non sia dunque del tutto appropriato, e che la comparazione tra i due istituti non possa pertanto condurre a risultati proficui.

El comiso de prevención italiano, regulado en los artículos 16 y siguientes del Decreto Legislativo n. 159 (conocido como "Código Antimafia"), es usualmente comparado con la institución del *civil forfeiture* estadounidense. No cabe duda de que existe un rasgo común entre ambas medidas, representado por el hecho de que ambas se dirigen contra el patrimonio de una persona sobre la base de que se ha cometido un delito, sin que sea necesaria la existencia de una sentencia condenatoria. Sin embargo, más allá de esta similitud el comiso de prevención y el *civil forfeiture* parecen ser instituciones profundamente diversas. En primer lugar, el ámbito de aplicación de ambas medidas no es idéntico, toda vez que los bienes contra los cuales se dirigen son distintos. Además, la naturaleza jurídica y el fundamento de ambas medidas también son distintos. La tesis que se desarrolla en el presente artículo es que la comparación entre el comiso de prevención italiano y el *civil forfeiture* estadounidense no es del todo apropiado, no produciendo, por tanto, resultados provechosos

*Le considerazioni sviluppate in questo contributo sono frutto delle lunghe e intense conversazioni che l'autore ha avuto la fortuna di intrattenere con il prof. Louis S. Rulli della University of Pennsylvania – Law School. A lui esprimiamo dunque sincera gratitudine. Solo dell'autore, naturalmente, rimane la responsabilità per tutti gli errori ed omissioni che il lettore attento non avrà difficoltà a rinvenire.

The Italian preventive confiscation as governed by Articles 16 et seq of the Legislative Decree n. 159/2011 (the so-called Italian "Anti-Mafia Code") is often compared to civil forfeiture proceedings in the United States. The two measures certainly have something in common. Both the Italian preventive confiscation and the US civil forfeiture allow the State to confiscate cash and property involved in illegal activities even if the owner has not been charged with or convicted of a crime. Apart from this similarity, however, the difference between the two measures is significant. In fact, it is important to underline that what law enforcement agencies can confiscate through civil forfeiture is not always the same property that can be confiscated through Italian preventive confiscation. Unlike the Italian preventive confiscation, civil asset forfeiture not only deals with the proceeds of the crime but also with instrumentalities and facilitating property. This, of course, changes the ultimate purpose of the confiscation, along with the procedural guarantees that the Constitution requires for its enforcement. This article argues that the comparison between the Italian preventive confiscation and the US civil forfeiture is not so appropriate and can lead to misleading results.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Gli strumenti di ablazione patrimoniale nella legislazione degli Stati Uniti d'America. – 3. Il diverso ambito di applicazione del *civil forfeiture* e della confisca di prevenzione italiana. – 4. Il fondamento del *civil forfeiture*. – 4.1. L'origine storica del *civil forfeiture*. – 4.2. La *personification theory* e l'idea della *guilty property*. – 4.3. L'estensione della confisca al profitto del reato e l'impossibilità di ricondurre il profitto all'idea di *guilty property*. – 5. L'errore metodologico a cui porta la distinzione tra *actio in rem* e *actio in personam*. – 6. Uno straordinario incentivo al *civil forfeiture*: la disciplina in tema di destinazione dei beni confiscati. – 7. Il *civil forfeiture* e la tutela dei diritti fondamentali. – 7.1. La tutela del proprietario innocente e la previsione di una *Innocent Owner Defense*. – 7.2. Il necessario scrutinio di proporzionalità a cui deve essere sottoposto il *civil forfeiture*. – 7.3. La *Double Jeopardy Clause* – 8. Considerazioni conclusive.

1.

Premessa.

Tra i moderni strumenti di contrasto all'accumulo della ricchezza illecita un'attenzione particolare deve essere riservata alla *confisca di prevenzione* originariamente prevista dall'art. 2 ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 e oggi disciplinata dagli artt. 16 e ss. del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione)¹.

Si tratta di una misura patrimoniale che, analogamente ad altre ipotesi di confisca previste nel nostro ordinamento, mira a privare il destinatario dei *vantaggi economici* ottenuti con la commissione di un reato o, comunque, conseguiti in modo illecito. Diversamente però da quanto accade per le altre forme di confisca, questa misura patrimoniale è applicata *al di fuori del processo penale* e non presuppone un accertamento di responsabilità riguardo alla commissione di un reato suggellato in una sentenza di condanna. Il provvedimento ablativo colpisce infatti beni di cui non è stata acquisita la prova che provengano da delitto ma che, al ricorrere dei presupposti fissati dalla legge, si *presume* abbiano origine illecita.

In particolare, stando al dato normativo, i *presupposti* per l'applicazione della confisca di prevenzione possono essere riassunti nei termini seguenti.

a) È innanzitutto necessario che il soggetto destinatario della misura appartenga a una delle *categorie di soggetti pericolosi* indicate agli artt. 1, 4 e 16 del d.lgs. n. 159 del 2011. La verifica di questo presupposto però non ha nulla a che vedere con l'accertamento della pericolosità soggettiva del destinatario della misura (ossia con l'attitudine di costui a commettere ulteriori reati in futuro), ma si risolve piuttosto nell'esigenza di provare – sia pure solo a livello indiziario – che il soggetto colpito dal provvedimento ablativo abbia realizzato in passato attività delittuose riconducibili a una delle numerose categorie individuate dalla legge.

b) È poi necessario che i beni da sottoporre a confisca – e che si trovano nella disponibilità, diretta o indiretta, della persona nei cui confronti è avviato il procedimento di prevenzione – siano di *provenienza illecita* oppure, in alternativa, siano *sproporzionati* al reddito dichiarato o all'attività economica svolta da quella persona.

c) In quest'ultimo caso, perché possa procedersi alla confisca, è altresì necessario che il soggetto *non* possa *giustificare* la legittima provenienza dei suddetti beni posseduti in misura sproporzionata.

Una misura patrimoniale che annovera tra i suoi presupposti la commissione di un reato, e che si giustifica in conseguenza della provenienza del bene da quello stesso reato, ma che viene disposta in assenza di una condanna penale non può che sollevare un interrogativo di fondo circa la sua reale natura giuridica e circa la sua compatibilità con i diritti fondamentali incorporati nella Costituzione e nelle altre carte internazionali che vincolano il legislatore italiano.

L'inquadramento tra le misure di prevenzione – inquadramento senz'altro condizionato dalle origini storiche dell'istituto² – è strenuamente criticato da una parte della dottrina, che

¹ Su tale figura di confisca, nell'ambito di una ormai vastissima bibliografia, segnaliamo solo i principali contributi di carattere generale che abbiamo avuto modo di consultare: BALSAMO (2010), pp. 34 ss.; FIANDACA (1994), pp. 118 ss.; FONDAROLI (2007), pp. 155 ss.; FORNARI (1997), pp. 49 ss.; FURFARO (2005), pp. 877 ss.; MANGIONE (2001); MAUGERI (2001), pp. 345 ss.; NICASTRO (2008), pp. 285 ss. Con particolare riferimento alla confisca prevista nel d.lgs. n. 159/2011: ASTARITA (2013), pp. 341 ss.; BALSAMO *et al.* (2013), pp. 311 ss.; BASILE F. (2020), pp. 137 ss.; FINOCCHIARO (2018), pp. 81 ss.; MAGI (2018), pp. 1065 ss.; MANGIONE (2014), pp. 456 ss.; MANNA (2019), pp. 83 ss.; MAUGERI (2015), pp. 1534 ss.; MENDITTO (2012), pp. 279 ss.; MENDITTO (2013), pp. 659 ss.; VIGANÒ (2018), pp. 885 ss.

² Per un'accurata ricostruzione storica delle disposizioni legislative che hanno introdotto nel nostro ordinamento le misure di prevenzione si rinvia a MANNA (2019), pp. 29 ss. Utili riferimenti anche in BASILE (2020), pp. 9 ss., e FINOCCHIARO (2018), pp. 9 ss.

ne riconosce *in realtà carattere afflittivo e natura autenticamente sanzionatoria*³. In questo senso, alcuni autori hanno sostenuto che *scopo* della confisca non sarebbe quello di prevenire la commissione di futuri reati, come ci si attenderebbe da una misura di prevenzione, «ma piuttosto quello di sottrarre i beni di provenienza illecita sulla base di meri elementi indiziari e, quindi, di sanzionare dei reati dei quali non si riescono a fornire le prove, per lo meno nella forma minima della sottrazione del profitto»⁴. Da un lato, si osserva, la misura ha per oggetto dei beni che sono individuati in relazione alla loro presunta origine illecita (e, dunque, di un comportamento tenuto nel *passato* dal soggetto) e non in quanto possono far presupporre per il futuro la commissione di ulteriori reati. Dall'altro lato, si aggiunge, il carattere *definitivo* della confisca mal si concilierebbe con la natura delle misure di prevenzione, le quali sono necessariamente provvisorie in quanto la loro applicazione si protrae fintantoché permane la condizione di pericolosità che ha giustificato la loro adozione⁵.

La confisca di prevenzione – concludono allora questi autori – finisce per assumere i caratteri dello «strumento punitivo basato sul sospetto», «una sorta di pena sommaria, applicata al di fuori del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento penale»⁶. Appaiono evidenti, infatti, una volta riconosciuto il carattere punitivo della confisca di prevenzione, i *profili di tensione con le garanzie e i principi fondamentali* che presiedono la materia penale, primi fra tutti i principi di colpevolezza, di presunzione di innocenza e proporzionalità.

Proprio per far fronte alle gravi difficoltà incontrate nel tentativo di giustificare questa forma di confisca al metro delle garanzie costituzionali e convenzionali, si è proposto in dottrina di guardare a strumenti di ablazione patrimoniale che, nel *panorama comparato*, presentassero caratteristiche analoghe.

Una confisca di beni non basata sulla condanna è un istituto che ha in realtà poche corrispondenze nelle legislazioni dei Paesi dell'Europa continentale, ma che è presente da lungo tempo nell'ordinamento nordamericano. In particolare, esiste in quell'ordinamento una misura patrimoniale che consente di colpire, al di fuori del procedimento penale e senza che sia richiesta la condanna, beni (a vario titolo) coinvolti nella realizzazione di un'attività criminale. Questa misura, che ha origini molto antiche, e che viene oggi ampiamente applicata sia nella legislazione statale che in quella federale, è conosciuta con il nome di *civil forfeiture* ed è adottata nell'ambito di un autonomo procedimento *civile*, assistito da regole assai diverse rispetto a quelle che caratterizzano il processo penale, e governato da uno standard probatorio assai meno rigoroso rispetto a quello richiesto in sede di penale.

Due possono essere le ragioni che portano il giurista italiano a studiare questo modello di ablazione patrimoniale. Si potrebbe, in primo luogo, provare a guardare all'esperienza nordamericana con l'obiettivo di trarre da quel modello qualche spunto utile a giustificare *de iure condito* la previsione anche nel nostro ordinamento di una forma di confisca disposta in assenza di condanna. Si potrebbe, in altre parole, provare a giustificare la confisca di prevenzione italiana oggi disciplinata dagli artt. 16 e ss. del codice antimafia ricorrendo ai medesimi argomenti che la giurisprudenza e la dottrina americane hanno elaborato nel corso degli anni per giustificare il ricorso al *civil forfeiture*⁷.

Si potrebbe per altro verso guardare all'esperienza statunitense come modello al quale il legislatore italiano dovrebbe ispirarsi, in una prospettiva *de lege ferenda*, per riformare la disciplina vigente in materia di confisca di prevenzione. La tesi che potrebbe in particolare essere avanzata è che le principali criticità che questa disciplina solleva in relazione al rispetto delle garanzie fondamentali che presiedono la materia penale possono essere superate (almeno in parte) concependo la confisca di prevenzione come un'autentica *actio in rem*, ovvero come una misura che – sulla falsariga del *civil forfeiture* nordamericano – colpisca direttamente il bene in quanto di origine illecita, e non una persona in quanto “indiziata” di aver preso parte ad attività delittuose, come sarebbe invece per la misura patrimoniale prevista dalla legislazione italiana antimafia.

A noi pare però – questa la tesi di fondo che anima il presente lavoro – che l'*accostamento*

³ In questo senso, ad esempio, CUPELLI *et al.* (2017), p. 137; FONDAROLI (2007), pp. 191 ss.; FURNARI (1997), p. 70; MAIELLO (2012), p. 54; MANNA (2019), pp. 197 ss.; MAUGERI (2001), pp. 525 ss.; MANGIONE (2001), pp. 390 ss.; MAZZACUVA (2017), pp. 194 ss.; MOCCIA (1997), p. 75; PADOVANI (2014), pp. 250, 321, 342 ss.

⁴ MAUGERI (2001), p. 526.

⁵ MANGIONE (2001), p. 391.

⁶ MAUGERI (2001), p. 528.

⁷ Questa la convinzione di fondo cui sembra ispirarsi l'indagine comparata di FINOCCHIARO (2018), pp. 289 ss. Questa idea è condivisa anche da VIGANÒ (2018), pp. 906 e s.

tra confisca di prevenzione italiana e civil forfeiture statunitense per quanto suggestivo, non sia del tutto appropriato. Come cercheremo di illustrare nelle prossime pagine, la similitudine tra questi due strumenti si esaurisce, in sostanza, nel fatto che entrambe le misure colpiscono il patrimonio di un soggetto sul presupposto che è stato commesso un reato senza però che sia richiesta una sentenza di condanna. Questa analogia, tuttavia, non è sufficiente a concludere che tra le due misure sia possibile una proficua comparazione. La struttura della confisca di prevenzione è profondamente diversa da quella del *civil forfeiture*: sostanzialmente diverso, infatti, è l'*ambito di applicazione* delle due misure, perché diversi sono i beni che possono essere oggetto del provvedimento ablatorio.

Altrettanto infruttuoso ci sembra il tentativo di individuare un fondamento comune per le due ipotesi di confisca: gli argomenti che sono stati tradizionalmente formulati dalla giurisprudenza e dalla dottrina americane per giustificare il ricorso al *civil forfeiture* – argomenti che peraltro sono stati sottoposti a critiche nella stessa letteratura statunitense – difficilmente possono essere impiegati per giustificare il ricorso alla confisca di prevenzione.

Infine, riteniamo che l'esempio del *civil forfeiture* statunitense – almeno nella sua attuale configurazione normativa – non possa considerarsi un “buon” modello al quale il legislatore italiano dovrebbe guardare per rimettere mano alla disciplina in materia di confisca di prevenzione contenuta nel codice antimafia. Infatti, la legittimazione del *civil forfeiture*, in termini di rispetto delle garanzie connesse a misure che incidono su diritti fondamentali, è severamente contestata da una porzione sempre più ampia della stessa dottrina nordamericana e dell'opinione pubblica di quel Paese.

2. Gli strumenti di ablazione patrimoniale nella legislazione degli Stati Uniti d'America.

Per poter comprendere la struttura del *civil forfeiture* è necessario premettere alcuni brevi cenni sulle *diverse forme di confisca* esistenti nell'ordinamento nordamericano⁸.

In via preliminare, bisogna distinguere tra ipotesi di confisca che vengono disposte da un giudice all'esito di un procedimento giurisdizionale (*judicial forfeiture*) e forme di confisca adottate invece al di fuori di un procedimento giurisdizionale senza il coinvolgimento di un giudice (*non-judicial forfeiture*)⁹.

La maggior parte delle confische, sia a livello statale che federale, appartiene a quest'ultima categoria perché il provvedimento ablatorio è adottato da un'autorità amministrativa senza alcun controllo giurisdizionale. Il procedimento di *non-judicial forfeiture* è avviato da un'agenzia di *law enforcement* – come la *Drug Enforcement Administration* (DEA) che ha competenza in materia di stupefacenti, o il *Federal Bureau of Investigation* (FBI) che ha competenza in materia di frodi – alla quale la legge riconosce la possibilità di procedere al sequestro di un bene tutte le volte in cui vi sia un «ragionevole motivo» (*probable cause*) per ritenere che quel bene debba essere sottoposto a confisca sulla base di una qualche norma di legge. Non tutti i beni però possono essere sequestrati e confiscati nelle forme del *non-judicial forfeiture*. Le principali esclusioni riguardano la proprietà immobiliare e i beni mobili, diversi dal denaro, di valore superiore a 500 mila dollari, la cui confisca può attuarsi solo all'esito di un procedimento giurisdizionale.

Dopo aver disposto il sequestro, l'autorità di *law enforcement* dà avvio al procedimento volto alla definitiva confisca del bene inviando una comunicazione a tutti coloro che possano avere un potenziale interesse a opporsi alla misura ablatoria. Se nessuno contesta presentando un reclamo (*claim*) entro il termine prestabilito, il bene viene definitivamente confiscato. Per contro, se qualcuno si oppone alla confisca, l'ablazione del bene può realizzarsi solo nella forma del *judicial forfeiture*. Le statistiche mostrano che circa il novanta per cento delle confische si realizza proprio in via amministrativa, perché la maggior parte dei provvedimenti di

⁸ È opportuno sottolineare che non esiste nella legislazione statunitense una disposizione generale che regoli i diversi strumenti di ablazione patrimoniale previsti in quell'ordinamento, perché la loro previsione è disseminata in svariate norme di legge. La frammentazione della disciplina positiva rende particolarmente gravoso il compito dello studioso che cerchi di fornire un quadro d'insieme di questa disciplina. Il quadro è ulteriormente complicato dal fatto che strumenti di ablazione patrimoniale sono previsti sia nella legislazione federale sia in quella di ciascuno Stato. Benché vi siano numerosi elementi comuni, la disciplina e le procedure di applicazione variano da legislazione a legislazione. Ci soffermeremo in questa sede principalmente sulle ipotesi di confisca previsti nella legislazione federale.

⁹ DEE (2014), p. 2.

sequestro rimangono non contestati¹⁰.

Tra le forme di confisca che richiedono l'intervento di un giudice, occorre distinguere tra *criminal forfeiture* e *civil forfeiture*. È bene innanzitutto chiarire che le due misure possano virtualmente avere come oggetto gli stessi identici beni, ovvero beni la cui circolazione è vietata (*contraband*), beni acquisiti mediante la commissione di un reato (*proceeds*) e beni che sono stati utilizzati per realizzare un reato (*instrumentalities*) o che comunque ne hanno agevolato la commissione (*facilitating property*). La tendenziale sovrapposizione, per quanto concerne l'oggetto, tra *criminal forfeiture* e *civil forfeiture* è confermata dalla previsione di una regola di carattere generale che consente di ricorrere al *criminal forfeiture* tutte le volte in cui è prevista dalla legge la possibilità di procedere all'ablazione di un bene nelle forme del *civil forfeiture*¹¹.

Non si tratta, pertanto, di forme di confisca strutturalmente diverse, posto che il loro ambito di intervento è tendenzialmente coincidente, bensì di misure che costituiscono l'esito di due diversi procedimenti, l'uno *in personam* (perché rivolto nei confronti di una persona fisica) e l'altro *in rem* (perché rivolto nei confronti di un bene patrimoniale). In particolare, il *criminal forfeiture* è una misura ablatoria che viene disposta all'esito di un procedimento penale avviato nei confronti di una persona fisica accusata di aver commesso un reato. Il *civil forfeiture*, invece, viene disposto indipendentemente dalla condanna, nell'ambito di un autonomo procedimento civile, ovvero un'azione iniziata dal Governo direttamente nei confronti del bene che, in virtù di una finzione legale, viene considerato esso stesso “colpevole” (*guilty*). Ed è proprio per questa ragione che i casi di *civil forfeiture* assumono inusuali denominazioni come “Stati Uniti contro una Ford Mutag GT del 1992”, “Stati Uniti contro novanta-tre (93) armi da fuoco” o “Stati Uniti contro più o meno 577.993,89 Dollari in fondi statunitensi”¹².

Le diverse forme procedurali che caratterizzano l'applicazione della confisca incidono significativamente sulla fisionomia della misura.

Anzitutto, il *criminal forfeiture* è subordinato alla pronuncia di una sentenza di condanna per il reato che ne giustifica l'applicazione, mentre il *civil forfeiture* prescinde dall'esito del procedimento penale che può anche concludersi con una sentenza di assoluzione o non essersi proprio svolto. Inoltre, la natura “personale” del procedimento per l'applicazione del *criminal forfeiture* consente al giudice, qualora non sia possibile aggredire il bene direttamente coinvolto nel reato, di ordinare all'imputato di pagare una somma di denaro *equivalente* al valore di quel bene ovvero di confiscare un bene sostitutivo. Possibilità che non è prevista in un caso di *civil forfeiture* poiché il procedimento per l'applicazione di questa misura si caratterizza come *actio in rem* direttamente rivolta contro un bene specificamente individuato. Infine, essendo il *criminal forfeiture* una misura adottata in un procedimento *in personam*, in linea di massima solo i beni che appartengono al condannato possono essere assoggettati al provvedimento ablatorio. Nei procedimenti *in rem*, invece, il bene viene sottoposto a confisca in ragione della sua “oggettiva” connessione con l'attività delittuosa a prescindere dall'eventuale estraneità del proprietario alla suddetta attività. La legge, almeno a livello federale, riconosce al proprietario innocente la possibilità di provare la propria estraneità al reato ed evitare così la confisca (c.d. *Innocent Owner Defense*). Come vedremo, però, questa possibilità ha comunque margini di applicazione assai ristretti¹³.

¹⁰ Secondo uno studio svolto nel 2015 dall'*Institute for Justice*, le confische adottate senza il coinvolgimento di un giudice (*non-judicial forfeiture*) ammonterebbero all'88%, mentre solo il 12% sarebbero quelle disposte in seguito a un procedimento giurisdizionale (*judicial forfeiture*). Lo studio si basa sui dati ufficiali pubblicati dal *Department of Justice* e si riferisce ai provvedimenti di confisca emessi a livello federale tra il 1997 e il 2013: CARPENTER *et al.* (2015), p. 13. Analoghi dati statistici sono riportati anche da CASSELLA (2013), p. 10 (cfr., in particolare, i dati riportati alla nota n. 22).

¹¹ Il paragrafo 2461 del Titolo 18 dello United States Code (U.S.C.), in particolare alla lettera (c), prevede che, «se una persona è accusata in un procedimento penale per una violazione di una legge del Congresso per la quale è prevista il *civil* o il *criminal forfeiture*, il Governo può includere l'avviso di confisca nell'atto di accusa o nelle comunicazioni ai sensi delle *Federal Rules of Criminal Procedure*» («*If a person is charged in a criminal case with a violation of an Act of Congress for which the civil or criminal forfeiture of property is authorized, the Government may include notice of the forfeiture in the indictment or information pursuant to the Federal Rules of Criminal Procedure*»). Ciò significa che, tutte le volte in cui è avviato un procedimento penale per un fatto di reato per il quale la legge consente il *civil forfeiture*, il *prosecutor* può decidere di includere nell'atto d'accusa (*indictment*) la richiesta di confisca, con la conseguenza che la misura patrimoniale sarà adottata nelle forme del *criminal forfeiture*.

¹² Così CASSELLA (2013), p. 15. Le pronunce richiamate nel testo sono: *United States v. 1992 Ford Mustang GT*, 73 F.Supp.2d 1131 (C.D. Cal. 1999); *United States v. Nine-Three (93) Firearms*, 330 F.3d 414 (6th Circuit 2003); *United States v. \$557933.89, More or Less, in U.S. Funds*, 287 F.3d 66 (2d Circuit 2002).

¹³ Una *Innocent Owner Defense* destinata a trovare applicazione nella maggior parte delle ipotesi di *civil forfeiture* contemplate dalla legislazione federale è oggi prevista al Titolo 18 U.S.C. § 983 (d). La norma pone a carico del proprietario l'onere di dimostrare, secondo uno standard di *preponderance of the evidence*, la propria “innocenza” precisando che con tale espressione si intende, non solo «non essere a conoscenza della condotta che dà luogo alla confisca» («*did not know of the conduct giving rise to forfeiture*»), ma anche «aver fatto tutto ciò che poteva».

3. Il diverso ambito di applicazione del *civil forfeiture* e della confisca di prevenzione italiana.

Come si è detto poc'anzi, il *civil forfeiture* – esattamente come la confisca di prevenzione italiana – è una misura patrimoniale che presuppone la commissione di un reato, ma che è disposta al di fuori del procedimento penale e indipendentemente dalla condanna per quel reato.

Il provvedimento di *civil forfeiture* è adottato all'esito di un procedimento giurisdizionale che ricalca – a grandi linee – le cause propriamente civili. Tale procedimento non è assistito da alcuna delle garanzie tipiche del processo penale e si caratterizza per la vigenza di un *regime probatorio* – proprio del rito civile – *assai meno rigoroso* rispetto a quello richiesto in materia penale. In particolare, la legge pone a carico del Governo l'onere di dimostrare, secondo uno standard di *preponderance of the evidence*, che ricorrono le condizioni per la confiscabilità del bene¹⁴. Si tratta di un onere probatorio ben diverso rispetto a quello richiesto per la condanna in un procedimento penale ove, come noto, l'accertamento in ordine alla commissione del reato e alla responsabilità del suo autore soggiace al rigoroso standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio (*beyond a reasonable doubt*).

Se ci limitiamo a considerare la natura non penale del procedimento e lo standard probatorio richiesto per l'adozione della misura, l'affinità tra *civil forfeiture* nordamericano e confisca di prevenzione sembrerebbe essere indubbiamente marcata. Anche la confisca di prevenzione, infatti, viene disposta all'esito di un procedimento non penale se l'organo che ha richiesto la misura riesce a dimostrare, sulla base di un meccanismo presuntivo o, comunque, sulla base di un più basso onere della prova rispetto a quello richiesto per una condanna in sede penale, che sono soddisfatti i requisiti per la confisca di quel bene.

Se però consideriamo l'*ambito di applicazione* delle due misure, e dunque guardiamo alle categorie di beni che costituiscono l'*oggetto* rispettivamente del *civil forfeiture* e della confisca di prevenzione, le differenze tra i due istituti balzano subito all'occhio.

L'ambito di applicazione originario del *civil forfeiture* risiede infatti nell'apprensione di quei beni la cui detenzione è vietata per legge e costituisce per sé reato (*contraband*). Le prime disposizioni che contemplavano il *civil forfeiture* nell'ordinamento americano consentivano la confisca, ad esempio, dei beni trasportati illegalmente negli Stati Uniti, delle monete contraffatte o di sostanze vietate (come la droga o le bevande alcoliche all'epoca del proibizionismo)¹⁵.

Alcune norme di legge consentivano – e tutt'ora consentono – la confisca anche di beni, di cui è di per sé lecito il possesso, ma che sono utilizzati come *strumento* per la commissione di un reato. Originariamente, questa possibilità era circoscritta ai soli beni impiegati per la commissione di un reato avente ad oggetto un bene intrinsecamente illecito (ovvero i *contraband*), come lo strumento utilizzato per contraffare monete o produrre sostanze stupefacenti (*derivative contraband*). Questo nucleo originario è stato via via esteso ad altre tipologie di beni strumentali. La relativa categoria è oggi estremamente ampia e comprende tanto gli strumenti del reato (*instrumentalities*), ovvero quei beni che «contribuiscono direttamente e in modo significativo alla commissione del reato», quanto ogni altro bene che è stato usato – o che era destinato ad essere usato – in una attività illecita e ne ha in qualsiasi modo agevolato

ragionevolmente aspettarsi, considerate le circostanze, affinché cessasse l'uso illecito della proprietà» («*did all that reasonably could be expected under the circumstances to terminate such use of the property*»). Cfr. più diffusamente *infra* § 7.1.

¹⁴ È opportuno precisare che si tratta in realtà di una regola probatoria più rigorosa rispetto a quella originariamente prevista per il *civil forfeiture* dalla legislazione federale. Per ottenere un provvedimento di confisca, infatti, prima delle modifiche introdotte dal *Civil Asset Forfeiture Reform Act* (CAFRA) del 2000, era sufficiente la dimostrazione da parte del Governo di una *probable cause*, ovvero di «una base ragionevole» per ritenere probabile che il bene fosse connesso all'attività illecita (e dunque fosse «colpevole»), sulla base di elementi che, pur non rappresentando una vera e propria prova, fondassero qualcosa di più di un mero sospetto (*a reasonable ground for the belief of guilt, supported by less than prima facie proof but more than mere suspicion*): così, ad esempio, *United States of America v. \$ 94,000.00 in United States Currency*, 39 Fed. R. Evid. Serv. 490 (7th Circuit 1994). Una volta dimostrata una *probable cause* sulla connessione del bene con l'attività illegale, spettava poi al proprietario dimostrare, secondo lo standard della *preponderance of the evidence*, ovvero secondo un grado di verosimiglianza superiore rispetto alla prospettazione del Governo, che non fosse stato commesso alcun reato o che non fossero soddisfatti i requisiti per la confisca del bene. La nuova disciplina, pur continuando ad accontentarsi dello standard della *preponderance of the evidence*, ha ribaltato la ripartizione dei carichi probatori: oggi infatti ricade sul Governo l'onere di dimostrare la sussistenza dei presupposti per la confisca del bene, e non sul proprietario – come accadeva prima – l'onere di provare la non confiscabilità. In argomento, ci sembrano condivisibili le osservazioni di FINOCCHIARO (2018), pp. 337 ss.

¹⁵ Sul punto cfr. diffusamente *infra* § 4.1.

la realizzazione (*facilitating property*)¹⁶.

Proprio ricorrendo a quest'ultima categoria, la giurisprudenza nordamericana fa ampio uso del *civil forfeiture* per confiscare veicoli privati utilizzati occasionalmente per il trasporto di sostanze stupefacenti o proprietà immobiliari nelle quali si è realizzata la cessione di modici quantitativi di droga, nella maggior parte dei casi all'insaputa del legittimo proprietario (come nel caso – ampiamente documentato – del giovane spacciatore che ancora vive in casa dei genitori inconsapevoli dell'attività di spaccio del figlio)¹⁷.

La maggior parte delle disposizioni, federali e statali, che prevedono il *civil forfeiture* consentono infine la confisca anche dei beni, mobili e immobili, che costituiscono *provento* di un reato (*criminal proceeds*) o che siano comunque ricollegabili a un reato (*derivative proceeds*). È opportuno sottolineare però che si tratta di una previsione relativamente recente poiché è solo a partire dagli anni Ottanta del Secolo scorso che l'ambito di applicazione del *civil forfeiture* è stato esteso ai proventi del reato¹⁸.

Appare dunque evidente che l'ambito di applicazione della confisca di prevenzione italiana è *assai più ristretto*: la misura patrimoniale prevista nel Codice antimafia, infatti, consente l'ablazione dei soli beni che si ha motivo di ritenere provengano da reato e dei beni di cui l'interessato risulta avere la disponibilità in misura sproporzionata al proprio reddito dichiarato o alla propria attività economica, sul presupposto che tali beni siano di provenienza illecita. Rientrano dunque nell'ambito di applicazione della confisca di prevenzione sostanzialmente i soli beni di (sospetta) *provenienza illecita*, mentre sono estranei al campo di applicazione di questa misura i beni che sono tradizionalmente oggetto del *civil forfeiture* nordamericano, ovvero *contraband, instrumentalities e facilitating property*.

Una prova evidente della non esatta coincidenza degli ambiti di applicazione dei due strumenti di ablazione patrimoniale può del resto essere ricavata guardando ai casi giurisprudenziali che sono approdati di fronte alle Corti Suprema americana e che rappresentano i *leading cases* citati e discussi pressoché in tutti i contributi e manuali in lingua inglese sull'argomento. Nessuno di questi casi potrebbe mai dare luogo all'applicazione della confisca di prevenzione perché il bene oggetto del provvedimento ablatorio è del tutto estraneo al campo di applicazione della misura patrimoniale italiana.

Si pensi, ad esempio, al caso che ha dato origine alla decisione *Austin v. United States* con la quale la Corte Suprema americana ha per la prima volta ritenuto applicabile la garanzia dell'*Excessive Fines Clause* contenuta nell'VIII Emendamento anche al *civil forfeiture*¹⁹. Il caso di specie concerneva un provvedimento di confisca disposto nei confronti di un soggetto ritenuto colpevole del reato di detenzione al fine di spaccio. La polizia aveva rinvenuto all'interno della *mobile home* in cui l'uomo viveva, e all'interno della carrozzeria dove lo stesso lavorava, un modico quantitativo di sostanza stupefacente e altro materiale connesso all'attività di spaccio. Dopo la condanna alla pena di sette anni di reclusione in sede penale, il Governo degli Stati Uniti aveva avviato nei confronti del soggetto un'azione in sede civile volta alla confisca della *mobile home* e della carrozzeria dove era stata rinvenuta la droga, in quanto ritenuti entrambi *facilitating property*. Il destinatario del provvedimento di confisca aveva fatto ricorso alla Corte Suprema lamentando una violazione dell'*Excessive Fines Clause* ritenendo, in particolare, che l'ablazione dei suoi beni rappresentasse una reazione punitiva gravemente sproporzionata tenuto conto del valore dei beni confiscati rispetto alla modesta gravità del reato commesso, per il quale peraltro era già stata inflitta una sanzione in sede penale.

¹⁶ La nozione di *facilitating property* ha dunque una portata assai più ampia di quella di strumento del reato ai sensi dell'art. 240 c.p., in quanto include anche beni «che sono stati usati, o che sono destinati ad essere usati, in qualsiasi modo e anche solo in parte, per commettere un reato, o agevolarne la commissione» («*which is used, or intended to be used, in any manner or part, to commit, or to facilitate the commission of, a violation*»: cfr. Titolo 21 U.S.C. § 881 (a)(7)).

¹⁷ Cfr. RULLI (2017a), pp. 1120-1123 e 1134-1138, il quale riporta numerosi casi di *civil forfeiture* aventi ad oggetto abitazioni familiari confiscate in seguito al coinvolgimento del figlio o del nipote del proprietario di casa in reati minori legati allo spaccio di droga (cessione di modici quantitativi di marijuana o cocaina, per un corrispettivo non superiore a venti dollari per dose, spesso realizzati in seguito all'intervento di agenti sotto copertura o informatori). Nella maggior parte di casi analizzati, il legame tra immobile confiscato e attività illecita si esaurisce nel fatto che lo spacciatore è stato contattato al telefono all'interno dell'abitazione e ha incontrato i potenziali acquirenti della sostanza stupefacente sulla porta principale della casa in cui risiedeva (ma che non possedeva). È opportuno a questo proposito precisare che, in origine, potevano essere assoggettati a *civil forfeiture* solo beni mobili. È solo con l'emanazione del *Comprehensive Forfeiture Act* nel 1984 che l'ambito di applicazione della misura ablatoria è stata estesa anche agli immobili e, in particolare, quelli in qualsiasi modo impiegati per agevolare la violazione di norme sugli stupefacenti.

¹⁸ Sul punto cfr. diffusamente *infra* § 4.3.

¹⁹ *Austin v. United States*, 509 U.S. 602 (1993). Come avremo modo di illustrare *infra* § 7.2., l'VIII Emendamento vieta di infliggere sanzioni pecuniarie eccessive, e impone dunque la necessità di sottoporre tali misure a un attento scrutinio di proporzionalità.

Riservandoci di tornare sul merito della questione nel prosieguo, ciò che preme mettere ora in evidenza è la sostanziale estraneità di una simile forma di ablazione patrimoniale dal raggio di operatività della confisca di prevenzione (nonché – per il vero – di qualsiasi altra forma di confisca presente nell'ordinamento italiano). Non era in discussione, in quel caso, l'origine lecita dei beni oggetto del provvedimento ablatorio, che non erano stati acquisiti né con i proventi del reato per cui era intervenuta la condanna, né tantomeno con i proventi di altre (presunte) attività illecite cui il ricorrente sarebbe stato dedito. Stante la loro origine lecita, dunque, gli immobili ove è stata rinvenuta la sostanza stupefacente mai avrebbero potuto costituire oggetto di una misura di confisca in base alla legislazione italiana in materia di prevenzione patrimoniale²⁰.

Allo stesso modo, è estraneo all'ambito di applicazione della confisca di prevenzione il caso che ha dato origine a un'altra nota sentenza della Corte Suprema americana, la sentenza *Bennis v. Michigan*, nella quale la Corte ha affrontato il tema dei cosiddetti "proprietari innocenti" ovvero, usando la terminologia più diffusa nel lessico penalistico italiano, il tema della tutela del terzo estraneo al reato colpito dal provvedimento di ablazione patrimoniale²¹. Il caso di specie concerneva la confisca di un'automobile, di cui la ricorrente era comproprietaria assieme al marito, disposta in quanto ritenuta un bene molesto (*nuisance*) sulla base della legislazione statale del Michigan. Il marito della ricorrente, infatti, senza che la moglie ne fosse a conoscenza, e certamente senza il suo consenso, aveva intrattenuto un rapporto sessuale con una prostituta all'interno di quell'automobile ed era stato sorpreso dalla polizia mentre il veicolo era parcheggiato lungo una strada pubblica di Detroit.

Riservandoci anche in questo caso di tornare sul merito della decisione nel prosieguo, mai avrebbe potuto essere oggetto di una confisca di prevenzione un veicolo occasionalmente destinato al meretricio (o comunque utilizzato per svolgere attività vietate dall'ordinamento giuridico). Anche in questo caso, infatti, non era mai stata posta in discussione l'origine assolutamente lecita del bene oggetto del provvedimento ablativo, bene che era stato acquistato dalla ricorrente e dal marito per 600 dollari diversi anni prima del fatto.

4. Il fondamento del *civil forfeiture*.

Non solo è diverso l'oggetto del *civil forfeiture* rispetto a quello della confisca di prevenzione, ma è profondamente diverso anche il *fondamento* che può essere rinvenuto per le due misure.

Come già anticipato, il fondamento del *civil forfeiture* risiede nell'idea che la misura colpisca anzitutto la cosa coinvolta nel reato, piuttosto che la persona autore del fatto, perché sarebbe la *cosa* stessa ad essere "colpevole" dell'illecito (e per questo sarebbe assoggettabile a sanzione).

4.1. L'origine storica del *civil forfeiture*.

Per comprendere questo argomento, però, occorre ripercorrere – seppur in sintesi – l'*evoluzione storica* di questo istituto. La disciplina normativa nordamericana in tema di *civil forfeiture* affonda le sue radici nella tradizione giuridica del *common law* inglese. In particolare, all'epoca della dichiarazione di indipendenza americana, il diritto inglese conosceva *tre* forme di ablazione patrimoniale: 1) il *forfeiture of estate* ovvero la confisca generale dei beni delle persone condannate per gravi delitti o per alto tradimento; 2) il *deodand* che consisteva nella confisca della cosa con la quale era stata accidentalmente provocata la morte di un uomo; e 3) il *statutory forfeiture* ovvero una forma di confisca speciale di beni utilizzati in violazione di alcune prescrizioni legislative, in particolare in materia doganale e fiscale²².

²⁰ Tra le decisioni della Corte Suprema in tema di *civil forfeiture*, meritano di essere segnalate anche altre due importanti pronunce che affrontano casi di confisca di beni riconducibili alla categoria dei *facilitating property*: *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267 (1996); e *Timbs v. Indiana*, 586 U.S. (2019).

²¹ *Bennis v. Michigan*, 517 U.S. 1163 (1996).

²² Così RULLI (2017b), p. 3. Sulle origini del *civil forfeiture* si vedano, tra gli altri, FINKELSTEIN (1973), pp. 169 ss.; GURULE (1995), pp. 156 ss.; LEVY (1996), *passim*.

La confisca generale dei beni (o *forfeiture of estate*) per i casi di alto tradimento è stata espressamente vietata dalla Costituzione americana²³ e già il primo Congresso aveva approvato leggi che vietavano la sua applicazione anche in conseguenza di altri gravi reati²⁴. Il *deodand* era una misura arcaica, le cui origini risalivano alla tradizione biblica giudaico-cristiana secondo cui un oggetto che provoca, direttamente o indirettamente, la morte di un uomo era considerato uno “strumento di morte” che richiedeva una forma di espiazione religiosa²⁵. La sua ablazione da parte della Corona si giustificava per il fatto che il sovrano avrebbe impiegato il denaro equivalente al valore della cosa confiscata per consentire la celebrazione delle messe e per il bene dell’anima della persona defunta. Questa forma di ablazione patrimoniale non è mai stata praticata oltreoceano ed è presto sparita anche dal diritto inglese.

Dei tre tipi di confisca conosciuti nell’ordinamento inglese, *solo lo statutory forfeiture* è stato importato nell’ordinamento nordamericano. Già prima dell’adozione della Costituzione, le corti di *common law* nelle colonie, e successivamente negli Stati durante il periodo della Confederazione, esercitavano una giurisdizione *in rem* per l’applicazione di alcune disposizioni in tema di confisca. Il principale esempio era rappresentato dal *diritto marittimo* che regolava il commercio con le Colonie americane. La violazione di queste disposizioni comportava la confisca delle merci trasportate illegalmente negli Stati Uniti e della nave che le trasportava²⁶.

L’impiego di una procedura *in rem* piuttosto che *in personam* in relazione a tali tipologie di illecito, però, rispondeva anche a una fondamentale *esigenza di carattere pratico*. Le leggi doganali o quelle in materia di commercio, che contemplavano le prime ipotesi di *civil forfeiture*, miravano infatti a influenzare il comportamento di soggetti che operavano *fuori* dagli Stati Uniti d’America: i commercianti europei che esportavano beni in America e gli armatori che si occupavano del trasporto di tali merci. Nella maggior parte dei casi, dunque, il proprietario del bene da confiscare era un individuo (o un ente commerciale) nei confronti del quale le corti americane non potevano esercitare alcuna giurisdizione. Pertanto, i rimedi civili o penali che potevano essere adottati all’esito di un tradizionale procedimento *in personam* non avrebbero potuto soddisfare alcuna richiesta di restituzione né avrebbero potuto essere efficacemente adottati per imporre una sanzione nei confronti dei trasgressori delle leggi americane²⁷.

Se il legislatore non avesse previsto la possibilità di sottoporre a confisca beni entrati negli Stati Uniti in violazione dei requisiti di legge, gli spedizionieri e gli armatori stranieri avrebbero avuto poche ragioni per pagare i dazi doganali e per conformarsi alle leggi federali sulle spedizioni. In circostanze siffatte, si è osservato, «i procedimenti di confisca costituivano una necessità pratica per rendere efficaci le leggi marittime americane» (*«in rem forfeiture proceedings were a practical necessity if American shipping laws were to be effective»*)²⁸.

²³ L’art. III § 3 della Costituzione Americana dispone che «Il Congresso avrà il potere di emettere una condanna per tradimento; ma nessuna sentenza di tradimento potrà comportare perdita di diritti ereditari per i discendenti, o la confisca dei beni, se non durante la vita del colpevole» (*«The Congress shall have power to declare the Punishment of Treason, but no Attainder of Treason shall work Corruption of Blood, or Forfeiture»*). Come è stato osservato in dottrina, questa disposizione e, in particolare, l’inciso *«except during the Life of the Person attainted»* mira «a garantire che le generazioni future non siano punite per le colpe dei loro padri» (*«The “except during the Life” provision was apparently geared to ensure that future generations were not punished for the sins of their fathers»*): così PIMENTEL (2012), p. 8.

²⁴ In questo senso DOYLE (2015), p. 2. In particolare, l’autore richiama alla nota n. 12 una disposizione contenuta in una legge approvata il 30 aprile del 1790 dal primo Congresso degli Stati Uniti d’America (*An act for the punishment of certain crimes against the United States*) secondo cui *«no conviction or judgment for any of the offenses aforesaid, shall work corruption of blood, or any forfeiture of estate»* (1 Stat. 177, 1790). Analoghe disposizioni sono contenute anche in altri atti normativi: cfr. 35 Stat. 1151 (1909); 62 Stat. 837 (1948); 18 U.S.C. 3563 (1982 ed.); 98 Stat. 1987 (1984).

²⁵ Le origini del *deodand* (dal latino *deo dandum*, ovvero “ciò che deve essere dato a Dio”) vengono generalmente rintracciate nel seguente versetto dell’esodo: «Quando un bue cozza con le corna contro un uomo o una donna e ne segue la morte, il bue sarà lapidato e non se ne mangerà la carne» (Esodo 21:28). Il brano biblico è citato anche dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella pronuncia *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663 (1974). Cfr. sul punto FINKELSTEIN (1973), pp. 169 ss.

²⁶ NELSON (2016), pp. 2457 ss. (ivi anche per opportuni riferimenti normativi). Si veda anche l’accurata ricostruzione di PIMENTEL (2012), p. 9. Nel diritto britannico, il principale esempio di questa forma di confisca *in rem* era contenuto proprio nel *Navigation Act* del 1660 che regolava la spedizione della maggior parte delle merci delle navi inglesi.

²⁷ HERPEL (1998), p. 1918; FINKELSTEIN (1973), p. 215; NELSON (2016), p. 2468.

²⁸ Così testualmente NELSON (2016), p. 2468. Sviluppa un’ampia riflessione nello stesso senso anche HERPEL (1998), p. 1918: *«The longstanding use of in rem forfeiture rather than civil or criminal in personam proceedings for violations of customs and maritime law rests in significant part on a single factor that is common to all three types of forfeitures. That factor is that at least some of those whose property is subject to forfeiture – and perhaps most of them – are persons or entities over which an American court will typically have no personal jurisdiction. When that is the case, traditional civil or criminal in personam proceedings to satisfy a claim for restitution or to impose a fine or other penalty will be unavailing»* (enfasi aggiunta). L’autore chiarisce quest’ultima affermazione con il seguente esempio: *«With respect to customs regulation, for example, a seller or consignor of goods is typically a foreign person or entity. Criminal and civil fines for customs violations generally have no extraterritorial application and, in any event, a foreign seller who violates such laws will frequently be outside an American court’s jurisdiction. If the seller has committed a customs offense, say by preparing invoices which understate the purchase price of the goods, forfeiture of the goods may be the only practical way to exact the equivalent of a civil or criminal fine from the seller, at least where the seller has retained title to the goods, as in a consignment sale»*.

Per oltre un secolo, il *civil forfeiture* ha mantenuto il carattere di strumento volto a sanzionare il comportamento di soggetti estranei alla giurisdizione delle corti nordamericane o comunque di soggetti nei cui confronti non sarebbe stato possibile applicare una sanzione nelle forme di un procedimento *in personam*.

4.2.

La personification theory e l'idea della guilty property.

L'ordinamento nordamericano, dunque, conosce l'applicazione di una forma di confisca *in rem* sin dai primi decenni della sua storia. Le Corti americane si sono poste da subito il problema della legittimazione di una simile misura e l'hanno giustificata ricorrendo alla cosiddetta *personification theory*, ovvero l'idea che la cosa coinvolta in una violazione della legge dovesse essere distrutta o comunque sottratta alla libera disponibilità del suo proprietario in quanto essa stessa "colpevole" dell'illecito. Sebbene dunque l'arcaica figura del *deodand* non sia mai entrata a far parte della legislazione nordamericana, questo non ha impedito alla giurisprudenza di richiamare la finzione della "proprietà colpevole" (*guilty property*) che era alla base di quell'istituto per fornire una giustificazione teorica all'applicazione del *civil forfeiture*.

In una delle prime e più celebri pronunce della Corte Suprema americana che ha riguardato l'istituto della confisca – il caso *The Palmyra* del 1827, relativo alla confisca di una nave pirata avvenuta in alto mare –, i giudici della Corte Suprema hanno affermato che è la cosa stessa ad essere responsabile della violazione della legge, a prescindere dalla responsabilità del proprietario e dal suo effettivo assoggettamento a sanzione penale. Nell'affermare la compatibilità della confisca civile con la Costituzione nei primi casi decisi dalle corti dell'ammiragliato, la giurisprudenza si è esplicitamente affidata alla finzione della "proprietà colpevole" secondo cui «la cosa è in questo caso considerata in primo luogo come responsabile del reato, o comunque il reato è imputato in primo luogo alla cosa» («*The thing is here primarily considered as the offender, or rather the offence is attached primarily to the thing*»)²⁹.

La teoria della *guilty property*, che è stata costantemente richiamata dalle Corti americane nel diciannovesimo Secolo per giustificare il sequestro e la confisca di beni coinvolti in un variegato numero di infrazioni doganali e marittime, serviva per giustificare l'esercizio di un'azione volta alla confisca del bene senza il coinvolgimento del proprietario e prescindendo dalla condanna di questi in sede penale. Coinvolgimento e condanna che, come abbiamo visto, non sarebbero stati possibili in ragione del fatto che il proprietario si trovava al di fuori della giurisdizione delle corti americane.

Ma se la teoria della *guilty property* era l'espedito per procedere alla confisca di un bene senza la condanna del proprietario, la giurisprudenza è sempre stata perfettamente consapevole del carattere anche *punitivo* che questa misura aveva nei confronti del proprietario del bene confiscato. Rispetto a quest'ultimo infatti l'ablazione veniva giustificata come un deterrente per assicurare che il proprietario prestasse la dovuta attenzione affinché i propri beni non venissero usati in modo improprio³⁰.

Contrariamente a quanto possa far credere il suo *pedigree*, la confisca ha avuto in realtà per lungo tempo negli Stati Uniti d'America un impiego tutto sommato marginale e comunque circoscritto a singole categorie di beni utilizzati per la commissione di reati che si riteneva potessero pregiudicare la riscossione di tasse o tributi da parte del Governo ovvero compromettere la sicurezza nazionale³¹.

²⁹ *The Palmyra*, 25 U.S. (12 Wheat.) 1, 15 (1827). Il fondamento dello *statutory forfeiture* veniva quindi ricondotto all'idea arcaica secondo cui anche un oggetto inanimato può essere ritenuto colpevole di un reato e la confisca di tale oggetto sarebbe una sanzione adeguata rivolta alla stessa proprietà colpevole (cfr. *retro* § 4.1., in particolare nota n. 25). Se è lo stesso oggetto responsabile dell'illecito, non è necessaria la condanna di una persona fisica per confiscare una nave che ha trasportato illegalmente merci negli Stati Uniti violando le disposizioni in materia fiscale e doganale. Non solo: poiché in questo caso è la stessa nave ad avere violato la legge americana, la confisca del bene potrebbe essere disposta anche se l'innocenza del proprietario fosse pienamente accertata (in argomento cfr. *infra* § 7.1.).

³⁰ In un'altra celebre e risalente pronuncia in tema di *civil forfeiture*, la Corte Suprema ha avuto occasione di affermare che la confisca talvolta risulta essere «l'unico strumento adeguato a sanzionare il reato o il torto, ovvero per assicurare un indennizzo alla parte lesa» («*the only adequate means of suppressing the offence or wrong, or insuring an indemnity to the injured party*»); cfr. *The Brig Malek Adhel*, 43 U.S. (2 How.) 210 (1844). Si vedano anche le osservazioni di PIMENTEL (2012), p. 10 («*By the nineteenth century, these forfeitures were justified as a deterrent to negligence, providing property owners with incentives to take care to ensure that their property was not misused*»). Questa finalità della confisca è evidenziata anche da CASSELLA (2013), p. 35 («*to encourage property owners to take greater care lest their property be used for an unlawful purpose*»).

³¹ Così molto chiaramente RULLI (2017b), p. 3 («*During the first two centuries of the nation's existence, statutory forfeiture was used principally in admiralty and customs cases – as a tool to combat piracy and smuggling*»).

4.3.

L'estensione della confisca al profitto del reato e l'impossibilità di ricondurre il profitto all'idea di guilty property.

È solo a partire dalla metà degli anni Settanta del Secolo scorso che si è registrato un vero e proprio cambio di passo nell'impiego della confisca come strumento privilegiato per contrastare alcune delle forme più insidiose di criminalità nell'ordinamento nordamericano.

Anzitutto, nel 1970 il congresso ha approvato il celebre *RICO Act* (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*), che faceva parte di una più ampia normativa federale – l'*Organized Crime Control Act* (OCCA) – emanata per far fronte al problema derivante dalla crescente infiltrazione del crimine organizzato nel tessuto economico e sociale nordamericano. Il *RICO* ha tra le altre cose introdotto un nuovo strumento di ablazione patrimoniale che mira a colpire la ricchezza illecitamente acquisita dalla criminalità organizzata attraverso una «*racketeering activity*», espressione difficilmente traducibile con la quale si intende la realizzazione di una pluralità di reati (almeno due nell'arco di dieci anni) tra quelli elencati dalla stessa legge³². Questo elenco, ritoccato più volte nel corso del tempo, oggi va ben oltre le tipiche manifestazioni della criminalità organizzata.

Questa forma speciale di ablazione patrimoniale è disposta dal giudice nel caso di *condanna* per uno dei reati previsti dal *RICO* e consente la confisca di qualsiasi proprietà acquisita o mantenuta attraverso l'attività di *racket* e qualsiasi interesse che l'imputato ha nella stessa impresa criminale. Questo strumento rappresenta un'assoluta *novità* nella legislazione nordamericana almeno sotto due profili: innanzitutto, per quanto concerne l'oggetto, perché per la prima volta vengono assoggettati a confisca i *proventi* di un'attività illecita. Infatti, anche se l'espressione «*interest in any business gained through a pattern of racketeering activity*» ha in un primo momento generato qualche incertezza su cosa potesse costituire oggetto dell'ablazione, la Corte Suprema ha presto chiarito che la confisca del *RICO* colpiva innanzitutto i proventi che il reo ha tratto dall'attività criminosa³³. In secondo luogo, poi, questo strumento costituisce una novità perché introduce un'ipotesi di confisca da applicare all'esito di un *procedimento penale*, e dunque all'esito di un procedimento *in personam*³⁴.

Ma le novità che hanno interessato l'istituto della confisca negli anni Settanta non si sono limitate al nuovo strumento *in personam* introdotto dal *RICO*. Un rinnovato impiego del *civil forfeiture* si è registrato soprattutto in materia di contrasto al traffico di sostanze stupefacenti. Dapprima il *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act* del 1970 ha previsto la possibilità di sottoporre a confisca, oltre alla sostanza illegalmente detenuta o ceduta, anche i beni *impiegati* – o destinati a essere impiegati – per la fabbricazione, distribuzione, trasporto o occultamento della sostanza stupefacente. Successivamente, con una riforma del 1978, la portata del *civil forfeiture* è stata estesa anche ai *proventi* derivanti dal traffico di droga³⁵. Questa è stata la prima disposizione che ha consentito nell'ordinamento nordamericano l'uso di un procedimento *in rem* per confiscare beni acquistati in modo illecito. La confisca civile del profitto del reato è pertanto – come è stato osservato – un'invenzione moderna³⁶.

³² Su questa "nuova" ipotesi di confisca, e sulle principali questioni interpretative che la stessa ha posto all'indomani della sua introduzione, si veda l'ampia analisi di FRIED (1988), pp. 328. Nella dottrina italiana, un'approfondita indagine sugli strumenti di ablazione patrimoniale introdotti dal *RICO* è stata condotta da FORNARI (1997), pp. 119 ss.

³³ *Russello v. United States*, 464 U.S. 16 (1983). Sulla decisione della Corte Suprema – e sulla questione dalla stessa affrontata – si veda ITA (1984), pp. 893.

³⁴ GARRETSON (2008), p. 45. In senso analogo anche FRIED (1988), p. 335.

³⁵ Secondo quanto previsto dal Titolo 21 U.S.C. § 881(a)(6), può essere sottoposto a confisca: (1) il denaro o altri beni di valore «corrisposti, o destinati ad essere corrisposti, in cambio di una sostanza vietata»; (2) «tutti i proventi riconducibili a tale scambio»; (3) il denaro o altri beni «usato o destinato ad essere utilizzato per facilitare una violazione delle leggi federali in materia di sostanze stupefacenti» («*The following shall be subject to forfeiture to the United States and no property right shall exist in them: ... All moneys, negotiable instruments, securities, or other things of value furnished or intended to be furnished by any person in exchange for a controlled substance or listed chemical in violation of this subchapter, all proceeds traceable to such an exchange, and all moneys, negotiable instruments, and securities used or intended to be used to facilitate any violation of this subchapter*»). Il catalogo dei beni confiscabili è stato ulteriormente esteso dal *Comprehensive Forfeiture Act* del 1984 che ha introdotto la possibilità di confiscare anche «ogni proprietà immobiliare ... usata, o destinata ad essere utilizzata, in qualsiasi modo, in tutto o in parte, per commettere, o per facilitare la commissione di, un reato in materia di sostanze stupefacenti per il quale è prevista una pena detentiva superiore a un anno» (cfr. il Titolo 21 U.S.C. § 881(a)(7): «*All real property, including any right, title, and interest (including any leasehold interest) in the whole of any lot or tract of land and any appurtenances or improvements, which is used, or intended to be used, in any manner or part, to commit, or to facilitate the commission of, a violation of this subchapter punishable by more than one year's imprisonment*»).

³⁶ CASSELLA (2013), p. 33 («*The idea of forfeiting the proceeds of crime was entirely new*»); NELSON (2016), p. 2476 («*The use of in rem process against property that was purchased with tainted funds appears to be a modern invention*»). Lo rileva anche la Corte Suprema: cfr. *United States v. 92 Buena Vista Ave.*, 507 U.S. 111, 122-123, 125 (1993).

A partire dagli anni Novanta, il *civil forfeiture* viene impiegato dal legislatore americano in relazione a una sempre più ampia gamma di reati – dal riciclaggio alla pedopornografia, dalla frode bancaria a quasi tutti i reati dei colletti bianchi – ed è oggi prevista in relazione a un elenco sterminato di condotte criminose³⁷. La maggior parte delle disposizioni che prevedono oggi il *civil forfeiture* consentono la confisca non solo dei beni che sono stati utilizzati per commettere o agevolare una condotta illegale, ma anche i beni che costituiscono i proventi di tale condotta o che sono comunque riconducibili a tali proventi.

Con l'estensione della confisca ai proventi del reato (e ad altri beni solo indirettamente coinvolti nella realizzazione dell'attività delittuosa) il *civil forfeiture* ha cambiato volto e la pretesa di rinvenire il suo fondamento teorico nell'idea di una "proprietà colpevole" si è fatta via via sempre più illusoria.

Secondo l'impostazione tradizionalmente accolta dalla dottrina nordamericana, come si è visto, la legge potrebbe autorizzare un procedimento *in rem* contro un oggetto, anziché contro la persona autore della condotta illecita, soltanto se l'oggetto stesso è "colpevole" della violazione. Ma perché un oggetto possa essere considerato "colpevole", si afferma, è necessario o che la legge ne vieti la circolazione o che della cosa sia stato fatto un uso vietato³⁸.

Come appare evidente, *i beni che costituiscono profitto del reato non possono essere considerati di per sé colpevoli*. Innanzitutto, il profitto del reato, che nella maggior parte dei casi è rappresentato da denaro, non può certamente considerarsi un bene intrinsecamente criminoso ovvero un bene di cui è di per sé vietata la circolazione. Ma non può neppure considerarsi un bene di cui è stato fatto un uso contrario alla legge. Il profitto infatti è il *risultato* dell'attività criminosa, e *non lo strumento* che ha reso possibile la realizzazione del reato. In breve: il risultato di una condotta, per necessità logica, non può essere considerato lo strumento che ha reso possibile la realizzazione di quella stessa condotta.

Quando la confisca aggredisce il profitto del reato, dunque, la misura ablatoria non può essere giustificata richiamando la teoria della *guilty property*. Ma non può essere neppure considerata una misura imposta dalla necessità di sanzionare comportamenti illeciti che non potrebbero essere altrimenti assoggettati a sanzione in ragione della estraneità dell'autore alla giurisdizione americana, come accadeva in origine per la confisca delle navi pirata e delle merci trasportate illegalmente.

L'argomento che la giurisprudenza nordamericana tradizionalmente invocava per giustificare la confisca di un bene attraverso un procedimento *in rem* non sembra dunque poter valere quando la confisca ha ad oggetto il profitto del reato. E poiché la confisca di prevenzione italiana, come si è visto, si distingue dal *civil forfeiture* proprio per il differente oggetto, in quanto mira a colpire solo beni che costituiscono il provento di un'attività illecita, ci sembra vana la possibilità di rintracciare il fondamento di questa misura nell'idea di una "proprietà colpevole" assoggettabile in quanto tale a sanzione, nell'ambito di un autonomo procedimento nel quale non sia richiesto l'accertamento della responsabilità dell'autore del reato e del proprietario del bene.

³⁷ In questo senso CASSELLA (2009), p. 28, il quale osserva che «ancora oggi non esiste un testo legislativo unico che consenta la confisca in tutti i casi federali, ma la possibilità di procedere alla confisca è contemplata pressoché per tutti i reati gravi, tra cui riciclaggio di denaro, furto violento d'auto, spionaggio, pornografia minorile, frodi bancarie e la maggior parte degli altri reati dei "colletti bianchi". Pertanto, l'antica pratica della *civil forfeiture* che era originariamente utilizzata per confiscare navi pirata e distillatori di whisky in rari casi, è giunta ad essere utilizzata migliaia di volte l'anno per confiscare case, fattorie, aziende e conti bancari nei casi più comuni» («Today, there is still no single overarching statute authorizing forfeiture in all federal cases, but there is forfeiture authority for virtually all serious offences, including money laundering, car-jacking, espionage, child pornography, bank fraud and most other 'white collar' crimes. Thus, the ancient practice of *in rem* forfeiture that was originally used to confiscate pirate ships and whiskey stills in rare cases, came to be used thousands of times a year to forfeit houses, farms, businesses and bank accounts in the most commonly occurring cases»).

³⁸ Rinviamo sul punto alla monumentale opera monografica sul procedimento *in rem* nell'ordinamento statunitense di Rufus WAPLES (1882). L'autore osserva innanzitutto che la finzione giuridica della responsabilità diretta della proprietà è alla base di ogni procedimento *in rem* («The legal fiction of primary responsibility of property, under certain circumstances, is the basis of all proceedings *in rem*»: p. 2). L'autorevole studioso individua quindi tre categorie di beni che possono essere considerate responsabili di un illecito: *Things guilty*, *Things hostile*, *Things indebted*. Per quanto concerne in particolare la prima categoria di beni, che può essere oggetto di un provvedimento di *forfeiture*, Waples afferma che le cose sono colpevoli, attraverso una funzione giuridica, quando sono utilizzate per violare la legge («Things are guilty, by fiction of law, when some act is done in, with, or by them, in contravention of some law having the forfeiture of such misused things as its sanction»: p. 3). L'autore precisa infine che «le cose colpevoli devono essere state utilizzate in violazione della legge, o possedute in violazione della legge, per giustificare un procedimento contro di esse» («Things Guilty must have been used in contravention of law, or held in contravention of law, to justify procedure against them»: p. 4). Per una sintetica ricostruzione degli elementi essenziali del pensiero di WAPLES sui procedimenti *in rem* si veda HARRINGTON (1994), pp. 285 ss. Per alcuni rilievi critici, invece, NELSON (2016), p. 2477.

5. L'errore metodologico a cui porta la distinzione tra *actio in rem* e *actio in personam*.

Escluso dunque che la confisca di prevenzione, come disciplinata oggi dagli artt. 16 e ss. del Codice delle leggi antimafia, possa essere assimilata al *civil forfeiture* nordamericano e, di conseguenza, che gli argomenti avanzati dalla giurisprudenza di quel Paese per giustificare il ricorso a una forma di confisca senza condanna possano essere estesi *sic et simpliciter* alla confisca di prevenzione italiana, resta da chiedersi se quella misura possa (e debba) essere presa come modello cui il legislatore italiano dovrebbe ispirarsi in una prospettiva *de iure condendo*.

In particolare, si potrebbe sostenere che una forma di confisca di beni di origine delittuosa che prescindendo dalla condanna in sede penale dell'autore del reato può considerarsi compatibile con il quadro di garanzie costituzionali e convenzionali che presiedono la materia penale *solo* se concepita come una vera e propria *actio in rem*, ossia come strumento che colpisce un bene per la sua oggettiva connessione con un'attività illecita, e non per il coinvolgimento del proprietario in quell'attività. Finché il procedimento con il quale è adottata la confisca di prevenzione resta un procedimento avviato nei confronti di un soggetto indiziato di aver commesso reati, si potrebbe sostenere, la misura patrimoniale continua a essere una "pena mascherata" che mira a imporre una sanzione patrimoniale contro l'autore di reati non accertati nell'ambito di un procedimento penale.

A noi pare che questo modo di approcciare il problema sia in realtà fuorviante e rischi di portare a una pericolosa *inversione metodologica*. Sia che venga adottata all'esito di un procedimento *in rem*, sia che venga adottata all'esito di un procedimento *in personam*, la confisca rimane in ogni caso una misura che mira al prelievo di un bene determinato che è in qualche modo coinvolto in un'attività illecita. Il requisito della connessione tra bene e reato è d'altra parte il carattere che consente di distinguere la confisca dalle sanzioni pecuniarie, come la multa o l'ammenda, che si risolvono nella condanna a una prestazione in denaro, che il destinatario può attingere a sua discrezione da qualsiasi parte del suo patrimonio.

La confisca, però, a prescindere dalla forma procedimentale con la quale è adottata, è anche una misura che colpisce il patrimonio di un soggetto privandolo del diritto di proprietà su uno o più beni. Questa dimensione limitativa dei diritti individuali si realizza tanto nell'ipotesi in cui la misura venga adottata con un procedimento *in rem*, quanto nell'ipotesi in cui venga adottata con un procedimento *in personam*.

A noi pare, dunque, che non sia il procedimento in sé ad essere decisivo, quanto la struttura essenziale della misura, e dunque la sua *natura giuridica*. La natura giuridica di una misura che, come la confisca, incide sul patrimonio di un individuo privandolo di un bene a vario titolo riconducibile ad attività illecite non può dipendere dalla forma procedimentale che il legislatore ha previsto per la sua applicazione. È piuttosto vero il contrario: è la natura giuridica di una simile misura a indicare quali garanzie devono assistere il procedimento previsto per la sua applicazione.

Non è semplicemente ridisegnando il procedimento di applicazione della confisca di prevenzione, e concependolo come una vera e propria *actio in rem*, che potrebbero dirsi risolti, *d'emblée*, i profili di illegittimità, costituzionale e convenzionale, della disciplina vigente in materia di misure di prevenzione patrimoniale.

Sgombrato il campo da questo equivoco, rimane da chiarire se l'esperienza del *civil forfeiture* nordamericano debba davvero essere presa come modello dal legislatore italiano per una riforma della disciplina in materia di confisca di prevenzione. La risposta crediamo non possa che essere negativa per le ragioni che proveremo ora a dimostrare.

6. Uno straordinario incentivo al *civil forfeiture*: la disciplina in tema di destinazione dei beni confiscati.

Il *civil forfeiture* ha indubbiamente rappresentato uno strumento formidabile attraverso cui sono state finanziate le casse del Governo federale e quelle di molti Stati americani. Le statistiche riportano dati davvero impressionanti. A livello federale, a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta il dipartimento di Giustizia e quello del Tesoro hanno registrato un

incremento sorprendente nel valore dei patrimoni confiscati. Nel 1986, quando è stato istituito il Fondo dei beni confiscati presso il Dipartimento di Giustizia (*Department of Justice's Assets Forfeiture Fund*), i depositi ammontavano a soli 93,7 milioni di dollari. Nel 2014, i depositi sono arrivati a 4,5 miliardi di dollari facendo registrare un aumento pari al 4 mila per cento³⁹.

Un simile incremento nell'uso del *civil forfeiture* può essere spiegato –stando a quanto sostenuto dai detrattori della misura – solo tenendo conto del fatto che la legge americana *incentiva* il ricorso alla misura ablatoria riconoscendo alle forze di polizia coinvolte nell'operazione di confisca un interesse ad una quota di quanto è stato confiscato. Questo meccanismo, noto come *equitable sharing*, prevede una distribuzione dei patrimoni confiscati tra le varie agenzie di *law enforcement* – sia federali che locali – che hanno partecipato all'attività culminata con l'adozione della misura ablatoria, in misura sostanzialmente proporzionata al ruolo da ciascuna giocato nell'identificazione del reato e nell'esecuzione del provvedimento.

Il meccanismo di *equitable sharing* costituisce un indubbio incentivo per le forze di polizia, che vengono così ripagate per la loro attività di contrasto alla criminalità, ma rappresenta anche uno dei profili maggiormente criticati dell'intera disciplina del *civil forfeiture* a causa degli *abusi* che alimenterebbe⁴⁰. Dietro all'immagine romantica secondo cui l'attività della polizia sarebbe così ripagata dagli stessi criminali, si cela infatti il rischio quanto mai concreto che le agenzie di *law enforcement* vedano nel sequestro e nella confisca dei beni un facile strumento attraverso il quale ottenere milioni di dollari senza neppure raccogliere le prove necessarie per una condanna in un processo penale.

Un esempio paradigmatico degli abusi cui può condurre questa pratica è rappresentato dal fatto che, secondo quanto emerso nel corso di alcune indagini, le forze di polizia che presiedono arterie nazionali note per essere “corridoi della droga” sarebbero maggiormente propense a collocare posti di blocco nella direzione percorsa dalle auto dei trafficanti che trasportano il denaro provento dello spaccio, piuttosto che nella direzione percorsa dalle auto che trasportano la sostanza stupefacente, poiché «il denaro confiscato finisce nelle casse del dipartimento, mentre la droga può essere solo distrutta» (*«seized cash will end up forfeited to the police department, while seized drugs can only be destroyed»*)⁴¹. Le forze di polizia presterebbero cioè maggiore attenzione nell'individuare e arrestare coloro che dispongono del denaro provento dell'attività di spaccio, piuttosto che nella neutralizzazione di coloro che hanno la disponibilità della sostanza stupefacente. Così facendo, però, si realizza il risultato – tutt'altro che desiderabile – di lasciare circolare la sostanza stupefacente per il Paese.

7.

Il *civil forfeiture* e la tutela dei diritti fondamentali.

Ma anche a prescindere dai rilievi critici che concernono gli abusi cui la misura sarebbe stata piegata da parte delle agenzie di *law enforcement*, numerose sono le questioni che sono state sollevate dalla stessa dottrina nordamericana rispetto alla compatibilità del *civil forfeiture* con i principi e le garanzie che la Costituzione prevede per le misure che determinano una punizione o che comunque si risolvono in una limitazione del diritto alla proprietà privata. Dinnanzi al ricorso sempre più ampio e disinvolto a questo strumento, sia la dottrina e che la giurisprudenza hanno cominciato a dubitare che gli argomenti tradizionalmente invocati per giustificare il ricorso al *civil forfeiture* potessero essere ancora oggi impiegati⁴².

³⁹ Cfr. CARPENTER *et al.* (2015), p. 10, i quali precisano che gran parte dell'incremento è avvenuto dal 2001 al 2014, quando i depositi ai fondi di confisca del DOJ e del Tesoro hanno registrato un incremento di oltre il 1.000 per cento. L'ammontare complessivo delle somme confiscate in quegli anni si avvicina a 29 miliardi di dollari (*«Much of that increase came during the past decade and a half. From 2001 to 2014, deposits to the DOJ and Treasury forfeiture funds exploded by more than 1,000 percent. Total deposits across those years approached \$29 billion»*).

⁴⁰ CARPENTER *et al.* (2015), p. 14. Ammonisce espressamente circa i rischi di abusi cui tale pratica porterebbe anche il giudice Thomas nel provvedimento di *Denial of Certiorari* (ovvero la decisione con la quale si dichiara irricevibile un ricorso alla Corte Suprema americana) nella causa *Lisa Olivia Leonard v. Texas*, 580 U.S. (2017) (*«This system – where police can seize property with limited judicial oversight and retain it for their own use – has led to egregious and well-chronicled abuses»*).

⁴¹ BLUMENSON *et al.* (1998), p. 65 (*«The consequence of this strategy was that the drugs that would have been purchased continued to circulate freely»*). Si veda anche CREPELLE (2017), p. 339 (*«Law enforcement does not mind that focusing enforcement efforts on seizing cash rather than drugs allows drugs to flow into cities. Law enforcement prefers to arrest drug buyers to sellers because buyers have forfeitable cash»*); HARMON (2015), p. 933 (*«Asset forfeiture encourages police to focus on southbound traffic, since if drugs are seized going north they are destroyed and the local agency gains no direct benefit, but if money is seized travelling southbound the police department can reap a significant financial reward from forfeitures»*).

⁴² Meritano di essere in particolare richiamate le riflessioni svolte dal giudice Thomas nel già citato provvedimento di *Denial of Certiorari* nella causa *Lisa Olivia Leonard v. Texas*, cit. Il giudice Thomas ha espresso seri dubbi sulla possibilità di continuare a giustificare l'impiego del *civil forfeiture* ricorrendo agli argomenti tradizionalmente invocati dalla giurisprudenza americana (*«I am skeptical that this historical practice*

La corte Suprema è stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del *civil forfeiture* con le garanzie che la Costituzione americana accorda alle pene e alle misure limitative del diritto di proprietà. L'approccio sinora seguito dalla Corte Suprema è ambiguo e tende a giustificare il ricorso alla *civil forfeiture* sulla base dell'argomento per cui si tratterebbe di un istituto di lungo corso nella tradizione giuridica americana.

Si possono in particolare individuare tre fondamentali questioni affrontate dalla giurisprudenza nordamericana. 1) Una prima questione riguarda la possibilità, come abbiamo visto ampiamente consentita dalla legislazione statunitense, che la confisca colpisca anche beni nella disponibilità di *terzi innocenti*. 2) Una seconda quesito concerne la necessità di introdurre una valutazione di *proporzionalità* della misura come sarebbe imposto dall'*Excessive Fines Clause* dell'VIII Emendamento. 3) Un'ultima questione è relativa alla possibilità di applicare la garanzia della *Double Jeopardy Clause* del V Emendamento al *civil forfeiture* con la conseguenza di precludere l'applicazione della confisca tutte le volte in cui sia già intervenuta una sentenza di condanna o assoluzione in sede penale per il reato che darebbe origine alla confisca in sede civile⁴³.

7.1. *La tutela del proprietario innocente e la previsione di una Innocent Owner Defense.*

La prima questione, ovvero quella relativa alla possibilità di colpire con il *civil forfeiture* anche beni nella disponibilità di *terzi innocenti*, è forse quella che con maggiore insistenza si è presentata all'attenzione della giurisprudenza – e in particolare della Corte Suprema americana – negli oltre 200 anni di vita di questo istituto. Sin dalle sue prime applicazioni, la Corte Suprema è stata chiamata più volte a decidere se l'ablazione di un bene che appartiene a un soggetto estraneo al reato violi la *Due Process Clause* contenuta nel V Emendamento che garantisce che nessuno «potrà essere privato della vita, della libertà o della proprietà, *without due process of law*».

Sino a metà del Secolo scorso, l'orientamento assolutamente consolidato nella giurisprudenza statunitense riteneva *irrilevante* ai fini del *civil forfeiture* l'eventuale *estraneità* del proprietario alla commissione del reato presupposto⁴⁴. Questa conclusione veniva giustificata richiamando la già menzionata teoria della *guilty property* ovvero l'idea secondo la quale sarebbe la cosa in sé a essere considerata colpevole del reato, e non la persona del suo proprietario.

Come abbiamo visto, le corti nordamericane hanno fatto ricorso a questo espediente per colpire beni che appartenevano a individui che operavano al di fuori del territorio nazionale riuscendo così ad esercitare anche nei confronti di soggetti estranei alla giurisdizione americana un potere coercitivo rispetto all'osservanza delle proprie leggi. Che si trattasse però di una semplice *fictio iuris* dietro alla quale si celavano le reali finalità preventive e deterrenti della misura era assolutamente chiaro alla giurisprudenza nordamericana sin dal principio. In particolare, la *ratio* della misura sarebbe stata quella di rimuovere dalla circolazione gli strumenti impiegati per la commissione di un reato incentivando in questo modo i proprietari a prestare maggiore attenzione affinché i propri beni non fossero usati in modo illecito⁴⁵.

Questo argomento ha ricevuto pieno riconoscimento nella decisione della Corte Suprema *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.* del 1974⁴⁶. Il caso riguardava la confisca di uno yacht, concesso in locazione ad un gruppo di cittadini portoricani, sul quale erano stati rinvenuti alcuni grammi di marijuana. Il proprietario del panfilo si era opposto alla misura ablatoria sostenendo di non avere in alcun modo partecipato al reato del quale erano accusati i cittadini

is capable of sustaining, as a constitutional matter, the contours of modern practices). Osserva in questo senso il giudice Thomas che le prime disposizioni che prevedevano il *civil forfeiture* avevano un ambito di applicazione assai più ristretto («*were narrower in most respects than modern ones ... they were limited to a few specific subject matters, such as customs and piracy*»), mentre oggi la misura è chiaramente concepita anche per punire il proprietario del bene («*Modern civil forfeiture statutes are plainly designed, at least in part, to punish the owner of property used for criminal purposes*»; «*Civil proceedings often lack certain procedural protections that accompany criminal proceedings, such as the right to a jury trial and a heightened standard of proof*»).

⁴³ Per un'analitica trattazione delle svariate questioni che si sono poste nell'ordinamento nordamericano rispetto al tema della legittimità costituzionale del *civil forfeiture*, si vedano CASSELLA (2013), p. 37. DEE (2014), p. 271.

⁴⁴ Tra le pronunce più risalenti si vedano *Peisch v. Ware*, 8 U.S. 347 (1808); *The Brig Malek Adbel*, cit.; *United States v. Stowell*, 133 U.S. 1 (1890); *J. W. Goldsmith, Jr.-Grant Co. v. United States*, 254 U.S. 505 (1921); *United States v. U.S. Coin & Currency*, 401 U.S. 715 (1971).

⁴⁵ CASSELLA (2013), p. 39. In giurisprudenza si veda ad esempio *The Brig Malek Adbel*, cit.

⁴⁶ *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663 (1974).

portoricani che si trovavano a bordo dello yacht, e di non essere neppure a conoscenza del fatto che sulla propria imbarcazione fosse illecitamente detenuta della sostanza stupefacente.

La Corte Suprema ha respinto il ricorso affermando che non può ricavarsi da alcuna norma della Costituzione americana – e dunque neppure dalla *Due Process Clause* – l'esistenza di un *Innocent Owner Exception* ovvero di una garanzia per il proprietario innocente di non essere privato, mediante la confisca, di un bene che sia stato utilizzato per la commissione di un reato. «Nella misura in cui gli strumenti di ablazione patrimoniale vengono applicati nei confronti di terzi che, essendo estranei a qualsiasi attività illecita, concedono i propri beni in locazione o deposito, ovvero su quei beni vantano un diritto di credito», osserva la Corte, «la confisca può sortire l'effetto positivo di indurre costoro ad esercitare una maggiore cura nel trasferimento del possesso delle loro proprietà» («*To the extent that such forfeiture provisions are applied to lessors, bailors, or secured creditors who are innocent of any wrongdoing, confiscation may have the desirable effect of inducing them to exercise greater care in transferring possession of their property*»)⁴⁷.

Pur mancando, in via generale, una preclusione costituzionale alla confisca di beni appartenenti a persone estranee al reato, in un importante *obiter* della sentenza *Calero-Toledo*, la Corte sembra riconoscere la possibilità di ammettere un'eccezione a tale principio nei limitati casi in cui non sia possibile muovere alcun rimprovero al proprietario per l'uso improprio del bene. Sarebbe difficile negare tutela costituzionale, osserva la Corte, a coloro che abbiano dimostrato non solo di essere estranei all'attività illecita che giustificherebbe la confisca, ma anche di avere fatto tutto ciò che era ragionevole aspettarsi per impedire l'uso vietato della proprietà⁴⁸. In una circostanza siffatta, «sarebbe difficile affermare che la confisca abbia perseguito scopi legittimi e non sia stata indebitamente oppressiva» («*it would be difficult to conclude that forfeiture served legitimate purposes and was not unduly oppressive*»)⁴⁹.

La breccia aperta dall'*obiter* della sentenza *Calero-Toledo* non ha avuto però seguito nella giurisprudenza successiva, ed è stata anzi definitivamente superata dalla Corte Suprema nella già citata sentenza *Bennis v. Michigan*⁵⁰. Il caso, che abbiamo già illustrato *retro*, concerneva la confisca di un'automobile disposta perché il coniuge della ricorrente era stato colto mentre compiva all'interno di quel veicolo atti osceni con una prostituta, senza che la moglie e comproprietaria del bene ne fosse a conoscenza e naturalmente senza che la stessa vi avesse prestato consenso.

In questo caso, la Corte ha ritenuto legittima la confisca, nonostante l'estraneità della ricorrente (e proprietaria del bene) all'attività delittuosa che giustificava la misura, ribadendo che la Costituzione non prevede alcuna particolare garanzia per il proprietario innocente e sottolineando come il *civil forfeiture* svolga una fondamentale funzione preventiva e deterrente⁵¹.

Tuttavia, anche a seguito delle svariate critiche che questo orientamento giurisprudenziale ha sollevato non solo in letteratura ma anche presso l'opinione pubblica americana, il Congresso e i legislatori di molti Stati americani hanno introdotto previsioni legislative che limitano l'impatto del *civil forfeiture* nei confronti di persone che vantano un interesse legittimo sul bene e che non sono in alcun modo coinvolti nell'attività illecita che ne giustificherebbe l'ablazione⁵².

In particolare, il *Civil Asset Forfeiture Reform Act* (CAFRA) del 2000 ha introdotto al Titolo 18 U.S.C. § 983 (d) una disciplina il più possibile uniforme che riconosce al "proprietario innocente" la possibilità di opporsi alla confisca nella maggior parte delle ipotesi nelle quali è contemplato il *civil forfeiture* a livello federale (c.d. *Innocent Owner Defense Clause*). Analoga disciplina è stata introdotta anche da molti legislatori a livello statale. Le categorie di persone tutelate sono i titolari del diritto di proprietà (*owners*), i titolari di un diritto di credito sul bene (*interest holders*) e gli acquirenti in buona fede (*bona fide purchasers*). Pur con importanti

⁴⁷ *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, cit., p. 689 («*it would be difficult to reject a constitutional claim of an owner who proved not only that he was uninvolved in and unaware of the wrongful activity, but also that he had done all that reasonably could be expected to prevent the proscribed use of his property*»).

⁴⁸ *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, cit., pp. 687 s.

⁴⁹ *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, cit., p. 690.

⁵⁰ Cfr. *retro* § 3.

⁵¹ *Bennis v. Michigan*, cit., pp. 446, 453 («*a long and unbroken line of cases holds that an owner's interest in property may be forfeited by reason of the use to which the property is put even though the owner did not know that it was to be put to such use*»; «*We conclude today, as we concluded 75 years ago, that the cases authorizing actions of the kind at issue are "too firmly fixed in the punitive and remedial jurisprudence of the country to be now displaced"*»).

⁵² DEE (2014), pp. 301 (ivi anche per un'analitica ricognizione delle diverse legislazioni statali).

differenze da legislazione a legislazione, la nuova disciplina riconosce la possibilità di evitare la misura ablatoria ai proprietari che dimostrino di non essere a conoscenza della condotta criminosa che dà luogo alla confisca e al contempo dimostrino di aver adottato tutte le precauzioni che era ragionevole aspettarsi venissero adottate, considerate le circostanze, per impedire l’uso illecito dei propri beni.

7.2.

Il necessario scrutinio di proporzionalità a cui deve essere sottoposto il civil forfeiture.

Se l’esigenza di tutelare il terzo estraneo al reato è stata avvertita – come abbiamo visto – sin dalle prime applicazioni del *civil forfeiture*, per quasi due secoli nessuno ha mai seriamente dubitato che la confisca potesse essere una misura sproporzionata e potesse dunque porsi in contrasto con la *Excessive Fines Clause* contenuta nell’VIII Emendamento alla Costituzione americana⁵³. Secondo la convinzione diffusa nella letteratura e giurisprudenza statunitense, infatti, la confisca non avrebbe dovuto dipendere in alcun modo dalla gravità del reato, ma dalla sola circostanza che il bene oggetto del provvedimento ablatorio fosse coinvolto in un’attività delittuosa in ragione del suo rapporto di strumentalità o di derivazione con uno specifico reato. Così, almeno sino agli anni Novanta del Secolo scorso, nessun giudice aveva mai ritenuto che l’estensione della confisca potesse incontrare un qualche limite nella Costituzione.

Quando però la confisca ha cominciato ad essere impiegata per colpire anche beni diversi rispetto a quelli di cui è vietata la detenzione o produzione, come i beni che hanno semplicemente reso più agevole la commissione di un reato, nel dibattito americano ha cominciato ad affermarsi l’idea che questa misura dovesse ritenersi soggetta ai limiti fissati per le misure punitive dall’VIII Emendamento, e in particolare dovesse rispettare il limite della proporzionalità⁵⁴.

Il tema è stato affrontato per la prima volta dalla Corte Suprema americana nella già citata sentenza *Austin v. United States* del 1993⁵⁵. Il caso concerneva – come si ricorderà – un soggetto che era stato arrestato per aver venduto due grammi di cocaina ad un agente di polizia sotto copertura. Dopo la condanna in sede penale, il Governo aveva avviato un procedimento civile per la confisca della carrozzeria nella quale era avvenuta la cessione dello stupefacente e del prefabbricato (una *mobile home*) dove il ricorrente aveva conservato il modico quantitativo di droga ceduto, qualificati entrambi come *facilitating property* rispetto al reato di detenzione ai fini di spaccio per il quale il ricorrente era stato condannato.

Chiamata a decidere se la confisca delle proprietà del signor Austin in queste circostanze determinasse una violazione della *Excessive Fines Clause* dell’VIII Emendamento, la Corte Suprema ha innanzitutto chiarito che tale garanzia del *Bill of Rights* mira a limitare il potere punitivo dello Stato («to limit the Government’s power to punish») e non è dunque riservata ai soli *criminal case*⁵⁶. La nozione di pena (*punishment*) cui si applica la garanzia contenuta nell’VIII Emendamento prescinde dunque dalla formale distinzione tra diritto civile e diritto penale («cuts across the division between the civil and criminal law») ⁵⁷. Per stabilire se la garanzia costituzionale in esame trovi o meno applicazione occorre chiarire non tanto se il *civil forfeiture* appartenga al diritto civile o al diritto penale, quanto se sia una misura punitiva o meno.

Questo interrogativo era rimasto, sino a quel momento, sostanzialmente inesplorato nel dibattito americano. Nel caso *Austin* del 1993 la Corte Suprema, richiamando i numerosi precedenti, per lo più formatasi – come visto – in relazione alla questione della tutela del terzo estraneo al reato, ha innanzitutto ribadito che il coinvolgimento del proprietario del bene nella commissione del reato non è un requisito necessario per ordinare la confisca⁵⁸. Questo, però, significa semplicemente che la confisca non può essere intesa come una misura volta a punire

⁵³ DEE (2014), p. 271.

⁵⁴ Il limite della proporzionalità viene in particolare ricavato dal divieto – contenuto nell’VIII Emendamento – di infliggere sanzioni pecuniarie eccessive. La disposizione del *Bill of Rights* prevede infatti che «non dovranno essere richieste cauzioni spropositate, non dovranno essere imposte sanzioni pecuniarie eccessive, e non dovranno essere inflitte pene crudeli e inusitate» («*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*»).

⁵⁵ Cfr. *retro* § 3.

⁵⁶ *Austin v. United States*, cit., p. 609.

⁵⁷ *Austin v. United States*, cit., p. 610.

⁵⁸ *Austin v. United States*, cit., pp. 615 s.

il proprietario del bene per aver commesso il reato. Non esclude invece che la misura possa servire ad infliggere una punizione nei confronti del proprietario per avere negligenzemente consentito che i propri beni venissero utilizzati in violazione della legge.

In particolare, osserva la Corte, mentre le prime disposizioni che prevedevano il *civil forfeiture* potevano avere una funzione puramente preventiva (*remedial*), nel senso che erano concepite per rimuovere dalla circolazione beni in sé pericolosi in quanto fonte di danni per i consociati, le disposizioni più recenti sono, almeno in parte, concepite per punire il proprietario⁵⁹. Le nuove ipotesi di confisca infatti rappresentano un deterrente affinché i cittadini non consentano che i propri beni siano impiegati per scopi contrari alla legge. Pertanto, conclude la Corte, mentre una confisca che assolve a fini esclusivamente rimediale non può mai essere costituzionalmente eccessiva, quella che assolve fini sia rimediale che punitivi deve essere sottoposta al vaglio di proporzionalità imposto dalla *Excessive Fines Clause* dell'VIII Emendamento⁶⁰.

Nella sentenza *Austin*, però, la Corte aveva lasciato irrisolta l'individuazione dei criteri in base ai quali stabilire se una misura rispetti o meno il requisito della proporzionalità e ciò aveva determinato, negli anni immediatamente successivi, l'adozione da parte delle Corti inferiori di un ventaglio di criteri tra loro non sempre coincidenti⁶¹.

La Corte Suprema è stata pertanto chiamata ad occuparsi nuovamente di *Excessive Fines Clause* nel 1998, con la sentenza *Bajakajan v. United States*⁶². In questo caso la Corte ha chiarito che il primo e principale parametro in base al quale valutare la proporzionalità della misura ablatoria è rappresentato dal raffronto tra l'entità del patrimonio confiscato e la concreta gravità del reato che legittima il ricorso alla misura ablatoria. La Corte ha così precisato che una confisca che ha carattere punitivo viola il divieto di applicare pene eccessive contenuto nell'VIII Emendamento tutte le volte in cui la misura appare «*grossly disproportional*» rispetto alla gravità del fatto commesso⁶³.

Gli approdi della giurisprudenza sono stati codificati dal legislatore federale (e da quello di molti Stati) che ha introdotto nel § 983 del Titolo 18 U.S.C. la previsione di un giudizio di “non grave sproporzione” che dovrà essere compiuto dal giudice, il quale dovrà eventualmente revocare, o comunque ridurre la portata di una misura ablatoria che imponga al destinatario un sacrificio patrimoniale manifestamente sproporzionato rispetto alla gravità del fatto che gli viene rimproverato⁶⁴.

7.3. *La Double Jeopardy Clause.*

La qualificazione del *civil forfeiture* come misura punitiva ai sensi dell'VIII Emendamento, riconosciuta dalla Suprema Corte nel caso *Austin*, ha portato alcuni Corti americane a

⁵⁹ *Austin v. United States*, cit., p. 618 («*We conclude, therefore, that forfeiture generally and statutory in rem forfeiture in particular historically have been understood, at least in part, as punishments*»).

⁶⁰ *Austin v. United States*, cit., pp. 623 s.

⁶¹ Cfr, ad esempio, *United States v. Myers*, 21 F.3d 826 (8th Circuit 1994) (che adotta un «*substantial connection test*»); *United States v. Premises Known as RR#1*, 14 F.3d 864 (3d Circuit 1994) (che adotta un «*quantitative test*»); *United States v. Chandler*, 36 F.3d 358 (4th Circuit 1994) (che adotta un «*nexus test*»); *United States v. Real Property Located at 6625 Zumirez Drive*, 845 F. Supp. 725 (District Court for the Central District of California 1994) (che adotta un «*multifactor test*»); *United States v. Real Property Located in El Dorado County*, 59 F.3d 974 (9th Circuit 1995) (che adotta un «*multifactor test*»). In argomento si veda DEE (2014), p. 272 («*the lower federal courts developed a dizzying array of tests of excessiveness*»).

⁶² *Bajakajan v. United States*, 524 U.S. 321 (1998).

⁶³ *Bajakajan v. United States*, cit. pp. 334 ss. («*We now hold that a punitive forfeiture violates the Excessive Fines Clause if it is grossly disproportional to the gravity of a defendant's offense*»). In tema di *forfeiture* ed *Excessive Fines Clause* meritano di essere segnalate anche la pronuncia *Alexander v. United States*, 509 U.S. 544 (1993), che riguarda però un caso di *criminal forfeiture*, e la recente decisione della Corte Suprema nella causa *Timbs v. Indiana*, 586 U.S. (2019), che ha esteso anche alla legislazione statale l'applicazione della *Excessive Fine Clause*. Dopo questa decisione, pertanto, anche rispetto a ipotesi di *civil forfeiture* previste dalla legge dei singoli Stati americani si impone l'esigenza di verificare che la confisca non si risolva in una misura che impone un sacrificio sproporzionato per il suo destinatario. Si tratta di una decisione di notevolissimo impatto pratico.

⁶⁴ In particolare, la regola contenuta alla lettera (g) del Titolo 18 U.S.C. § 983, rubricata «*Proportionality*», prevede quanto segue: «(1) *The claimant ... may petition the court to determine whether the forfeiture was constitutionally excessive.* (2) *In making this determination, the court shall compare the forfeiture to the gravity of the offense giving rise to the forfeiture.* (3) *The claimant shall have the burden of establishing that the forfeiture is grossly disproportional by a preponderance of the evidence at a hearing conducted by the court without a jury.* (4) *If the court finds that the forfeiture is grossly disproportional to the offense it shall reduce or eliminate the forfeiture as necessary to avoid a violation of the Excessive Fines Clause of the Eighth Amendment of the Constitution*» (enfasi aggiunta). Per una ricognizione analitica delle diverse legislazioni statali in tema di *Excessive Fine Protection* cfr. DEE (2014), pp. 279 ss.

domandarsi se alla confisca civile debba applicarsi anche la *Double Jeopardy Clause* contenuta nel V Emendamento. Questa disposizione – che costituisce l’equivalente anglosassone della garanzia del *ne bis in idem* – impedisce che un individuo possa essere punito più volte per uno stesso reato.

Come abbiamo avuto modo di illustrare nei precedenti paragrafi, la qualificazione tradizionale del *civil forfeiture* in termini di *actio in rem* ha consentito alla giurisprudenza di riconoscere piena autonomia al procedimento di applicazione di tale misura rispetto all’esito del procedimento penale. L’orientamento consolidato era dunque quello di consentire l’applicazione congiunta di sanzioni penali nei confronti degli autori di un fatto di reato e dell’eventuale confisca dei beni coinvolti in quel reato disposta in un autonomo procedimento *in rem*⁶⁵.

Dopo la sentenza *Austin*, che ha riconosciuto carattere punitivo al *civil forfeiture*, questo consolidato orientamento giurisprudenziale è stato però messo in discussione. In un numero sempre maggiore di casi, il destinatario di un provvedimento di confisca che aveva già riportato una sentenza di condanna in sede penale, ovvero la persona indagata in un procedimento penale che era già stata destinataria di un provvedimento definitivo di confisca, ha sollevato la questione dell’applicabilità della *Double Jeopardy Clause* per ottenere – rispettivamente – la restituzione dei beni o l’archiviazione del procedimento penale⁶⁶.

La questione è stata affrontata e risolta in modo definitivo dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella sentenza *United States v. Ursery* del 1996⁶⁷. In questa pronuncia, la Corte ha escluso che il *civil forfeiture* possa costituire una misura punitiva ai fini dell’applicazione della *Double Jeopardy Clause*. La confisca, afferma la Corte, è una sanzione civile *in rem* a contenuto rimediale, che deve essere tenuta ben distinta dalle sanzioni punitive civili *in personam*, e che come tale non può essere attratta sotto l’ombrello garantistico della *Double Jeopardy Clause*.

L’argomento principale invocato dai giudici della Corte Suprema sembra essere ancorato alla tradizione secolare che vanta questo strumento nell’ordinamento statunitense. Il legislatore americano – osservano i giudici – ha sempre previsto la possibilità che il procedimento penale e quello civile per l’applicazione della confisca si svolgessero parallelamente, e non si è mai posto alcun problema circa l’ammissibilità di un cumulo tra sanzione penale e *civil forfeiture*⁶⁸.

La motivazione della sentenza, però, non è affidata solo all’argomento di carattere storico. La Corte indica anche un duplice criterio per stabilire se una misura abbia o meno carattere punitivo ai fini dell’applicazione della *Double Jeopardy Clause*. In primo luogo, tale valutazione andrebbe compiuta verificando quale sia l’intenzione del legislatore, se quella di prevedere una misura penale o civile; in secondo luogo, occorrerebbe guardare al procedimento di applicazione della confisca per stabilire se la misura sia a tal punto punitiva da dover essere considerata nella sostanza penale piuttosto che civile⁶⁹.

Ad avviso dei giudici, adottando un simile test appare evidente che il *civil forfeiture* non possa essere considerato una misura punitiva ai fini dell’applicazione della *Double Jeopardy Clause*. Innanzitutto, perché il legislatore avrebbe inteso chiaramente prevedere una misura civile che colpisce il bene patrimoniale in quanto coinvolto nella realizzazione del reato, e non il proprietario di quel bene in quanto responsabile della commissione dell’illecito⁷⁰. In secondo luogo, perché il *civil forfeiture* persegue principalmente scopi non-punitivi sicché non potrebbe dirsi che la misura assuma in concreto una portata così fortemente sanzionatoria nella forma e negli effetti da renderla una sanzione penale⁷¹.

⁶⁵ *Various Items of Personal Property v. United States*, 282 U.S. 577 (1931 *One Lot Emerald Cut Stones v. United States*, 409 U.S. 232 (1972); *United States v. One Assortment of 89 Firearms*, 465 U.S. 354 (1984).

⁶⁶ *Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch*, 511 U.S. 767 (1994); *United States v. \$405,089.23 U.S. Currency et al.*, 33 F.3d 1210 (9th Circuit 1994); *United States v. Ursery*, 59 F.3d 568, 576 (6th Circuit 1995). Un analogo incremento di casi si è registrato anche a livello statale: cfr. DEE (2014), p. 287 (ivi anche per i riferimenti giurisprudenziali).

⁶⁷ *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267 (1996).

⁶⁸ «*Since the earliest years of this Nation, Congress has authorized the Government to seek parallel in rem civil forfeiture actions and criminal prosecutions based upon the same underlying events ... And, in a long line of cases, this Court has considered the application of the Double Jeopardy Clause to civil forfeitures, consistently concluding that the Clause does not apply to such actions because they do not impose punishment*»: così *United States v. Ursery*, cit., p. 274.

⁶⁹ «*A forfeiture was not barred by a prior criminal proceeding after applying a two-part test asking, first, whether Congress intended the particular forfeiture to be a remedial civil sanction or a criminal penalty, and, second, whether the forfeiture proceedings are so punitive in fact as to establish that they may not legitimately be viewed as civil in nature, despite any congressional intent to establish a civil remedial mechanism*»: così *United States v. Ursery*, cit., pp. 268 e 274-278. Questo test era già stato impiegato – in realtà – nella pronuncia *United States v. One Assortment of 89 Firearms*, cit., pp. 363, 365. Si vedano anche *Various Items of Personal Property v. United States*, cit., 581; *One Lot Emerald Cut Stones v. United States*, cit., pp. 235 s.

⁷⁰ «*There is little doubt that Congress intended these forfeitures to be civil proceedings*»: così *United States v. Ursery*, cit., p. 288.

⁷¹ «*We find that there is little evidence, much less the “clearest proof” that we require, ... suggesting that forfeiture proceedings ... are so punitive in form*

Quello che la sentenza non chiarisce, però, è come possa una stessa misura essere considerata *remedial* per l'applicazione della *Double Jeopardy Clause*, e al contempo *punishment* per l'applicazione della *Excessive Fines Clause*, come riconosciuto dalla stessa Corte Suprema soltanto pochi anni prima nella sentenza *Austin*.

Una possibile spiegazione però ha cercato di fornirla il giudice Kennedy nella sua ampia *concurring opinion*. Secondo il giudice Kennedy, la confisca di un bene in sede civile si giustifica per la circostanza che il proprietario ha utilizzato quel bene per commettere un reato o ha comunque consentito che altri lo utilizzassero per questo scopo. In entrambi i casi – e dunque a prescindere dalla responsabilità per il fatto di reato – il proprietario può essere rimproverato, e sanzionato, per l'uso illecito del bene.

Il *civil forfeiture* rappresenta dunque uno strumento punitivo che priva il destinatario della proprietà su uno o più beni coinvolti in un reato. Essendo una misura punitiva, la confisca è soggetta al limite della proporzionalità imposto dalla *Excessive Fines Clause* contenuta nell'VIII Emendamento. Questo non significa però che l'applicazione congiunta della confisca e della sanzione penale rappresenti una violazione della *Double Jeopardy Clause*. Anche nell'ipotesi in cui il proprietario del bene confiscato sia al contempo l'autore della condotta criminosa, l'ablazione del bene realizzata attraverso il *civil forfeiture* non costituisce una seconda punizione per la commissione del reato, ma la sanzione per l'uso illecito della proprietà.

Conclude quindi il giudice Kennedy che, poiché la punizione è per l'uso improprio della cosa e non per la commissione del reato, un provvedimento di confisca soggetto ai requisiti di proporzionalità dell'VIII Emendamento non costituisce necessariamente una violazione della *Double Jeopardy Clause* del V Emendamento qualora venga applicato congiuntamente alla sanzione penale.

8. Considerazioni conclusive.

La nostra indagine è volta al termine e possiamo dunque provare a tirare le fila delle conclusioni a cui siamo sin qui giunti.

Confidiamo innanzitutto di essere riusciti a dimostrare quanto siano diversi lo strumento del *civil forfeiture* americano e la confisca di prevenzione italiana. A parte l'elemento comune rappresentato dall'irrelevanza della sentenza di condanna ai fini della loro applicazione, sostanzialmente diverso è l'ambito di applicazione delle due misure, perché diversi sono i beni che possono essere oggetto del provvedimento di confisca. Come abbiamo visto, le disposizioni che prevedono il *civil forfeiture* consentono l'ablazione, non solo dei beni acquisiti mediante la commissione di un reato (*proceeds*), ma anche dei beni la cui circolazione è vietata (*contraband*), e dei beni che sono stati utilizzati per realizzare un reato o che comunque ne hanno agevolato la commissione (*instrumentalities* e *facilitating property*). Proprio quest'ultima categoria di beni è quella che occupa oggi un ruolo da protagonista nella concreta prassi applicativa di questo strumento. La misura patrimoniale prevista nel Codice antimafia, per contro, consente l'ablazione dei soli beni che si ha motivo di ritenere provengano da reato e dei beni di cui l'interessato risulta avere la disponibilità in misura sproporzionata al proprio reddito dichiarato o alla propria attività economica, sul presupposto che tali beni siano di provenienza illecita. Rientrano dunque nell'ambito di applicazione della confisca di prevenzione sostanzialmente i soli beni di (sospetta) provenienza illecita.

La diversità di oggetto si traduce poi nell'impossibilità di individuare un fondamento comune alle due misure. Come abbiamo visto, il fondamento del *civil forfeiture* risiede nell'idea che la misura possa colpire direttamente la cosa coinvolta nel reato, e non la persona autore del fatto, perché sarebbe la cosa stessa ad essere "colpevole" dell'illecito (e per questo sarebbe assoggettabile a sanzione). Un bene può essere considerato colpevole, in virtù di questa funzione giuridica, quando viene utilizzato per commettere un reato o quando la legge ne proibisce in radice il possesso. Il bene che costituisce il profitto di un reato – che rappresenta, come detto, l'unico possibile oggetto della confisca di prevenzione – però non può essere considerato colpevole. Il profitto infatti è il risultato dell'attività criminosa, e non lo strumento che ha reso possibile la realizzazione del reato, e non è neppure un bene intrinsecamente illecito. L'argomento dunque che la giurisprudenza e la dottrina americane invocano per giustificare il *civil*

and effect as to render them criminal despite Congress' intent to the contrary»: così *United States v. Ursery*, cit., p. 290.

forfeiture, e il ricorso a un procedimento *in rem* per l'ablazione di un bene, non sembra proprio possa essere invocato per giustificare il ricorso alla confisca di prevenzione.

La confisca di prevenzione, come le altre ipotesi di confisca che aggrediscono la ricchezza acquistata illecitamente, mira semplicemente a privare il destinatario della misura dei vantaggi economici che egli ha tratto mediante la realizzazione di un'attività illecita. La sua legittimazione risiede dunque nel principio secondo cui il reato (e, in genere, l'attività illecita) non può costituire un titolo legittimo di acquisto della proprietà⁷².

Il diverso ambito di applicazione e il diverso fondamento della confisca di prevenzione rispetto al *civil forfeiture* statunitense ci porta a concludere che si tratta in realtà di misure aventi una natura profondamente diversa. La confisca di prevenzione è una misura a carattere *lato sensu ripristinatorio*, poiché mira – appunto – a ripristinare la situazione patrimoniale del destinatario, riportandola nelle condizioni in cui si trovava prima della consumazione dell'illecito. Il *civil forfeiture*, invece, colpendo anche beni strumentali che sono legittimamente acquistati e detenuti dal destinatario, è una misura a carattere autenticamente punitivo, che si “somma” alla pena principale quando il proprietario del bene è anche l'autore del reato, e che rappresenta invece una sanzione per avere negligenzemente permesso che il proprio bene venisse utilizzato per scopi delittuosi quando la proprietà appartiene ad un terzo estraneo al reato.

Ci sembra dunque che la strada della comparazione tra i due istituti non possa essere percorsa dal giurista italiano con l'obiettivo di trarre dal modello statunitense qualche spunto utile a giustificare *de iure condito* la previsione anche nel nostro ordinamento di una misura ablatoria disposta in assenza di condanna come la confisca di prevenzione oggi disciplinata dagli artt. 16 e ss. del Codice antimafia.

Ci sembra, d'altra parte, che la strada della comparazione non possa essere percorsa neppure in una prospettiva *de lege ferenda*, ovvero con l'idea di guardare all'esperienza del *civil forfeiture* nordamericano come a un modello al quale il legislatore italiano dovrebbe ispirarsi per riformare la disciplina vigente in materia di confisca di prevenzione. Innanzitutto, perché la tanto invocata distinzione tra *actio in rem* e *actio in personam*, attorno alla quale ruota l'intera disciplina americana in tema di confisca, non riguarda tanto la fisionomia e l'oggetto della misura, quanto piuttosto le forme procedurali che ne caratterizzano l'applicazione. La pretesa di ricavare indicazioni risolutive sulla natura giuridica della confisca guardando al procedimento con il quale viene disposta (se la confisca è adottata mediante una *actio in rem* si tratterebbe di misura non penale, se viene adottata mediante una *actio in personam* si tratterebbe invece di misura penale), nasconde in realtà una macroscopica inversione metodologica. È la natura giuridica della misura a indicare quali garanzie devono assistere il procedimento previsto per la sua applicazione, e non il contrario.

In secondo luogo, come abbiamo avuto modo di vedere nella parte finale della nostra indagine, il *civil forfeiture* statunitense, nella sua attuale configurazione normativa, non sembra essere affatto un “buon” esempio da seguire. Anche a voler tacere degli abusi cui la misura è stata piegata da parte delle agenzie di *law enforcement*, che hanno visto nella confisca un facile strumento per finanziare le casse delle amministrazioni statali e federali, numerose sono le questioni che il *civil forfeiture* solleva con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte. Su alcune di tali questioni è intervenuta la Corte Suprema americana che ha tentato di tracciare uno statuto di garanzia applicabile a questo strumento. Diversi, però, ci paiono i nodi ancora irrisolti e i potenziali profili di frizione con le garanzie fondamentali che presidono l'applicazione di misure comunque limitative di diritti fondamentali (si pensi, per tutti, al nodo della tutela del terzo innocente e a quello del rispetto del canone della proporzionalità).

Negare che il *civil forfeiture* statunitense possa essere preso come modello per una riforma delle misure patrimoniali italiane, non significa – beninteso – affermare che la confisca di prevenzione rappresenti un modello virtuoso di confisca in assenza di condanna. Al contrario: molte sono le incongruità e i profili di potenziale illegittimità, costituzionale e convenzionale, della disciplina vigente della confisca prevista dagli artt. 16 e ss. del Codice antimafia. Occorre però riflettere sull'auspicabile percorso di riforma legislativa, provando a ipotizzare un inquadramento nuovo di questa misura, che contemperi adeguatamente esigenze di effettività nel

⁷² Questa la tesi che abbiamo sviluppato in un recente lavoro monografico dedicato alla ricostruzione della natura giuridica delle diverse ipotesi di confisca della ricchezza illecita contemplate nell'ordinamento italiano: sia consentito il rinvio a TRINCHERA (2020), pp. 390 ss.

contrasto all'accumulazione di ricchezza illecita ed altrettanto irrinunciabili esigenze di tutela dei diritti fondamentali, e senza riporre troppo affidamento sulla possibilità di importare schemi e modelli maturati in altre esperienze giuridiche.

Bibliografia

ASTARITA, Silvia (2013): "Presupposti e tipologia delle misure applicabili", in FURFARO, Sandro (eds.): *Misure di prevenzione* (Torino, Utet), pp. 341-401

BALSAMO, Antonio (2010): "Le misure di prevenzione patrimoniali come modello di 'processo al patrimonio'. Il rapporto con le misure di prevenzione personali", in BALSAMO, Antonio, CONTRAFATTO, Vania, NICASTRO, Guglielmo: *Le Misure patrimoniali contro la criminalità organizzata* (Milano, Giuffrè), pp. 33-57

BALSAMO, Antonio, LUPARELLO, Graziella (2013): "La controversa natura delle misure di prevenzione patrimoniali", in FURFARO, Sandro (eds.): *Misure di prevenzione* (Torino, Utet), pp. 311-324

BASILE, Fabio (2020): *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali* (Torino, Giappichelli)

BLUMENSON, Eric, NILSEN Eva (1998): "Policing for Profit: The Drug War's Hidden Economic Agenda", *University of Chicago Law Review*, 65, pp. 35-114

CARPENTER, Dick M., KNEPPER, Lisa, ERICKSON, Angela C., McDONALD, Jennifer (2015), *Policing for Profit. The Abuse of Civil Asset Forfeiture*, II ed. (Institute for Justice, liberamente consultabile al seguente indirizzo internet: www.ij.org/report/policing-for-profit)

CASSELLA, Stefan D. (2009): "An overview of asset forfeiture in the United States", in YOUNG, Simon N.M. (eds.), *Civil Forfeiture of Criminal Property* (Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing), p. 23-51

CASSELLA, Stefan D. (2013), *Asset Forfeiture Law in the United States*, II ed. (Huntington, Juris)

CREPPELLE, Adam (2017): "Probable Cause to Plunder: Civil Asset Forfeiture and the Problems It Creates", *Wake Forest Journal of Law & Policy*, 7, pp. 315-363

CUPELLI, Cristiano, DE SANCTIS, Gloria (2017): "L'intervento sul patrimonio come strumento di contrasto all'economia illecita", in MONTAGNA, Mariangela (eds.), *Sequestro e confisca* (Torino, Giappichelli), pp. 113-138

DEE, Edgeworth R. (2014): *Asset Forfeiture. Practice and Procedure in State and Federal Court*, III ed. (Chicago, ABA Publishing)

DOYLE, Charles (2015), *Crime and Forfeiture* (CRS Report, consultabile online all'indirizzo: <https://fas.org/sgp/crs/misc/97-139.pdf>)

FIANDACA, Giovanni (1994): "Misure di prevenzione (profili sostanziali)", in *Dig. pen.*, VIII (Torino, Utet) pp. 108-125

FINKELSTEIN, Jacob J. (1973): "The Goring Ox: Some Historical Perspectives on Deodands, Forfeitures, Wrongful Death and the Western Notion of Sovereignty", *Temple Law Quarterly*, 46, pp. 169-290

FINOCCHIARO, Stefano (2018): *La confisca "civile" dei proventi da reato. Misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation* (Milano, Criminal Justice Network)

- FONAROLI, Désirée (2007): *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale* (Bologna, Bononia University)
- FORNARI, Luigi (1997): *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie* (Padova, Cedam)
- FRIED, David J. (1988): "Rationalizing Criminal Forfeiture", *Journal of Criminal Law & Criminology*, 79, pp. 328-436
- FURFARO, Sandro (2005): "Misure di prevenzione patrimoniale", in *Dig. pen.*, Aggiornamento, III-I (Torino, Utet), pp. 877-917
- GARRETSON, Heather J. (2008): "Federal Criminal Forfeiture: A Royal Pain in the Assets", *Southern California Review of Law and Social Justice*, 18, pp. 45-77
- GURULE, Jimmy (1995): "Introduction: The Ancient Roots of Modern Forfeiture Law", *Journal of Legislation*, 21, pp. 155-173
- HARMON, Rachel A. (2015): "Federal Programs and the Real Costs of Policing", *New York University Law Review*, 90, p. 870-960
- HARRINGTON, Matthew P. (1994): "Rethinking *In Rem*: The Supreme Court's New (and Misguided) Approach to Civil Forfeiture", *Yale Law & Policy Review*, 12, pp. 281-353
- HERPEL, Stephan B. (1998): "Toward a Constitutional Kleptocracy: Civil Forfeiture in America", *Michigan Law Review*, 96, pp. 1910-1946
- ITA, Timothy A. (1984): "Criminal Forfeiture of Proceeds of Racketeering Activity under RICO", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 75, pp. 893-939
- LEVY, Leonard W. (1996): *A License to Steal. The Forfeiture of Property* (Chapel Hill, The University of North Carolina Press)
- MAGI, Raffaello (2018): "Il sequestro e la confisca di prevenzione", in EPIDENDIO Tomaso, VARRASO Gianluca (eds.): *Codice delle confische* (Milano, Giuffrè), pp. 1065-1110
- MAIELLO, Vincenzo (2012): "Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte", *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, pp. 43-57
- MANGIONE, Angelo (2001): *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale* (Padova, Cedam)
- MANGIONE, Angelo (2014): "Le misure di prevenzione", in CADOPPI Alberto, CANESTRARI Stefano, MANNA Adelmo, PAPA Michele (eds.): *Trattato di diritto penale, Parte generale – III. La punibilità e le conseguenze del reato*, (Torino, Utet), pp. 433-496
- MANNA, Adelmo (2019): *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile* (Pisa, IUS/Pisa University Press)
- MAUGERI, Anna Maria (2001): *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo* (Milano, Giuffrè)
- MAUGERI, Anna Maria (2015): "La confisca di prevenzione: profili controversi nella più recente giurisprudenza", in *Giurisprudenza Italiana*, pp. 1534-1539
- MAZZACUVA, Francesco (2017): *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico* (Torino, Giappichelli)
- MENDITTO, Francesco (2012): *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92* (Milano, Giuffrè)
- MENDITTO, Francesco (2012): "La riforma delle misure di prevenzione", in *Libro dell'anno del diritto – 2013* (Roma, Treccani), pp. 658-673

MOCCIA, Sergio (1997): *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane)

NELSON, Caleb (2016): “The Constitutionality of Civil Forfeiture”, in *The Yale Law Journal*, 125, pp. 2446-2518

NICASTRO, Guglielmo (2008): “La confisca nella legislazione patrimoniale antimafia”, in MAUGERI, Anna Maria (eds.): *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione* (Milano, Giuffrè), pp. 285-338

PADOVANI, Tullio (2014): *Misure di sicurezza e misure di prevenzione* (Pisa, Pisa University Press)

PIMENTEL, David (2012): “Forfeitures Revisited: Bringing Principle to Practice in Federal Court”, *Nevada Law Journal*, 13, pp. 1-63

RULLI, Louis S. (2017a): “Seizing Family Homes from the Innocent: Can the Eighth Amendment Protect Minorities and the Poor from Excessive Punishment in Civil Forfeiture?”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 19, pp. 1111-1168

RULLI, Louis S. (2017b): *Civil Forfeiture Training Guide* (Philadelphia, Philadelphia VIP)

TRINCHERA, Tommaso (2020): *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca illecita* (Torino, Giappichelli)

VIGANÒ, Francesco (2018): “Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca ‘di prevenzione’ nell’ordinamento italiano”, in PALIERO, Carlo Enrico, VIGANÒ, Francesco, BASILE, Fabio, GATTA, Gian Luigi (eds.): *La pena, ancora. Fra attualità e tradizione – Studi in onore di Emilio Dolcini*, II (Milano, Giuffrè), pp. 885-918

WAPLES, Rufus (1882): *A treatise on proceedings in rem* (Chicago, Callaghan & Co.)



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>