

Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte

SOMMARIO

0. GLI 'APRIORI' DI CONTESTO DELL'INDAGINE. – 1. LA CONFISCA E LA CEDU: IL CIRCUITO 'VIRTUOSO' DELLE GARANZIE ACCRESCIUTE. – 1.1. IL BISOGNO DI GARANZIE PER LE NUOVE IPOTESI SPECIALI DI CONFISCA. – 1.2. LE DECISIONI DELLA CORTE EUROPEA RILEVANTI PER IL RAFFORZAMENTO GARANTISTICO DELLA CONFISCA. – 1.2.1. (SEGUE) LA SENTENZA *ENGEL C. OLANDA*. – 1.2.2. (SEGUE) LA SENTENZA *WELCH C. R.U.* – 1.2.3. (SEGUE) LE SENTENZE *SUD FONDI C. ITALIA*. – 2. LE RICADUTE CHIAROSCURALI DELLE DECISIONI DELLA CORTE EUROPEA SULLE QUESTIONI RELATIVE AD IPOTESI SPECIALI CONFISCA. – 2.1. IL TEMA DELLA RETROATTIVITÀ DELLA CONFISCA DEL VEICOLO PER LA GUIDA IN STATO DI EBBREZZA. – 2.2. LA QUALIFICAZIONE IN CHIAVE SANZIONATORIA DELLA CONFISCA PER EQUIVALENTE. – 2.3. LE QUESTIONI IN TEMA DI CONFISCA URBANISTICA DOPO *SUD FONDI*. – 2.3.1. FATTISPECIE SOGGETTIVA DELLA TIPICITÀ E CONFISCA. – 2.3.2. PRESCRIZIONE DEL REATO E CONFISCA. – 2.3.3. CONFISCA E TUTELA DEI TERZI. – 2.4. LA MANCATA PENETRAZIONE DEL DIRITTO CONVENZIONALE, E DI QUELLO EUROPEO, NELLA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI CONFISCA ALLARGATA (ART. 12 *SEXIES*, L. N. 356/92). – 2.5. I RIFLESSI AUSPICABILI IN MATERIA DI PREVENZIONE PATRIMONIALE. – 3. CONFISCA PER EQUIVALENTE E OBBLIGO DI INTERPRETAZIONE CONFORME.

0 GLI 'APRIORI' DI CONTESTO DELL'INDAGINE

Una riflessione sui rapporti tra confisca – meglio, tra le (più significative) tipologie che di questo strumento ha forgiato il legislatore degli ultimi decenni¹ – e fonti sovranazionali conduce inevitabilmente ad intersecare i piani di un discorso identitario dell'esperienza giuridica contemporanea², riflesso nei caratteri della a) *complessità*, b) *ambiguità* e c) *ricchezza di sfumature*.

Si tratta di connotazioni che, seppur provviste di referenti semantici specifici e di autonoma rilevanza, convergono nel definire l'odierna dimensione della *normatività penale* secondo coordinate di senso dis-armoniche rispetto alla tradizione degli ordinamenti di *civil law* e tali da imporre il ricorso ad un metodo di indagine di tipo combinatorio/funzionalistico, intriso di *spirito ermeneutico* e di *pragmatico storicismo*, anziché ad un altro costruito sulla logica deduttiva di pretese epistemiche dettate da un regime di monolitico *legicentrismo statale*³.

-
1. Significativa della acquisita complessità della materia è la declinazione al plurale del termine 'confisca', nel linguaggio della dottrina; sul tema, in generale, cfr. A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in AA. Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, *Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale, Diritto processuale penale, Diritto, storia e società*, a cura di E. DOLCINI e C. E. PALIERO, Milano, 2006, pp. 2107 ss.; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007; ID., Artt. 322 ter e 335 bis - *Confisca*, in *Trattato di Diritto penale - Parte speciale*, a cura di A. MANNA-A. CADOPPI-S. CANESTRARI-M. PAPA, Torino, 2008, pp. 280 ss.; ID., *Splendori e miserie della confisca obbligatoria del profitto*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti soprannazionali*, a cura di D. FONDAROLI, Padova, 2009, pp. 117 ss.; ID., *Misure di prevenzione e presunta pericolosità dei beni*, in AA. Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. III, pp. 1507 ss.; G. LUNGHINI-L. MUSSO, *La confisca nel diritto penale*, spec. di *Corr. merito*, 2008; A. M. MAUGERI, *Relazione introduttiva*, in *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, a cura di A. M. MAUGERI, Milano, 2008, pp. 84 ss.; F. VERGINE, *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012; C. VISCONTI, *Dalla "vecchia" alle "nuove" confische penali: recenti tendenze di un istituto tornato alla ribalta*, in *Studium iuris*, 2002, pp. 960 ss. Sia, altresì, consentito il rinvio a V. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 440 ss.
2. Al riguardo, per un suggestivo 'affresco', cfr. AA. Vv., *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna, 2009.
3. Verso questa direzione si proiettano, tra le molte, le riflessioni di M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011.

Ai nostri limitati fini, intendo la *complessità* come requisito di struttura del sistema delle fonti. In tale contesto, esso designa un profilo che, originato dai peculiari dislivelli normativi in cui si articola la dinamica dello Stato costituzionale, si è venuto rafforzando in seguito sia alla costituzione dell'U.E., sia ad un fenomeno di rinnovato protagonismo della giurisprudenza, indotto dalle novità dello scenario politico-istituzionale del nuovo soggetto continentale, nonché dal generale radicarsi di più mature sensibilità ermeneutiche⁴.

Quanto all'*ambiguità*, essa impronta il piano delle scelte legislative riflesse nel linguaggio attraverso il quale esse si esprimono. La sua funzione identitaria dell'esperienza giuridica contemporanea⁵ si correla al noto – ed ampiamente indagato – fenomeno di 'crisi della legge'⁶, a cui non è estraneo il processo di sgretolamento ed opacizzazione della responsabilità politica delle rappresentanze parlamentari, che finisce per trasferire sul 'giudiziario' la gestione dei bilanciamenti interni alle strategie normative di tutela di settori eticamente e politicamente 'caldi', ovvero di incerta cifra epistemologico/scientifica.

La *ricchezza di sfumature*, infine, è conseguenza, per un aspetto, dei due connotati innanzi richiamati; per l'altro, di un più marcato orientamento anche della nostra giurisprudenza verso la dimensione *fattica* del diritto: segnatamente verso la centralità del 'caso', quale fonte di determinazione e di arricchimento semantico delle *regulae iuris*⁷.

Ora, discutere di confisca e di implicazioni che sul relativo assetto possono derivare da CEDU e diritto dell'U.E.⁸ comporta la necessità di 'fare i conti' con quei referenti di 'contesto', in una prospettiva indirizzata a dinamizzarne i significati.

1 LA CONFISCA E LA CEDU: IL CIRCUITO 'VIRTUOSO' DELLE GARANZIE ACCRESCIUTE

Domandarsi quali siano – o possano essere – i termini della relazione tra le ipotesi di confisca disseminate nella legislazione penale italiana e le garanzie apprestate dalla CEDU⁹ ha senso se si ritiene (con curiosità solo in apparenza *inutilis*) che da quest'ultimo testo siano ricavabili 'argomenti' e 'principi' in grado di neutralizzare scelte legislative caratterizzate da 'esuberanze' repressive, altrimenti sottratte a censure di legittimità.

In caso contrario, l'uso interpretativo della CEDU avrebbe rilevanza esclusivamente confermativa del livello di garanzie sancite nella Carta repubblicana, tenuto conto che eventuali discrasie tra i due documenti non potrebbero determinare effetti deteriori nel godimento dei diritti costituzionali.

Alla domanda fornisco una risposta che traggo: a) dal 'tempo' di formulazione della maggior parte delle *quaestio legitimitatis*, costituzionali e convenzionali, in materia di confisca; b) dalle connessioni diacroniche e discorsive tra evoluzione in chiave garantistica della giurisprudenza interna ed importanti pronunce dei giudici di Strasburgo.

4. In argomento, P. CAPPELLINI, *L'ermeneutica sulla luna. Ovvero come sta cambiando il nostro concetto di interpretazione*, in AA. Vv., *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica ed etica*, Milano, 2012, pp. 71 ss.

5. L'impiego del sintagma *esperienza giuridica*, in luogo del lemma *diritto*, vuole sottolineare l'ormai irreversibile coscienza della *storicità* del fenomeno giuridico, di cui sono coesenziali sia la dimensione temporale e spaziale, sia la connotazione intrinsecamente 'contenziosa' o, se si preferisce, 'controversa' dei suoi principi. Le odierne consapevolezza teorico-generalis suggellano, così, la straordinaria fecondità della lezione capogrossiana (*Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, 1932), vivificata nell'opera di Riccardo Orestano, così come in quella di Alessandro Giuliani, come ci ha, di recente, ricordato Paolo Grossi (in *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, cit., spec. pp. 5 ss.).

6. Tra i penalisti, di recente, G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini*, n. 36, 2007, pp. 1247 ss. e F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, ivi, pp. 1279 ss.

7. Oltre ai fondamentali lavori di A. KAUFMANN, *Analogia e "natura della cosa"*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, tr. it., Napoli, 2003 e W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, tr. it., Napoli, 2007, si veda, per un'acuta puntualizzazione del ruolo del 'caso' nell'opera di 'attribuzione di senso' agli enunciati normativi, V. OMAGGIO-G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, 2010, spec. pp. 43 ss. e pp. 91 ss.

8. Sulle interrelazioni tra CEDU e diritto dell'U.E., da ultimo, C. SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in AA. Vv., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES-V. ZAGREBELSKY, Milano, 2011, pp. 109 ss.

9. Per una dettagliata analisi dei rapporti tra il contesto delle garanzie CEDU e la legislazione penale interna, cfr., A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, Torino, 2008, *passim*; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, pp. 220 ss.; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 84 ss.; ID., *Obblighi convenzionali di tutela penale*, in AA. Vv., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., pp. 243 ss.

Detto con parole diverse, non risponderò al quesito con argomenti espunti da una dommatica fondata sulla comparazione testuale tra Costituzione e CEDU, bensì lasciandomi guidare da un senso di *pragmatismo empirico* (proprio dell'epistemologia di matrice *giusrealistica*), descrittivo del 'come sono andate le cose'¹⁰.

Costruita su queste basi, la riflessione lascia emergere, con evidenza, che la (*sub-*) *costituzionalizzazione* della CEDU – sancita dal suo ingresso tra le fonti sovraordinate alla legge ordinaria – ha oggettivamente segnato, in tema di confisca, l'apertura di una stagione di *enforcement* ampliativa delle garanzie individuali.

La ragione è duplice.

La prima si innesta sul fatto che la CEDU ignora la dicotomia strutturale del 'doppio binario' sanzionatorio e, perciò, lega l'area di operatività dei tradizionali baluardi penalistici dello Stato di diritto ad un concetto, quello di *penalty*, che la giurisprudenza di Strasburgo declina secondo scansioni che lo portano ad abbracciare istituti estromessi, negli ordinamenti nazionali, dalla sfera di operatività del *nulla poena sine praevia lege scripta et sine culpa*.

La seconda rinvia all'esiguo 'peso specifico' delle prestazioni, conformatrici e/o correttive/integrative, rese in materia dalla nostra giurisprudenza costituzionale, condizionata dal noto 'auto-contenimento' con cui ha esercitato il controllo di legittimità in ambito penale¹¹.

1.1

IL BISOGNO DI GARANZIE PER LE NUOVE IPOTESI SPECIALI DI CONFISCA

Che nel diritto penale italiano (il variegato universo del) la confisca ponga problemi di raccordo con le classiche garanzie della legalità/irretroattività, della colpevolezza e della proporzionalità è assunto che si presta ad una rapida enunciazione del suo fondamento¹².

Il suo archetipo codicistico – vale a dire, la figura meno deficitaria e controversa in termini di affidabile imputazione personale – appartiene, per espressa definizione legale, alla *species* 'misure amministrative di sicurezza' e soggiace, quindi, al ridotto statuto garantistico dell'art. 25, 3° comma, Cost.

La definizione in termini diversi dalla pena in senso stretto ha riguardato anche speciali figure di confisca alle quali il legislatore degli ultimi decenni ha affidato il compito di irrobustire la deterrenza del sistema, moltiplicando strumenti e forme di aggressione delle accumulazioni patrimoniali illecite e di neutralizzazione delle relative potenzialità di reimpiego nel circuito dell'economia legale (art. 12-*sexies*, l. n. 356/92 ed estensione della confisca di prevenzione) o istituendo congegni ablativi dei beni del condannato indirizzati ad una tutela in chiave risarcitorio/compensativa del danno da reato e/o del profitto criminoso conseguito (confisca per equivalente).

Ciò che, peraltro, le 'moderne' tipologie di confisca hanno recato con sé, scuotendo la coscienza garantistica del penalista, consiste nell'indebolimento della loro interna struttura 'criminologica', determinato dal superamento del nesso di pertinenzialità della *res* ablata col reato commesso. Il risultato è che – oltre a condividere la debolezza garantistica 'esterna' della confisca 'classica', che si manifesta nei rapporti con i principi di determinatezza/tassatività ed irretroattività – esse esibiscono una morfologia che entra in tensione con personalità e proporzionalità della punizione.

Di qui, il consolidarsi di spazi vuoti di protezione che – a fronte dei cedevoli e scivolosi confini di una tutela costituzionale condizionata dalla logica del doppio binario sanzionatorio ed alla quale non è riuscito negare cittadinanza al *monstrum* della

10. Per un fecondo esempio di complessa comparazione critica tra principi costituzionali e principi convenzionali, con specifico riguardo al *nullum crimen*, si veda lo stimolante saggio di O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA. Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, cit., vol. IV, pp. 2197 ss.

11. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.

12. A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino 1989, pp. 52 ss.

prevenzione personale *praeter delictum* – hanno chiesto di essere riempiti dalla CEDU e, per certi profili, dal diritto comunitario (oggi diritto dell’U.E)¹³.

1.2

LE DECISIONI DELLA CORTE EUROPEA RILEVANTI PER IL RAFFORZAMENTO GARANTISTICO DELLA CONFISCA

La chiave di volta per ipotizzare, in tema di confisca, un sistema di garanzie rafforzate di fonte CEDU si lega ai rapporti tra la nozione convenzionale di *penalty* e quelle interne di *pene, misure di sicurezza e misure di prevenzione*.

Ove, infatti, la prima fosse perfettamente sovrapponibile a quella che il diritto nazionale riserva alle pene in senso stretto, resterebbero vanificate le aspettative di maggior tutela, con esiti, sul punto, di sostanziale neutralizzazione dell’efficacia del testo convenzionale, segnatamente di quella ‘sintassi’ di garanzie risultante dagli artt. 6 (*fair trial*), 7 (legalità, irretroattività *in malam partem*, retroattività della *lex mitior*), 2 (revisione della condanna da parte di istanza giurisdizionale superiore) e 4 Protocollo n. 7 (divieto del *bis in idem*).

Per scongiurare il paventato esito, ed assicurare *effettività* ai predetti principi con relativa sottrazione alle manovre di aggiramento da parte degli ordinamenti nazionali, la Corte europea dei diritti dell’uomo da tempo – segnatamente dal *leading case Öztürk*¹⁴ del 21 febbraio 1984 – segue itinerari ricostruttivi autonomi nell’impostare la questione del cosa costituisca, ai sensi della Convenzione, “materia penale”, “sanzione penale” e “illecito penale”.

1.2.1

(SEGUE) LA SENTENZA ENGEL C. OLANDA

Sul punto, l’analisi della giurisprudenza di Strasburgo ci riporta all’ormai celebre sentenza *Engel*¹⁵, caso paradigmatico seguito da altre significative pronunce che, pur orientate, nella sostanza, a ribadirne il *nomos*, non sempre, tuttavia, hanno operato valutazioni sceve dalla preoccupazione di incidere su scelte ritenute espressione di cruciali equilibri interni alle legislazioni degli Stati.

In *Engel*, i *criteria* stabiliti per verificare la natura penale di un illecito e della connessa sanzione, con conseguente applicazione degli artt. 6 e 7 CEDU, sono stati individuati nella: a) qualificazione giuridico-formale sancita dal diritto nazionale; b) natura dell’illecito; c) natura e gravità della sanzione. Si tratta di criteri fungibili e non cumulativi, di talché è sufficiente che ne ricorra uno soltanto per qualificare l’illecito o la sanzione, rispettivamente, *criminal offence e penalty*.

1.2.2

(SEGUE) LA SENTENZA WELCH C. R.U.

Le linee guida di *Engel* hanno tracciato gli assi lungo i quali si è evoluta la giurisprudenza successiva. È interessante notare come – proprio in rapporto ad una decisione relativa ad una ipotesi di confisca – l’opera di progressiva concretizzazione compiuta dalla Corte sia pervenuta a precisare, in termini ancor più ‘comprendenti’, gli indici rivelatori della natura penale di una sanzione non configurata come tale dal diritto interno. Il pensiero corre al caso *Welch*¹⁶, ove la Corte (con sentenza 9 febbraio 1995) ha esaminato la vicenda di una confisca disposta ai sensi del britannico *Drug Trafficking Offences Act* del 1986, che prevedeva un’ablazione molto estesa dei beni di chi fosse condannato per traffico di stupefacenti; la misura non era definita nella legge e ciò aveva consentito alla difesa del Governo di sostenere che, essendo finalizzata a privare una persona dei profitti ottenuti da traffici illeciti e prevenirne così l’utilizzo futuro per il commercio di

13. G. ABBADESSA-F. MAZZACUVA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU)*, in questa *Rivista*, 2011, n. 1, pp. 323 ss.

14. Corte EDU, *Öztürk c. Grecia*, 21 febbraio 1984, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme* 1985, Série A, vol. 231, pp. 41 ss., nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 894 ss., con nota di C.E. PALIERO, “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la corte europea dei diritti dell’uomo: una questione classica ad una svolta radicale.

15. Corte EDU, *Engel e altri c. Olanda*, 8 giugno 1976, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme* 1977, Série A n. 22, 36.

16. Corte EDU, *Welch v. R. U.*, 9 febbraio 1995, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme* 1995, Série A, vol. 307, pp. 1 ss.

droga, “it thus did not seek to impose a penalty or punishment for a criminal offence but was essentially a confiscatory and preventive measure”.

La Corte ha ritenuto che nel tipo di confisca considerata (*value confiscation*) convivessero – integrandosi funzionalmente – scopi preventivi ed esigenze propriamente punitive e che entrambi ben “possono essere considerati elementi costitutivi della stessa nozione di penalty” (§ 30 della motivazione). In particolare, i giudici hanno ribadito come questo concetto convenzionale prescindere dalla qualificazione del diritto interno, risultando, invece, determinanti, ai fini della sua integrazione, a) *the connection with a criminal offence*; b) *the nature and purpose of the measure in question*; c) *its characterisation under national law*; d) *the procedures involved in the making and implementation of the measure*; e) *its severity*.

Rispetto ad *Engel, Welch* ha arricchito il discorso relativo ai criteri di denotazione connotativa del concetto di ‘pena’. Costretto, invero, a ragionare intorno ad un materiale spurio, ove l’istituto esaminato non rappresenta la conseguenza principale del reato, ma solo un suo effetto accessorio, *Welch* ha aggiunto agli “*Engel criteria*”, caratterizzati da una struttura di rilevanza sostanzialistica, indici di qualificazione che, per la prima volta, registrano l’irrompere della dimensione processuale dei congegni di applicazione e di esecuzione della misura.

1.2.3

(SEGUE) LE SENTENZE *SUD FONDI*
C. ITALIA

Nell’economia del presente discorso – e specificamente al fine di definire la portata delle prestazioni garantistiche che la CEDU, nella interpretazione che riceve dal suo giudice naturale, può rendere in relazione ad ipotesi problematiche di confisca presenti nella nostra legislazione – assumono significativa importanza le decisioni emesse dalla Corte europea nella nota vicenda *Sud Fondi c. Italia*¹⁷.

Ai giudici di Strasburgo era stata devoluta la questione della legittimità convenzionale della confisca di terreni e di edifici disposta all’esito di un procedimento penale per lottizzazione abusiva, conclusosi con sentenza della Cassazione che – nel sostituire il dispositivo della pronuncia impugnata, recante assoluzione con la formula del “fatto non sussiste”, con altro di assoluzione perché “il fatto non costituisce reato” – aveva riconosciuto che gli imputati agirono in situazione di ignoranza scusabile *ex art. 5 c.p.*

L’epilogo decisorio della vicenda giudiziaria nazionale, con riguardo specifico al provvedimento ablativo emesso, aveva trovato causa nella giurisprudenza della nostra Corte regolatrice che – qualificando la confisca prevista dall’art. 19 della l. n. 47/85 (oggi art. 44 d.P.R. n. 380/01) come *sanzione amministrativa atipica* (in quanto applicabile dal giudice penale) – ne ha costantemente legittimato l’applicazione nei casi di accertamento della (fattispecie oggettiva di) lottizzazione cui non segua condanna, vuoi per l’assenza dei coefficienti soggettivi di integrazione della tipicità, vuoi per la ricorrenza di cause di non punibilità o di estinzione del reato.

Con una prima sentenza sulla ricevibilità del ricorso, emessa il 30 agosto 2007, la Corte – chiamata a stabilire se alla fattispecie sottoposta al suo vaglio poteva applicarsi l’art. 7 – ha riconosciuto la natura di sanzione penale della confisca sottoposta al suo vaglio, svolgendo argomentazioni ineccepibili.

In punto di metodo, il giudice della CEDU, dopo aver richiamato il proprio orientamento sull’autonomia della nozione convenzionale di *penalty*, ha valutato come assorbiti i criteri relativi allo ‘scopo’ ed alla ‘gravità’ della sanzione, relegando in appendice quello formale della qualificazione da parte del diritto interno. Per tale via, viene individuata nella struttura teleologica della confisca urbanistica una connotazione di

17. Corte EDU, *Sud Fondi c. Italia*, 30 agosto 2007, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme* 2008, Série A, vol. 212, pp. 60 ss. ; Corte EDU, *Sud Fondi c. Italia*, 20 gennaio 2009, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme* 2009, Série A, vol. 300, pp. 1 ss. Su queste sentenze, cfr. F. MAZZACUVA, *Un “hard case” davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1540 ss.; R. MARTUSCELLI, *La lottizzazione abusiva*, Milano, 2011, *passim*.

afflittività orientata a conseguire esiti di prevenzione generale, che fa affermare al Collegio di Strasburgo come quella figura ablativa miri “nella sua essenza a punire per impedire la reiterazione di trasgressioni a prescrizioni stabilite dalla legge”.

Nel successivo arresto del 20 gennaio 2009, relativo al merito della regiudicanda, la Corte ha colto l'occasione per arricchire il quadro delle garanzie convenzionali in materia penale¹⁸, introducendo al suo interno quella pietra angolare del diritto penale liberaldemocratico rappresentato dal principio di colpevolezza, ma a cui la CEDU non dà espresso riconoscimento.

Sul punto, la pronuncia ha osservato che se, per un verso, “l'articolo 7 non menziona espressamente un legame morale tra l'elemento materiale del reato ed il presunto autore”, per l'altro, “la logica della pena e della punizione così come la nozione di ‘guilty’ (nella versione inglese) e la nozione corrispondente di ‘personne coupable’ (nella versione francese) sono nel senso di un'interpretazione dell'articolo 7 che esiga, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato”.

La seconda decisione di *Sud Fondi* ha così confermato il ruolo cruciale che, negli anni, il tema della confisca ha finito per giocare nell'opera di progressiva messa a punto, da parte della giurisprudenza di Strasburgo, delle garanzie convenzionali, nel contesto di un confronto con le esperienze giuridiche nazionali (che appare) sempre più consapevolmente aperto alla formazione, ancorata ad affidabili paradigmi di *razionalità discorsiva*, di una rinnovata *koivé* dei diritti fondamentali¹⁹.

Per *Sud Fondi* la possibilità – ammessa dal diritto italiano (*scilicet* dal suo formante giurisprudenziale) – di disporre la confisca pur nella carenza del necessario elemento psicologico del reato che ne è il presupposto, stride con la considerazione del principio di colpevolezza in chiave di corollario della legalità/irretroattività scolpita dall'art. 7.

In effetti, costruendo un discorso ermeneutico per certi versi analogo al rapporto tra legalità e colpevolezza impostato da Corte Cost. n. 364/88, Strasburgo è venuta così a strutturare una versione ‘allargata’ del *nullum crimen*, in cui i requisiti della *accessibilità* e *prevedibilità* della legge non rilevano soltanto come presupposti dell'esistenza oggettiva di una incriminazione e della correlativa base legale di punizione, bensì anche quali fattori di una imputazione colpevole e, perciò, rimproverabile della trasgressione.

In pratica, la Corte dei diritti dell'uomo ha delineato una *ratio* di garanzia dell'art. 7 ad ‘ampia vocazione’ performativa: una *ratio* che funziona da comune denominatore della legalità formale e del principio di colpevolezza, tesa a sottolineare come la protezione della libertà individuale implichi una sinergica complementarietà di entrambe le suddette garanzie.

2

LE RICADUTE CHIAROSCURALI DELLE DECISIONI DELLA CORTE EUROPEA SULLE QUESTIONI RELATIVE AD IPOTESI SPECIALI CONFISCA

Occorre a questo punto verificare l'impatto che la produzione giurisprudenziale di matrice convenzionale, riportata per sommi capi, ha prodotto sull'esperienza italiana di gestione conformativa e di applicazione delle tipologie maggiormente controverse di confisca.

18. Per una adeguata sottolineatura, S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, ult. cit., pp. 2391 ss.; V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i «nuovi» vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, ivi, pp. 2437 ss., pp. 2449 ss.

19. In tal modo, mi pare che riceva conferma il *trend* ‘neocostituzionalistico’: costruito nella forma di nuova ‘teoria del diritto e dell'interpretazione’, esso impernia la definizione di diritto sia sul relativo congedo dal concetto di sovranità, sia sulla massima espansione della portata vincolante degli enunciati costituzionali, orientata a realizzare, al più alto grado possibile, la tutela dei diritti fondamentali; sul punto, cfr. A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in *Giur. Cost.*, 2007, pp. 3251 ss.; M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in *Costituzionalismo.it*, 2010.

2.1

IL TEMA DELLA RETROATTIVITÀ DELLA CONFISCA DEL VEICOLO PER LA GUIDA IN STATO DI EBBREZZA

A questo riguardo, un primo riferimento va operato alle vicende interpretative che hanno riguardato la confisca obbligatoria del veicolo, prevista dall'art. 186, comma 2, lett. c), C.d.S. per il reato di guida in stato di ebbrezza.

In questo contesto, infatti, quasi plasticamente emerge l'oggettiva influenza esercitata dalla definizione convenzionale di 'sanzione penale' elaborata dalla Corte EDU ai fini specifici dell'individuazione della natura giuridica di quella ipotesi di confisca.

In discussione era venuta la possibilità di applicare retroattivamente tale istituto.

Muovendo dalla formulazione letterale della richiamata disposizione del C.d.S. – nella parte in cui stabiliva la confiscabilità del veicolo “ai sensi dell'art. 240, secondo comma, del codice penale” – e dalla sua lettura in combinato disposto con il successivo art. 187, comma 1), un primo granitico orientamento giurisprudenziale²⁰ riconduceva il nuovo strumento di sottrazione patrimoniale all'operatività della regola del *tempus regit actum* scolpita dall'art. 200 c.p., legittimandone l'applicazione in via retroattiva, per fatti commessi antecedentemente all'entrata in vigore della novella introdotta con l'art. 4, comma 1, lett. b), del d.l. n. 92/08, convertito, con modificazioni, nella legge n. 125/08.

Questo spaccato di *diritto vivente* è giunto al vaglio della Consulta in seguito ad un'accurata ordinanza di remissione che ha sollevato la questione del contrasto della soluzione accolta dalla unanime giurisprudenza di legittimità con l'art. 7 della CEDU, interpretato quale disposizione *subcostituzionale* rilevante nella cornice precettiva dell'art. 117, primo comma, Cost.

L'auspicata risposta in coerenza agli scopi di protezione della Convenzione si è concretizzata nella sentenza 26 maggio/4 giugno 2010, n. 196²¹, con cui la Corte Costituzionale, dichiarando l'illegittimità della disposizione censurata, limitatamente alle parole “ai sensi dell'art. 240, secondo comma, del codice penale”, ha riconosciuto natura sanzionatoria alla confisca esaminata, sancendone la soggezione al regime dell'irretroattività.

Rilevante, per le nostre esigenze, è il peculiare discorso giustificativo declinato dal giudice delle leggi. Nel fondare il dispositivo di accoglimento su di un itinerario argomentativo incentrato sull'interpretazione che la disposizione convenzionale evocata ha ricevuto dalla Corte dei diritti dell'uomo, i giudici costituzionali ne hanno sottolineato la portata vincolante ai fini di valutazione dei vincoli fissati dall'art. 117, primo comma, Cost., nella dimensione di rilevanza che, configurata dalle sentenze gemelle, è stata ribadita ed ulteriormente precisata dalla decisione n. 239/09.

La Corte, infatti, ha rammentato che le norme della Convenzione, oltre a consentire il sindacato di legittimità nella sede propria del giudizio a ciò deputato, determinano in capo al giudice interno uno specifico potere/dovere di interpretazione orientata ‘nel senso della CEDU’, competendo ad esso un compito di ‘custode diffuso’ della legalità convenzionale in quanto parte integrante di quella costituzionale.

Nel merito della questione sollevata, la Consulta ha rimarcato come la portata convenzionale del *nullum crimen* inglobi, in coerenza con una ricostruzione autonomistica del concetto di ‘materia penale’, tutte le misure ‘intrinsecamente punitive’, senza che rilevi, al riguardo, la nomenclatura formale.

È allora possibile affermare che nella sentenza n. 196/10 si è venuto realizzando un significativo ‘circolo ermeneutico’ tra testo convenzionale e Costituzione circa l'estensione del *nullum crimen* su basi sostanziali di effettività.

Potrebbe, inoltre, risultare non insignificante notare – da un angolo visuale interessato a sondare l'esistenza, almeno presso le nostre Corti supreme, di uno *Zeitgeist* di qualche

20. Cass. pen., sez. IV, 4 giugno 2009, n. 32932, in CED, rv. 413251; Id., 3 aprile 2009, n. 38179; Id., 27 gennaio 2009, n. 9986, in CED, rv. 239156.

21. In www.giurcost.org; in argomento, G. ABBADESSA, *Guida in stato di ebbrezza e divieto di applicazione retroattiva della confisca*, 8 dicembre 2010, in *Diritto penale contemporaneo*; V. MANES, *La confisca “punitiva” tra corte costituzionale e CEDU: sipario sulla “truffa delle etichette”*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 534 ss.; F. VIGANÒ-G. L. GATTA, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? Riflessi sostanziali e processuali*, 9 dicembre 2010, in *Diritto penale contemporaneo*.

2.2

LA QUALIFICAZIONE IN CHIAVE
SANZIONATORIA DELLA CONFISCA
PER EQUIVALENTE

rilievo – come, contestualmente al discorso svolto dalla Corte Costituzionale, anche le Sezioni Unite della Cassazione abbiano promosso una lettura ad *orientamento convenzionale* della confisca dell'autoveicolo per la guida in stato di ebbrezza, 'bocciando' l'indirizzo interpretativo fino ad allora dominante nella giurisprudenza delle sezioni semplici.

Nell'arresto *Caligo*²², infatti, i supremi giudici hanno etichettato l'istituto come sanzione penale accessoria, affermando *expressis verbis* che la soluzione è "in linea con la più recente elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo" e, in modo specifico, con le posizioni espresse in *Sud Fondi*.

Altro terreno sul quale la giurisprudenza convenzionale in tema di qualificazione sanzionatoria della confisca ha prodotto risultati di salutare adeguamento dell'interpretazione interna, concerne l'istituto della confisca per equivalente, definita dalle SS.UU. "forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti"²³.

Anche qui, invero, è possibile marcare una crasi tra la prima fase dell'esperienza giurisprudenziale e quella successiva, in cui lo spartiacque ancora una volta si è rivelata la graduale maturazione di una 'coscienza convenzionale' e del ruolo di parte integrante del patrimonio culturale e tecnico operativo del giurista (teorico e pratico) interno.

Negli anni iniziali di vigenza dell'art. 322-ter c.p., la giurisprudenza nazionale aveva opposto resistenze alla prospettiva di aggregare il nuovo istituto all'ambito nozionale di pena, sposando la tesi della relativa sottoposizione alla disciplina in tema di misure di sicurezza, in particolare a quella racchiusa nell'art. 200 c.p. Progressivamente, tuttavia, questo indirizzo è mutato proprio in virtù delle spinte conformatrici generate dalla definizione convenzionale di sanzione penale, al punto che costituisce oggi *ius receptum* la caratterizzazione della confisca in esame quale misura sanzionatoria, rientrando nello statuto garantistico della 'materia penale', ove primeggia la regola dell'irretroattività *in malam partem*. Limpida, al riguardo, è divenuta la posizione dei nostri giudici: secondo la Corte di Cassazione²⁴ e la Corte Costituzionale²⁵ "la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un 'rapporto di pertinenzialità' (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, una natura 'eminentemente sanzionatoria', che impedisce l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell'art. 200 cod. pen., secondo cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, e possono essere, quindi, retroattive", dovendosi invece fare riferimento all'art. 25, comma 2 della Costituzione ed all'art. 7 della Convenzione Europea.

2.3

LE QUESTIONI IN TEMA DI
CONFISCA URBANISTICA DOPO *SUD*
FONDI

Rispetto alla confisca prevista per il reato di lottizzazione abusiva, l'interesse ad esaminare i termini ed il grado di penetrazione degli argomenti e dei principi di fonte convenzionale nell'ambito della nostra giurisprudenza nasce – innanzitutto e quasi istintivamente – dal fatto che proprio in questa materia è stata pronunciata la prima condanna dell'Italia per violazione dell'art. 7 CEDU; in secondo luogo, dai diversi interrogativi di legittimità convenzionale che l'istituto solleva.

Proprio riguardo a quest'ultimo piano, la verifica dell'incidenza avuta dalla decisione della Corte dei diritti dell'uomo esige la previa individuazione analitica delle diverse questioni sul tappeto, anche in ragione della differente efficacia vincolante che rispetto ad esse produce l'arresto di Strasburgo.

22. Cass. pen., SS.UU., 18 giugno 2010, n. 23428, *Caligo*, in *Diritto penale contemporaneo*.

23. Cass. pen., SS.UU., 25 ottobre 2005, n. 41936, in *Cass. pen.*, 2006, 1382.

24. Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 2009, n.13098, in CED, rv. 254316.

25. Ordinanza n. 97 del 22 aprile 2009, in *Corr. trib.*, 2009, pp. 1775 ss., con nota di P. M. Corso, *La confisca per equivalente non è retroattiva*.

2.3.1

FATTISPECIE SOGGETTIVA DELLA TIPICITÀ E CONFISCA

Un primo profilo problematico coincide con la specifica ragione che ha determinato la pronuncia sul merito del 20 gennaio 2009.

E qui la giurisprudenza di legittimità ha adempiuto, da subito e fino in fondo, il proprio dovere di adeguamento alla *ratio decidendi* di *Sud Fondi*, stabilendo²⁶ che, ai fini dell'applicazione della confisca di terreni abusivamente lottizzati e delle opere ivi illegittimamente realizzate, è necessario l'accertamento sia degli estremi oggettivi della fattispecie lottizzatoria, sia dei correlati coefficienti soggettivi, quantomeno nella forma minima della colpa.

2.3.2

PRESCRIZIONE DEL REATO E CONFISCA

Un secondo aspetto concerne la legittimità della confisca 'senza condanna', nei casi, in particolare, di sopravvenuta prescrizione del reato.

Al riguardo, va detto che, proprio di recente, la Corte di Cassazione ha introdotto un cuneo nel monolitico orientamento formatosi prima di *Sud Fondi*, affermando che non può farsi luogo alla misura ablatoria qualora la causa estintiva sia maturata in epoca antecedente al promovimento dell'azione penale²⁷.

A mio avviso, anche dopo *Sud Fondi*, può residuare uno spazio di agibilità della confisca applicata in relazione a reato prescritto, a condizione, ben vero, che resti preservata, all'esito di un giudizio di merito, l'effettività dell'accertamento (dei profili) di responsabilità. Da questa impostazione, dovrebbe, allora, conseguire la preclusione a disporre la confisca in caso di prescrizione dichiarata dal giudice dell'udienza preliminare, ovvero con sentenza emessa ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

2.3.3

CONFISCA E TUTELA DEI TERZI

Resta da esaminare un terzo profilo, relativo alla tutela dei terzi acquirenti estranei al reato.

Il punto merita un particolare approfondimento, per i fraintendimenti a cui può dare adito una linea interpretativa che affastella situazioni che, invece, vanno tenute accuratamente distinte.

Mi riferisco a quello che viene presentato come l'orientamento che adempie l'ufficio di raccordare il diritto di proprietà dei terzi acquirenti col principio di colpevolezza affermato da *Sud Fondi*.

Si è soliti, al riguardo, riportare la giurisprudenza che riconosce il "necessario riscontro quanto meno di profili di colpa (anche sotto gli aspetti dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza) nella condotta dei soggetti sul cui patrimonio la misura viene a incidere", precisando, quale corollario, "che viola l'art. 7 della CEDU e l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 l'applicazione della confisca nei confronti di un soggetto del quale non sia stata accertata una condotta dolosa o colposa di partecipazione alla lottizzazione abusiva"²⁸.

Ora, appare abbastanza chiaro che tali massime non si correlano al 'caso tipologico' del terzo estraneo al reato, ma concernono una ordinaria vicenda di concorso criminoso, per la quale l'adeguamento a *Sud Fondi* non può che replicare l'affermazione della necessità dell'elemento psicologico, in tutto omologa a quella argomentata per l'illecito monosoggettivo, sia nella versione esclusivamente individuale, sia in quella plurale delle cause indipendenti.

Deve essere, invece, chiaro che la tutela del terzo acquirente, *estraneo al reato*, reclama l'operatività dell'assai diverso principio civilistico della 'buona fede'.

Proiettata la questione in questa ottica, emerge il carattere insoddisfacente della

26. *Ex plurimis*, Cass. pen., sez. III, 16 febbraio 2011, n. 5857; Id., 6 ottobre 2010, n. 39715; Id., 25 maggio 2010, n. 32273; Id., 13 luglio 2009, n. 39078; Id., 29 aprile 2009, n. 17865.

27. Cass. pen., sez. III, 16 febbraio 2011, cit.

28. Cass. pen., sez. III, 16 febbraio 2011, cit.

soluzione ermeneutica coniata dalla nostra Corte regolatrice, nel contesto di un orientamento costante quanto francamente approssimativo, ove si afferma che “quando invece l’acquirente sia consapevole dell’abusività dell’intervento – o avrebbe potuto esserlo spiegando la normale diligenza – la sua condotta si lega con intimo nesso causale a quella del venditore ed in tal modo le rispettive azioni, apparentemente distinte, si collegano tra loro e determinano tra loro la formazione di una fattispecie unitaria e indivisibile, diretta in modo convergente al conseguimento del risultato lottizzatorio”.

Accomunare la situazione dell’acquirente concorrente nel reato (impropriamente definito ‘terzo’) e quella del soggetto oggettivamente estraneo (e, dunque, effettivamente ‘terzo’) comporta, all’evidenza, una violazione dell’uguaglianza/ragionevolezza, ma, ancor più, dell’esigenza di garantire effettiva ed adeguata tutela al diritto di proprietà.

Esigere, infatti, dal terzo estraneo un dovere di normale diligenza che rende rilevante la mera trascuratezza quale causa di esclusione della buona fede, equivale a costruire – sul delicato terreno della giustiziabilità degli strumenti di sottrazione patrimoniale – una nozione iper-oggettiva di colpa, a base totale, calibrata sul paradigma di un super-agente modello, in contrasto vistoso con i livelli di tutela che garantisce il capoverso dell’art. 1147 c.c., per il quale solo la colpa grave può assurgere a limite di configurabilità della buona fede.

In coerenza con l’approccio qui criticato, si collocano le ancor più drastiche conseguenze teorizzate dalla Cassazione in materia di sequestro, ove viene sancito che “il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di un immobile abusivamente lottizzato può essere adottato anche nei confronti del terzo acquirente, qualora egli non abbia assunto, deliberatamente o per mera trascuratezza, tutte le necessarie informazioni sulla sussistenza di un titolo abilitativo, nonché sulla compatibilità dell’immobile con gli strumenti urbanistici”²⁹, con l’ulteriore precisazione che “nel giudizio cautelare concernente il sequestro di immobili o terreni abusivamente lottizzati, la dedotta buona fede del terzo acquirente può essere oggetto di valutazione a condizione che risulti immediatamente evidente”³⁰.

2.4

**LA MANCATA PENETRAZIONE
DEL DIRITTO CONVENZIONALE,
E DI QUELLO EUROPEO, NELLA
GIURISPRUDENZA IN TEMA DI
CONFISCA ALLARGATA (ART.
12-SEXIES, L. N. 356/92)**

Un ambito che continua a manifestarsi impermeabile agli avanzamenti garantistici della giurisprudenza convenzionale, ma anche alle pretese di razionalità racchiuse nel diritto dell’Unione, è quello definito dalla c.d. confisca allargata, delineata dall’art. 12-sexies, l. n. 356/92³¹.

Essa viene ancora definita misura di sicurezza patrimoniale, sul rilievo che inciderebbe sulla pericolosità di beni i quali, lasciati nella disponibilità di soggetti condannati per gravi delitti, potrebbero propiziare la realizzazione di ulteriori reati³².

Di qui l’affermata inapplicabilità del principio di irretroattività, in favore dell’opposta regola del *tempus regit actum* che, enunciata dal più volte citato art. 200 c.p., sfuggirebbe alla scure dell’incostituzionalità non trovando copertura nel secondo comma dell’art. 25 della Carta repubblicana. In sintonia con tale impostazione, la Corte regolatrice ha precisato che il ricorso alla confisca discende dalla pericolosità della detenzione al momento della decisione, sicché non avrebbe senso parlare di retroattività con riferimento al fatto reato contestato³³.

Si tratta di una tesi non più sostenibile alla luce degli ammonimenti della giurisprudenza convenzionale.

29. Cass. pen., sez. VI, 23 novembre 2010, n. 45492, cit.

30. Cass. pen., sez. III, 25 maggio 2011, n. 24435, cit.

31. In tema D. FONDAROLI, *Misure di prevenzione e presunta pericolosità dei beni*, cit., pp. 1507 ss.; A. M. MAUGERI, *L’irrefrenabile tendenza espansiva della confisca quale strumento di lotta contro la criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, a cura di M. BARILLARO, Milano, 2004, pp. 97 ss.

32. Cass. pen., sez. VI, 28 febbraio 1995, n. 775, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 251 ss.

33. Cass. pen., sez. II, 2 aprile 2003, n. 20131, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 456 ss.; Cass. pen., sez. VI, 28 febbraio 1995, cit.

Se la confisca in esame avesse una destinazione esclusivamente preventiva – tale, quindi, da non poter essere ricondotta alla sfera concettuale della pena – il provvedimento che la disponesse dovrebbe risultare sempre modificabile, in coerenza con la natura delle prognosi di pericolosità criminosa.

Quanto, poi, ai presupposti di operatività (condanna per determinati reati; omessa giustificazione della provenienza dei beni da parte del condannato; sproporzione del valore dei beni rispetto ai redditi ed alle attività economiche) l'arresto *leading* delle Sezioni Unite³⁴ è nel senso sia di escludere un nesso di pertinenzialità cronologica tra beni confiscabili e reato, sia di correlare l'onere di una 'credibile giustificazione' "alla positiva liceità della provenienza e non si risolve nella prova negativa della non provenienza dal reato per cui si è condannati".

Ciò che, più esplicitamente, la nostra nomofilachia pretende è una vera e propria prova positiva della provenienza lecita dei beni, secondo una declinazione che rende la disposizione finanche più draconiana del 'famigerato' art. 2-ter, l. n. 575/65.

Ma, come si è detto, anche rispetto agli obblighi di conformazione del diritto europeo, l'istituto in esame palesa un significativo margine di scollamento.

In effetti, dal canone della 'proporzionalità' previsto dall'art. 49, 3° comma, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea³⁵ ("L'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato"), potrebbe discendere una pretesa di rivisitazione ermeneutica dei presupposti/condizioni di applicabilità della confisca, idonea a farle recuperare un rapporto di compatibilità con una dimensione personalistica della sanzione, indirizzata a favorire la realizzazione di 'compiti motivanti' ad orientamento preventivo, tarati su ragionevoli *standard* criminologici di effettività.

L'obbligo di interpretare l'art. 12-*sexies* conformemente al richiamato pilastro del diritto dell'Unione schiuderebbe prospettive di limitazione del campo di estensione della norma, attraverso una consapevole attività di selezione dell'oggetto della verifica probatoria, coincidente con i beni in relazione cronologica col reato contestato.

Resterebbe recuperato, così, il nesso tra beni confiscati e attività illecita, sulla base di fatti circostanziati espressivi di generalizzazioni epistemiche rilevanti per la formulazione di affidabili giudizi inferenziali.

A dire il vero, se percorresse questa strada, la giurisprudenza ritornerebbe al passato, ridando ossigeno ad un felice indirizzo interpretativo che si era affacciato in diverse sentenze delle sezioni semplici della Cassazione, prima della svolta rigorista segnata dall'intervento delle Sezioni Unite.

In più di un arresto, infatti, il giudice di legittimità aveva osservato che la presunzione di illegittima acquisizione dei beni da parte dell'imputato va circoscritta ad un ambito di *ragionevolezza temporale*, escludendo, cioè, dalla coercizione reale i beni acquisiti in epoca così distante dal reato da recidere con quest'ultimo qualsiasi collegamento³⁶.

Peraltro, questa interpretazione svela significative assonanze con la figura dei "poteri estesi di confisca", disciplinata dall'art. 3 della decisione-quadro 2005/212/GAI, in cui 'anteriorità' dell'acquisto dei beni rispetto al reato e 'pertinenza' argomentata sulla base di fatti circostanziati assurgono a parametri di applicabilità della sottrazione patrimoniale³⁷.

34. Cass. pen., SS.UU., 19 gennaio 2004, n. 920, in *Cass. pen.*, 2004, 1182

35. Sul quale, v. C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione Europea dopo Lisbona*, 4 ottobre 2011, in *Diritto penale contemporaneo*; F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc., speciale Europa*, 2011, pp. 22 ss.

36. Cass. pen., sez. V, 23 aprile 2001, n. 25378; Cass. pen., Sez. I, 5 febbraio 2001, n. 11049; Cass. pen., Sez. V, 23 aprile 1998, n. 2469, tutte in CED Cass. pen.

37. V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 112 ss.; G. D. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, 345.

2.5

I RIFLESSI AUSPICABILI IN MATERIA DI PREVENZIONE PATRIMONIALE

Dagli ‘strati’ della giurisprudenza convenzionale in materia di pena, potrebbero aprirsi interessanti prospettive sul versante delle misure di prevenzione patrimoniali antimafia³⁸.

Quello della prevenzione *ante e praeter delictum* rappresenta un settore rispetto al quale la Corte europea è apparsa soverchiamente rispettosa della sovranità delle scelte del legislatore nazionale, nella preoccupazione di non infrangere gli equilibri interni ai bilanciamenti fissati dalla normativa interna³⁹.

Con riferimento alla confisca di prevenzione antimafia prevista dall’art. 2-ter l. 575/65, la questione della legittimità convenzionale fu esaminata dalla Commissione europea dei diritti dell’uomo nel caso *Marandino*⁴⁰. In tale circostanza, venne esclusa la riconducibilità della misura al concetto di *penalty ex art. 7 CEDU*, sull’assunto che essa non presuppone un reato, ma tende a prevenirne il verificarsi impedendo l’uso illecito dei beni colpiti. In termini diversi: il suo fondamento non sarebbe la responsabilità per un fatto compiuto, ma la pericolosità dei beni accumulati.

In contrario, penso che la confisca di prevenzione meriterebbe di essere considerata *sanzione penale* ai sensi degli stessi *Engel criteria*: a) il suo presupposto – a *fortiori* alla luce della recente legislazione – non è la pericolosità attuale del soggetto, bensì l’origine illecita del patrimonio, indiziata dall’appartenenza del suo titolare effettivo a sodalizi mafiosi, ovvero dalla ritenuta (su base indiziaria) commissione da parte sua di determinati reati (*natura dell’infrazione*); b) la misura viene applicata in via definitiva (*natura della sanzione*) e può colpire l’intero patrimonio dell’indiziato (*severità della sanzione*).

Osservo, inoltre, che l’appartenenza delle misure di prevenzione patrimoniale, al pari di quelle personali, al novero delle pene discende da un argomento che traggo da una importante sentenza della Corte Costituzionale italiana, spesso trascurata ed invece definibile ‘storica’.

Si tratta della sentenza n. 177/80⁴¹ che, per prima, ha adottato un dispositivo di accoglimento fondato sul parametro della legalità/determinatezza, giustiziando proprio una disposizione in materia di prevenzione personale (specificamente, l’art.1, n. 3, l. 1423/56, relativa alla categoria soggettiva dei “proclivi a delinquere”).

Scontata la deduzione inferenziale: se la fattispecie ‘condizionante’ (pericolosità) viene aggregata al vocabolario garantistico scritto per il ‘reato’, anche la fattispecie ‘condizionata’ (misura di prevenzione) deve poter partecipare della medesima natura della ‘pena’.

Così argomentando, ci si accorge come il criterio della qualificazione giuridica interna che, come si è visto, da *Engel* in avanti costituisce uno degli indici rivelatori della inquadrabilità di un istituto nella nozione convenzionale di pena, debba inglobare anche ‘argomenti’ desunti dalla complessiva esperienza dei valori costituzionali dell’ordinamento nazionale.

Su queste basi, dovrebbe essere interdetta l’applicazione retroattiva della confisca di prevenzione.

Il problema, come ognuno vede, tocca profili dell’attualità giuridica.

Con il decreto sicurezza del 2008, convertito nella legge n. 125/08, è stata ampliata la base soggettiva di applicabilità della confisca, introdotta dalla Rognoni/La Torre. In particolare, è stata estesa alle nuove figure inserite nell’art. 1 della l. 575/65 (“gli indiziati di uno dei delitti di cui all’art. 51 comma 3-bis c.p.p.”, ovvero del reato di cui all’articolo 12-*quinquies*, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306), cui una giurisprudenza

38. Per un’analisi di talune problematiche generali, volendo, cfr. V. MAIELLO, *La prevenzione patrimoniale in trasformazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 805 ss.

39. A. M. MAUGERI, *Relazione introduttiva*, cit.

40. *Commission Eur.*, 15 aprile 1991, *Marandino*, no. 12386/86, in *Decisions et Rapports (DR)* 70, 78.

41. In www.giurcost.org.

za della Cassazione⁴² ha – prima ancora che la questione fosse espressamente risolta dal codice antimafia (artt. 1 e 4, d.lgs. n. 159/11) – affiancato, sulla base di un ritenuto fenomeno di reviviscenza normativa dell’art. 19, l. 22 maggio 1975, n. 152, anche i ‘pericolosi’ indicati nell’art. 1, l. n. 1423/56.

Nei procedimenti di prevenzione di questi anni si è, allora, discusso – e si continua a farlo – se la confisca possa essere irrogata per fatti commessi in data antecedente all’intervento legislativo di modifica da soggetti che, fino a quel momento, non potevano esserne destinatari.

La prassi, forte del vecchio scudo immunitario offerto da *Marandino*, risolve il quesito richiamando l’art. 200 c.p. ed il principio del *tempus*.

A mio sommo avviso, occorre prendere atto dell’anacronismo di tale posizione.

Un suo superamento da parte della nostra giurisprudenza gioverebbe allo stesso universo di fonte convenzionale: togliendole occulti ma innegabili alibi suggeriti da *trend politically correct*, consentirebbe alla giurisprudenza di Strasburgo di essere fino in fondo coerente con sé stessa, imprimendo ulteriore spinta al cammino della civiltà dei diritti.

Problemi di retroattività si pongono anche in rapporto alle modifiche subite dall’art. 2-ter, l. n. 575/65, segnatamente alla presunzione di fittizietà dei trasferimenti e delle intestazioni “*anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell’ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado, nonché i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione*”, con possibilità di annullamento degli atti di disposizione compiuti.

Se si riconoscessero nella confisca di prevenzione pregnanti profili punitivi, qualificandola sanzione nel senso della CEDU, si dovrebbe negare efficacia retroattiva alla presunzione innanzi richiamata, sbarrandone la riferibilità alle situazioni cristallizzate in epoca anteriore all’entrata in vigore del d.l. n. 92/08, convertito nella citata legge n. 125/08.

3

CONFISCA PER EQUIVALENTE E OBBLIGO DI INTERPRETAZIONE CONFORME

Nella trama di un discorso sui rapporti tra confisca e fonti sovranazionali, una specifica attenzione va riservata alle questioni di diritto comunitario⁴³ (oggi diritto dell’Unione) affrontate dalla giurisprudenza, nell’opera di definizione dei limiti di applicabilità dell’art. 322-ter c.p.

Oltre che per completezza informativa, il punto merita un’analisi perché da essa affiora una sorta di ‘pendolarismo ermeneutico’ nell’uso che la Corte di Cassazione ha fatto dell’obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario.

Una prima sentenza può essere additata quale esempio di interpretazione conforme generatrice di effetti *contra reum*.

42. Cass. pen., sez. I, 4 febbraio 2009, n. 472, in CED Cass. pen.

43. La letteratura sull’argomento è vastissima; *ex multis*, cfr. A. BARLETTA, *La legalità penale tra diritto dell’Unione europea e Costituzione*, Napoli, 2011; A. BERNARDI, *L’uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; ID., *La Costituzione per l’Europa e la formazione di un diritto penale dell’Unione Europea*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., tomo I, pp. 359 ss.; G. GRASSO-R. SICURELLA, a cura di, *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007; T. EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, 2007; G. FORNASARI, *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sopranazionali*, cit., pp. 17 ss.; G. FIANDACA, *Quale diritto penale per l’Europa?*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. TRUJILLO-F. VIOLA, Bologna, 2007, pp. 143 ss.; ID., *Legalità penale e democrazia*, in AA.Vv., *Principio di legalità e diritto penale*, Quaderni Fiorentini, Milano, 2008, 1267; ID., *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.*, 2011, pp. 1 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; S. MANACORDA, *L’efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, pp. 55 ss.; ID., *Unione Europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, in *Studium iuris*, 1997, pp. 945 ss.; F. SGUBBI-V. MANES, a cura di, *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007; G.D. SALCUNI, op. cit.; F. SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, in *Digesto pen.*, IV, Torino, 1992, pp. 98 ss.; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; ID., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1146 ss.; F. VIGANÒ, *L’influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di anti giuridicità del fatto tipico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1067 ss.; ID., *Il diritto penale sostanziale*, cit., pp. 22 ss.

In *Muci*⁴⁴, infatti, le Sezioni Unite – investite della questione relativa all’irrogabilità della confisca di valore al profitto della truffa aggravata *ex art. 640-bis c.p.* – hanno stabilito che il rinvio operato dall’art. 640-*quater* all’art. 322-*ter* non va inteso come limitato al primo comma di quest’ultima disposizione (che consentirebbe la confisca per equivalente del solo “prezzo”), essendo riferibile all’intera stratificazione normativa dell’articolo – in quanto applicabile –, con la conseguenza che anche il profitto del predetto delitto sarebbe passibile di ablazione.

Pur consapevoli della portata additiva della conclusione raggiunta, i supremi giudici hanno privilegiato l’interpretazione conforme alle decisioni quadro emesse in materia e recepite nel nostro ordinamento (2001/500 GAI del 26.6.01 – art. 3 –; 2005/212 GAI del 24.2.05 – art. 2 –), ritenendola vincolante per il giudice interno anche qualora dovesse dar luogo ad esiti *in malam partem*. In proposito, hanno osservato che “*il giudice (...) è tenuto ad applicare il diritto nazionale per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione-quadro (...) fin dove però il diritto interno consente un’interpretazione conforme a tale decisione, in quanto, come nel caso dell’art. 640-*quater*, le disposizioni pertinenti contengono clausole generali o concetti giuridici indefiniti, che consentono al giudice nazionale di utilizzare l’intero spazio valutativo ad esso concesso in favore del diritto dell’Unione Europea*”.

In contrario, va opposto che l’obbligo dell’interpretazione conforme non configura affatto un principio *a sovranità illimitata*, incontrando ben individuabili limiti che conducono a relativizzarne lo stesso significato politico/istituzionale. Già nel suo contesto di nascita, infatti, la formulazione di quell’obbligo racchiudeva gli anticorpi che avrebbero dovuto scongiurare indiscriminate derive applicative. In *Pupino*⁴⁵, invero, la CGCE, dopo aver affermato che “*applicando il diritto nazionale, il giudice del rinvio è chiamato ad interpretare quest’ultimo alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa*”, precisava che tale vincolo di conformazione “*trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività*”, i quali “*ostano a che il detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l’attuazione di quest’ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni*”.

Orbene, è accaduto che, con una seconda sentenza⁴⁶, le Sezioni Unite hanno fatto applicazione proprio di questa ‘valvola di sicurezza’ – strumentale ad impedire ricadute applicative *contra reum* e, quindi, contrastanti con la funzione di garanzia della legge penale. Anzi, le Sezioni Unite hanno mostrato di aver compiutamente colto la destinazione teleologica di quella clausola, se è vero che vi hanno incluso il “*principio della legalità della pena, che appartiene ai principi generali del diritto comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri e che è sancito anche: dall’art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali; dall’art. 15, n. 1, prima frase, del Patto internazionale sui diritti civili e politici; nonché dall’art. 49, n. 1, prima frase, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*”. Su queste basi, Caruso, sebbene lasci trasparire un’intima preferenza verso una nozione ampia di utilità connessa al reato, ha affermato “*che l’utilizzo della normativa sovranazionale, allo scopo di integrazione di elementi normativi va escluso allorquando – come si verificherebbe nel caso di specie – gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione in malam partem della fattispecie penale nazionale*”. E, di qui, ha enucleato il principio

44. Cass. pen., SS.UU., 25 ottobre 2005, n. 41936, cit.

45. CGCE, 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 1178 ss., su cui cfr. V. MANES, *L’incidenza delle “decisioni quadro” sull’interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 1150 ss.

46. Cass. pen., SS.UU., 25.6.2009, n. 38691, Caruso, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 4, 433. In argomento v., in senso adesivo, V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, cit., pp. 101 ss.; V. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, cit.

di diritto secondo cui “*in riferimento al delitto di peculato, può disporsi la confisca per equivalente, prevista dall’art. 322-ter c.p., comma 1, ultima parte, soltanto del prezzo e non anche il profitto del reato*”.

Identici problemi sono sorti in area penal-tributaria⁴⁷, ove ancora una volta il legislatore (art.1, comma 143, l. n. 244/07) ha costruito l’operatività della confisca per equivalente attraverso l’ambiguo rinvio all’art. 322-ter c.p., “in quanto applicabile”. Qui, lo scenario di incertezza ermeneutica si è connesso al fatto che, in rapporto ai reati tributari, non è ipotizzabile la categoria del *prezzo* ma solo quella del *profitto*. La conseguenza è stata l’emersione di un vero dilemma amletico: o – impiegando criteri di interpretazione rispettosi del ‘senso letterale’ del testo – si sterilizza la confisca per equivalente nella materia dei reati tributari, in aperto contrasto con la *voluntas legis* e la stessa ragion d’essere della novella normativa; oppure, per consentire l’operatività del nuovo istituto, si è costretti a forzare i limiti di una interpretazione coerente con le funzioni di garanzia delle pratiche ermeneutiche, spianando la strada all’applicazione del secondo comma dell’art. 322-ter c.p.

La soluzione della nostra Corte regolatrice⁴⁸ ha privilegiato ragioni di effettività delle scelte legislative, affermando che con riferimento ai reati tributari deve “*trovare applicazione l’intera disciplina prevista dall’art. 322-ter c.p. e non solo il primo comma dello stesso*”, in conformità a quanto statuito in precedenza *Muci* che aveva sancito, come si è prima visto, la portata *integrale* del rinvio operato all’art. 322-ter c.p.

Viene così riesumata una lettura della disposizione fondata su di un’assai discutibile applicazione dell’obbligo di interpretazione conforme⁴⁹, che condivisibilmente *Caruso* aveva spazzato via, ritenendola in contrasto col divieto costituzionale di analogia ed affermando che “*l’utilizzo della normativa sovranazionale, allo scopo di integrazione di elementi normativi va escluso allorquando (...) gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione in malam partem della fattispecie penale nazionale*”.

Dunque, il diritto comunitario e l’obbligo di ricorrervi per orientare le interpretazioni della normativa interna hanno, in meno di dieci anni, conosciuto tre diverse declinazioni, a cui hanno corrisposto soluzioni ispirate a filosofie diverse.

In *Muci* è prevalso un atteggiamento culturale di *euforia verso gli strumenti sovranazionali di tutela*; il diritto comunitario è stato esaltato nelle positive funzioni di tutela che esprime ed applicato come strumento integrativo che, tramite una manipolazione delle strutture linguistiche di senso delle disposizioni cui inerisce, può propiziare finanche approdi *in malam partem*.

Antagonista, la *Weltanschauung* di *Caruso*: qui all’obbligo di interpretazione conforme non si ricorre ‘costi quel che costi’, in quanto di esso predomina una visione che ne promuove la concezione quale strumento dialogico di armonizzazione tra ordinamenti, rispettoso delle identità costituzionali interne.

Un ritorno a *Muci* – affiorato nella giurisprudenza sulla applicabilità della confisca per equivalente nel settore dei reati tributari – ci ha restituito una visione dell’*interpretazione conforme* che, a mio sommesso avviso, rappresenta un prezzo ancora esoso per il nostro sistema di ‘*lotta costituzionale al delitto*’⁵⁰.

47. In argomento, L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, 13 novembre 2010, in *Diritto penale contemporaneo*.

48. Cass. pen., sez. III, 6 ottobre 2010, n. 35807, in CED, rv. 213983.

49. L. DELLA RAGIONE, op. cit.

50. V. MAIELLO, op. ult. cit.