

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CATANIA

A.A. 2014 - 2015

- CORSO JEAN MONNET
- *Nuove Competenze per Nuove Sfide:
politiche nazionali ed europee per la
lotta alla Criminalità Organizzata*
- II MODULO: LA CONFISCA DEI BENI
 - PROF. ANNA MARIA MAUGERI

MODELLI DI CONFISCA

DIRITTO COMPARATO



CONFISCA TRADIZIONALE

- **Art. 240 Confisca**
- Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto. È sempre ordinata la confisca:
1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato; 2) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna.

segue

- Le disposizioni della prima parte e del n. 1 del capoverso precedente non si applicano se la cosa appartiene a persona estranea al reato. La disposizione del n. 2 non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa.

Mancata riforma

- In Italia non è stata ancora realizzata una complessiva riforma della disciplina codicistica in materia di confisca; la disciplina contemplata dall'art. 240 c.p., infatti, si presenta sotto diversi profili ormai inadeguata alle moderne esigenze di lotta contro il crimine.



Segue PREZZO - PROFITTO

- Si dovrebbe eliminare la distinzione, obsoleta, tra la confisca del prezzo (inteso come l'utile pattuito e conseguito da una persona determinata come corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito, obbligatoria, e la confisca del profitto (vantaggio di natura economica o beneficio aggiunto di tipo patrimoniale di diretta derivazione causale dall'attività del reo, avente carattere facoltativo).

Segue NOZIONE DI PROFITTO

- la Corte di Cassazione ha richiesto una diretta correlazione col reato e una stretta affinità con l'oggetto di questo, mentre è irrilevante ogni altro nesso di derivazione meramente indiretto o mediato ([1], o, comunque, secondo un più recente orientamento si deve trattare del “vantaggio di natura economica o beneficio aggiunto di tipo patrimoniale di diretta derivazione causale dall'attività del reo”, “senza che possa addivenirsi a un'estensione indiscriminata ed una dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, indiretto o mediato, che possa comunque scaturire da un reato” (anche se in questo caso si ammette la possibilità di confiscare i conti bancari o i titoli in cui sia stato investito il denaro ([2]), trattandosi di un bene fungibile) ([3]).

SEGUE

- [1]) Cass., 2 aprile 1979, Cipriani, in *Riv. pen.* 1979, 867; conforme Cass., Sez. VI penale, 2 aprile 1979 - 31 ottobre 1979, n. 9091, Milanese, rv. 143304; Cass., Sez. VI penale, 23 giugno 2006 - 2 ottobre 2006, n. 32627, La Fiorita società cooperativa arl, CED 235636, in *Guida al dir.* 2006, 42, 61.
- [2]) Si richiama Cass., Sezione sesta, 23773/03, Madaffari.
- [3]) Cass. Sez. un. , 24 maggio 2004, *Curatela Fall. in proc.p. Focarelli*, n. 29951, in *Il Fisco* 2004, 7355; conforme Cass., sez. un., 25 ottobre – 22 novembre 2005, Muci, n. 41936, in *Guida al diritto* 2005, 54.

Segue SURROGATI – UTILITA'

- In base a queste interpretazioni restrittive non sarebbe possibile applicare l'art. 240 c. 1 né ai beni in cui sono stati investiti i diretti profitti, i *surrogati* (l'appartamento acquistato con il denaro rubato), né alle *utilità* derivanti dall'impiego del profitto (ad esempio non dovrebbero essere confiscabili gli interessi bancari ottenuti dal deposito della somma rubata o il canone di locazione ottenuto dall'affitto dell'appartamento acquistato con il denaro rubato).



SENTENZA S.U. CARUSO 2009

- costituisce un «principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità (di recente ribadito da Sez. Unite, n. 26654/2008) l'assunto che il profitto del reato presuppone l'accertamento della sua *diretta derivazione causale dalla condotta dell'agente. Il parametro della pertinenzialità al reato del profitto rappresenta l'effettivo criterio selettivo di ciò che può essere confiscato a tale titolo*».

SEGUE

- Con tale definizione le Sezioni Unite fanno ormai rientrare pacificamente nella nozione di profitto confiscabile anche i surrogati, cioè dei beni in cui l'originario profitto, di diretta derivazione causale dal reato, è stato investito, escludendo sostanzialmente le ulteriori utilità e cioè gli importi risultanti da investimenti successivi delle somme in altre attività lecite o i proventi di attività ulteriori estranee alla struttura essenziale del reato

Segue SEZIONI UNITE

6 marzo 2008, n. 10280

- ha accolto una nozione ampia di profitto ricomprensiva anche i surrogati e le utilità derivanti dall'impiego dell'originario profitto: *“Il bene costituente profitto è confiscabile ai sensi degli articoli 240 e 322 ter, comma I, prima parte c.p. ogni qualvolta sia ricollegabile causalmente in modo preciso alla attività criminosa posta in essere dall'agente. E' necessario, pertanto, che siano indicati in modo chiaro gli elementi indiziari sulla cui base determinare come i beni sequestrati possano considerarsi in tutto o in parte l'immediato prodotto di una condanna penalmente rilevante o l'indiretto profitto della stessa, siccome frutto di reimpiego da parte del reo del denaro o di altre utilità direttamente ottenuti dai concussi (ne consegue che anche l'immobile acquistato con il danaro ottenuto dai concussi deve considerarsi profitto del reato)”*

Segue RELAZIONE AL CODICE E PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI

- Per argomentare la sua decisione le Sezioni Unite riprendono testualmente le osservazioni, sopra esaminate, della relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale e quelle della stessa Suprema Corte (Cass., Sez. VI, 21 ottobre 1994 - 25 gennaio 1995, n. 4114, Giacalone, rv. 200855), in base alle quali “la nozione di profitto o provento deve essere riguardata in rapporto all'arricchimento complessivo”, in quanto “il bene frutto dell'investimento del denaro frutto della illecita condotta, siccome univocamente collegato alla esecuzione del crimine mantiene l'idea e costante l'attrattiva del reato in misura maggiore e più a lungo di quanto continuerebbe a fare il denaro stesso”.
-

Segue RATIO

- Tale interpretazione sembra alla Corte condivisibile in quanto espressione di un'interpretazione sistematica dell'art. 240 c.p. e conforme alla "*ratio* dell'istituto", che "è certamente quella di consentire la confisca di tutto ciò che sia qualificabile come frutto, o meglio come provento, del reato commesso. Insomma qualsiasi trasformazione che il danaro illecitamente conseguito subisca per effetto di investimento dello stesso deve essere considerata profitto del reato quando sia collegabile causalmente al reato stesso ed al profitto immediato - il danaro - conseguito e sia soggettivamente attribuibile all'autore del reato, che quella trasformazione abbia voluto.

SEGUE

- Una diversa e più restrittiva interpretazione non sembra, infatti, compatibile con la finalità dell'istituto che è quella di rendere l'illecito penale improduttivo e, quindi, scoraggiare la commissione di ulteriori illeciti. La funzione general - preventiva che la confisca, quale misura di sicurezza, sta sempre più assumendo nella legislazione italiana e comunitaria non può, infatti, essere frustrata da una interpretazione restrittiva dell'articolo 240 c.p., che renderebbe difficilmente aggredibile il bene oggetto della trasformazione del danaro frutto dell'illecito commesso”.

Segue RELAZIONE MINISTERIALE

- Per argomentare la sua decisione le Sezioni Unite riprendono testualmente le osservazioni della relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale e quelle della stessa Suprema Corte (Cass., Sez. VI, 21 ottobre 1994 - 25 gennaio 1995, n. 4114, Giacalone, rv. 200855), in base alle quali “la nozione di profitto o provento deve essere riguardata in rapporto all'arricchimento complessivo”, in quanto “il bene frutto dell'investimento del denaro frutto della illecita condotta, siccome univocamente collegato alla esecuzione del crimine mantiene l'idea e costante l'attrattiva del reato in misura maggiore e più a lungo di quanto continuerebbe a fare il denaro stesso”.



SEGUE - CONVENZIONE NAZIONI UNITE

- L'estensione espressa alle utilità e ai surrogati della confisca del profitto si pone, del resto, in linea con quanto previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottata con la risoluzione n. 55/25 del 15 dicembre 2000 a Palermo

Segue ORDINAMENTO TEDESCO

- la confisca degli *Originalobjekte* nel primo comma dell'art. 73 che disciplina l'ablazione pubblica dei profitti, il *Verfall*, e la confisca dei *Surrogaten* e dei *Nutzungen* (utilità) nel secondo comma. Non vengono colpiti dal *Verfall*, però, i profitti indiretti, come la vincita alla lotteria o i profitti derivanti dagli investimenti in un'azienda o da una speculazione in borsa. Il loro accertamento imporrebbe, infatti, al giudice dei problemi irrisolvibili (basti pensare ai profitti ottenuti attraverso l'investimento del ricavato del delitto nell'azienda del reo o in una speculazione).

SEGUE - ORDINAMENTO SVIZZERO

- Anche nell'ordinamento svizzero l'oggetto della confisca, *Vermögenseinziehung* ex art. 72 StGB, rappresentato dal *Vermögensvorteil* - profitto patrimoniale, ricomprende, non solo l'aumento delle entrate o la diminuzione delle passività, ma anche, ad avviso della dottrina, gli eventuali ricavi tratti dall'investimento di tale profitto dal momento in cui è stato percepito sino al momento della pronuncia del provvedimento di confisca, come ad esempio interessi o dividendi di azioni

Direttiva 2014/42

- richiede la confisca non solo dei proventi diretti, - ogni vantaggio economico derivato da reati -, e ogni successivo reinvestimento o trasformazione dei proventi diretti, ma anche di tutti gli utili valutabili, anche indiretti, che derivano dai proventi di reato;
- non è stata accolta la proposta dell'*European Criminal Bar Association* di restringere solo ai “*proceeds*” direttamente derivanti dal crimine.

.

NESSO CAUSALE

- La confisca tradizionale consente di sottrarre i profitti del reato solo se è stato accertato che il bene da confiscare sia collegato da un nesso causale con lo stesso, costituisca, cioè, il diretto frutto del reato oggetto del procedimento penale, impedendo di procedere all'applicazione della confisca nell'ipotesi in cui i beni derivanti dal reato siano stati distrutti, nascosti, o alienati ad acquirenti in buona fede

SEGUE

- Non solo, ma nel caso in cui l'attività delittuosa si interseca con un'attività lecita in maniera tale da non consentire di distinguere i proventi derivanti rispettivamente dalla prima e dalla seconda, oppure i profitti del reato vengono reimpiegati in un'attività lecita, la classica confisca del bene direttamente collegato con il reato si rivela assolutamente insufficiente, in quanto in queste ipotesi non è possibile identificare il bene in cui si materializza il profitto.

CONFISCA DI VALORE

- la confisca del valore equivalente del profitto illecito consente di confiscare beni diversi dal “provento” del reato, non richiedendo l’accertamento del “rapporto di pertinenzialità”. Si presuppone, però, l’accertamento del fatto che dal reato è stato tratto un profitto e il suo ammontare; tale profitto, però, non è reperibile (è stato distrutto, disperso, alienato..) e si consente, quindi, la confisca di beni di valore equivalente

SEGUE

- Nell'ordinamento italiano tale forma di confisca è prevista come forma di applicazione di sempre più numerose forme di confisca speciale (322 ter, 600 *septies*, 640 *quater*, 644, 2641 c.c., art. 187 T.U. n. 58/1998 in materia di intermediazione), mentre in via generale è prevista esclusivamente da una norma di carattere procedurale, l'art. 735 *bis* c.p.p., al fine di garantire l'esecuzione in Italia di un provvedimento di confisca disposto da un autorità straniera, disposizione introdotta in seguito alla ratifica da parte dell'Italia della Convenzione di Strasburgo del 1990.

Segue - CARATTERE SANZIONATORIO

- La giurisprudenza ha ritenuto che la confisca per equivalente ha carattere sostanzialmente sanzionatorio (Cass. 16 gennaio 2004 (2 aprile 2004), Napolitano G., in *Foro it.* 2004, II, 685), **al punto da ritenere che nell'ipotesi di concorso di persone la confisca in questione può attingere uno qualsiasi dei concorrenti**, pur se l'intero importo del ritenuto prezzo o profitto dello stesso reato sorgente non sia affatto transitato, o sia transitato in minima parte, nel patrimonio del concorrente onerato dalla confisca.

Confisca per equivalente: pena

- La SUPREMA CORTE ha applicato, addirittura, la **confisca *per intero*** nei confronti di ciascun concorrente, trasformandola in una vera e propria pena patrimoniale in palese disprezzo dei principi di legalità, colpevolezza e proporzione (Cass. 28 luglio 2009, n. 33409, Alloum, in *Cass. pen.* 2009, p. 3102; conforme Cass. 13 maggio 2010, n. 21027)

Segue SEQUESTRO

- Cass., 20 settembre – 9 novembre 2007, n. 41499, *cit.*, che precisa: *“E’ chiaro quindi che, ove la natura della fattispecie concreta e dei rapporti economici ad essa sottostanti non consenta d’individuare, allo stato degli atti, la quota di profitto concretamente attribuibile a ciascun concorrente o la sua esatta quantificazione, il sequestro preventivo deve essere disposto per l’intero importo del profitto nei confronti di ciascuno, logicamente senza alcuna duplicazione e nel rispetto dei canoni della solidarietà interna tra i concorrenti”*.

segue - Suprema Corte a Sezioni Unite Impregilo

- *“Di fronte ad un illecito plurisoggettivo deve applicarsi il principio solidaristico che informa la disciplina del concorso nel reato e che implica l'imputazione dell'intera azione delittuosa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente. Più in particolare, perduta l'individualità storica del profitto illecito, la confisca di valore può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato (entro logicamente i limiti quantitativi dello stesso),.*

non essendo esso ricollegato, per quello che emerge allo stato degli atti, all'arricchimento di uno piuttosto che di un altro soggetto coinvolto, bensì alla corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito, senza che rilevi il riparto del relativo onere tra i concorrenti, che costituisce fatto interno a questi ultimi (cfr. Cass. sez. II 14/6/2006 n. 31989, Troso; 20/9/2007 n. 38599, Angelucci; 21/2/2007 n. 9786, Alfieri; 20/12/2006 n. 10838, Napoletano; 6/7/2006 n. 30729, Carere)

Sezioni Unite 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), n. 26654

TRA RESPONSABILITÀ CORREALE E SOLIDARIETÀ PASSIVA

- **Sembra emergere, poi, una sorta di contraddizione nella giurisprudenza in esame: da una parte si tratta la confisca come se fosse una pena affermando il principio della responsabilità “correale” in base al quale la pena deve affliggere per intero ciascuno dei concorrenti proprio per realizzare la sua finalità afflittiva, dall’altra si applica il principio della solidarietà passiva tra i concorrenti e tra ente e persone fisiche, proprio delle misure riparatorie e affermato per le sanzioni amministrative (art. 6 l. 689/’81) e civilistiche**



segue - ORIENTAMENTO GARANTISTA

- La stessa Cassazione, tuttavia, ha rigettato tale orientamento in altre sentenze affermando che “il prezzo o il profitto del reato ovvero il valore ad essi corrispondente delimita l’importo massimo della confisca ed impedisce la moltiplicazione dello stesso per il numero dei concorrenti nel reato, che non subiscono la confisca per l’intero ammontare del provvedimento ablatorio, ma solo *pro quota*. Ciò deriva dalla stessa lettera dell’art. 322 *ter* c.p., che prevede l’assoggettabilità dei beni nella disponibilità dell’imputato per un valore corrispondente a quello del profitto del reato, intendendosi per reato quello commesso dal singolo imputato” (Cass. 23 giugno 2006, n. 25880, Maniglia D.; Cass. 23 giugno 2006, n. 32627, Maniglia P.).

SEGUE

- Anzi si precisa che “non appare congruo sottoporre a sequestro somme costituenti un multiplo della somma da confiscare, pari al numero dei concorrenti del reato, in quanto in tal modo si avrebbe una misura cautelare ablatoria eccedente quella definitiva ed una conseguente compressione della sfera patrimoniale dei soggetti attinti dal sequestro, che potrebbero essere privati per l’intera durata del processo della disponibilità di somme che poi verrebbero restituite in quanto la confisca non potrebbe eccedere il valore del prezzo o del profitto del reato” ...“altrimenti si introdurrebbe surrettiziamente nell’ordinamento penale una sanzione pecuniaria non prevista”

NATURA SURROGATORIA

- **NON** si può “affatto .. trasferire la misura patrimoniale della confisca per equivalente nel panorama delle pene propriamente intese”, innanzitutto per la sua “natura surrogatoria” rispetto alla confisca di proprietà essendo applicabile solo nella sfera giuridico patrimoniale dell’indagata laddove non sia stato “rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o il profitto del reato per cui si proceda, ma di cui sia ovviamente certa l'esistenza”; [1](#) Cass. 6 luglio 2006, n. 30729, Carere.

SEGUE: non è una pena

- “ove il legislatore avesse davvero inteso imprimere alla confisca per equivalente le stigmate della sanzione criminale, non si spiegherebbe la previsione della irretroattività sancita dal richiamato art. 15 L. n. 300 del 2000, bastando a tal fine il generale precetto sancito dall'art. 25, comma 2, della Carta Fondamentale”
(Cass. 6 luglio 2006, n. 30729, Carere)

segue

- **“Si tratta comunque di una forma di confisca che trova il suo fondamento e limite nel vantaggio tratto dal reato e prescinde dalla pericolosità derivante dalla res, in quanto non è commisurata né alla colpevolezza dell'autore del reato, né alla gravità della condotta, avendo come obiettivo quello di impedire al colpevole di garantirsi le utilità ottenute attraverso la sua condotta criminosa..”** (Cass. sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, su *Guida al Dir.* 2013, n. 22, 67, con nota di Amato; Cass. sez. II, 6 novembre 2012, n. 46295, Baldecchi, in *Guida al dir.* 2013, 7, 63).

segue - RETROATTIVITA'

- La Suprema Corte ha applicato il principio di irretroattività, richiamando l'art. 7 della CEDU e la sentenza *Welch* in relazione alla confisca per equivalente ex art. 322 *ter applicata ai reati tributari* (art. 1, comma 143, L. 24 dicembre 2007, n. 244), ritenendo inapplicabile a tale fattispecie l'art. 200 c.p. in considerazione del carattere sanzionatorio della confisca per equivalente e non di misura di sicurezza fondata sulla pericolosità sociale (Cass. Pen., 8 maggio 2008, n. 21566).

segue - Corte costituzionale, 20 novembre 2009, n. 301, P.V.

- È manifestamente infondata la q.l.c. degli art. 200 e 322 ter c.p., dell'art. 321 comma 2 c.p.p., nonché dell'art. 1 comma 143 l. 24 dicembre 2007 n. 244, sollevata, in riferimento agli art. 3 comma 1 e 117 comma 1 cost., nella parte in cui essi prevedono la confisca obbligatoria e, correlativamente, il sequestro preventivo, per un valore corrispondente a quello del profitto, per i reati tributari commessi anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 244 del 2007. Invero, il giudice "a quo" muove da un erroneo presupposto interpretativo perché, come la Corte ha già rilevato, l'art. 1 comma 143 l. n. 244 del 2007 - con il quale la disciplina della confisca "per equivalente" di cui all'art. 322 ter c.p. è stata estesa ai reati tributari di cui agli art. 2, 3, 4, 5, 8, 10 bis, 10 ter e 11 d.lg. n. 74 del 2000 - non opera retroattivamente.

segue

- Invero, la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un "rapporto di pertinenzialità" tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una natura "eminentemente sanzionatoria", che impedisce l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell'art. 200 c.p., secondo cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, e possono essere, quindi, retroattive. A tale conclusione si giunge sulla base della duplice considerazione che il comma 2 dell'art. 25 cost. vieta l'applicazione retroattiva di una sanzione penale e che la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto in contrasto con i principi sanciti dall'art. 7 della convenzione l'applicazione retroattiva di una confisca di beni riconducibile proprio ad un'ipotesi di confisca per equivalente.

PROFITTO LORDO - NETTO

- La recente giurisprudenza, nell'applicare il d.lgs. 231/2001, responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche, ha posto al centro dell'attenzione la problematiche relative all'interpretazione della nozione di profitto quale oggetto della confisca, prevista, innanzitutto, dall'art. 19 che consente anche la confisca per equivalente

Nozione di profitto

- Profitto lordo: senza detrarre le spese
- Profitto netto: detraendo le spese: quali?
 - spese per lo svolgimento dell'attività criminale
 - spese lecite: per costruire la strada appaltata

segue - Utile derivato

- la Suprema Corte ha precisato, anche se con riferimento alla confisca ex art. 322 *ter*, che in conformità alla nozione di profitto accolta dalle Sezioni Unite come “vantaggio di natura economica” o “beneficio aggiunto di tipo patrimoniale di diretta derivazione causale” dalla attività del reato ([1]), il profitto nel caso di contratto acquisito attraverso la corruzione, consiste “nell’utile derivato, nella redditività di impresa, e non nel valore della commessa, ottenuta per effetto dell’accordo corruttivo”; si ritiene, però, che il vantaggio patrimoniale di diretta derivazione dal reato viene calcolato depurando i ricavi “*dai costi legati alla operazione che non fossero di natura illecita*”.

[1] Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, *Curatela Fall. in proc. p. Focarelli, cit.*, 7355.

segue - Tangente pagata

- La Corte esclude che si possa considerare come posta in detrazione «anche l'importo della tangente pagata, costituendo la stessa “un costo” per la società non deducibile sotto il profilo fiscale né suscettibile di essere valorizzato – proprio per la sua illiceità – nella determinazione delle poste passive idonee ad individuare l'utile conseguito» ([1]).

[1]) Cass. 27 settembre 2007, D.P.M.M.G., n. 37556, *Juris data online*.

segue - Trib. Di Milano, sez. riesame, 22 ottobre 2007, P.,

- Il Tribunale di Milano ha recentemente accolto tale distinzione precisando che, il profitto confiscabile non può essere il profitto netto calcolato detraendo “*anche quelle [le spese compiute] a fronte di attività illecite*”, perché così si consente di fatto “all’autore del reato di trarre vantaggio (dal momento che ottiene uno sconto sul profitto confiscabile) da un’attività intrinsecamente illecita e posta in essere per esclusive finalità criminali”; ciò risulta contrario alla *ratio* sottesa alla confisca, che “è volta ad evitare che il reo possa in alcun modo trarre utilità..da un’attività in contrasto con l’ordine pubblico e con le norme penali dell’ordinamento”. Si evidenzia che tali spese non sono documentabili in modo certo e sono spesso sottaciute da parte dello stesso autore (Trib. Di Milano, sez. riesame, 22 ottobre 2007, P., in // *Corr. del merito* 2008, 84).

segue - Cass., Sez. II penale, ordinanza 23 – 24 gennaio 2008, n. 4018, Fibe Spa ed altri.

- la Corte sembra accogliere una nozione ampia di profitto,
- ma in realtà leggendo attentamente le argomentazioni emerge chiaramente come si ritenga inaccettabile solo la deduzione dei costi realizzati per l'attività intrinsecamente illecita, così come avviene, afferma la Corte, per la confisca ex art. 240 c.p.,

•ad esempio *"in tema di cessione di sostanze stupefacenti è profitto del reato la somma ricavata dalla vendita della droga... (; allo stesso modo, in tema di lottizzazione abusiva, le somme ricavate dalla vendita dei terreni lottizzati abusivamente costituiscono il profitto del reato... . In entrambe le ipotesi non sono ammessi in deduzione, rispetto alla somma da confiscare, i costi sostenuti"*.

“se si accetta la tesi secondo la quale il profitto di reato ex art. 19 D.Lgs. 231/2001 coincide con l'utile netto del reato, si perviene all'azzeramento di rischi economici conseguenti alla perpetrazione di illeciti penali, dal momento che in ipotesi di confisca l'ente si limiterà a non guadagnare nulla (salve le sanzioni ed il risarcimento dei danni)”.

Sezioni unite Impregilo

La nozione di profitto come “vantaggio economico” ritratto dal reato è tradizionalmente presente nella giurisprudenza di questa Suprema Corte (...), che, però, ha avuto modo anche di precisare che all’espressione non va attribuito il significato di “utile netto” o di “reddito”, ma quello di “beneficio aggiunto di tipo patrimoniale”, a superamento quindi dell’ambiguità che il termine “vantaggio” può ingenerare (cfr. S.U. 24/5/2004 n. 29952, Curatela fall.

segue

- Il termine "proventi" è, nella versione italiana delle menzionate Convenzioni, la traduzione del corrispondente termine "proceeds" utilizzato nel testo ufficiale inglese delle medesime. Nel Rapporto esplicativo alla Convenzione OCSE, però, si precisa che con quest'ultimo termine devono intendersi "i profitti o gli altri benefici derivanti al corruttore dalla transazione o gli altri vantaggi ottenuti o mantenuti attraverso la corruzione"; tale precisazione chiarisce, in definitiva, che con il termine "proventi" (proceeds) si sono voluti indicare tutti i vantaggi ricavati dalla commissione dei reati.

segue

- Sulla stessa linea è anche la più recente decisione quadro 24/2/2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato (2005/212/GAI).

segue - Atti internazionali

- Anche gli Atti internazionali ai quali la legge delega n. 300 del 2000 ha inteso dare esecuzione (Convenzione 26/7/1995 sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e relativi protocolli; Convenzione 26/5/1997 relativa alla lotta contro la corruzione; Convenzione OCSE 17/12/1997) impegnano gli Stati aderenti ad adottare misure idonee alla confisca o comunque alla “sottrazione” dei “proventi” dei reati di cui si occupano.

Segue Il crimine non è titolo di acquisto

- “il crimine non rappresenta in alcun ordinamento un legittimo titolo di acquisto della proprietà o di altro diritto su un bene e il reo non può, quindi, rifarsi dei costi affrontati per la realizzazione del reato. Il diverso criterio del “profitto netto” finirebbe per riversare sullo Stato, come incisivamente è stato osservato, il rischio di esito negativo del reato ed il reo e, per lui, l’ente di riferimento si sottrarrebbero a qualunque rischio di perdita economica”.

segue No parametri aziendalistici

- Si ribadisce, infine, che “il profitto del reato, in definitiva, va inteso come complesso dei vantaggi economici tratti dall’illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere, per dare concreto significato operativo a tale nozione, l’utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico”.

segue Attività lecita e illecita: impresa criminale

- Sposato l'orientamento favorevole ad una nozione di profitto lordo si precisa, però, che “La delineata nozione di profitto del reato s’inserisce -certo- validamente, senza alcuna possibilità di letture più restrittive, nello scenario di un’attività totalmente illecita”, si distingue, però
- l’ipotesi in cui il profitto “*specialmente nel settore della responsabilità degli enti coinvolti in un rapporto di natura sinallagmatica*” derivi da “*l’attività lecita d’impresa nel cui ambito occasionalmente e strumentalmente viene consumato il reato*”,

segue - Impresa criminale e impresa economica

- E' di agevole intuizione, infatti, la diversità strutturale tra l'impresa criminale - la cui attività economica si polarizza esclusivamente sul crimine (si pensi ad una società che opera nel solo traffico di droga) - e quella che opera lecitamente e soltanto in via episodica deborda nella commissione di un delitto.

segue - Rapporto contrattuale

- Deve, inoltre, considerarsi che un comportamento sanzionato penalmente, dal quale derivi l'instaurazione di un rapporto contrattuale, può avere riflessi diversi sul medesimo.

segue - Reato contratto

- Più nel dettaglio, nel caso in cui la legge qualifica come reato unicamente la stipula di un contratto a prescindere dalla sua esecuzione, è evidente che si determina una immedesimazione del reato col negozio giuridico (c.d. “reato contratto”) e quest’ultimo risulta integralmente contaminato da illiceità, con l’effetto che il relativo profitto è conseguenza immediata e diretta della medesima ed è, pertanto, assoggettabile a confisca.

segue - Reato in contratto

- Se invece il comportamento penalmente rilevante non coincide con la stipulazione del contratto in sé, ma va ad incidere unicamente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale (c.d. “reato in contratto”), è possibile enucleare aspetti leciti del relativo rapporto, perché assolutamente lecito e valido inter partes è il contratto (eventualmente solo annullabile ex artt. 1418 e 1439 c.c.), con la conseguenza che il corrispondente profitto tratto dall’agente ben può essere non ricollegabile direttamente alla condotta sanzionata penalmente.

segue - truffa

- *E' il caso proprio del reato di truffa di cui si discute, che non integra un "reato contratto", considerato che il legislatore penale non stigmatizza la stipulazione contrattuale, ma esclusivamente il comportamento tenuto, nel corso delle trattative o della fase esecutiva, da una parte in danno dell'altra. Trattasi, quindi, di un "reato in contratto" e, in questa ipotesi, il soggetto danneggiato, in base alla disciplina generale del codice civile, può mantenere in vita il contratto, ove questo, per scelta di carattere soggettivo o personale, sia a lui in qualche modo favorevole e ne tragga comunque un utile, che va ad incidere inevitabilmente sull'entità del profitto illecito tratto dall'autore del reato e quindi dall'ente di riferimento.*

Sussistono, perciò, ipotesi in cui l'applicazione del principio relativo all'individuazione del profitto del reato, così come illustrato al punto che precede, può subire, per così dire, una deroga o un ridimensionamento, nel senso che deve essere rapportata e adeguata alla concreta situazione che viene in considerazione

segue – investimenti leciti e illeciti

- *Ciò è evidente, in particolare, come si è detto, nell'attività d'impresa impegnata nella dinamica di un rapporto contrattuale a prestazioni corrispettive, in cui può essere difficile individuare e distinguere gli investimenti leciti da quelli illeciti.”*

segue

- *“In sostanza, non può sottacersi che la genesi illecita di un rapporto giuridico, che comporta obblighi sinallagmatici destinati anche a protrarsi nel tempo, non necessariamente connota di illiceità l'intera fase evolutiva del rapporto, dalla quale, invece, possono emergere spazi assolutamente leciti ed estranei all'attività criminosa nella quale sono rimasti coinvolti determinati soggetti e, per essi, l'ente collettivo di riferimento.*

segue Appalto pubblico

- *Più concretamente, in un appalto pubblico di opere e di servizi, pur acquisito a seguito di aggiudicazione inquinata da illiceità (nella specie truffa), l'appaltatore che, nel dare esecuzione agli obblighi contrattuali comunque assunti, adempie sia pure in parte, ha diritto al relativo corrispettivo, che non può considerarsi profitto del reato, in quanto l'iniziativa lecitamente assunta interrompe qualsiasi collegamento causale con la condotta illecita. Il corrispettivo di una prestazione regolarmente eseguita dall'obligato ed accettata dalla controparte, che ne trae comunque una concreta utilitas, non può costituire una componente del profitto da reato, perché trova titolo legittimo nella fisiologica dinamica contrattuale e non può ritenersi sine causa o sine iure".*

segue Profitto non può essere sottratto

- Le Sezioni Unite, insomma, non si limitano a richiedere che laddove vengano eseguite delle prestazioni a favore del danneggiato o della collettività occorre tener conto delle spese realizzate per tali prestazioni, che devono essere decurtate al guadagno ottenuto, ma più monte ritiene che laddove si svolga un'attività sinallagmatica in base ad un contratto, che rimane valido, il profitto non può essere sottratto *tout court*, anche se il contratto non sarebbe stato stipulato in mancanza della truffa (quest'ultima ha compromesso la libera formazione della volontà contrattuale). Tale posizione non sembra condivisibile perché si finisce per escludere la confisca del profitto del crimine che in questo caso si identifica con il guadagno derivante dall'esecuzione del contratto; discorso diverso se nell'ambito di un più ampio rapporto contrattuale, il crimine ha riguardato solo un settore o una parte del rapporto contrattuale.

Responsabilità delle persone giuridiche per delitti di criminalità organizzata

- L'art. 2, comma 29, della l. n. 94/2009 ha introdotto la responsabilità da reato degli enti per delitti di criminalità organizzata, inserendo l'articolo 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231

Art. 6, c. 5 e 15, c.4

- anche se l'ente non risulterà responsabile dovrà essere confiscato il profitto del crimine (art. 6, c. 5); qualora, in luogo di applicare la misura interdittiva dell'interruzione dell'attività, l'ente sia commissariato per garantire lo svolgimento di un servizio di interesse pubblico, sarà confiscato il profitto conseguito durante il commissariamento (art. 15, c. 4);

Art. 19

- e, soprattutto, sarà possibile applicare la confisca del profitto e la confisca per equivalente come sanzione principale (art. 19). Non si tratta di una forma di confisca allargata, ma, una volta accertata l'entità del profitto illecito, l'ablazione sarà possibile anche nella forma per equivalente qualora non sia più possibile sottrarre il profitto originario e l'applicazione della confisca per equivalente diventa spesso un *escamotage* da parte dell'accusa per sottrarsi all'onere di provare il nesso di pertinenzialità tra specifici beni e il reato contestato; tanto più tale *escamotage* sarà utilizzato nel settore della lotta al crimine organizzato.

-

Confisca
allargata

```
graph TD; A[Confisca allargata] --- B[Confisca generale dei beni]; A --- C[Confisca: presunzione di destinazione illecita]; A --- D[Confisca: presunzione di origine illecita]; A --- E[Confisca senza condanna: actio in rem];
```

Confisca
generale dei
beni

Confisca:
presunzione di
destinazione
illecita

Confisca:
presunzione di
origine illecita

Confisca senza
condanna: actio
in rem

Confisca come pena: I Modello

- pena contro il patrimonio, indipendentemente dall'origine dei beni: la *Vermögensstrafe* dell'ordinamento tedesco, dichiarata incostituzionale; la confisca generale dei beni prevista in Francia (per i crimini contro l'umanità (art. 213-1, N.C.P.) e per i casi più gravi di traffico di stupefacenti (art. 222-49, al. 2, N.C.P), riciclaggio); tendenzialmente il *criminal forfeiture* nordamericano.
-

Confisca generale dei beni contro il terrorismo in Italia

- L'art. 3, comma 36, della legge in esame prevede che “quando con sentenza irrevocabile sia accertato che l'attività di organizzazioni, di associazioni, movimenti o gruppi abbia favorito la commissione di taluno dei reati di cui al comma 34, il Ministro dell'interno ordina con decreto lo scioglimento dell'organizzazione, associazione, movimento o gruppo e dispone la confisca dei beni, ove non sia già disposta in sentenza”. I reati di cui al comma 34 sono delitti commessi con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero per un reato aggravato per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (ai sensi dell'art. 1 del decr. l. n. 625/79, convertito con modificazioni dalla l. n. 15/80).

segue

- La norma in esame ha introdotto una forma di confisca generale dei beni nei confronti di un'organizzazione, associazione o gruppo quando risulti con sentenza irrevocabile che abbia favorito un reato con finalità di terrorismo (intesa sia come elemento costitutivo del reato, sia se applicata come circostanza aggravante). Si chiarisce nei lavori preparatori che, una volta formatosi il giudicato sulla sentenza che ha accertato l'effettiva attività di favoreggiamento dei reati di terrorismo, il Ministro dell'interno dispone con decreto lo scioglimento delle associazioni e se i beni dell'associazione non sono stati confiscati con la sentenza di condanna (ai sensi dell'art. 240 c.p.), tale misura può essere assunta con lo stesso decreto di scioglimento. Si ricorda, inoltre, che l'art. 3 della legge n. 17 del 1982 - richiamata dal comma in esame - prevede che, una volta accertata con sentenza definitiva la costituzione di un'associazione segreta, con Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sia disposto lo scioglimento dell'associazione e la confisca dei suoi beni.
- In tal modo nel nostro ordinamento è stata introdotta anche in relazione alle organizzazioni e associazioni che abbiano favorito reati con finalità di terrorismo, la disciplina prevista dalla legge n. 17/82 contro le associazioni segrete e in particolare la P2. Si tratta di una vera e propria forma di *confisca generale* dei beni,

Vantaggi - svantaggi

- L'espressa qualificazione della confisca come *pena* presenta sicuramente l'inconveniente di renderla applicabile solo ai soggetti dichiarati colpevoli in un procedimento penale.
- Tale "pena" è applicabile, però, senza che sia necessario provare l'origine illecita dei beni da confiscare

terzi

- nell'ordinamento francese gli artt. 222-49 e gli art. 225-24 C.P. consentono la confisca di tutti gli strumenti e di tutti i prodotti, rispettivamente, del traffico di sostanze stupefacenti, se il terzo non poteva non sapere, e del reato di sfruttamento della prostituzione, indipendentemente da chi sia il proprietario delle cose in questione e dall'eventuale consapevolezza del terzo. Nell'ordinamento statunitense a partire dal 1984 si consente l'applicazione del *criminal forfeiture* presso i terzi attraverso la *relation back doctrine* (applicata sia in relazione al *criminal* che al *civil forfeiture*), in base alla quale i beni confiscabili divengono proprietà dello Stato a partire dal momento nel quale il reato è compiuto

segue

- Il nuovo *Civil Asset Forfeiture Reform Act 2000* ha, però, previsto una più razionale disciplina a tutela del terzo "proprietario innocente", che abbia acquistato il bene in buona fede, in quanto non sapeva e non aveva ragionevolmente motivo di credere che il bene fosse soggetto a confisca, e in cambio di una adeguata controprestazione;

Persone giuridiche

- Nell'ordinamento degli Stati Uniti il *criminal forfeiture*, previsto dal titolo IX del *RICO*, è rinato proprio per essere applicato in relazione alle "*enterprise*", al fine di stroncare l'infiltrazione criminale nell'economia legale. A tal fine il *criminal forfeiture* si applica a tutti gli interessi dell'imputato nell'impresa e non esclusivamente all'interesse soggetto a confisca in relazione al ruolo che l'attività di criminalità organizzata ha svolto negli affari dell'impresa.

Persona giuridica: imputato

- in quanto l'articolo 18 U.S.C. §§ 1961 e ss. 18 U.S.C. §§ 1961(3) definisce "*person*" ogni individuo o "*entity capable of holding a legal or beneficial interest in property*". Se si tratta di *serious criminal activity* non è necessario che la persona fisica o giuridica fosse al corrente dell'attività antigiuridica;

.

incostituzionalità

- La *Vermögensstrafe*, infatti, è stata dichiarata incostituzionale dalla sentenza del *BverfGE* 105, 135 per violazione del principio di tassatività (art. 103, c. 2 GG) della pena, che richiede che sia chiaramente determinata la cornice edittale della pena, accogliendo le critiche in materia della dottrina (BGH, 15, novembre 2002, 2 StR 302102 (LC Frankfurt a.M.)).
- La Corte ritiene che il § 43a StGB prevedeva una vera e propria sanzione penale e non uno strumento di sottrazione dei profitti; la pena patrimoniale, che comportava la limitazione particolarmente intensa di un diritto fondamentale, avrebbe richiesto, però, che il giudice potesse disporre di parametri certi, tali da rendere prevedibile la sua decisione e, in particolare, la scelta e la commisurazione della pena. L'applicazione cumulativa della sanzione detentiva e della pena patrimoniale comportava, inoltre, una limitazione particolarmente restrittiva dei diritti fondamentali, per la quale si deve pretendere un elevato grado di determinatezza della legge .

segue

- Mancava, invece, la determinazione della cornice edittale, era stabilita solo la soglia superiore, il valore del patrimonio che poteva essere oggetto di apprezzamento giudiziale, attribuendo al giudice il ruolo di creatore del diritto. Inoltre la mancanza dei parametri in base ai quali calcolare la conversione, da concedere, di pena detentiva in sanzione patrimoniale, e, in caso di insolvenza del reo, la sostituzione della pena patrimoniale in pena detentiva, da un mese a due anni, contrastava con il principio di legalità

Principio di proporzione

- Anche in relazione al *criminal forfeiture* è stata contestata la violazione dell'ottavo emendamento, che vieta le pene "inusuali" e "crudeli"

LA CONFISCA DEI BENI AVENTI UNA DESTINAZIONE ILLECITA: Il modello

- Un altro modello di confisca introdotto dal legislatore moderno è rappresentato dall'ablazione dei beni aventi una destinazione illecita; in particolare si tratta della confisca dei beni di cui si presume la disponibilità in capo ad un'organizzazione criminale e quindi destinati a perseguire gli scopi illeciti dell'organizzazione. In tale direzione la confisca prevista dal § 72 *StGB* nell'ordinamento svizzero (ex 59, 3 c.) e dal § 20 b dello *StGB* austriaco (*Verfall*) (direttamente contro i beni dell'organizzazione criminale o terroristica), nonché la confisca contro l'organizzazione terroristica ai sensi della sezione 13 del *Prevention of Terrorism (Temporary provisions) Act 1989* inglese.

Art. 72 swStGB:

- Confisca di valori patrimoniali di una organizzazione criminale
- Il giudice ordina la confisca di tutti i valori patrimoniali di cui un'organizzazione criminale ha facoltà di disporre. I valori appartenenti a una persona che abbia partecipato o sostenuto un'organizzazione criminale (art. 260ter) sono presunti sottoposti, fino a prova del contrario, alla facoltà di disporre dell'organizzazione.

§ 20b codice penale austriaco

- I beni, che sono nella disponibilità di un'organizzazione criminale o di un'associazione con finalità di terrorismo o che sono stati forniti o raccolti come mezzo per finanziare il terrorismo,
- sono confiscati.

DESTINAZIONE

- Due mutamenti del classico modo di concepire la confisca sono stati recepiti in tale modello di confisca: la confisca deve colpire il patrimonio non per la sua origine, ma per la sua destinazione; non si deve richiedere un rapporto tra la cosa da confiscare e un reato, ma si deve dirigere la confisca direttamente contro l'organizzazione criminale.

Presunzione della destinazione illecita

- Tale forma di confisca si fonda sulla presunzione della destinazione illecita dei beni di un soggetto condannato per partecipazione, o concorso, in un'organizzazione criminale, introducendo una presunzione con relativa inversione dell'onere della prova; l'appartenenza ad un'organizzazione criminale fa sorgere la presunzione che il soggetto abbia ottenuto il suo patrimonio in collegamento con l'attività punibile dell'organizzazione e che quest'ultima possa disporre di quei beni per il futuro. Spetta all'imputato l'onere di confutare tale presunzione dimostrando che i beni non sono sottoposti al controllo dell'organizzazione. Il legislatore vuole così alleviare il giudice dalla difficoltà di dimostrare il rapporto tra il patrimonio e dei reati specifici.

Inversione dell'onere della prova

- In tale direzione nell'ordinamento svizzero la dottrina evidenzia il rischio che l'applicazione pratica dell'inversione dell'onere della prova presenti delle difficoltà, poiché vengono equiparati dalla formula normativa i capi e i meri complici (*Mitläufer*), che magari sono costretti a collaborare. Secondo la dottrina, e come emerge del resto dai lavori preparatori, proprio in considerazione di tali difficoltà, l'inversione dell'onere della prova dovrebbe essere applicata diversamente in relazione a chi è effettivamente membro del nucleo interno dell'organizzazione rispetto a chi, invece, si limiti a sostenerla; si auspica, cioè, un'interpretazione restrittiva della norma in considerazione delle difficoltà che oggettivamente nel caso concreto possono sorgere per confutare la presunzione in esame.



Principio di proporzione

- Ad avviso della *Botschaft*, in ogni caso, anche la confisca contro le organizzazioni criminali (art. 72), fondata su un'inversione dell'onere della prova, sarebbe conforme alla garanzia costituzionale del diritto di proprietà, in quanto soddisfa le tre condizioni richieste per giustificare la limitazione di una libertà fondamentale: la limitazione deve essere basata su un fondamento giuridico; deve essere giustificata dal perseguimento di un interesse pubblico; e deve avvenire nei limiti imposti dal principio di proporzione (*Botschaft des Bundesrates*, del 30 giugno 1993, 321). Il rischio di un'ingiustificata violazione del diritto di proprietà potrebbe derivare, però, dalla presunzione circa la disponibilità dei beni da parte dell'organizzazione, posta in capo a chi è condannato di partecipazione in un'associazione criminale o, addirittura, di mero favoreggiamento della stessa; si rischia di fondare una sanzione estremamente incisiva in un diritto fondamentale su dei meri sospetti.
-

Confisca dei proventi di presunta origine illecita: Il MODELLO

Il modello di confisca allargata più diffuso nel panorama europeo è quello fondato sulla presunzione dell'origine illecita dei beni. Il legislatore moderno, cioè, per superare la difficoltà connessa all'accertamento del rapporto tra i beni da confiscare e specifici reati, nonché la difficoltà di colpire i cespiti patrimoniali consolidati ha introdotto delle forme di confisca fondate sulla presunzione dell'origine illecita dei beni posseduti da un soggetto condannato per determinati reati, per lo più connessi alla criminalità organizzata.

Dupliche presunzione

- Tale forma di confisca allargata si fonda, infatti, su una duplice presunzione: la commissione di precedenti delitti da parte dell'imputato; l'origine del patrimonio del condannato da tali delitti

fattispecie

- In questa direzione, ad esempio, l'*Erweiterter Verfall* tedesco (§ 73d StGB), il *confiscation* inglese, la confisca ex art. 12 *sexies* l. 356/92 nell'ordinamento italiano. Anche la confisca misura di prevenzione antimafia, ex art. 2 *ter* l. 575/65, è fondata su una tale presunzione ma prescinde da una condanna (tale ipotesi non presupponendo una condanna si avvicina, in parte, al modello dell' *actio in rem*)

Delimitazione temporale

- Tali presunzioni possono essere distinte in due tipi a seconda se si considera di origine illecita tutto il patrimonio del reo, o, piuttosto, tutto ciò che è stato ottenuto dal reo in un determinato lasso di tempo precedente la commissione del reato o l'inizio del procedimento volto all'applicazione della confisca; nella prima ipotesi la presunzione si estende a tutto il patrimonio del reo, nella seconda ipotesi viene temporalmente determinata

Senza limite temporale

- Nella prima direzione in Germania l'*Erweiterter Verfall*, § 73d StGB, consente di sottrarre anche i profitti la cui origine illecita sia solo "sospettata", e non provata ; in Italia l'art. 12 *sexies* (l'art. 2 *ter* e l'art. 3 *quinquies* l. 575/65) estendono l'ambito di applicazione della confisca a tutto il patrimonio di presunta origine illecita a causa del suo valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività economica (o del soggetto sottoposto a misure di prevenzione personale o del proprietario dell'attività agevolatrice).

Con limite temporale

- Nella seconda direzione si orientano il *confiscation* inglese (o irlandese in relazione al traffico di stupefacenti), che colpisce tutti i beni ottenuti o, addirittura, regalati dal reo nei sei anni precedenti l'inizio del procedimento in quanto si presume uno stile di vita criminale (anche il *criminal forfeiture* nordamericano, che è stato inquadrato come pena patrimoniale, sia ai sensi del *Comprehensive Drug Abuse Act 1970* che del *RICO*, è applicabile in base ad una presunzione confutabile, che ciascun bene dell'imputato condannato per uno dei reati elencati, è confiscabile se acquistato durante il periodo della consumazione del reato in quanto si considera proveniente dal reato).

segue

- In Australia ai sensi del *Proceeds of Crime Act 1987* riformato dal *POC 2002* (e in termini corrispondenti si pronuncia il *Crime Confiscation of Profits Act 1989*) opera una presunzione, sino a prova contraria, che la proprietà posseduta dall'imputato al tempo, o immediatamente dopo, la commissione del reato, è stata utilizzata in quest'ultimo, o è comunque ad esso collegata e nel caso di reati gravi ("*serious offences*") tutti i beni, acquistati dall'imputato dopo la consumazione del primo reato (o entro i cinque anni precedenti, se il primo reato è stato realizzato prima dei cinque anni), sono considerati, in base ad una presunzione, ricavato del reato.

la restituzione dei profitti estesa (art. 20, c. 2 öStGB)

- In tale ambito si collocava anche la restituzione dei profitti estesa (art. 20, c. 2 StGB) dell'ordinamento austriaco, che si estendeva ai proventi ricevuti dal delinquente in "connessione temporale" con il reato commesso, qualora il reo avesse intenzionalmente commesso un crimine (*Verbrechen*) in maniera ripetuta o continuativa punito con una pena detentiva superiore ai tre anni (§ 17 öStGB); nella determinazione dell'ammontare degli illeciti profitti si prendevano in considerazione le entrate del reo ottenute in un periodo nell'ambito del quale si potesse presumere (*die Annahmeh naheliegt*) che tali proventi fossero derivati da illeciti di eguale natura (di quello accertato) e la loro lecita origine non fosse credibile.

SEGUE

- Tale presunzione presentava, quindi, una duplice limitazione, richiedendo, da una parte, la connessione temporale; dall'altra parte, la stessa natura dell'attività illecita presunta. Tale regola si applicava anche in relazione ai beni ottenuti dal reo in "connessione temporale" con la sua partecipazione ad un'organizzazione criminale o terroristica (art. 20, c. 3 *StGB*).

Riforma § 20b Erweiterter Verfall

- l'attuale forma di confisca allargata (art. 20b *öStGB*), presuppone la consumazione - o la realizzazione di un fatto illecito ai sensi delle norme corrispondenti - di alcuni gravi reati (riciclaggio, associazione a delinquere o delitti con finalità di terrorismo), la connessione temporale tra la consumazione dei reati e l'acquisto dei beni, e l'accertamento affievolito dell'origine illecita (laddove appare fondato il sospetto dell'origine illecita e non può essere fornita la prova dell'origine lecita) sofern die Annahme naheliegt, dass sie aus einer rechtswidrigen Tat stammen und ihre rechtmäßige Herkunft nicht glaubhaft gemacht werden kann.

Onere in capo all'accusa

- Tali presunzioni, inoltre, si distinguono a seconda se si tratti di una forma di inversione dell'onere della prova, in quanto la sua applicazione è una mera conseguenza della condanna, oppure si tratti di una presunzione la cui applicazione sia subordinata all'adempimento di un, pur ridotto, onere probatorio in capo all'accusa che deve dimostrare la sussistenza dei presupposti su cui si fonda la presunzione.

l'Erweiterter Verfall, § 73d *StGB,*

- Nella prima direzione, ad esempio, nell'ordinamento tedesco *l'Erweiterter Verfall, § 73d StGB*, si fonda su una mera presunzione di origine illecita di tutto il patrimonio di un soggetto condannato per determinati reati collegati al crimine organizzato.

Ordinamento inglese

- Nell'ordinamento inglese la pronuncia del provvedimento di confisca si fonda su delle *presunzioni* che devono essere assunte obbligatoriamente dalla Corte, salvo se ritiene che non siano corrette nel caso di specie o sussista un serio rischio di ingiustizie quale conseguenza della loro applicazione (sez. 10 (6)): se la Corte ritiene che il soggetto ha uno "*stile di vita criminale*" - determinato in base a presunzioni connesse alla natura del reato o dei reati per cui è stato condannato nel procedimento in corso o in procedimenti precedenti, sezione 75, Schedule 2 -, l'ammontare da confiscare viene stabilito, a sua volta, in base ad una serie di presunzioni, con relativa inversione dell'onere della prova.

Segue - Stile di vita criminale

- Nella nota esplicativa si giustifica il ricorso a presunzioni affermando che “lo stile di vita criminale è basato sul principio che a un autore che dà ragionevoli motivi per credere che si mantenga attraverso il crimine, dovrebbe essere richiesto di dar conto del proprio patrimonio, e dovrebbe essere soggetto a confisca nei limiti in cui è incapace di giustificare l’origine lecita dello stesso”. Lo standard della prova è quello *civilistico*, al di sopra del bilancio delle probabilità, sia in relazione alla decisione circa lo stile di vita criminale, sia in relazione alla decisione se l’imputato ha tratto benefici da tale stile di vita, e circa l’ammontare degli stessi.

12 sexies l. 356/'92

Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'*art. 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dagli articoli 416, sesto comma, 416-bis, ...è sempre* disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica.

Sproporzione – 12 sexies l. 356/'92

- Nella seconda direzione, invece, nell'ordinamento italiano la presunzione di origine illecita presuppone l'accertamento da parte dell'accusa di taluni presupposti: la titolarità o la disponibilità dei beni in capo al condannato e "*la sproporzione*" tra il loro valore e il suo reddito o la sua attività economica (oppure ai fini della confisca antimafia ex art. 2 *ter* l. 575/65 deve fornire indizi dell'origine illecita dei beni),

terzi

- Tale forma di confisca allargata prevede generalmente una disciplina che ne consente l'applicazione presso terzi

Persone giuridiche

- Anche la forma di confisca in esame, basata sulla presunzione di origine illecita dei beni, può essere applicata direttamente nei confronti delle persone giuridiche in alcuni ordinamenti

VertreterKlausel (§ 73, c. 3)

- Rimane interessante, a tal proposito, l'esempio tedesco con la sua *VertreterKlausel* (§ 73, c. 3), in base alla quale il terzo che ha ricevuto la cosa confiscabile può essere una persona fisica o giuridica ed è sufficiente che il partecipante al fatto abbia agito per un altro; è sufficiente ogni tipo di comportamento realizzato per colui che riceve il vantaggio del fatto;

segue

- non è necessario un rapporto organico, né un reale rapporto di rappresentanza tra l'autore del fatto e il destinatario del vantaggio, né un particolare incarico alla commissione del fatto profittevole, purché non si tratti di un mero interesse di fatto del terzo -

garanzie

- Rispetto alla confisca generale dei beni o alla confisca dei beni di presunta destinazione illecita, in conclusione, tale modello di ablazione dei profitti opera in maniera meno efficace, ma più conforme al principio di proporzione e al diritto di proprietà in quanto restringe l'ambito di applicazione della confisca allargata **solo ai beni di presunta origine illecita**. I beni di origine illecita, infatti, non rientrano nell'ambito della tutela derivante dal riconoscimento costituzionale del diritto di proprietà in quanto in tutti gli ordinamenti democratici un crimine non può rappresentare un titolo legittimo di acquisizione di beni.

patrimoni pregressi illecitamente accumulati

- Le sanzioni in esame, però, rischiano di aggredire il diritto di proprietà nella misura in cui possono colpire anche il patrimonio lecitamente acquisito dal reo. Il carattere necessario di tale sanzione può venire giustificato dall'inidoneità della più mite confisca dei profitti di accertata origine illecita a colpire anche i **patrimoni pregressi illecitamente accumulati**, o a sottrarre alle organizzazioni criminali le disponibilità finanziarie che gli consentirebbero di continuare a delinquere e di infiltrarsi nel mercato

Presunzione d'innocenza

- Ma i sospetti in un sistema democratico non dovrebbero costituire un presupposto sufficiente per la delimitazione del diritto di proprietà; in tal modo tali sanzioni comportano, infatti, un sacrificio anche di fondamentali principi costituzionali, come la presunzione d'innocenza o il principio di colpevolezza - quale limite o fondamento della pena -, principi che dovrebbero *presiedere e limitare* l'aggressione statale ai diritti fondamentali.

Interpretazione garantista – ordinamento tedesco

- nell'ordinamento tedesco, per fornire un'interpretazione della norma conforme alla Costituzione, la Suprema Corte ritiene che *non è sufficiente un alto grado di verosimiglianza ("ganz hohe Wahrscheinlichkeit")* dell'origine delittuosa del patrimonio del reo, ma bisogna richiedere che il giudice del fatto, in base a prove esaurienti, abbia raggiunto la piena convinzione che l'imputato ha ottenuto gli oggetti, sottoposti a confisca, attraverso dei fatti illeciti. Se permangono dubbi sull'origine dei beni, non è possibile procedere alla confisca (*BGH*, 22 novembre 1994, 4 StR 516/94)

segue

- Anzi la Corte ha specificato che un alto grado di verosimiglianza non può sostituire la necessaria convinzione del giudice; anche se si specifica che tale convinzione non presuppone che l'origine illecita dei beni sia stata specificatamente accertata (*"ohne daß diese selbst im einzelnen festgestellt werden müßten"*) (BGH, 10 febbraio 1998 — 4 StR 4/98 (LG Bochum)) .

Suprema Corte – 12 sexies

- Anche nell'ordinamento italiano la giurisprudenza ha negato ripetutamente l'incompatibilità con la presunzione d'innocenza o con la garanzia del diritto di proprietà della confisca ex art. 12 *sexies* l. 356/92, fondata sulla presunzione dell'origine illecita dei beni di valore sproporzionato;

Sproporzione in relazione ad ogni singolo bene

- si sottolinea, però, la necessità di non accontentarsi di una generica prova della sproporzione del patrimonio rispetto al reddito o all'attività economica del reo, da considerare quale indizio dell'origine illecita di tutto il patrimonio, ma occorre richiedere piuttosto la prova del carattere sproporzionato di ogni singolo bene al momento dell'acquisto, così delimitando l'ambito di applicazione della misura in termini di maggiore compatibilità con il principio di proporzione e, indirettamente, con la presunzione d'innocenza, laddove si circoscrive il relativo onere probatorio (di allegazione) della difesa.

segue

- Alla luce di tale interpretazione, la Suprema Corte ritiene che la presunzione dell'origine illecita del patrimonio sproporzionato e non giustificato sia ragionevole e non in contrasto con il diritto di proprietà e con il diritto inviolabile di difesa. La confisca ex 12 sexies, si precisa, infatti, è basata su « *una fondamentale scelta di politica criminale del legislatore, operata con l'individuare delitti particolarmente allarmanti, idonei a creare una accumulazione economica, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti, e quindi col trarne una presunzione, iuris tantum, di origine illecita del patrimonio "sproporzionato" a disposizione del condannato per tali delitti*»;

segue

- la presunzione sarebbe radicata nella nota capacità dei delitti presupposti ad essere perpetrati in forma quasi professionale e a porsi quali fonti di illecita ricchezza, e la sua *congruità* è rafforzata dal fatto che il giudice deve accertare la sproporzione del patrimonio da confiscare rispetto ai redditi e alle attività economiche attraverso una ricostruzione storica della situazione esistente al momento dei singoli acquisti.

Diritto di proprietà

- Sarebbero così superati, ad avviso della Corte, i dubbi circa la compatibilità della misura con la garanzia della proprietà privata di cui la legge determina i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale; la prevenzione speciale e la dissuasione, perseguite non irragionevolmente dal legislatore attraverso la presunzione in esame, assolvono appunto ad una funzione sociale che è a fondamento dei limiti che il legislatore stesso può imporre.

Nessuna delimitazione temporale – né nesso di pertinenzialità

- In relazione a tale forma di confisca, però, la Suprema Corte non ritiene accettabile quell'orientamento minoritario che cerca di delimitarne temporalmente l'ambito di applicazione, né richiede l'accertamento del nesso di pertinenzialità tra i beni da confiscare e l'attività illecita del condannato, in quanto si finirebbe per allargare indefinitamente il *thema decidendum*.

Diritto di difesa

- La Corte sottolinea, inoltre, che non può parlarsi di una violazione del diritto di difesa, in quanto *“si tratta di una presunzione iuris tantum ed è applicabile quando sia dimostrata la sproporzione tra il valore dei beni da un lato e i redditi e le attività economiche dall’altro, al momento di ogni acquisto dei beni stessi. Solo dopo una tale dimostrazione il soggetto inciso dovrà, con riferimento temporale precisamente determinato, indicare le proprie giustificazioni, le quali dunque potranno anche loro essere specifiche e puntuali. Tale indicazione non va confusa con un’imposizione di onere della prova, ma si risolve nell’esposizione di fatti e circostanze di cui il giudice valuterà la specificità e la rilevanza e verificherà in definitiva la sussistenza. L’onere imposto non trasmoda perciò in una richiesta di prova diabolica, ma è al contrario di agevole assolvimento”*.

Con riferimento temporale

- La Suprema Corte, insomma, nega che si configuri un'inversione dell'onere della prova e continua a parlare di onere di allegazione, in conformità all'orientamento prevalente in materia; sembra interessante, inoltre, l'inciso "*con riferimento temporale precisamente determinato*" che sottolinea da una parte l'impegno dell'accusa di provare la sproporzione in relazione ad ogni singolo bene e alla situazione economica e patrimoniale al momento dell'acquisto del bene, con relativa delimitazione temporale anche per l'onere di allegazione della difesa (potrà limitare "*le sue allegazioni al periodo preso in considerazione dal pubblico ministero*").

Onere di allegazione

- La sentenza in esame sottolinea, però, che la *“giustificazione credibile attiene alla positiva liceità della provenienza e non si risolve nella prova negativa della non provenienza dal reato per cui si è stati condannati. E così, per esempio, per gli acquisti che hanno un titolo negoziale occorre un’esauriente spiegazione in termini economici (e non semplicemente giuridico – formali) di una derivazione del bene da attività consentite dall’ordinamento, che sarà valutata secondo il principio del libero convincimento”*.

Violazione del diritto al silenzio

- L'onere in esame espresso in questi termini, simili a quelli utilizzati dalla sentenza Malasisi nel 1994, diventa particolarmente incisivo in quanto occorre dimostrare sostanzialmente come è stato economicamente possibile compiere gli acquisti. Se il c.d. "*onere di allegazione*", infatti, non viene inteso in senso meramente formale, si finisce comunque per violare il diritto al silenzio dell'imputato, il quale, in presenza del mero indizio della sproporzione (la Corte ha precisato che l'accusa non deve fornire una prova indiziaria dell'origine illecita dei beni), dovrà dimostrare l'origine lecita dei suoi beni se non vuole subire la confisca; il silenzio, infatti, darebbe dignità probatoria a degli indizi altrimenti insufficienti, finendo così per assumere una valenza *contra reum*.
-

segue

- Le Sezioni Unite si sono limitate, insomma, a valorizzare l'elemento della sproporzione, ma ciò non sembra sufficiente per consentire al c.d. onere di allegazione di rimanere nei limiti del "*diritto alla difesa*" e di non trasmodare in un'inaccettabile inversione dell'onere della prova; in ogni caso si dovrebbe ribadire che non solo l'accusa deve realmente adempiere il suo onere della prova circa il carattere sproporzionato di ogni singolo acquisto, come proposto dalle Sezioni Unite, ma che si deve rispettare il principio *in dubio pro reo*, in base al quale laddove la prova fornita dall'accusa non sia convincente, il giudice non potrà applicare la confisca in base ad una mera presunzione. Altrimenti, al di là dei giochi di parole, si finirà per applicare

segue

- Recentemente la Corte Costituzionale tedesca ha ribadito la compatibilità dell'*Erweiterter Verfall* con il principio di colpevolezza, con la presunzione d'innocenza, con la garanzia costituzionale del diritto di proprietà e con il principio di tassatività, non trattandosi di una pena o di una sanzione penale; anche l'alleggerimento dell'onere della prova è considerato conforme al principio di proporzione in considerazione dell'esigenza di disporre di un efficace strumento di lotta contro la criminalità organizzata.

segue

- La Corte ribadisce la posizione più garantista della giurisprudenza, in base alla quale l'applicazione di questa forma di confisca allargata presuppone la convinzione del giudice circa l'origine illecita dei profitti alla luce dei mezzi di prova disponibili. La Corte, pur precisando che l'applicazione di sanzioni penali o simil-penali presuppone il rimprovero di colpevolezza, ritiene che l'istituto non richiede la responsabilità penale del *Täter*, né la sua colpevolezza per fatti diversi da quelli per cui è stato condannato, in quanto la norma, facendo espressamente riferimento a "circostanze del fatto [che] fanno pensare che questi beni siano stati ottenuti per commettere fatti antigiuridici o da questi traggano origine", presupporrebbe solo un fatto antigiuridico e non necessariamente colpevole, e quindi la norma non prevede una conseguenza giuridica di tipo penale. Il *Verfall* non persegue scopi penali di deterrenza e di risocializzazione, bensì di regolamentazione del patrimonio e di normalizzazione, non costituisce una *Strafe*, ma una *Maßnahme* ai sensi dei §§ 11 comma 1, n. 8, e 61 StGB (BVerfG, 14. 1. 2004 - 2 BvR 564/95).
-

Corte europea dei diritti dell'uomo

- la Corte europea dei diritti dell'uomo **ha negato** la violazione della presunzione d'innocenza di simili forme di confisca allargata basate su presunzioni, in base alla considerazione che presunzioni di fatto o di legge sono presenti in molti Stati e non sono, in linea di principio, contrarie alla Convenzione.

Presunzione confutabile

- Sebbene gli Stati contraenti hanno l'obbligo di rimanere entro ragionevoli limiti, che tengano conto dell'importanza degli interessi in gioco e che garantiscano i diritti della difesa, la presunzione d'innocenza e il concetto di *fair trial* non sono violati quando l'imputato ha la possibilità di rigettare la presunzione di colpevolezza fornendo la prova evidente del contrario.

“entro limiti ragionevoli

- In particolare la Corte europea ha elaborato il limite posto all'ammissibilità delle presunzioni, e cioè l'espressione “entro limiti ragionevoli”, in relazione alla legislazione inglese in materia di *confiscation*. Nel caso *Phillips c. Royaume-Uni*, infatti, si nega la violazione della presunzione d'innocenza ex art. 6, § 2 della Convenzione, in quanto si ritiene che la presunzione d'innocenza attiene alla dimostrazione della colpevolezza dell'imputato, che nel caso di specie avviene regolarmente, mentre la questione relativa alla misura della sanzione (i beni confiscabili in base alla presunzione dell'origine illecita) non attiene alla presunzione d'innocenza;

NON COMPORTA NUOVA ACCUSA – GARANZIE AI DIRITTI DELLA DIFESA

- la Corte precisa che la procedura volta all'applicazione della confisca in questione non comporta una nuova accusa in materia penale a carico dell'imputato. E, in ogni caso, la presunzione in questione è conforme al principio di proporzione, in quanto sono apprestate opportune garanzie ai diritti della difesa, consentendo all'imputato di confutare la presunzione in esame in base allo standard civilistico della prevalenza delle probabilità; si nega, quindi, anche la violazione del più ampio diritto a un giusto processo previsto dal comma 1 dell'art. 6 .

SEGUE

- il carattere relativo della presunzione di origine illecita dei proventi “deve trovare una puntuale realizzazione nella prassi applicativa, attraverso un’attenta considerazione delle spiegazioni alternative fornite dall’interessato, cui deve essere offerta una effettiva possibilità di confutazione della tesi dell’accusa” .

SEGUE - DIRITTO DI PROPRIETA'

- Si nega, inoltre, la violazione della garanzia del diritto di proprietà in base alla considerazione che la presunzione legale su cui si basa la forma di confisca in questione è proporzionata all'obiettivo da conseguire, e alla difficoltà di stabilire l'ammontare dei profitti derivanti dal traffico di stupefacenti (§ 49); si evidenzia che la pronuncia di un provvedimento di confisca rappresenta un'arma dissuasiva nell'ambito della lotta contro il traffico di droga, e, inoltre, privare una persona dei profitti derivanti da tale crimine significa garantire che i fondi in questione non vengano reinvestiti in quel traffico .

Adeguamenti accertamenti

- La Corte, però, come emerge dal caso *Geerings*, relativo ad una forma di confisca allargata prevista dall'art. 36e § 2 del codice penale olandese, in relazione a profitti che si presume derivino da offese simili rispetto a quella oggetto di condanna, pur ammettendo la confisca anche nel caso di assoluzione,

segue

- pretende, pena l'inosservanza della presunzione d'innocenza, che la verifica giurisdizionale sull'origine criminale non si fondi sulla semplice ricezione di risultanze investigative contrastanti con l'esito del giudizio dibattimentale e, comunque, richiede adeguati accertamenti sulla situazione patrimoniale del soggetto.

ACTIO IN REM: III

MODELLO

- Un ultimo modello di confisca è quello fondato sull'*actio in rem*, un procedimento contro il patrimonio di carattere amministrativo punitivo o civile; il prototipo di tale modello è rappresentato dal *civil forfeiture* sempre più diffuso negli ordinamenti di *common law* (ordinamento australiano, inglese, scozzese, irlandese).

forfeiture

- Tale modello è stato rivalutato dal Congresso americano nel 1970 con il *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act*, nell'ambito della lotta contro il traffico di stupefacenti, per poi essere adottato in moltissimi statuti federali in relazione alle cose connesse al reato; non solo, ma soprattutto dopo i successi economici della "*zero-tolerance*" policy, molti Stati hanno adottato degli specifici *forfeiture statutes* o hanno rispolverato i loro statuti in materia. Si è così trasformato il *civil forfeiture* "in una delle più potenti armi del governo federale nella lotta contro il traffico di droga" e altre attività illegali.



Civil Asset Forfeiture Reform Act 2000

- Il *Civil Asset Forfeiture Reform Act 2000* ha riformato il capitolo 46 del titolo 18, *United States Code*, inserendo il § 983, al fine di garantire una "più giusta ed uniforme procedura per *Federal civil forfeitures*"; si dovrebbe trattare di una riforma volta a garantire una procedura più rispettosa dei diritti dell'interessato e dei terzi innocenti.

segue

- Il procedimento della confisca *in rem* è autonomo ed è diretto contro la "*tainted property*" (proprietà contaminata) come tale, davanti all'autorità giudiziaria del luogo in cui il bene è situato; non è assolutamente rilevante la colpevolezza dell'attuale proprietario della cosa e, anzi, si ricorre ad una sorta di *fictio iuris* in base alla quale è colpevole il bene e quindi è irrilevante la colpevolezza del proprietario

segue

- proprio questa finzione, in base alla quale si colpiscono le cose e non le persone, ha consentito di non applicare molte delle garanzie dell'imputato - come il diritto a un processo dinanzi ad una giuria, l'inammissibilità di certe tipologie di prove (come le testimonianze *de relato*), il *double jeopardy (ne bis in idem)* - e di abbassare l'onere della prova (*probable cause* o *by preponderance of evidence*) nei *forfeiture* procedimenti.

Civil recovery e cash forfeiture

- Tale modello sta alla base del *civil recovery* previsto dal *POCA 2002* inglese, che ha introdotto accanto al *confiscation* dei meccanismi di sottrazione dei profitti illeciti di carattere civile (“*civil recovery*” e “*cash forfeiture*”). Si tratta di provvedimenti che sono pronunciati dalla giurisdizione civile (la *High Court*) e destinati alla realizzazione in favore dello Stato di un valore la cui provenienza diretta o indiretta da un’attività illecita può ragionevolmente essere supposta; tale procedura di carattere civile è sussidiaria rispetto a quella penale e viene in considerazione se non è più possibile agire contro l’autore sul piano penale, perché non può essere identificato, è morto, non è sottoposto alla giurisdizione britannica o, semplicemente, perché le prove non sono sufficienti ai fini di una pronuncia in sede penale.

Ordinamento irlandese

- Anche nell'ordinamento irlandese accanto a una forma di confisca penale (*confiscation order*, disciplinato in maniera molto simile a quanto previsto nell'ordinamento inglese) è stata introdotta dal *Proceeds of Crime Act* 1996 e riformata dal *Proceeds of Crime (Amendment) Act* 2005, una forma confisca civile applicabile dall'*High Court*, con *standard* della prova civilistico. Il FATF (*Financial Action Task Force*) ha valutato in termini positivi la disciplina irlandese, in particolare quella civilistica

vantaggi

- Tale modello di confisca, fondato su un procedimento amministrativo o civile contro la proprietà contaminata, con standard della prova civilistico o indiziario, presenta chiaramente il vantaggio di non essere subordinato agli esiti di un processo penale, di accontentarsi di un più basso standard probatorio, ma soprattutto di consentire l'applicazione della confisca in un procedimento più celere e snello, senza le garanzie del penale

svantaggi

- Non consente di utilizzare gli strumenti di indagine del penale
- Violazione delle garanzie
- Nell'ordinamento statunitense, inoltre, è stata messa in dubbio la compatibilità con l'ottavo emendamento del *civil forfeiture*

Principio di proporzione

- la Suprema Corte degli Stati Uniti nella sentenza pronunciata nel celebre caso *Bajakajian's*, ha solennemente affermato che per valutare il carattere eccessivo di una sanzione occorre valutarne la conformità al principio di proporzione; precisando che questo vale sia in relazione ai *criminal* che ai *civil forfeitures* aventi carattere punitivo, che rappresentano delle "pene pecuniarie" ai fini del *Excesive Fines Clause* .

art. 2 *ter* l. 575/1965

- In tale ambito si colloca il procedimento preventivo antimafia italiano ex art. 2 *ter* l. 575/1965
- la riforma introdotta con la legge N. 94/ 2009 che ha modificato il comma 6 dell'art. 6 bis l. 575/'65 precisa che non solo le misure patrimoniali possono essere applicate disgiuntamente dalle personali (L. 92/2008, anche nei confronti del morto – anche nei cinque anni precedenti), ma aggiunge «*e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione*».

presupposti

- Indiziati (non si presuppone una condanna):
- pericolosità qualificata (reati connessi alla criminalità organizzata, art. 51, c. 3 bis c.p.p.);
- pericolosità generica – indiziati di essere dediti ad attività illecite o di vivere con il provento del crimine (art. 19 l. 152/75).
- **NON SI RICHIEDE PIU' L'ATTUALITA' DELLA PERICOLOSITA'**

OGGETTO DELLA CONFISCA

- Beni di valore sproporzionato
- Beni che *risultino* frutto o reimpiego

Presunzione di origine illecita

- anche questa forma di confisca allargata si fonda su una presunzione di origine illecita dei beni del prevenuto laddove l'accusa accerti la disponibilità e la sproporzione o fornisca indizi di origine illecita
- (prima della riforma del 2008 si richiedevano sufficienti indizi; la riforma chiede che i beni “risultino frutto o reimpiego” sembrando richiede una **vera e propria prova indiziaria**, art. 192 c.p.)
- ,

SEZIONI UNITE SPÈINELLIO

Gia con riferimento al precedente regime, questa Corte aveva avuto occasione di statuire che «ai fini dell'applicabilità della misura della confisca di beni patrimoniali nella disponibilità di persone indiziate di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, è sufficiente che sussistano una sproporzione tra le disponibilità e i redditi denunciati dal proposto ovvero indizi idonei a lasciar desumere in modo fondato che i beni dei quali si chiede la confisca costituiscano il reimpiego dei proventi di attività illecite e che il proposto non sia riuscito a dimostrare la legittima provenienza del danaro utilizzato per l'acquisto di tali beni. Ne deriva che, al riguardo, non si verifica alcuna inversione dell'onere della prova, perché la legge ricollega a fatti sintomatici la presunzione di illecita provenienza dei beni e non alla mancata allegazione della loro lecita provenienza, la cui dimostrazione è idonea a superare quella presunzione» (Sez. 5, n. 228 del 12/12/2007, dep. 2008, Campione, Rv. 238871).

Identico riparto del carico probatorio deve riconoscersi nel nuovo assetto normativo: spetta, pur sempre, alla parte pubblica l'onere della prova in ordine alla sproporzione tra beni patrimoniali e capacità reddituale nonché all'illecita provenienza, da dimostrare anche in base a presunzioni. Nondimeno, al proposto è riconosciuta la facoltà di offrire prova contraria e liberatoria, atta a neutralizzare quelle presunzioni, in guisa da dimostrare la legittima provenienza degli stessi beni.

Nessuna innovazione è stata introdotta neppure sul piano dell'intensità dell'apporto probatorio, in dipendenza della locuzione "risultino essere frutto", in luogo della precedente formulazione che richiedeva l'esistenza di "sufficienti indizi" di origine illecita (in origine, espressamente prevista solo per il sequestro). Ed infatti, l'assunto della provenienza illecita del patrimonio deve pur sempre essere la risultante di un processo dimostrativo, che si avvalga anche di presunzioni, affidate ad elementi indiziari purché connotati dei necessari coefficienti di gravità, precisione e concordanza. E' significativo, del resto, che identico regime probatorio sia stato riprodotto nell'art. 24 del menzionato "codice antimafia", in base al quale l'applicazione della confisca è subordinata ad una serie di parametri probatori, così individuabili (nell'ordine della prospettazione normativa): a) mancata giustificazione della provenienza dei beni da parte del soggetto nei cui confronti è instaurato il procedimento di prevenzione; b) titolarità o disponibilità, a qualsiasi titolo, degli stessi beni, da parte dello stesso soggetto, sia direttamente che indirettamente, in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, od alla propria attività

economica; c) provenienza dei beni, che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.

Resta ovviamente salva – come per la pericolosità generica - la facoltà dell'interessato di fornire prova contraria e liberatoria, attraverso la dimostrazione della legittimità degli acquisti in virtù di impiego di lecite fonti reddituali. Con l'imprescindibile corollario che una prova siffatta, specie per gli acquisti risalenti nel tempo, non deve rispondere, neppure in questo caso, ai rigorosi canoni probatori del giudizio petitorio, con il rischio di assurgere al rango di *probatio diabolica*, potendo – per quanto si è detto – anche affidarsi a mere allegazioni, ossia a riscontrabili prospettazioni di fatti e situazioni che rendano, ragionevolmente, ipotizzabile la legittima provenienza dei beni in contestazione.

COSTITUZIONALITÀ PER SEZIONI UNITE SPINELLI

Intanto, non è fuor di luogo osservare che una metodica di acquisto della proprietà, da parte dello Stato, fondata su presunzione di illecita acquisizione da parte del privato, non è affatto estranea al nostro ordinamento giuridico. Basti pensare alla confisca ordinaria e ad altre significative applicazioni in settori diversi da quello penale, segnatamente in quello tributario, in esito ad accertamento fiscale "sintetico" od "induttivo". E' appena il caso di osservare che il ricorso a presunzioni, ai fini dell'individuazione dell'origine illecita dei beni, è ripetutamente riconosciuto legittimo dalla Corte EDU (da ultimo, sent. 17/06/2014, Cacucci c. Italia) ed è espressamente previsto nella menzionata Direttiva 2014/42/UE, approvata dal Parlamento europeo il 25 febbraio 2014.

ONERE DI ALLEGAZIONE

Ciò che assicura la tenuta del sistema e la sua conformità alla Costituzione, ed anche ai principi dell'ordinamento sovranazionale, è il riconoscimento al soggetto inciso della facoltà di prova contraria, che rende quella presunzione meramente relativa (*iuris tantum*).

A far dubitare della legittimità costituzionale di tale metodica di acquisto non può neppure addursi la pretesa difficoltà dell'assolvimento di un onere siffatto, specie nell'ipotesi in cui – socialmente pericoloso il dante causa, oramai deceduto – si intenda applicare la misura della confisca agli eredi.

Ed infatti *l'onus probandi* a carico del soggetto inciso non è certamente calibrato sui canoni di uno statuto probatorio rigoroso e formale, modulato su quello vigente in materia petitoria, sì da assurgere, in determinati casi, al rango di *probatio diabolica*. Per il suo assolvimento è, infatti, sufficiente la mera allegazione di fatti, situazioni od eventi che, ragionevolmente e plausibilmente, siano atti ad indicare la lecita provenienza dei beni oggetto di richiesta di misura patrimoniale e siano, ovviamente, riscontrabili.

Correlazione temporale

- Giurisprudenza garantista richiede la correlazione temporale tra pericolosità (dal momento in cui è indiziato di far parte dell'organizzazione criminale o di svolgere attività criminale) e l'acquisto del bene;
- In seguito alla riforma che non richiede l'attualità della pericolosità sembrava prevalere l'opposto orientamento in base al quale non si pretende la correlazione temporale
- fermo restando che la correlazione temporale sarebbe un primo importante indizio dell'origine illecita (“risultino frutto o reimpiego”)

SEZIONI UNITE SPINELLI

N. 41884 26 GIUGNO 2014 (DEP. 2/2/2015)

Sul correlato aspetto problematico relativo alla perimetrazione cronologica dell'acquisto è dato registrare, nella giurisprudenza di questa Corte, una difformità di opinioni. Infatti, mentre alcune pronunce delimitano rigorosamente

A handwritten signature in black ink, consisting of a long horizontal stroke followed by a vertical stroke and a circular flourish on the right side.

quell'ambito, rapportandolo al positivo accertamento dell'arco temporale di manifestazione della pericolosità sociale (Sez. 5, n. 18822 del 23/03/2007, Cangialosi, Rv. 236920; Sez. 5, n. 24778 del 13/06/2006, Cosoleto, Rv. 234733; Sez. 1, n. 2654 del 02/05/1995, Genovese, Rv. 202142; Sez. 1, n. 2186 del 18/05/1992, Vincenti, Rv. 191582); altre sentenze – ben più numerose – ritengono, invece, che, in tema di criminalità organizzata, il potere di ablazione non sia vincolato ai limiti di quell'accertamento, potendo riguardare anche beni acquistati antecedentemente, sull'ovvio presupposto che ricorrano le condizioni della sproporzione rispetto alla capacità reddituale e, quindi, della presumibile provenienza illecita dei beni interessati (da ultimo Sez. 5, n. 16311 del 23/01/2014, Di Vincenzo, Rv. 259872 , così massimata: «in tema di misure di prevenzione antimafia, sono soggetti a confisca anche i beni acquisiti dal proposto, direttamente od indirettamente, in epoca antecedente a quella cui si riferisce l'accertamento della pericolosità, purché ne risulti la sproporzione rispetto al reddito ovvero la prova della loro illecita provenienza da qualsivoglia tipologia di reato»; in senso conforme, tra le altre, Sez. 5, n. 3538 del 22/03/2013, Zangari, Rv. 258656; Sez. 6, n. 35240 del 27/06/2013, Cardone, Rv. 256266; Sez. 5, n. 27228 del 21/04/2011, Cuozzo, Rv. 250917; Sez. 1, n. 39798 del 20/10/2010, Stagno, Rv. 249012; Sez. 6, n. 4702 del 15/01/2010, Quartarano, Rv. 246084; Sez. 1, n. 35175 del 04/06/2009, Sicolo, Rv. 245363;

CORRELAZIONE TEMPORALE SI ANCHE PER LE MISURE DI PREVENZIONE: Più DIFFICILE DA DETERMINARE

A ben vedere, si tratta, però, di un falso problema, non appena si consideri – secondo quanto sopra evidenziato – che la pericolosità sociale, oltre ad essere presupposto ineludibile della confisca di prevenzione, è anche “misura temporale” del suo ambito applicativo e, quindi, della sua efficacia acquisitiva.

Senonché, mentre nell'ipotesi di pericolosità "generica" l'individuazione cronologica rappresenta – per quanto si è detto – operazione tutt'altro che disagiata, in caso di pericolosità qualificata la relativa determinazione appare più complessa e problematica. Ed infatti, fermo restando il principio che la pericolosità (*rectius* l'ambito cronologico della sua esplicazione) è “misura” dell'ablazione, la proiezione temporale di tale qualità non sempre è circoscrivibile in un determinato arco temporale.

in un determinato arco temporale.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui la pericolosità investa, come accade ordinariamente, l'intero percorso esistenziale del proposto e ricorrano i requisiti di legge, è pienamente legittima l'apprensione di tutte le componenti patrimoniali ed utilità, di presumibile illecita provenienza, delle quali non risulti, in alcun modo, giustificato il legittimo possesso.

Invece, ove la fattispecie concreta consenta al giudice della prevenzione di determinare comunque – in forza di insindacabile apprezzamento di merito (in quanto congruamente giustificato) e sulla base di ogni utile indagine – il momento iniziale ed il termine finale della pericolosità sociale, saranno suscettibili di apprensione coattiva “soltanto” i beni ricadenti nell'anzidetto perimetro temporale.

SPROPORZIONE

Giurisprudenza garantista

- La giurisprudenza più garantista richiede anche in questo caso che la sproporzione sia accertata in relazione ad ogni singolo bene; qualche sentenza, addirittura, nonostante l'art. 3 della L. 256/93, nel modificare l'art. 2 *ter*, c. 2, l. 575/65, ha stabilito che l'indizio della mera sproporzione è già di per sé indice di illiceità della ricchezza in quanto nella disponibilità del presunto mafioso, richiede la duplice tipologia di indizi, e cioè, richiede l'accertamento sia della sproporzione sia degli indizi dell'origine illecita del patrimonio.

Segue

- Tale orientamento si pone in conformità alla disciplina della decisione quadro 2005/212 GAI che, nel prevedere poteri estesi di confisca, richiede insieme all'accertamento del valore sproporzionato del bene, che un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, sia pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata; si ricordi, tra l'altro, che, in base al principio della prevalenza del diritto comunitario, il giudice nazionale dovrebbe interpretare il diritto interno in conformità al diritto comunitario, comprese le decisioni quadro.

Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

- La Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dal caso Marandino e dal caso Raimondo ha riconosciuto la natura preventiva e non punitiva della confisca antimafia da cui consegue la mancata violazione del diritto di proprietà (art. 1 del 1° protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che tutela il diritto alla libera attività economica e il diritto di proprietà), della presunzione d'innocenza (art. 6, § 2) e del principio di legalità (art. 7), laddove se ne consente l'applicazione retroattiva ([1]).
- La Corte, accogliendo le argomentazioni del Governo italiano, riconosce che la confisca antimafia è una misura di prevenzione, e non una sanzione penale. La misura di prevenzione ha, infatti, una funzione e una natura ben distinta rispetto a quella della sanzione penale: mentre quest'ultima tende a reprimere la violazione di una norma penale e quindi la sua applicazione è subordinata all'accertamento di un reato e della colpevolezza dell'imputato, la misura di prevenzione non presuppone un reato e una condanna ([2]), ma tende a prevenirne la commissione da parte di soggetti ritenuti pericolosi. La confisca antimafia, perciò, non ha funzione repressiva, ma preventiva, volta ad impedire l'uso illecito dei beni colpiti.



segue

- [1]) Commission eur., 15 aprile 1991, Marandino, no. 12386/86, in *Decisions et Rapports (DR)* 70, 78; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 22 febbraio 1994, Raimondo v. Italy, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1994, Série A vol. 281, 7 e in *European Human Rights Reports* 1994, vol. 18, III, 237; Corte eur. dir. uomo, 15 giugno 1999, Prisco c.p. Italia, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97.
- [2]) Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 marzo 2003, Madonia c. Italia, n°. 55927/00, in www.coe.it, 4; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 20 giugno 2002, Andersson c. Italia, n°. 55504/00, in www.coe.it, 4; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 5 luglio 2001, Arcuri e tre altri c. Italia, n°. 52024/99, in www.coe.it, 5; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 4 settembre 2001, Riela c. Italia, n°. 52439/99, in www.coe.it, 6; Corte eur. dei dir. dell'uomo, Bocellari e Rizza c. Italia, n°. 399/02, in www.coe.it, 8.

Non è sanzione penale

- La misura di prevenzione, ad avviso della Corte, non può essere paragonata ad una sanzione penale secondo i tre criteri individuati dalla stessa Corte nel caso *Engel e altri* ([1]), per determinare quando una misura riveste carattere penale ai fini della Convenzione: la qualificazione nel diritto interno; la natura dell'infrazione; il grado di severità della sanzione.

- [1) Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel e Altri*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1977, Série A n° 22, 36.

- .

contra

- In realtà sembra che nella sentenza in questione la Corte europea dei diritti dell'uomo giunga a conclusioni che si pongono in contrasto con le sue stesse elaborazioni sul concetto autonomo di "materia penale", perché non ha il coraggio di riconoscere l'illegittimità di misure considerate necessarie in uno stato di emergenza.
- In contrasto con tale orientamento della Corte, si ritiene, infatti, di poter affermare **il carattere punitivo della sanzione** in questione, se si considera che il presupposto della confisca antimafia non è il pericolo della futura commissione di delitti, ma **il sospetto dell'attuale appartenenza ad un'associazione mafiosa, quindi, di un delitto in corso di esecuzione che non si riesce a provare (natura dell'infrazione);**

SEGUE

- che la misura non viene disapplicata con il cessare della presunta pericolosità dell'indiziato, ma è **una misura definitiva**, applicabile anche in caso di morte del soggetto o del venir meno della sua pericolosità (**natura della sanzione**); che può colpire **tutto il patrimonio**, anche se formalmente intestato ad altri soggetti, purché nella disponibilità di fatto dell'indiziato (**severità della sanzione**).

NATURA: SEZIONI UNITE SPINELLI: EQUIPARABILE ALLA MISURA DI SICUREZZA

9.7. Se allora le novelle legislative non hanno inciso sulla tradizionale fisionomia della confisca di prevenzione, così come configurata dalla giurisprudenza e dalla prevalente dottrina, è logico inferire che non v'è ragione di dubitare della persistente assimilabilità della misura di prevenzione patrimoniale

alle misure di sicurezza e, dunque, della ritenuta applicabilità alla prima della previsione di cui all'art. 200 cod. pen.

Esclusa la natura sanzionatoria, non può dunque trovare applicazione, *in subjecta materia*, il principio di irretroattività di cui all'art. 2 cod. pen.

SEGUE

In proposito, è pienamente condivisibile il rilievo argomentativo del Giudice delle leggi, secondo cui la *ratio* della confisca in questione, da un lato, «comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al "circuito economico" di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo» e, dall'altro, «a differenza di quella delle misure di prevenzione in senso proprio, va al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di soggetti pericolosi determinati e sorregge dunque la misura anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso» (Corte cost. sent. n. 21 del 2012, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in relazione agli artt. 24, secondo comma, e 111 Cost., dell'art. 2-ter, undicesimo comma, della legge 31 maggio 1965, n. 575, nella parte in cui prevede che «la confisca può essere proposta, in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta, nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare, entro il termine di cinque anni dal decesso»).

Dunque, anche secondo l'impostazione teorica della Corte costituzionale sul nucleo essenziale della prevenzione si innesta la specifica finalità di sottrarre il bene al circuito economico originario, recuperandolo anche presso gli aventi causa a titolo universale, in caso di morte del soggetto pericoloso.

Tale estensione di efficacia ablatoria non può ritenersi né arbitraria né illegittima, proprio perché il bene, siccome frutto di illecita acquisizione, reca in sé una connotazione negativa, che ne impone la coattiva apprensione, anche oltre la vita del soggetto pericoloso, a parte i già rilevati effetti distorsivi – in prospettiva macroeconomica – di illeciti accumuli di ricchezza e di anomale rendite di posizione.

Ma se così è, balza evidente che siffatta connotazione di pericolosità resta impressa alla *res*, indipendentemente da qualsiasi vicenda giuridica della sua titolarità (successione universale o particolare), sino alla perenzione della stessa cosa oppure all'opponibilità giuridica del suo trasferimento (in caso di acquisto in buona fede – rilevante, di per sé, ove rigorosamente provata in sede di prevenzione – nell'ipotesi di beni mobili, secondo il principio "possesso vale titolo", ai sensi dell'art. 1153 cod. civ., ovvero, in caso di immobili o mobili registrati, in combinazione con le ordinarie regole civilistiche che risolvono i conflitti tra più potenziali acquirenti, secondo il regime della trascrizione e, dunque, dell'antiorità del relativo acquisto) ovvero alla sua definitiva acquisizione al patrimonio dello Stato per effetto di confisca, questa sì capace di

stravolgerne, definitivamente, la natura ed il regime giuridico, equiparando la *res* ai beni demaniali. Regole queste notoriamente ispirate al principio della certezza e stabilità dei rapporti giuridici, rispetto alle quali si pone in sintonia la prescrizione della confiscabilità del bene, appartenuto a soggetto pericoloso, in capo agli eredi soltanto nel termine di anni cinque dalla morte del *de cuius* (art. 2-ter legge n 575 del 1965, ritenuto costituzionalmente legittimo dal Giudice delle leggi, con sentenza n. 21 del 2012).

Corte europea: Diritto di proprietà

- La Corte europea riconosce che la confisca antimafia costituisce un'ingerenza nel diritto di proprietà del ricorrente che, benché comporti un'espropriazione della proprietà, ai sensi del 1° comma dell'art. 1 del I Prot. Add. Conv., costituisce una forma di regolamentazione dell'uso dei beni, ai sensi del secondo comma dell'art. 1. La confisca in esame colpisce, infatti, dei beni, la cui origine illecita è stata previamente accertata dal tribunale, allo scopo di impedirne l'utilizzazione per la realizzazione di ulteriori benefici in favore dell'indiziato o dell'organizzazione criminale, alla quale si suppone appartenere, e a danno della collettività. **Si tenta di impedire l'uso, illecito e dannoso per la società, di beni, dei quali non è possibile dimostrare la legittima provenienza. Ne deriva che l'ingerenza, che la confisca comporta nel diritto di proprietà dell'indiziato, è giustificata nell'interesse generale.**

segue

- Si precisa, infine, che la confisca in questione risulta **anche proporzionata allo scopo perseguito**. La misura in esame è espressione di una scelta di politica criminale, nell'ambito della quale si riconosce la discrezionalità del legislatore tanto nell'individuare i problemi di interesse pubblico, che richiedono una regolamentazione, quanto nella scelta delle modalità di applicazione della stessa.

SEGUE

- Nel caso di specie la Corte riconosce la validità delle ragioni di politica criminale, che hanno indotto il legislatore italiano ad adottare la misura in questione, a partire dalla necessità di garantire l'ordinata e pacifica convivenza sociale. I profitti del reato, e in particolare del traffico di droga, attribuiscono alle associazioni criminali un enorme potere, tale da mettere in dubbio il primato del diritto dello Stato. La confisca è, quindi, sicuramente giustificata, ad avviso della Commissione, dinanzi alla gravità e al dilagare del fenomeno mafioso.

Presunzione d'innocenza

- La violazione della presunzione d'innocenza da parte della disciplina della confisca antimafia, è stata negata da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dai casi Marandino, Raimondo e Prisco. In queste pronunce la Corte, accogliendo le argomentazioni del Governo italiano, riconosce che la confisca antimafia, è una misura di prevenzione, e non una sanzione penale. Ne consegue che la presunzione d'innocenza ex art. 27 Cost. e art. 6, par. 2 della Convenzione non è applicabile alla confisca, come a tutte le misure preventive perché esse non presuppongono l'imputabilità e la colpevolezza della persona ad esse sottoposte. Le accuse di violazione dell'art. 6, par. 2 da parte dell'art. 2 *ter* della legge 575 del 1965 sarebbero incompatibili "*ratione materiae*" con tali norme.

Segue: presunzione – limiti ragionevoli

- La Corte europea ammette che la confisca antimafia, “stabilisce, in presenza di sufficienti indizi, una presunzione che i beni della persona indiziata di appartenere ad un’associazione delittuosa costituiscono il profitto di attività illecite o il suo reimpiego”; ma si ammette la compatibilità con la presunzione d’innocenza e con il sotteso principio di colpevolezza di tale presunzione, in base alla considerazione che presunzioni di fatto o di legge sono presenti in molti Stati e non sono in linea di principio contrarie alla Convenzione. Sebbene gli Stati contraenti hanno l’obbligo di rimanere entro ragionevoli limiti, che tengano conto dell’importanza degli interessi in gioco e che garantiscano i diritti della difesa, la presunzione d’innocenza e il concetto di *fair trial* non sono violati quando l’imputato ha la possibilità di rigettare la presunzione di colpevolezza fornendo la prova evidente del contrario.

Procedura conforme al principio di proporzione: garantisce la difesa

- Alla Corte non spetta, quindi, di valutare la compatibilità astratta di tali presunzioni con l'art. 6, c. 2 Conv. eur. dir., ma solo se nel caso concreto l'applicazione della norma, fondata su una presunzione di prova, avvenga in maniera conforme alla presunzione d'innocenza.
- A tal proposito la Commissione valuta positivamente la procedura prevista in materia nell'ordinamento italiano, che garantisce il contraddittorio dinanzi a tre gradi di giurisdizione, Tribunale, Corte di Appello e Corte di Cassazione. La procedura in questione è considerata rispettosa delle garanzie del dibattimento ("*toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement*") previste dall'art. 6, 1 c. Conv. eur., che si applicano anche alle sanzioni civili.

Non semplici sospetti

- Si sottolinea, però, che la giurisdizione italiana non può fondarsi su semplici sospetti; essa deve stabilire e valutare oggettivamente i fatti esposti dalle parti e documentati. In altre occasioni, la Commissione europea per i diritti dell'uomo ha precisato che bisogna distinguere tra inammissibili presunzioni di colpevolezza, e ammissibili presunzioni di prova, che consentano di dedurre la colpevolezza dalla prova di determinate fattispecie; tali presunzioni di prova devono essere, però, confutabili e ragionevoli (ad es. prognosi di pericolosità).



Principio di irretroattività

- La Corte europea ha negato, inoltre, il contrasto della normativa in esame con l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, proprio perché ritiene che la confisca antimafia non sia una pena, ma una misura preventiva.
- In tale direzione la giurisprudenza italiana deduce dalla natura di misura preventiva della confisca *ex art. 2 ter* l'estensione dell'ambito di applicazione di tale sanzione ai beni acquistati prima dell'entrata in vigore della legge 646/82, perché il principio di irretroattività non si applicherebbe alla confisca in questione, che colpisce i beni dell'indiziato posseduti al momento dell'applicazione della misura, allo scopo di impedirne nel futuro l'utilizzazione per la commissione di reati .

segue

- La Suprema Corte ritiene che tale disciplina non viola l'art. 2 c.p., che si riferisce alle pene inflitte per un determinato fatto-reato e non alle misure di prevenzione; tale norma di diritto penale non sarebbe violata "stante il chiaro disposto dell'art. 200 comma secondo c.p., né l'art. 25 della Costituzione, il quale non pone limiti di irretroattività alle misure di sicurezza e, quindi, stante il parallelismo tra le due categorie, nemmeno alle misure di prevenzione". In relazione alle misure di sicurezza la Corte Costituzionale ha reputato non in contrasto con la Carta costituzionale e segnatamente con il principio di irretroattività sancito dall'art. 25 la diversa regola dettata dall'art. 200 c.p., facendo essenzialmente leva sul necessario collegamento che deve sussistere tra la misura di sicurezza e la condizione di pericolosità, la quale ultima si fonda su una situazione per sua natura attuale.

Segue: Applicazione retroattiva delle riforme

- Tale orientamento è stato recentemente confermato dalla Suprema Corte, consentendo l'applicazione retroattiva della nuova disciplina prevista in relazione alla confisca misura di prevenzione ex art. 2 *ter* in seguito alle riforme del 2008 e del 2009: Cass. 20 gennaio 2010, n. 11006, che non ritiene in contrasto con l'art. 25 Cost. l'applicazione retroattiva della riforma in quanto «secondo il costante orientamento della giurisprudenza, la confisca non ha natura di pena sui generis o di pena accessoria, ma di misura di sicurezza; con la conseguenza che ad essa non si applica il principio di irretroattività della legge penale, sancito dall'art. 2 c.p. e art. 25 Cost., ma quello della legge vigente al momento della decisione, fissato dall'art. 200 c.p.p. (Cass. Sez. 1, 26-5-2009 n. 26751; Sez. 6, 28-2-1995 n. 775)».

Contra

- In contrasto con tale orientamento si deve, però, osservare che non è vero che il principio di irretroattività non si applica alle misure di sicurezza, perché **una tale interpretazione sarebbe in contrasto con l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le cui norme si estendono non solo nei confronti delle sanzioni qualificate come "pene" dalla legge interna, ma in relazione a qualunque sanzione, che in base ad un'interpretazione sostanzialistica della Corte europea dei diritti dell'uomo, presenta un contenuto e delle finalità corrispondenti a quelle di una sanzione penale (rientri nel concetto di "materia penale" ex art. 6 Convenzione).**

segue

- E tali conclusioni si possono estendere alle misure preventive, non solo perché possono essere considerate sanzioni punitive ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, ma anche perché la distinzione tra misure preventive *ante delictum* e misure *post delictum* ha perso di rilevanza quando si osserva che le c.d. misure preventive *ante delictum* sono applicate anche in seguito alla consumazione di reati, anzi ne presuppongono la consumazione, e cioè l'esistenza dell'associazione e l'appartenenza ad essa.
Sembra, inoltre, difficilmente compatibile con i principi di uno Stato democratico consentire al legislatore di introdurre delle misure sostanzialmente limitative di diritti fondamentali, come le misure preventive, anche in relazione a fatti commessi prima della loro introduzione;

SEGUE

- la misura di prevenzione potrebbe essere utilizzata dal legislatore, spesso sottoposto alla pressione dell'opinione pubblica, come un agile strumento di intervento e di repressione in relazione a fatti commessi prima della sua introduzione. E, del resto, questo pericolo è insito nel fatto che con le misure preventive non si colpiscono fatti determinati, ma meri sospetti di appartenenza ad un'associazione criminale, ed è quindi possibile per questa via far riferimento a comportamenti anteriori all'introduzione delle sanzioni, in quanto valutati come meri elementi indiziari di un'attuale appartenenza ad associazioni mafiose.

CEDU: Udienza pubblica

- Si deve segnalare un recentissimo orientamento della Corte Europea che ha evidenziato un aspetto della procedura delle misure di prevenzione considerato incompatibile con le garanzie del giusto processo previste dall'art. 6 CEDU e cioè la mancanza di un'udienza pubblica (CEDU, 13 Novembre 2007 (2 giugno 2008), *Bocellari e Rizza C. Italia*, n° 399/02, *ivi*; CEDU, 8 luglio 2008, *Perre et Autres C. Italie*, no 1905/05, *ivi*; *Bongiorno 2010*)
- Lo svolgimento in camera di consiglio delle procedure che riguardano l'applicazione di misure di prevenzione, sia in primo grado che in appello, è espressamente previsto dall'articolo 4 della legge n° 1423 del 1956 e le parti non hanno la possibilità di domandare ed ottenere una pubblica udienza.

segue

- La Corte ammette che talvolta possono entrare in gioco in questo tipo di procedure degli interessi superiori, quali la protezione della vita privata di minori o di persone terze indirettamente interessate dal controllo finanziario, e riconosce che una procedura che tenda essenzialmente al controllo delle finanze e dei movimenti di capitali possa presentare un elevato grado di tecnicità. Ma ritiene che non è possibile «perdere di vista la posta in gioco delle procedure di prevenzione e gli effetti che sono suscettibili di produrre sulla situazione personale delle persone coinvolte. La Corte osserva che questo tipo di procedura riguarda l'applicazione della confisca di beni e capitali, cosa che direttamente e sostanzialmente coinvolge la situazione patrimoniale della persona soggetta a giurisdizione.

segue

- Davanti a tale posta in gioco, non si può affermare che il controllo del pubblico non sia una condizione necessaria alla garanzia del rispetto dei diritti dell'interessato (vedere *Martinie*, prima citata, § 43 e, *à contrario*, *Jussila c. Finlandia* [GC], no 73053/01, § 48, CEDH 2006-...). La Corte giudica, quindi, essenziale che le persone soggette a giurisdizione coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione si vedano almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunale e delle corti d'appello »

Solo quote

- Si deve ricordare che le forme di confisca allargata previste nel nostro ordinamento, art. 2 *ter* l. 575/65 e art. 12 *sexies* l. 356/92, non possono essere applicate direttamente nei confronti delle persone giuridiche, e, in ogni caso, consentono l'ablazione solo delle singole quote societarie

Da confisca dei profitti illeciti a confisca dell'intera azienda

- Si deve evidenziare, però, che la formula adottata dall'art. 2 *ter* l. 575/65 per descrivere l'oggetto della confisca, e cioè proventi che siano il frutto o il reimpiego di attività illecite, consentirebbe di colpire le quote societarie sia quando il capitale investito nell'attività societaria sia di illecita provenienza, sia nell'ipotesi in cui la stessa attività sia esercitata con metodi penalmente illeciti;

segue

- in tal modo, pur trattandosi di una forma di confisca che dovrebbe colpire solo dei beni di origine illecita che siano nella disponibilità del soggetto proposto, con tale disciplina si consente, per lo meno secondo l'interpretazione di una certa giurisprudenza, *di colpire delle intere attività economiche contaminate, indipendentemente dall'origine illecita del patrimonio.*

segue

- Ciò, si afferma in giurisprudenza, “non significa disconoscere l’insegnamento della Suprema Corte secondo cui la confisca non può aggredire indiscriminatamente tutto il patrimonio del proposto, bensì deve riguardare sempre singoli beni rispetto ai quali siano individuabili le ragioni dell’illegittima provenienza; ma vuol dire solamente prendere atto che siffatta impostazione, quando si è di fronte ad una realtà produttiva nel suo complesso e dinamico operare, non può che riferirsi all’intera azienda”.
- Trib. Palermo, decreto 3 giugno 1999, Soc. *Sicilconcrete S.r.l.*

Contra orientamento garantista

- Contro tale orientamento, la stessa Suprema Corte ha sottolineato che nel caso in cui il reimpiego di denaro avvenga mediante addizioni, trasformazioni o miglioramenti di beni già nella lecita disponibilità, esigenze di rispetto del principio di proporzione e del diritto di proprietà, *ex art. 42 Cost.*, imporrebbero, di restringere l'ambito di applicazione della confisca alla quota ideale del bene, rapportata al maggiore valore assunto per effetto del reimpiego dei profitti illeciti, e valutata al momento della confisca

segue

- (Cfr. Cass. 2 marzo 1999, Morabito, in *Ced Cass.*, rv. 214781, e in *Foro it. rep.* 2000, voce Misure di prevenzione, n. 7; Cass., 24 gennaio 1995, Laudani, in *Cass. pen.* 1996, n. 544, 922; Cass. 13-3-1997, in *Cass. pen.* 1998).
- .

sospensione dell'amministrazione dei beni ex artt. 3 quater -confisca ex 3 quinquies

- La tendenza a trasformare la confisca dei proventi illeciti in uno strumento di ablazione di intere attività economiche in quanto considerate contaminate, o meglio, *destinate* ad attività illecite, e quindi non per la loro origine, ma per la loro destinazione illecita, emerge in maniera decisa nell'ordinamento attuale in relazione alla confisca ex art. 3 *quinquies*.

segue

- Si deve osservare, innanzitutto, che l'art. 3 *quater* e l'art. 3 *quinquies* della legge n. 575/65, inseriti dall'art. 24 del d.l. 306 del 1992 (convertito nella legge n. 356/92) hanno introdotto una nuova forma di sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni, di sequestro e di confisca nei confronti, stavolta, non di un indiziato di determinati reati, ma direttamente di determinate attività economiche, comprese quelle imprenditoriali,

segue

- in relazione alle quali sussistono sufficienti indizi per ritenere che il loro esercizio "sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'art. 416 *bis* c.p. o che possa comunque agevolare l'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione di cui all'art. 2, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti previsti dagli art. 416 *bis*, 629, 630, 648 *bis* e 648 *ter* del codice penale e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione di cui all'art. 2".

segue

- Nell'ambito del sistema preventivo antimafia con tali disposizioni si attua un arretramento della soglia minima necessaria per dare l'avvio alle indagini, essendo sufficiente la sottoposizione di determinate attività economiche ad intimidazioni di tipo mafioso, affinché si possano richiedere ulteriori indagini e verifiche.

segue

- La logica che trapela, allora, dalle disposizioni in esame non è solo quella volta a sottrarre i beni illeciti, ma piuttosto, al fine di impedire l'infiltrazione criminale nell'economia, si è creata una misura, la sospensione temporanea, volta innanzitutto ad offrire all'impresa vittima di assoggettamento mafioso uno strumento per sottrarsi alla soggezione dell'organizzazione criminale;

confisca

- la confisca ex art. 3 *quinquies* dovrebbe essere applicata, poi, solo in relazione a beni di origine illecita.

Violazione delle garanzie

- Si teme, però, un'irragionevole equiparazione tra vittima e colluso, sottoponendoli allo stesso trattamento sulla base di un giudizio di "pericolosità reale" che si fonderebbe su un fascio di relazioni ambigue e difficilmente afferrabili come quelle che sostanziano il concetto di "contiguità mafiosa", il tutto in aperto contrasto con il *principio di legalità* .

segue

- Ciò che importa rilevare in questa sede è che le fattispecie in esame, a differenza dell'art. 2 *ter*, non colpiscono i beni nella disponibilità diretta o indiretta del prevenuto, ma i *beni-mezzo* che si innestano in particolari rapporti con gli scopi dell'associazione mafiosa, prescindendo da una loro collocazione nella sfera di disponibilità del *socium sceleris*;

No: interposizione fittizia

- le norme non richiedono l'esistenza di un rapporto di interposizione fittizia tra il terzo ed il proposto, come avviene nell'art. 2 *ter*, in quanto non presuppongono un proposto, ma si limitano a richiedere «sufficienti indizi per ritenere che l'esercizio di determinate attività economiche... possa comunque agevolare (ad esempio riciclaggio) l'attività delle persone affiliate al clan» e così via via.

segue

- Si è così eliminato uno dei principali ostacoli all'individuazione dei patrimoni di illecita provenienza e all'applicazione della confisca, e cioè la difficoltà connessa alla dimostrazione dell'effettivo rapporto esistente tra il prestanome e la persona per conto della quale il prestanome detiene.

Obbligo di giustificare l'origine lecita

- Laddove sussistono gli indizi del rapporto di agevolazione, il tribunale può imporre l'obbligo in capo ai titolari del patrimonio oggetto di accertamento, e quindi in capo ai singoli soci, la cui quota abbia un valore sproporzionato al proprio reddito e capacità economica, di giustificarne la legittima provenienza.

segue

- In tal modo le norme in esame offrono il vantaggio, nel caso di società con una pluralità di titolari in relazione ai quali sussistono gli estremi per l'applicazione delle misure preventive, di non dover iniziare tanti procedimenti preventivi quanti sono i titolari, essendo sufficiente esperire un unico procedimento nei confronti della stessa società unitariamente considerata.