

La controversa natura giuridica della confisca ex art. 12, legge 7 agosto 1992, nr. 356, anche alla luce dell'ultima Direttiva 3 aprile 2014, nr. 2014/42/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio.

Di Antonino Faone

Quella della natura giuridica della confisca prevista dall'art. 12-sexies è una questione molto discussa in dottrina.

Essa si imbatte continuamente in un "muro" giurisprudenziale piuttosto granitico, che considera tale strumento ablatorio una misura di sicurezza atipica con funzione dissuasiva, strutturata in maniera affine all'omologa misura di prevenzione patrimoniale, al punto da assolvere anche a funzioni general-preventive.

Fra gli studiosi del fenomeno, oltre a registrarsi un orientamento in linea con la giurisprudenza, si distinguono alcune autorevoli impostazioni che riconducono la misura ablatoria ora nell'alveo delle pene (accessorie), ora nell'alveo di un *tertium genus* di natura ibrida ed affine ad una misura di prevenzione.

E' una questione di non mero rilievo teorico, atteso che, a seconda che si inquadri l'istituto nell'ambito delle pene (accessorie) o delle misure di sicurezza, cambia il parametro normativo di riferimento sia penale che costituzionale.

Le pene, infatti, hanno alla base la colpevolezza e, dunque, i principi di cui all'art. 27, co. 1 e 2 Cost.; le misure di sicurezza, invece, presuppongono la pericolosità dell'individuo e costituzionalmente hanno come referente l'art. 25, co. 3, Cost., con effetti sul piano pratico della loro applicabilità ben diversi rispetto alle pene accessorie¹.

2 Il dibattito dottrinale

In particolare, parte della dottrina concentra la propria analisi sul carattere afflittivo dell'istituto², assimilandolo alle sanzioni patrimoniali e accostandolo alle pene accessorie³.

A riguardo si sostiene che l'ablazione conseguente alla confisca non prevede alcuna misura di prevenzione personale e il giudice non deve valutare alcuna inclinazione all'attività criminosa⁴.

¹ Per una generale differenziazione fra pene e misure di sicurezza, cfr. il contributo dato da A. AULETTA e A. SERPICO, *La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU*, in www.innovazioneDiritto.unina.it, p. 208: "Le pene (la cui determinazione concreta si conforma al principio retributivo) hanno una finalità general-preventiva ovvero si pongono come scopo quello di dissuadere i consociati dal commettere reati. (...) Le misure di sicurezza, invece, hanno una funzione specialpreventiva, ovvero sono finalizzate alla prevenzione della commissione di futuri reati da parte di soggetti ritenuti socialmente pericolosi. Le principali differenze tra le due sanzioni sono: a) le pene, avendo carattere afflittivo, implicano un giudizio di responsabilità. Le misure di sicurezza, invece, avendo funzione di prevenzione, si fondano su un giudizio di pericolosità formulato con riferimento al disposto degli articoli 203 e 133 c.p.; b) le pene, avendo un contenuto retributivo, hanno una durata determinata. La loro quantificazione concreta viene compiuta dal giudice che esercita la sua discrezionalità utilizzando i parametri di cui all'art. 133 c.p., nei limiti edittali (minimo e massimo) fissati dal legislatore. Le misure di sicurezza, invece, avendo come obiettivo la difesa della società, non possono che avere un contenuto indeterminato (determinato solo nel minimo); c) le pene sono irrogate ai soggetti imputabili o semi-imputabili, le misure di sicurezza anche ai soggetti non imputabili; d) le pene sono le sanzioni tipiche ed esclusive dei reati e, pertanto, presuppongono la commissione di un reato (consumato o tentato). Le misure di sicurezza, invece, sono applicabili anche alle fattispecie che configurano un c.d. "quasi reato" (v. art. 49, 2° comma e 115, 2° comma, c.p.) al quale non può essere irrogata una pena; e) il regime giuridico in tema di successione di norme nel tempo."

² Cfr. *ex plurimis*, P. BERNASCONI, *La speciale confisca, introdotta dal d.l. 20 giugno 1994, n. 339 conv. dalla l. 8 agosto 1994 n. 501*, in *Dir. pen. proc.*, Milano, 1996, p. 1418 e ss.. Per l'autore il carattere afflittivo rileverebbe non solo sul piano sostanziale, con la netta cesura tra condotta criminale e beni da sottrarre, con la definitività della sottrazione, con l'insensibilità al livello di pericolosità del prevenuto sia nella fase antecedente che in quella successiva alla applicazione della misura, ma anche su quello processuale. L'applicazione della misura, infatti, non è esclusa in caso di sospensione condizionale della pena. Se da un lato è vero che la sospensione condizionale della pena non prevede la pericolosità del soggetto, è vero dall'altro lato che l'obbligatorietà della confisca, sembra in questo caso derivare da una scelta di campo da parte del legislatore che nell'applicazione dell'articolo 12-sexies intende rinunciare ad ogni accertamento soggettivo che lega il reato al reo. Stesso ragionamento viene fatto dall'autore con riguardo all'applicazione della pena su richiesta delle parti, la cui natura di condanna è limitata solo a taluni effetti e che sempre più spesso, sul piano processuale, si ricollega alla sospensione condizionale della pena.

³ Cfr. L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997, pag. 60 e ss..

⁴ Cfr. P. BERNASCONI, *La speciale confisca*, cit. nota n. 2, pag. 1420.

Secondo alcuni, i caratteri dell'obbligatorietà della misura ablatoria, dell'autonomia rispetto al singolo reato e della tendenziale indeterminatezza dell'oggetto della confisca, mettono in evidenza la funzione general-preventiva e repressiva, anziché quella special-preventiva propria delle misure di sicurezza.

Per tale impostazione teorica – peraltro – il fatto che la sua applicazione non deriverebbe dalla pericolosità del soggetto, bensì, seguirebbe la sua condanna⁵, aumenta l'assimilabilità della misura ablatoria alle sanzioni accessorie.

Di contro, altra autorevole dottrina si pone in modo critico, sottolineando, invece, una netta differenza fra la misura ablatoria e la pena accessoria.

La differenza risiederebbe nel fatto che nella confisca ex articolo 12-sexies non si intacca la capacità giuridica del condannato, come invece previsto dagli articoli 28 e seguenti del codice penale.

Esisterebbe quindi – di base – una differenza ontologica insuperabile che non permette l'assimilazione della misura in parola alle sanzioni penali accessorie.

Sul tema, occorre registrare anche l'orientamento di coloro i quali, partendo dalla medesima *ratio*, giungono a conclusioni diverse, assimilando la confisca in parola alle misure di prevenzione.

Ad una lettura della norma, infatti, molti sembrerebbero i punti di contatto con la confisca di prevenzione⁶.

L'assimilazione deriverebbe dalla sussistenza, in entrambe le disposizioni, del riferimento a identici presupposti applicativi, come gli indici presuntivi di illiceità del possesso, della disponibilità – anche per interposta persona – di beni sproporzionati al proprio reddito od alla propria attività economica, della mancanza di una plausibile giustificazione circa le difformità riscontrate.

Tuttavia, ciò che differenzia strutturalmente le due figure di confisca è la mancanza, in quella in trattazione, sia di una forte relazione fra bene e pericolosità sociale del soggetto proposto, che la sua applicazione *praeter* e non *ante delictum*, individuando come condizione essenziale l'intervento di una declaratoria di condanna o di applicazione della pena su richiesta⁷.

Si aggiunga che la diversità del meccanismo di applicazione dell'eventuale successione sequestro-confisca nei due istituti, “rende del tutto inconferente la ricomprensione dell'istituto nella categoria delle misure di prevenzione”⁸.

Non mancano, inoltre, giureconsulti che anziché soffermarsi sulla natura giuridica della confisca per sproporzione, ne sottolineano il carattere di sanzione in senso lato, del tutto svincolato da un fatto-reato⁹.

La confisca si ricaverebbe così un proprio spazio autonomo, perché si sgancia dall'accertamento del nesso di pertinenza che legherebbe il reato presupposto, per il quale si procede al bene sottoponibile a confisca.

Se ciò corrispondesse al vero, l'articolo 12-sexies sarebbe una norma inutile, perché sostituibile dall'articolo 240 c.p., con la quale si sarebbe in grado di apprendere, tanto in via cautelare, che in via definitiva, tutto quanto sia qualificabile come provento del reato per il quale il soggetto è stato imputato e poi condannato¹⁰.

⁵ In verità, nelle critiche mosse a questo orientamento, parte della dottrina, sostiene in modo originale che la confisca ex art. 12-sexies, non consegue, *tout court*, direttamente alla condanna, ma viene applicata solamente nel caso in cui il soggetto condannato non dia dimostrazione della lecita provenienza dei beni che siano stati dall'accusa individuati come sproporzionati rispetto alle capacità economiche. Cfr. A. M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?*, in AA.VV. *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008 n. 92, conv. in l. 24 luglio 2008 nr. 125)* a cura di O. MAZZA – VIGANO⁷ F. Torino, 2008, pag. 44 e ss..

⁶ Cfr. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001 p. 217. L'autore definisce in tal senso la confisca di prevenzione “l'archetipo della tutela reale antimafia”.

⁷ Cfr. A. ARDITURO – F. CIOFFI, *La confisca ordinaria, per sproporzione e per equivalente nel processo di cognizione ed esecuzione*, in *La giust. Patr. Pen. Torino*, 2011, II, p. 751 e ss, che mettono in evidenza come a rimarcare la differenza tra gli istituti in trattazione siano tra l'altro i differenti parametri costituzionali di riferimento, individuati dalla dottrina nell'articolo 25, comma 3 Cost. per le misure di sicurezza e nell'articolo 97 Cost. per quelle di prevenzione.

⁸ Cfr. L. FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit. nota n. 3, pag. 65.

⁹ F. SGUBBI, *L'art. 12-quinquies della legge 356 del 1992 come ipotesi tipica di anticipazione: dalla Corte costituzionale all'art. 12-sexies*, in *Atti del IV Congresso nazionale di diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996, pag. 30.

¹⁰ Cfr. F. VERGINE, *Il contrasto all'illegalità economica, confisca e sequestro per equivalente*, Lavis, 2012, pag. 175.

Appare, dunque, che la tesi maggiormente accreditata sia quella accolta dalla giurisprudenza di legittimità che ha riconosciuto carattere di misura di sicurezza atipica¹¹ dell'istituto in esame.

Tale impostazione, infatti, permette di esaltare la funzione polivalente della confisca ex art. 12-sexies, assegnandole, in un'ottica prettamente pragmatica, seppur - per alcuni - sistematicamente poco rassicurante¹², ora il ruolo di misura di sicurezza basata sulla pericolosità della cosa in sé o della sua disponibilità in capo al soggetto agente, ora quello di sanzione penale patrimoniale, ora quello di misura preventiva votata alla riduzione della commissione di reati a mezzo dei beni confiscabili¹³.

3 L'orientamento della giurisprudenza italiana, della Corte EDU e la recente normativa transnazionale.

In giurisprudenza sembra ormai consolidato l'orientamento che considera la confisca in argomento una misura di sicurezza patrimoniale.

Essa può - a ben vedere - ritenersi una speciale ipotesi che deroga, a norma dell'articolo 15 c.p.¹⁴, alla norma generale fissata dall'articolo 240 c.p., mantenendo però tutti i connotati propri della misura di sicurezza e fra quelli una presunzione di pericolosità dei beni da confiscare, dai presupposti ben precisi.

Sul punto, sono intervenute le Sezioni Unite che, con la (più volte citata) sentenza "Montella", sostenendo¹⁵ che *"ci si trova dinanzi ad una misura di sicurezza atipica con funzione dissuasiva, parallela all'affine misura di prevenzione antimafia introdotta dalla legge 32 maggio 1965, nr. 575"*.

La sua atipicità rispetto alla confisca ordinaria - prevista dall'art. 240 c.p. - continua la Corte, risiederebbe da un lato, nella finalità non solamente preventiva ma anche dissuasiva nei confronti dei destinatari della norma, dall'altro nella mancanza del nesso pertinenziale, proprio della confisca ordinaria.

Tale orientamento è stato successivamente confermato dal giudice di legittimità, che nel 2009¹⁶ ha confermato che la misura patrimoniale in questione *"assume i connotati di misura di sicurezza patrimoniale"*.

Ciò che rileva sul piano pratico è l'importante applicazione che ne discende in relazione al principio della retroattività della misura ablatoria.

Sulla questione, i giudici di legittimità si erano già espressi nel 1995¹⁷, affermando che la confisca in parola, *"ha natura di misura di sicurezza patrimoniale e non di pena sui generis o pena accessoria e perciò non si applica ad essa il principio di irretroattività proprio della pena, ma il principio della applicazione della legge vigente al momento della decisione, fissato dall'articolo 200 c.p."*¹⁸.

E' quest'ultimo il principale effetto che discende dalla qualificazione giuridica della confisca in trattazione.

¹¹ In linea con la Corte nomofilattica si richiama l'affermazione della Corte costituzionale nell'ordinanza nr. 18 del 1996, cit., secondo la quale *"la confisca ivi disciplinata ha struttura e presupposti diversi dall'istituto generale previsto dall'articolo 240 c.p.(...) avendo il legislatore non irragionevolmente ritenuto di presumere l'esistenza di un nesso pertinenziale tra alcune categorie di reati e i beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza e che risultino di valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività economica del condannato stesso (...)"*. Critico a riguardo P. GUALTIERI, *Le singole ipotesi di confisca / tra tradizione e diritto penale moderno* in *La giustizia patr. pen.*, Torino, 3, 2012, pag. 635, che ponendo l'accento sulla chiara natura sanzionatoria penale di tale forma di confisca, definisce come inaccettabile la tendenza delle Corti di merito e di legittimità di far prevalere le esigenze della difesa sociale sulle garanzie individuali.

¹² A. ARDITURO – F. CIOFFI, *La confisca ordinaria*, cit. nota n. 7, pag. 753.

¹³ Cfr. R. FUZIO, *Sub art. 240*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina* (a cura di G. LATTANZI – E. LUPO), Milano, IV, 2000, pag. 839 e ss..

¹⁴ Art. 15 che sotto il titolo di *"materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale"*, recita: *"Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia la legge o disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito."*

¹⁵ Sulla scia di una pregressa pronuncia a SS. UU., 17 luglio 2001, Derouach.

¹⁶ V. Sez. VI, 06 marzo 2009, Nobis.

¹⁷ V. Sez. VI, 02 febbraio 1995, Nevi.

¹⁸ Anche la giurisprudenza di merito, sulla base dei moniti sopra esposti, si è orientata in tal senso. *Ex plurimis*, Trib. Lanciano, G.i.p., ord. 03 ottobre 2011; Trib. Lecce, 27 marzo 1997; Trib. Roma, Sez. VI, 17 aprile 2008, in *Giur. Merito*, 2009, I, pag. 202, con nota di Picciotto.

Le pene, infatti, sono sottoposte al divieto di applicazione retroattiva previsto dall'art. 25, comma 2° della Costituzione (e ripetuto all'art. 1 del codice penale), con la conseguenza che non possono essere irrogate ad un soggetto che ha commesso il fatto in tempo antecedente all'entrata in vigore della norma incriminatrice.

Da tale norma discende, quindi, da un lato, il divieto di punire un fatto che non costituiva reato all'epoca in cui fu commesso, dall'altro, il divieto di punirlo con una pena più grave di quella prevista al momento della commissione.

Le misure di sicurezza, di contro - fermo restando il loro rispetto del principio di legalità - in base al terzo comma dell'articolo 25 della Cost. e agli art. 199 e 236 del c. p. - che pongono il divieto di irrogare una misura di sicurezza per un fatto, che all'epoca in cui fu commesso non costituiva reato - possono essere previste a norma dell'articolo 200 c.p., in conseguenza di condotte per le quali, all'epoca in cui sono state poste in essere, non era legislativamente prevista tale sanzione¹⁹.

La qualificazione giurisprudenziale della natura giuridica della confisca da cui discende, ad oggi, l'applicazione del citato articolo 200 c.p., "ha retto" anche in successive pronunce²⁰ con riferimento ai reati contro la Pubblica Amministrazione, più recentemente introdotti²¹.

Difatti, in una fattispecie relativa ad un sequestro preventivo di beni immobili, finalizzato all'applicazione della confisca di cui all'articolo 12-sexies, con riferimento ai reati di associazione per delinquere e corruzione continuata di pubblici ufficiali²² appartenenti alla Polizia Municipale, è stato affermato che la confisca in parola "*ha natura di misura di sicurezza patrimoniale, ed è pertanto applicabile anche ai reati contro la P.A. commessi nel tempo in cui tale ipotesi di confisca non era prevista dalla legge, non operando il principio di irretroattività della legge penale, ma quello dell'applicazione della legge vigente al momento della decisione fissato dall'art. 200 c.p.*".

Ma l'interpretazione granitica della giurisprudenza italiana pare porsi in contrasto con alcune decisioni della Corte EDU e con importanti atti normativi trans-nazionali.

La nozione di confisca come misura di sicurezza atipica - che né il codice penale vigente né altre leggi complementari disciplinano, definiscono o fanno menzione²³ - si porrebbe, infatti, nettamente in contrasto con quella fornita dalla Corte EDU, che le riconosce - generalmente - la natura giuridica di "pena".

Ne discende che la violazione dei principi fondamentali²⁴ sovranazionali, potrebbe comportare una futura dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma in argomento, atteso il valore di norme interposte che assumono nella gerarchia italiana delle fonti, le disposizioni CEDU²⁵.

Per arrivare a riconoscere natura punitiva e repressiva ad un illecito, la Corte di Strasburgo ha adoperato, nel corso del tempo, dei criteri che si discostano da quelli meramente formali fondando la propria opera ermeneutica su altri parametri, di natura sostanziale e procedurale.

In particolare, i criteri adoperati dai giudici di Strasburgo per stabilire se una sanzione assume la natura giuridica di "pena" sono, da un lato, l'eventuale irrogazione in seguito ad una condanna per un reato, la

¹⁹ Cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2006, 947.

²⁰ *Ex plurimis*, Sez. VI, 19 ottobre 2010, nr. 40537, in *Guida dir.*, 2011, nr. 6, pag. 101 (s.m.)

²¹ Si veda I capitolo.

²² Cfr. Sez. VI, 06 marzo 2009, n. 25096, cit., Sez. I, 14 marzo 1987, n. 423; Sez. II, 06 marzo 1997, Sibilia; Sez. VI, 06 novembre 1995, Trischitta.

²³ Cfr. A. AULETTA e A. SERPICO, *La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU*, cit. nota n. 1, pag. 210.

²⁴ Fra i quali occorre citare, ai fini della presente trattazione, il principio del *fair hearing*, cioè a dire del giusto processo (articolo 6 CEDU) ed i principi di legalità, di irretroattività sfavorevoli e di retroattività favorevoli di cui al successivo articolo 7 della Carta.

²⁵ A far data dal 2007, ovvero dalle note sentenze nr. 348 e nr. 349 della Corte costituzionale, si è chiarito che le norme CEDU integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'articolo 117 della nostra Costituzione, nella parte in cui essa impone al legislatore nazionale di conformarsi agli obblighi che derivano dai vincoli internazionali. Si tratta di norme collocate dalle Corte costituzionale - con le sentenze in argomento - in posizione mediana tra le norme di legge ordinaria e le norme costituzionali. Con la successiva sentenza del 12 ottobre 2012 n. 230, la Corte costituzionale, a seguito delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona, ha confermato il rango della CEDU di fonte sub-costituzionale, ma sovra-ordinata rispetto alla legge costituzionale. Il parametro costituzionale al quale occorre guardare per verificare la necessaria conformazione del legislatore interno ai vincoli internazionali è costituito, attualmente, dall'articolo 117 della Costituzione. In questo senso il richiamo agli articoli 6 e 7 CEDU, acquista una sua particolare significatività, atteso che quelle norme sono norme certamente vincolanti per il legislatore interno proprio per il tramite dell'articolo 117. Si tratta di norme che dunque, eventualmente, ben potrebbero essere espunte dall'ordinamento italiano a seguito di sollevamento di questione di legittimità costituzionale.

natura e lo scopo della misura in contestazione, la sua qualificazione in diritto interno, dall'altro, i procedimenti connessi alla sua adozione ed esecuzione, la sua severità, ed altri desunti dal caso che si sottopone all'esame dei giudici.

In altri termini, la nozione di pena ai sensi dell'art. 7 primo comma, della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, ha una portata autonoma e non ancorata alla qualificazione che una norma di diritto interno o la giurisprudenza attribuisce (come nel caso dell'art. 12-sexies).

Rileva in tal senso, l'importante decisione del 9 febbraio 1995, nel caso Welch c. Regno Unito²⁶.

La controversia affrontata dalla Corte di Strasburgo aveva ad oggetto proprio una fattispecie di confisca disciplinata dallo Stato aderente come una misura di prevenzione, e, in quanto tale, applicabile anche a fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge istitutrice.

Nel concreto, la legge nazionale esaminata presumeva, come provento del traffico di stupefacenti, i beni posseduti, trasferiti o donati al reo, nei sei anni precedenti la commissione del fatto e per questa ragione ne prevedeva la confisca.

La Corte di Strasburgo ha quindi ritenuto quella sanzione nazionale una vera e propria misura punitiva e non una mera misura preventiva, muovendo dall'assunto che la confisca in questione, avendo ad oggetto il ricavo anziché il guadagno del traffico di stupefacenti, prescindendo da un arricchimento personale, esulasse o, comunque, travalicasse il fine preventivo ricadendo così nell'alveo punitivo-repressivo.

Inoltre, nella pronuncia citata si afferma che *“il fatto che il provvedimento di confisca potesse essere adottato solo in seguito a condanna penale e che il grado di colpevolezza dell'imputato fosse preso in considerazione dal tribunale per determinarne l'ammontare, contribuiva a configurare una pena”*.

Ed è proprio applicando tale sillogismo alla confisca allargata italiana che in dottrina viene sostenuto che la misura in questione avrebbe finalità essenzialmente punitive e repressive.

Se la confisca in esame avesse una destinazione esclusivamente preventiva – al punto da non essere riconducibile alla sfera concettuale della pena – il provvedimento che la disponesse, dovrebbe risultare sempre modificabile, in coerenza con la natura delle prognosi di pericolosità criminosa che accompagna le misure di sicurezza.

Quanto ai presupposti di operatività della norma in esame, come la condanna per determinati reati, l'omessa giustificazione della provenienza dei beni da parte del condannato, nonché la sproporzione del valore dei beni rispetto ai redditi ed alle attività economiche, la nota sentenza “Montella” delle SS. UU. esclude la presenza di un nesso di pertinenzialità tra beni confiscabili e reato.

Essa chiarisce come l'onere di una “credibile” giustificazione *“non si risolve nella prova negativa della non provenienza dal reato per cui si è condannati”*, ma nella prova positiva che quel bene abbia una provenienza lecita.

Si pretenderebbe, quindi da parte del legislatore italiano,, una ben più ardua prova positiva della lecita provenienza dei beni.

²⁶ N.d.r.: gli importanti criteri attraverso i quali la Corte di Strasburgo attribuisce ad una sanzione del diritto interno natura di “penalty” o meno, sono stati frutto di importanti pronunce succedutesi nel tempo. La prima in assoluta risale all'8 giugno 1976 ed è nota come sentenza Engel c. Olanda. La giurisprudenza sovranazionale in questa sentenza individua schematicamente tre criteri ritenuti decisivi per poter qualificare un determinato illecito come illecito penale, e quindi per poterlo ritenere partecipe del corredo di garanzie tipicamente approntate dall'ordinamento interno durante la inflizione di una sanzione punitiva. I criteri furono dalla sentenza individuati nella qualificazione giuridico-formale data a quel determinato tipo di illecito dal diritto interno, dalla natura dell'illecito e dall'entità e severità della sanzione che l'ordinamento nazionale fa discendere dall'accertata responsabilità del soggetto. Per i giudici di Strasburgo, non si tratta di criteri necessariamente richiesti in forma cumulativa ma di criteri fungibili ed alternativi, per i quali basterà accertare la presenza di uno solo di essi per poter concludere affermativamente nel senso della natura penale, quindi punitiva, dell'illecito. La giurisprudenza convenzionale successiva ha fatto propri, in maniera assolutamente unanime, questi criteri sia pure con una serie di ampliamenti ed aggiustamenti indotti dalla naturale evoluzione dei tempi, fino ad arrivare alla nota sentenza Welch, in argomento, che arricchisce i criteri in precedenza individuati con un nuovo parametro, cioè quello procedurale, legato alla tipologia di garanzie caratterizzanti quella determinata procedura finalizzata a concludersi con l'irrogazione di una determinata sanzione penale. La Corte sovranazionale già da tempo, quindi, si è ritrovata impegnata a cassare alcune sentenze emanate dai giudici nazionali ed, ancor prima, alcune norme poste alla loro base, tese alla qualificazione giuridica di una determinata sanzione.

A ben vedere, dal principio di proporzionalità previsto dall'art. 49, 3° comma, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea per il quale “*l'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato*”, potrebbe discendere una *pretesa di rivisitazione ermeneutica dei presupposti/condizioni di applicabilità della confisca, idonea a farle recuperare un certo rapporto di compatibilità con una dimensione personalistica della sanzione, indirizzata a favorire la realizzazione di compiti preventivi, tarati su ragionevoli standard criminologici di effettività*”²⁷.

L'obbligo di interpretare l'art. 12-sexies in modo conforme alla richiamata Carta dei diritti, pilastro dell'Unione, consentirebbe di limitare il campo di estensione della norma, attraverso una consapevole attività di selezione dell'oggetto della verifica probatoria, coincidente con i beni in relazione cronologica col reato contestato, recuperando, così, un nesso tra beni confiscati e attività illecita²⁸.

Peraltro, questa auspicabile impostazione presenta importanti punti di contatto con i c.d. “*poteri estesi di confisca*”, già disciplinati dall'art. 3 della decisione-quadro 2005/212/GAI²⁹, da ultimo modificati dalla Direttiva 3 aprile 2014, nr. 2014/42/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio³⁰.

Nella Decisione-quadro del 2005 si poneva all'attenzione degli Stati membri l'importante incidenza che avrebbero dovuto assumere - in fase di sottrazione patrimoniale³¹ - l'“*anteriorità ragionevole*” dell'acquisto dei beni (rispetto al reato) e la “*pertinenza*”, motivata sulla base di fatti circostanziati (fra bene ablato e reato).

La recentissima Direttiva ha ritenuto necessario armonizzare ulteriormente le discipline nazionali sulla confisca allargata, atteso che gli Stati membri - in sede di attuazione della Decisione - quadro citata, si sono dotati di strumenti differenziati e talvolta divergenti, ostacolando la piena attuazione trans-nazionale dei provvedimenti ablatori³².

²⁷ Il passo citato è estratto da V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it. Cfr. altresì C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione Europea dopo Lisbona*, 4 ottobre 2011, in *Diritto penale contemporaneo*. Cfr. anche F. VIGANO', *Il diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc., speciale Europa*, Milano, 2011, pp. 22 ss..

²⁸ In verità, nel caso in cui la giurisprudenza si adeguasse in tal senso ai dettami trans-nazionali, ripercorrerebbe alcuni suoi passati arresti, ridando ossigeno ad un felice indirizzo interpretativo che si era affacciato in diverse sentenze delle sezioni semplici della Cassazione, prima della svolta rigorista segnata dall'intervento delle Sezioni Unite nel 2004. In più di un arresto, infatti, il giudice di legittimità si esprimeva in termini di ragionevolezza temporale con riferimento alla presunzione di illegittima acquisizione dei beni da parte dell'imputato. Vedesi, Sez. V, 23 aprile 2001, n. 25378; Sez. I, 5 febbraio 2001, n. 11049.

²⁹ La decisione-quadro in argomento, al paragrafo 2, ha disposto tre diversi gruppi di condizioni minime che gli Stati membri avrebbero potuto scegliere per applicare i c.d. poteri estesi di confisca: 2. *Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie a consentire la confisca ai sensi del presente articolo perlomeno: a) quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie; oppure b) quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di analoghe attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie; oppure c) quando si stabilisce che il valore del bene è sproporzionato al reddito legittimo della persona condannata e un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata stessa.*

³⁰ La direttiva ha parzialmente modificato i presupposti della Decisione - quadro 2005/212/GAI in tema di confisca estesa, in particolare con il Considerando 21: (21) *La confisca estesa dovrebbe essere possibile quando un'autorità giudiziaria è convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose. Ciò non significa che debba essere accertato che i beni in questione derivano da condotte criminose. Gli Stati membri possono disporre, ad esempio, che sia sufficiente che l'autorità giudiziaria ritenga, in base ad una ponderazione delle probabilità, o possa ragionevolmente presumere, che sia molto più probabile che i beni in questione siano il frutto di condotte criminose piuttosto che di altre attività. In tale contesto, l'autorità giudiziaria deve considerare le circostanze specifiche del caso, compresi i fatti e gli elementi di prova disponibili in base ai quali può essere adottata una decisione di confisca estesa. Una sproporzione tra i beni dell'interessato e il suo reddito legittimo può rientrare tra i fatti idonei ad indurre l'autorità giudiziaria a concludere che i beni derivano da condotte criminose. Gli Stati membri possono inoltre fissare un periodo di tempo entro il quale si può ritenere che i beni siano derivati da condotte criminose.* La Direttiva - maggiormente vincolante per il legislatore italiano chiamato a conformarsi entro il 05 ottobre 2015 - rispetto alla Decisione - quadro, richiama l'attenzione sull'esigenza di uniformare la disciplina tra gli Stati.

³¹ Cfr. V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, Milano, 2010, pp. 112 ss.; G. D. SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, 345.

³² “Considerando” 19: *I gruppi criminali si dedicano ad una vasta gamma di attività criminose. Allo scopo di contrastare efficacemente le attività della criminalità organizzata, vi possono essere situazioni in cui è opportuno che la condanna penale sia seguita dalla confisca non solo dei beni associati a un dato reato, ma anche di ulteriori beni che l'autorità giudiziaria stabilisca costituire proventi da altri reati. Questo approccio è definito come confisca estesa. La decisione quadro 2005/212/GAI prevede tre diverse serie di condizioni minime tra cui gli Stati membri possono scegliere per applicare la confisca estesa. Conseguentemente, in*

Essa ridefinisce i poteri di confisca stabilendo all'articolo 5 che *“gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico, laddove l'autorità giudiziaria, in base alle circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, come il fatto che il valore dei beni è sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata, sia convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose.”*

Dal tenore dell'articolo, sembra permanere - rispetto alla Decisione-quadro del 2005 - il concetto di pertinenzialità tra bene e reato, nella misura in cui si fa espresso riferimento alla derivazione da condotte criminose dei beni confiscabili, seppur sproporzionati al reddito legittimo.

Diviene, invece, meramente facoltativo per lo Stato membro che adotta una confisca estesa (allargata), adottare il criterio dell' *“anteriorità ragionevole”*, che - pur scomparendo dalla norma in trattazione - viene menzionato nel *“Considerando”* 21, ove si stabilisce che *“Gli Stati membri possono inoltre fissare un periodo di tempo entro il quale si può ritenere che i beni siano derivati da condotte criminose”*.

Ad un primo raffronto fra la Direttiva europea e la norma interna in esame, emergono alcuni punti di divergenza.

Intanto l'art. 12-sexies, anche per come interpretato dalla giurisprudenza maggioritaria, non tiene conto del nesso pertinenziale tra beni confiscabili e reato per il quale è intervenuta una condanna.

Inoltre, non viene considerato un arco temporale preciso entro il quale un bene possa ritenersi derivabile da condotte criminose, con il rischio conseguente di un'applicazione *ad libitum* della confisca da parte dell'Autorità giudiziaria italiana.

La portata di questa Direttiva è innegabile e ne discendono importanti conseguenze trattandosi di un atto vincolante per gli Stati membri dell'Unione.

E' auspicabile - pertanto - che il legislatore italiano, chiamato a conformarsi entro il 04 ottobre 2015, affronti un'opera di seria conformazione agli obiettivi della Direttiva.

Egli sarà chiamato ad approfondire gli aspetti sopra evidenziati per verificare un contrasto ontologico tra le due definizioni di confisca.

Occorre verificare - ad esempio - se la formulazione italiana dell'articolo 12-sexies, sul piano del *“diritto alla difesa”*, sul quale la Direttiva sembra a lungo concentrarsi³³, contrasti o meno con quella europea, soprattutto lì, dove quest'ultima - a differenza della formula italiana - prescinde da ogni definizione di *“giustificazione”*.

L'opera di conformazione da parte del legislatore sarà ardua atteso che non si potrà non tenere conto delle specificità offerte dal panorama socio-economico italiano, sempre più soffocato dall'azione della criminalità organizzata.

sede di recepimento di tale decisione quadro, gli Stati membri hanno scelto opzioni diverse, da cui sono derivati concetti diversi di confisca estesa nelle giurisdizioni nazionali. Tale divergenza ostacola la cooperazione transfrontaliera nei casi di confisca. È pertanto necessario armonizzare ulteriormente le disposizioni relative alla confisca estesa definendo un unico insieme di norme minime. (20) Nel determinare se un reato possa produrre un vantaggio economico, gli Stati membri possono tener conto del modus operandi, ad esempio se il reato è caratterizzato dall'essere stato commesso nell'ambito della criminalità organizzata o con l'intento di generare profitti leciti da reati. Tuttavia, ciò non dovrebbe, in generale, pregiudicare la possibilità di fare ricorso alla confisca estesa.

³³ Articolo 8 della Direttiva.