



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEI REFERENTI PER LA FORMAZIONE DECENTRATA

LE MISURE CAUTELARI REALI: PRINCIPI GENERALI, PRASSI GIURISPRUDENZIALI, PROBLEMATICHE APPLICATIVE

ROMA, 1 MARZO 2012

AULA MAGNA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Presidenza ed introduzione dei lavori

DOTT. ERNESTO LUPO, PRESIDENTE DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Relazioni

PROF. AVV. PIERO GUALTIERI, PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO PROCESSUALE
PENALE, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO - *EVOLUZIONE NORMATIVA E ORIENTAMENTI
GIURISPRUDENZIALI*

PROF. AVV. ADOLFO SCALFATI, PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO PROCESSUALE
PENALE, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA – TOR VERGATA - *LE QUESTIONI PIÙ RILEVANTI
SULLE QUALI LA CASSAZIONE DOVRÀ ESPRIMERSI*

DOTT. FRANCO FIANDANESE, CONSIGLIERE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

DOTT. ALDO FIALE, CONSIGLIERE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Introduce il PRES. LUPO

Il PRES. LUPO ha aperto i lavori sottolineando la rilevanza del tema, che va affermandosi sempre più nell'esperienza applicativa e che si articola nel sequestro conservativo, meno ricorrente nella prassi, e nel sequestro preventivo. Ha evidenziato, inoltre, che spesso la pratica offre esempi di confusione tra sequestro preventivo e sequestro probatorio, in linea con la disciplina del codice di procedura penale del 1930 che non distingueva tra le due figure.

La fattispecie più problematica è quella di cui all'art. 321, secondo comma, c.p.p., ossia quella relativa al sequestro preventivo nei casi in cui è consentita la confisca, perché tutti i problemi in tema di confisca ridondano su quelli in tema di sequestro. Ha segnalato, in particolare, il problema della confisca delle costruzioni abusive, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, che richiede l'accertamento degli estremi oggettivi dell'illecito, e quello della confisca per equivalente.

Profili particolarmente critici nella disciplina del sequestro preventivo sono: 1) la durata illimitata (tanto da indurre a parlare di sequestro senza termine finale); 2) la sufficienza del "fumus", e la non necessità dell'individuazione dell'autore dell'illecito; 3) le differenze tra il procedimento di riesame relativo alle misure cautelari reali e quello inerente alle misure cautelari personali, con particolare riferimento all'aspetto della rigidità delle scansioni temporali e della conseguente inefficacia del provvedimento nel caso di violazione dei termini (questione, questa, sottoposta alle Sezioni Unite di marzo 2012).

Relazione del PROF. GUALTIERI

Il PROF. GUALTIERI ha premesso che una relazione contenuta nell'arco di 30 minuti deve essere limitata esclusivamente ad alcune problematiche della materia.

Il rischio è che il processo al patrimonio imbocchi strade semplificatrici e sommarie, mentre sarebbe necessario assicurare il rispetto dei principi costituzionali in tema di diritto di proprietà e diritto di difesa. La riduzione delle garanzie deriva dagli interventi del legislatore, anche i più recenti, e dalle posizioni non molto rigorose della Corte di cassazione e della Corte Costituzionale.

In particolare, è auspicabile che il "processo al patrimonio" non diventi "la vera frontiera del futuro del processo penale" e che la pur doverosa ablazione preventiva e repressiva della ricchezza illecita non avvenga attraverso procedure sommarie, ma nel pieno rispetto delle garanzie personali e probatorie dettate dal codice di procedura penale e dalla Costituzione, sia sotto il profilo della tutela della proprietà privata, sia e soprattutto della osservanza della

inalienabile garanzia della difesa, qualunque sia la procedura adottata, che, al di là di alcune affermazioni della Corte costituzionale sulla possibilità di sua gradazione, non può essere sostanzialmente vanificato.

Il processo penale, in nessuna sua fase, può essere inteso come mezzo di difesa sociale o, peggio, come strumento di lotta alla criminalità, avendo soltanto il fine di accertare l'esistenza o meno della responsabilità penale dell'imputato, nell'inderogabile rispetto delle regole sul giusto processo fissate nella Costituzione e nelle Convenzioni internazionali.

E' possibile constatare, invece, che i già troppo labili confini normativi dell'originario sequestro preventivo c.d. impeditivo o finalizzato alla confisca sono stati resi ancor più evanescenti dalla serie di disposizioni introdotte nell'ordinamento in materia di confisca per equivalente, che, grazie anche alla lettura che ne ha dato la giurisprudenza, stanno provocando inaccettabili semplificazioni, al limite dell'automatismo, nella spoliazione di beni, contaminando il processo penale con finalità e istituti propri delle misure di prevenzione.

Questa tendenza potrà essere solo parzialmente arginata dalla Corte europea dei diritti umani, non sembrando attestate su posizioni garantistiche la Corte di legittimità e la Corte costituzionale (salvo ovviamente qualche lodevole eccezione), e che non è facile confidare in un intervento del legislatore che ponga ordine a questa complessa materia, ristabilendo l'equilibrio tra difesa sociale e garantismo, anche perché le più recenti scelte attuate con le leggi 94/2009 e 50/2010, di conversione del d.l. 4/2010, vanno nella opposta direzione, sospingendo, forse anche inconsapevolmente, il sequestro preventivo verso l'area delle misure di prevenzione, alla quale dovrebbe invece restare estraneo, attraverso una normativa contraddittoria e confusa, per la cui analisi critica rinvio ad un suo recente studio.

Compite queste premesse introduttive, il PROF. GUALTIERI si è soffermato sul sequestro cd. impeditivo, affermatosi negli anni settanta, avallato dalla Corte cost., con la sentenza del 27 marzo 1975, n. 82, e poi disciplinato nel codice di procedura penale del 1988.

In questa materia, un ruolo importante è svolto dalla sentenza delle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione del 23 aprile 1993, n. 4, che ritiene preclusa la **valutazione del fumus commissi delicti**, salvo una valutazione sull'astratta sussumibilità della fattispecie concreta nella fattispecie legale.

Il successivo intervento della Corte costituzionale con la sentenza 17 febbraio 1994, n. 48 ha ritenuto tale disciplina conforme a Costituzione, dichiarando non fondata la questione, ed osservando che, pur essendo stati tracciati marcati parallelismi tra le cautele reali e quelle personali, il codice non si è spinto al punto da aver assimilato in *toto* le condizioni che devono assistere le due specie di misure.

In particolare, la Corte costituzionale ha precisato che la scelta di non richiamare per le misure cautelari reali i presupposti sanciti dall'art. 273 c.p.p.

per le misure cautelari personali (fra i quali la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza) non contrasta con l'art. 24 Cost. poiché il diritto di difesa ammette diversità di disciplina in rapporto alla varietà delle sedi e degli istituti processuali in cui lo stesso è esercitato, e i valori che l'ordinamento prende in considerazione sono graduabili fra loro: da un lato, l'inviolabilità della libertà personale, e, dall'altro, la libera disponibilità dei beni, che la legge ben può temperare in funzione degli interessi collettivi che vengono ad essere coinvolti. Il sequestro preventivo attiene a «cose» che presentano un tasso di «pericolosità» tale da giustificare l'imposizione della cautela, e, pur raccordandosi ontologicamente ad un reato, può prescindere totalmente da qualsiasi profilo di «colpevolezza», proprio perché la funzione preventiva non si proietta necessariamente sull'autore del fatto criminoso, ma su beni che, postulando un vincolo di pertinenzialità col reato, vengono riguardati dall'ordinamento quali strumenti la cui libera disponibilità può costituire situazione di pericolo, come dimostrano le ipotesi della confisca obbligatoria, del «blocco dei beni» nel caso di sequestro di persona in base alle disposizioni dettate dal d.l. 15-1-1991 n. 8, e, più in generale, del sequestro a carico di terzi: l'istituto, quindi, non può essere «costruito» in modo speculare alle misure cautelari personali. E, d'altro canto, ove si introducesse in sede di gravame un potere di controllo sul merito della regiudicanda, si assisterebbe ad una specie di «processo nel processo» che sposterebbe, allargandolo, il tema del decidere da quello suo proprio della verifica del pericolo della libera disponibilità di taluni beni, all'oggetto del procedimento principale. Tuttavia, potendo essere oggetto della misura «le cose pertinenti al reato» (locuzione volutamente ampia ed indistinta che assorbe quella, più circoscritta, di «corpo di reato» definito dall'art. 253 c.p.p.) è evidente che al giudice sia fatto carico di verificare che esista un reato, quanto meno nella sua astratta configurabilità e con il corrispondente obbligo di motivazione, sicché la difesa ben può volgersi a contestare l'esistenza della fattispecie dedotta proprio perché questa funge da necessario referente che individua il predetto nesso di pertinenzialità: e non è a dirsi che tale verifica non possa in alcun modo spingersi «all'esame del fatto per il quale si procede». Rilevata l'inesistenza di contrasti con l'art. 42 Cost., il giudice delle leggi ha concluso che nessuna violazione subiscono gli artt. 97 e 111 Cost., giacché, contrariamente a quanto assume il giudice rimettente, il controllo del giudice è tutt'altro che «burocratico», dovendosi il medesimo incentrare sulla verifica della integralità dei presupposti che legittimano la misura, risultando come tale pienamente soddisfattivo del corrispondente obbligo di motivazione che è prescritto per tutti i provvedimenti giurisdizionali.

Dopo aver ripercorso i punti fondamentali dell'iter argomentativo della sentenza n. 48 del 1994 della Corte Costituzionale, il PROF. GUALTIERI ha richiamato le ulteriori decisioni della Corte del 21 marzo 1997, n. 66 (sent.), dell'11 febbraio 1999, n. 29 (sent.), e del 3 giugno 1998, n. 203 (ord.), in tema di astensione e ricusazione dei giudici che abbiano assunto decisioni in materia di

misure cautelari reali, perché in esse si trova ribadito il principio della necessità di una meno penetrante valutazione dei presupposti applicativi del sequestro preventivo rispetto alle misure cautelari personali. Il giudice delle leggi, infatti, ha più volte ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p., laddove non prevede che non possa partecipare al giudizio anche il giudice il quale abbia adottato o confermato una misura cautelare reale, poiché in tali provvedimenti manca quella incisiva valutazione prognostica sulla responsabilità dell'imputato, basata sui gravi indizi di colpevolezza, che potrebbe rendere, o far apparire, condizionata la decisione di merito da parte del medesimo giudice, così da violare le garanzie derivanti dal principio del giusto processo. Nella sentenza dell'1 dicembre 1999, n. 444, ha peraltro precisato che, seppure la valutazione di merito non sia imposta dal tipo di atto in precedenza adottato dal giudice, l'eventuale effetto pregiudicante dovrà essere accertato in concreto, ricorrendo, ove ne sussistano i presupposti, agli istituti dell'astensione o della ricusazione.

A questo punto, il relatore ha affermato che, a suo avviso, quest'ultima linea interpretativa appare più esatta, in quanto può effettivamente verificarsi il caso che i provvedimenti impositivi di un sequestro preventivo contengano apprezzamenti sulla responsabilità di una persona, tali da far apparire pregiudicato il successivo giudizio di merito da parte del medesimo giudice.

La Corte costituzionale ha fornito un quadro di riferimento interpretativo abbastanza angusto sotto il profilo delle garanzie e che egli è profondamente perplesso circa il riferimento alla impossibilità di procedere ad una verifica approfondita della fondatezza dell'imputazione (processo nel processo) che invece è stato ritenuto non solo possibile, ma doverosa per le misure cautelari personali. Infatti, è certamente vero che i presupposti delle due tipologie di misure sono profondamente diversi e che l'indagine richiesta per limitare la libertà personale si risolve in una prognosi di colpevolezza, ma non può trascurarsi che anche le misure cautelari reali attingono diritti costituzionalmente garantiti e non si comprendono le ragioni per le quali la valutazione dei presupposti del sequestro preventivo non debba essere penetrante e tale analisi non vada trasferita nella motivazione del provvedimento. Altrimenti, resta inutile aver introdotto la garanzia giurisdizionale. Sotto altro profilo, va evidenziato che la declaratoria di rispondenza dell'istituto alla costituzione, secondo il giudice delle leggi, si fonda principalmente sul tasso di pericolosità della cosa e sul vincolo di pertinenzialità tra il bene e il reato, che sono però completamente venuti meno nella confisca per equivalente.

Dopo questa esposizione critica sia della giurisprudenza di legittimità che della giurisprudenza costituzionale, è stato fatto cenno a decisioni di segno più liberale, e in particolare alla sentenza delle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione del 20 novembre 1996, n. 23, la quale ha precisato che il tribunale del riesame, se non deve instaurare un «processo nel processo», ha comunque il

compito di svolgere l'indispensabile ruolo di garanzia, tenendo nel debito conto le contestazioni difensive sull'esistenza della fattispecie dedotta ed esaminando sotto ogni aspetto l'integralità dei presupposti che legittimano il sequestro.

Il PROF. GUALTIERI ha quindi offerto brevi riferimenti in tema di **valutazione del periculum in mora**, segnalando che la funzione del sequestro viene snaturata attraverso la stabilizzazione di una misura destinata ad essere provvisoria e che, addirittura, nell'esperienza giudiziaria, il vincolo di indisponibilità è stato mantenuto anche al fine di consentire l'adozione di una misura amministrativa, e, quindi, per fini non previsti dalle norme regolatrici dell'istituto.

Subito dopo, il relatore è passato ad illustrare il tema della **confisca per equivalente**, segnalando che a suo avviso si tratta di *tertium genus* di sequestro preventivo, anche se vi è stato in dottrina chi ha proceduto ad un accostamento tra questa figura e quella del sequestro conservativo, alla luce della loro innegabile similitudine sotto il profilo finalistico.

Se pure si può convenire sul fatto che l'istituto rappresenti una «truffa delle etichette» e una forzatura del sistema delle cautele, un comune inquadramento con il sequestro conservativo deve essere escluso per la rilevata sua obbligatorietà, per la esperibilità nella fase procedimentale e per la diversa finalità perseguita di assicurare l'esecuzione di una sanzione, quale certamente è la confisca per equivalente, e non per esigenze risarcitorie meramente civilistiche.

Successivamente, il PROF. GUALTIERI ha illustrato il problema della **natura giuridica della confisca**, sottolineandone la natura penale.

In particolare, molto importante è l'orientamento della Corte EDU manifestatosi con riferimento al caso dell'immobile di Punta Perotti, tanto in sede di giudizio di ricevibilità del ricorso (decisione del 30 agosto 2007, nella causa Sud Fondi s.r.l. c. Italia), quanto nella pronuncia definitiva (decisione del 20 gennaio 2009, nella causa Sud Fondi s.r.l. c. Italia). Il caso riguardava una lottizzazione reputata abusiva, della quale tuttavia i proprietari dei suoli e delle costruzioni su di essi realizzate non erano stati ritenuti penalmente responsabili, in quanto incorsi in un errore inevitabile e scusabile nell'interpretazione di disposizioni regionali oscure e mal formulate, che interferivano con la legge nazionale: ciononostante era stata disposta la confisca di tutti i beni, poiché la loro acquisizione gratuita al patrimonio comunale era obbligatoria in virtù dell'obbiettiva sussistenza del reato di lottizzazione abusiva. La Corte di Strasburgo ha affermato che la confisca deve qualificarsi come una pena ai sensi dell'art. 7 della C.e.d.u., rilevando che tale misura si collega ad un illecito penale fondato su principi generali e non tende alla riparazione pecuniaria di un danno, ma ad impedire la reiterazione della inosservanza delle prescrizioni: ha quindi natura ad un tempo preventiva e repressiva, e quest'ultima è una caratteristica che contraddistingue le sanzioni penali. Inoltre, è stato ritenuto violato anche

l'art. 1 del Protocollo aggiuntivo n. 1, in quanto, attesa l'oscurità delle norme, l'ingerenza nella sfera proprietaria delle società ricorrente era arbitraria.

Significativa è anche un'altra decisione della stessa Corte europea, quella dell'1.3.2007 nella causa Geerings c. Paesi Bassi, ove è stato osservato che il provvedimento di confisca che segue alla condanna penale resta al di fuori della previsione dell'art. 6 § 2, in quanto è parte di quello di commisurazione della pena. Viceversa, la confisca (o la privazione di profitti illecitamente ottenuti) è una misura inappropriata in rapporto a patrimoni che non risultino essere stati in possesso dell'interessato, soprattutto se si riferisce ad atti criminosi di cui costui non è stato ritenuto responsabile: se non viene accertato, oltre ogni ragionevole dubbio, che il soggetto ha effettivamente commesso il reato e se non è possibile stabilire che egli ha realmente ricevuto qualche profitto, una simile misura può fondarsi soltanto su una presunzione di colpevolezza, incompatibile con l'art. 6 § 2 C.e.d.u. Dopo una assoluzione definitiva, infatti, non è più possibile nemmeno la manifestazione di sospetti riguardanti l'innocenza dell'accusato.

Il relatore ha quindi evidenziato che la Corte costituzionale si è adeguata a questi insegnamenti.

La stessa, infatti, con sentenza del 2 aprile 2009, n. 97, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 200, 322 *ter* c.p. e 1, comma 143, l. 24-12-2007, n. 244, censurati, in riferimento all'art. 117 comma 1 Cost., nella parte in cui non prevedono la confisca obbligatoria cosiddetta «per equivalente» di beni di cui il reo abbia la disponibilità, per i reati tributari commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge, ha sua volta osservato che la questione era stata sollevata sulla base di un presupposto interpretativo erroneo (quello che la confisca in questione, dovendosi formalmente qualificare come misura di sicurezza e non come pena, deve essere retroattivamente applicata anche a reati commessi nel tempo in cui non era legislativamente prevista ovvero risultava diversamente disciplinata quanto a tipo, qualità e durata), poiché la mancanza di pericolosità dei beni di cui può essere oggetto, unitamente all'assenza di un «rapporto di pertinenzialità» tra il reato e detti beni, le conferiscono una natura «eminentemente sanzionatoria», che impedisce l'applicabilità ad essa del principio generale dell'art. 200 c.p., dovendo invece osservarsi la regola stabilita nell'art. 25, comma 2, Cost. per le sanzioni penali, alla stregua delle interpretazioni in materia della giurisprudenza di legittimità e della Corte europea dei diritti umani. E nella di poco successiva sentenza del 24 luglio 2009, n. 239, con una decisione pur non scevra da ambiguità, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 comma 2 d.p.r. 6-6-2001 n. 380, nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti, sollevata in riferimento agli artt. 3, 25 comma 2, e 27 comma 1 Cost., affermando che il rimettente, pur postulando che

l'interpretazione della norma censurata debba mutare a seguito della sopravvenuta giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani - nella specie rifacendosi all'orientamento che riconduce la confisca in parola ad una «pena», ai sensi dell'art. 7 della convenzione - ha ommesso di sperimentare la possibilità di un'interpretazione conforme alla disposizione internazionale, quale interpretata dalla predetta Corte di Strasburgo, sulla scia di quanto ritenuto in precedenti pronunce.

Una ulteriore conferma di questo percorso è stata vista nell'elaborazione in tema di art. 12 sexies del d.l. n. 306/1992, e di art. 186, comma 2, del Codice della Strada.

Con riferimento al primo ambito, la Corte costituzionale, con sentenza del 29 gennaio 1996, n. 18, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione, sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 comma 2, 42 e 97 Cost., in quanto nel sequestro preventivo adottato a norma del suo comma 4 (ricollegato alla particolare ipotesi di confisca prevista dai precedenti commi 1 e 2) non vi sarebbe alcuna vanificazione del fondamentale parametro di legittimità costituzionale, rappresentato dal presupposto della intervenuta condanna, poiché il legislatore ha 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: conseguentemente, l'identica relazione tra fattispecie delittuosa per la quale si procede e giustificazione della provenienza dei beni, costituisce il parametro di legittimità del sequestro preventivo, proprio perché misura destinata ontologicamente ad impedire la sottrazione o dispersione di questi stessi beni che possono formare oggetto di confisca in ipotesi di condanna. Sequestro e confisca, in altri termini, rappresentano nel caso di specie, come in tutte le ipotesi riconducibili all'art. 321 comma 2, istituti fra loro specularmente correlati sul piano dei presupposti, al punto che soltanto deducendo l'illegittimità costituzionale del secondo potrebbe venire in discorso l'illegittimità del primo.

Con riferimento al secondo settore, il giudice delle leggi, con sentenza del 4 giugno 2010, n. 196, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, limitatamente alle parole «ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale», dell'articolo 186 comma 2, lett. c Codice della strada, come modificato dell'art. 4 comma 1 lett. b d.l. 23-5-2008, n. 92, conv. dalla l. 24-7-2008, n. 125. Nel caso di specie il giudice remittente aveva osservato che il rinvio all'art. 240 c.p. consentiva di applicare la confisca anche a fatti anteriormente commessi e in ipotesi nelle quali il veicolo fosse incidentato e temporaneamente inutilizzabile, e dunque privo di attuale pericolosità oggettiva, sicché, al di là della qualificazione formale, la misura ablativa si traduceva in una sanzione patrimoniale di natura repressiva, da parificare alla sanzione penale, e quindi non suscettibile di efficacia retroattiva, se non in violazione dell'art. 7 C.e.d.u., in

base alla giurisprudenza in materia della Corte europea dei diritti umani. La Corte costituzionale, dopo aver escluso che la questione fosse risolvibile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo, ha rilevato come quest'ultima, onde evitare che singole scelte compiute da taluni degli Stati aderenti alla C.e.d.u. nell'escludere che un determinato illecito ovvero una determinata sanzione o misura restrittiva appartengano all'ambito penale, possano determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale, ha elaborato propri criteri, oltre a quello della qualificazione giuridico-formale contenuta nel diritto nazionale, al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione, attribuendo alternativamente rilievo o alla natura stessa dell'illecito (da determinare, a propria volta, sulla base di due sottocriteri, costituiti dall'ambito di applicazione della norma che lo preveda e dallo scopo della sanzione) ovvero alla gravità, o meglio al grado di severità, della sanzione irrogata: ed ha enunciato il principio per cui tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto, aggiungendo che tale principio, del resto, è desumibile anche dall'art. 25 comma 2 Cost., il quale, data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...»), può essere inteso nel senso che ogni intervento sanzionatorio, che non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile, in senso stretto, a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto; e dovendosi riconoscere alla confisca in discussione natura essenzialmente sanzionatoria, ne consegue la illegittimità costituzionale della norma censurata, dalla quale deriva l'applicazione retroattiva della misura in questione.

A questo punto, il PROF. GUALTIERI ha affrontato il problema del parallelismo tra **confisca penale e confisca di prevenzione**, sottolineandone le differenze.

L'affinità è infatti limitata alla amministrazione e alla destinazione dei beni, ai sensi dei più recenti dettati normativi, mentre i presupposti applicativi restano profondamente diversi, esigendo la prima una sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ed essendo invece la seconda una misura di prevenzione applicabile dopo la verifica giurisdizionale di un complesso indiziario circa la probabile appartenenza del soggetto ad associazioni criminali, come affermato anche in altre decisioni ove è stata riconosciuta una obbiettiva disomogeneità, strutturale e funzionale tra di loro. Ha richiamato, a sostegno, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, che, proprio fondandosi su questa sostanziale differenza, in diverse decisioni, da ultimo quella del 16 marzo 2006, nella causa Bocellari e Rizza c. Italia, ha considerato legittima la misura prevista dalla l. 575/1965, rilevando, appunto, che essa è estranea al campo penale poiché rappresenta una forma di

regolamentazione dell'uso dei beni giustificata dall'interesse generale, in conformità all'art. 1 § 2 Prot. add. n. 1, e si iscrive nel quadro di una politica di prevenzione criminale nella quale deve essere riconosciuta al legislatore un'ampia discrezionalità: nelle procedure che la riguardano non sono pertanto applicabili la presunzione di innocenza enunciata dall'art. 6 § 2 C.e.d.u. e i diritti riconosciuti all'accusato nel successivo § 3, mentre le regole del giusto processo sono rispettate poiché il procedimento si sviluppa secondo il principio del contraddittorio su tre gradi di giurisdizione e il giudizio è fondato su una valutazione oggettiva dei fatti e non su semplici sospetti. L'assunto fatto proprio dalla criticata sentenza, per cui la confisca può avere una natura giuridica mutevole in relazione ai suoi presupposti e finalità, potrebbe forse aver un fondamento se si stabilisse un collegamento con il tipo di illecito posto a fondamento della misura ablatoria: se questo ha natura amministrativa, varrebbero le disposizioni di quella materia e sarebbe consentito affermare (anche) la retroattività della disciplina; ma se la confisca è conseguente all'accertamento di un reato e alla relativa condanna, come avviene nell'ipotesi di cui all'art. 12 *sexies* d.l. 306/1992, si tratta certamente di una pena e devono pertanto trovare applicazione le regole della materia penale.

I presupposti relativi alla confisca di cui all'art. 12 *sexies* del d.l. n. 306/2006 sono particolarmente labili ed evanescenti, anche per il problema dell'inversione dell'onere della prova derivante dalla presunzione ricollegata alla sproporzione del patrimonio rispetto ai redditi. Tuttavia, è possibile richiamare la sentenza della Corte di Cassazione del 12 gennaio 2010, n. 5452, come intervento di segno garantistico che ha alleggerito gli indicati oneri probatori a carico della difesa. Nella sentenza, infatti, si è affermato che l'imputato deve limitare le sue allegazioni al periodo preso in considerazione dal p.m., senza dover assolvere alla *probatio diabolica* di dimostrare la legittimità dell'intero suo patrimonio: nel momento in cui il requisito del *fumus* subisce una tendenziale dequotazione, richiedere un maggiore sforzo di specificazione sul piano della sproporzione, soprattutto nei casi in cui si tratti di sequestri di beni acquistati prima della commissione del reato, determinerebbe l'effetto di un sostanziale incremento dell'onere probatorio, che funziona da fattore riequilibratore rispetto allo stesso principio di proporzione, che impone un rapporto ragionevole ed adeguato tra mezzo e scopo e che trova applicazione anche nella materia della speciale confisca.

Il PRES. LUPO, prendendo la parola in conclusione dell'intervento del Prof. Gualtieri, ha segnalato che, tra i temi trattati dal relatore, particolarmente significativo è il problema delle garanzie, soprattutto in tema di verifica della sussistenza del "fumus commissi delicti".

Ha poi introdotto l'intervento del Prof. Scalfati rappresentando l'estrema importanza assunta nel sistema processualpenalistico dalla giurisprudenza della

Corte europea dei diritti dell'uomo, come si evince, da ultimo, dalla sentenza n. 113/2011 in tema di revisione.

Relazione del PROF. SCALFATI

Il PROF. SCALFATI ha premesso che la disciplina del sequestro preventivo sembra elaborata piuttosto frettolosamente rispetto a quella relativa alle misure cautelari personali.

Precisamente, dall'esame della disciplina, anche alla luce di taluni orientamenti della prassi, sembrerebbe che il legislatore non abbia adeguatamente valutato la struttura e gli obiettivi da assegnare alla misura, mostrandosi piuttosto incline a soddisfare esigenze di nomenclatura ed etichette sistematiche; di ciò costituisce un lampante esempio la disgiunzione, operata dai codificatori, del sequestro preventivo da quello istruttorio. Il quadro normativo manifesta una certa indeterminatezza quanto ai presupposti di adozione, fenomeno questo capace di influenzare l'effettiva sussumibilità della misura in un modello cautelare adatto al processo.

Per esplicitare queste affermazioni, il relatore ha richiamato le **caratteristiche degli interventi interinali disposti in vista della decisione** sul merito della causa: si tratta di misure "strumentali" e "provvisorie", la cui logica è quella di paralizzare lo *status quo* ed evitare, fin tanto che la vicenda giudiziaria non si concluda, l'ineffettività della pronuncia finale. La "strumentalità" cautelare impone delle condizioni; l'intervento coercitivo : a) sarà funzionale al conseguimento degli effetti eliminatori disposti (o derivanti dal)la pronuncia finale; b) poggerà sulla possibilità effettiva (*fumus boni juris*) che sia emesso un provvedimento finale capace di produrre conseguenze eliminatorie o repressive; c) richiederà l'esistenza del pericolo, concreto ed attuale, che il ritardo della pronuncia definitiva comprometta gli scopi che le sono propri (*periculum in mora*); d) sarà commisurato alla gravità del fatto e delle esigenze da fronteggiare. La "provvisorietà", invece, impone tempi predeterminati; altrimenti la misura, una volta disposta, serve semplicemente ad anticipare gli effetti finali sperati. Basterebbe prevedere un meccanismo di verifica costante sul rapporto tra la permanenza /entità della cautela, da un lato, e la persistenza delle condizioni che hanno legittimato l'intervento, dall'altro.

Esaminando in dettaglio i presupposti della misura cautelare, il PROF. SCALFATI ha evidenziato **l'assenza di parametri puntuali diretti ad identificare l'an e il quomodo del fumus boni juris**. Se la prassi sostiene che il *fumus* si realizzi semplicemente quando s'identificano le componenti materiali del reato, consentendo la misura finanche quando l'autore è ignoto, non può però non tenere in conto che la nozione di "reato" include la matrice soggettiva dell'illecito; a ben vedere, poi, la norma richiamata si riferisce all'oggetto della misura e non alle condizioni legittimanti. Seguendo quella linea, sarebbe

permesso un sequestro anche quando si potesse ipotizzare, allo stato, che il procedimento termini con un'archiviazione per essere ignoti gli autori del reato, oppure per assenza di punibilità, antigiuridicità, offensività, colpevolezza; si determinerebbe così un effetto paradossale: fuori dai casi di confisca obbligatoria di cui all'art. 240 comma 2 n. 2, dove non occorre un provvedimento di condanna per adottarla, per il resto, il sequestro sarebbe solo uno strumento punitivo in quanto si rivelerebbe disfunzionale rispetto alla misura finale. L'orientamento giurisprudenziale consolidato non contribuisce a delineare l'istituto in funzione di una vera e propria misura cautelare, poiché il giudizio si ferma alla verosimiglianza di un episodio a rilievo penale, nei termini di compatibilità tra allegazioni d'accusa e norma incriminatrice, senza riconoscere la necessità di soglie minime di consistenza indiziaria.

A questo punto, il relatore è passato a rappresentare che la disciplina rivela una **particolare duttilità delle condizioni integranti i "pericula"** da fronteggiare tramite l'intervento preventivo. In primo luogo, il riferimento alle *cose pertinenti al reato* permette di estendere, senza un preciso confine, il nesso relazionale tra il fatto illecito e oggetto del sequestro, diluendo il legame di diretta strumentalità tra i due elementi. Ancora, il richiamo alla possibilità di servirsi del sequestro preventivo se c'è pericolo di aggravare o protrarre le conseguenze del reato è formula talmente generica che ha permesso l'adozione della misura in concomitanza di reati già consumati, e persino laddove la pronuncia giudiziaria finale non può eliminare quegli effetti che il sequestro preventivo mira a paralizzare, ovvero – addirittura – quando è essa stessa incapace di paralizzare gli effetti provenienti dall'illecito. Un argine a questa estensione dell'istituto è derivata dall'intervento delle Sezioni Unite, che, in materia di vincolo apposto a manufatti edilizi, hanno tentato di disegnare i limiti del sequestro preventivo su cose pertinenti ad un reato consumato, puntando l'attenzione sulla protrazione lesiva concreta, *attuale e antigiuridica*, sempre che il *provvedimento finale sia in condizioni di eliminare siffatte conseguenze*. Vanno però evidenziate: a) l'assenza di riferimento al *periculum* nelle ipotesi di sequestro di cose oggetto di confisca, senza nemmeno distinguere tra confisca di beni la cui circolazione è illecita (art. 240, comma 2 n.2, c.p.), ove il *periculum* può considerarsi in *re ipsa*, e le altre ipotesi; b) la particolare l'aggressività del sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente o per sproporzione, per sostanziali inversioni dell'onere di prova, per l'accoglimento di concezioni di indivisibilità del profitto con conseguente indifferenza di approvvigionamento di beni "equivalenti" nel patrimonio di ciascun correo, per l'oscuramento della linea di confine tra la disponibilità del bene da parte dell'imputato e l'appartenenza a terzi.

Il PROF. SCALFATI si è quindi soffermato sulla **procedura di controllo dell'applicazione delle misure cautelari reali**.

Dopo aver segnalato che anche questa disciplina richiede correttivi, ha evidenziato numerose disfunzioni. In primo luogo, non è contemplato l'obbligo

per il pubblico ministero di depositare gli atti posti a base della decisione cautelare: ciò mette la difesa nelle condizioni di effettuare richiesta di riesame al solo scopo di prendere visione degli elementi d'accusa trasmessi al tribunale, imponendo l'impugnativa quando ancora non si sa se coltivarla o meno. Inoltre, non è previsto l'obbligo per il pubblico ministero di trasmettere al giudice del riesame gli elementi favorevoli ad una pronuncia di segno diverso, contrariamente a quanto si scrive nell'art. 309 comma 5 c.p.p., in materia di misure personali; nè risulta disposta l'inefficacia della misura se il pubblico ministero non trasmette gli atti al tribunale del riesame entro 5 giorni dalla richiesta: questione rimessa alle SU sotto il profilo di taluni atti non trasmessi o trasmessi con ritardo.

Un punto davvero critico è la profondità del controllo sui provvedimenti applicativi della misure, profilo che accresce gli effetti negativi derivanti dalla fluidità delle condizioni poste a base del sequestro, con evidente "vulnus" all'effettività della difesa. In particolare, il tribunale del riesame non ha il compito di analizzare la soglia probatoria del "fumus delicti", potendosi arrestare al vaglio di compatibilità tra le deduzioni del pubblico ministero e la norma penale invocata, e che, pertanto, il recupero del contraddittorio è di pura facciata perché, pur dinanzi alla produzione difensiva, il giudice del controllo potrà fermarsi a valutare l'esatta applicazione della disciplina penale senza estendersi ad un più accurato vaglio indiziario. Peraltro, la giurisprudenza si è mostrata più sensibile, anche dal punto di vista del sostegno probatorio, sia alle condizioni relative al "periculum", prescrivendo che il giudice valuti gli elementi della concretezza e dell'attualità, oltre che della strumentalità tra il bene e l'illecito, sia al controllo delle astratte condizioni che darebbero luogo alla confisca - come la individuazione del profitto illecito - alla quale si accoppia l'esigenza di verificare l'esistenza di elementi circa la disponibilità effettiva dei beni da parte dell'imputato.

In conclusione, il controllo "de legitimitate" chiude il cerchio di una disciplina che possiede una spiccata valenza dissuasiva delle procedure impugnatorie, poiché essa si caratterizza per la preclusione a verificare illogicità o contraddittorietà della motivazione, secondo l'art. 325 c.p.p.; anche a questo proposito, però, sono emersi segnali di apertura della giurisprudenza verso il controllo sulla compiutezza dell'apparato esplicativo, censurandolo quando mancasse di rilevanza rispetto alle questioni dedotte.

Il relatore, a questo punto, ha cercato di indicare **possibili prospettive**.

La disciplina del sequestro preventivo, in verità, è abbastanza lontana dalle caratteristiche della "funzionalità" processuale, perché la rarefazione dei presupposti che legittimano l'esercizio del potere coattivo, accentuato dall'inadeguatezza dei controlli sul provvedimento impositivo, allontana l'intervento giudiziario in oggetto dal quadro del modello cautelare, e induce ad interrogarsi se l'istituto si ponga non tanto come una misura cautelare, quanto come una misura che aspira al modello cautelare.

Tuttavia, le previsioni possono essere rilette alla luce di due fattori: l'inquadramento sistematico del sequestro nell'ambito delle misure cautelari "in rem" e un approccio basico, costituzionalmente orientato, secondo cui la comminatoria penale compete al giudizio e non può essere surrettiziamente anticipata tramite interventi "ante iudicatum". I punti correttivi vanno introdotti tramite un'esegesi che avvicini la disciplina del sequestro preventivo ad un modello orientato ai caratteri di una più lineare funzionalità rispetto alla decisione che chiude il processo; occorre, principalmente, intervenire sui criteri del "fumus" e del "periculum". Ferme restando le ipotesi in cui la legge permette la confisca, l'adozione della misura dovrebbe essere evitata quando, pur postulando la colpevolezza, la sentenza sia strutturalmente inidonea ad eliminare il danno o il pericolo, come, ad esempio, nel caso di un reato consumato, i cui effetti antigiuridici potrebbero non essere eliminati nemmeno con la condanna; diversamente, la misura provvisoria potrebbe più di quanto ci si attenda dal provvedimento finale, con l'ineludibile contrasto con la nozione cautelare di "strumentalità".

Il PRES. LUPO ha rappresentato che il controllo della Corte di Cassazione non può essere ampliato per l'enorme numero di ricorsi e per l'esigenza anche sovranazionale di rispondere in termini ragionevoli. Ha sottolineato che, del resto, l'art. 111 Cost. prevede il controllo solo per la violazione di legge, e quindi di legalità, ma non di legittimità.

Relazione del CONS. FIANDANESE

Il CONS. FIANDANESE nell'illustrare la questione relativa a se, in quali casi e con quali limiti, la confisca possa essere ordinata in caso di proscioglimento dell'imputato o comunque pur in assenza di condanna, ha preso le mosse dalla sentenza delle **Sezioni Unite nel caso De Maio con sentenza del 10 luglio 2008 n. 38834.**

Il caso di specie concerneva la restituzione all'imputato disposta con ordinanza del g.i.p. in funzione di giudice dell'esecuzione di alcuni beni di sua proprietà che erano stati precedentemente sequestrati quali cose costituenti prezzo del reato ex art. 240, comma 2, n. 1, c.p., nel corso di un procedimento penale per corruzione conclusosi per decorrenza dei termini prescrizionali. La sentenza rigetta il ricorso proposto dal P.M. e afferma il principio di diritto secondo il quale l'estinzione del reato preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo, prevista come obbligatoria dall'art. 240, comma secondo, n. 1, cod. pen.

Questa sentenza delle Sezioni Unite, da un lato, interviene su un contrasto di giurisprudenza solo apparente, dall'altro lato, invece, è essa stessa punto di partenza di un contrasto giurisprudenziale.

Sulla questione, infatti, erano già intervenute le **Sezioni Unite nel caso Carlea con la sentenza n. 5 del 25 marzo 1983**, che, sia pure con riferimento ad una specifica fattispecie, quella della confisca prevista dall'art. 722 c.p. con riferimento ai giuochi d'azzardo («è sempre ordinata la confisca del denaro esposto nel giuoco e degli arnesi od oggetti ad esso destinati»), prendono posizione anche su un contrasto giurisprudenziale che esse stesse rilevano essersi manifestato sulla interpretazione del combinato disposto degli artt. 210, 236, comma 2, e 240 c.p.. Infatti, la citata sentenza delle Sezioni Unite, dopo avere affermato che l'avverbio "sempre" di cui al citato art. 722 c.p. ha "inteso rendere obbligatoria una confisca che altrimenti sarebbe stata facoltativa", ma "non sta a significare che la misura deve essere disposta anche nel caso di proscioglimento e in particolare nel caso di estinzione del reato", ritiene di dover saggiare tale conclusione interpretativa anche alla luce del disposto di cui all'art. 240 c.p., poiché se la misura della confisca in caso di estinzione del reato "non può ritenersi legittimata dalla disposizione speciale dell'art. 722 c.p. rimane da chiedersi se la legittimazione non possa tuttavia farsi derivare dalle norme generali sulla confisca". Anche con riferimento a tali norme la stessa sentenza afferma che "nei casi dell'art. 240 c.p., comma 1, (confisca delle cose che servono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto) e comma 2, n. 1, (confisca del prezzo del reato) come in quello dell'art. 722 c.p., essendo richiesta la condanna, la confisca se il reato è estinto non può essere disposta, mentre a una diversa conclusione deve pervenirsi nel caso dell'art. 240 c.p., comma 2, n. 2, (confisca delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato) che impone la confisca anche nel caso di proscioglimento".

E' evidente, quindi, che i principi formulati dalla citata sentenza n. 5 del 1993 delle Sezioni Unite sulla questione in esame non possano definirsi in senso proprio un *obiter dictum*, poiché non sono stati pronunciati in modo incidentale, occasionale, non necessario alla ricostruzione logica del sistema normativo, bensì come premessa sistematica indispensabile alla soluzione del caso specifico.

Dopo la pronuncia delle Sezioni Unite, si registrano una sentenza conforme (Sez. 6, n. 6379 del 19 febbraio 2008, Console) e due sentenze che erano state segnalate nell'ordinanza di rimessione come espressione di contrasto giurisprudenziale, ma che, in realtà, o si riferivano a questione diversa concernente la confisca adottata nel sistema delle misure di prevenzione di cui alla legge 31 maggio 1965, n. 575, art. 2 ter, (Sez. 5, n. 6160 del 14 gennaio 2005, Andronico, Rv. 231173) oppure si erano pronunciate sull'ammissibilità della confisca del prezzo del reato pur in assenza di condanna, senza alcuna argomentazione, in modo sostanzialmente inconsapevole, sull'errato

presupposto che la citata sentenza delle Sezioni Unite riguardasse un caso particolare.

La sentenza Di Maio, pertanto, si limita a verificare la condivisibilità delle conclusioni alle quali era pervenuta la sentenza Carlea anche alla luce delle successive modifiche normative.

I punti fondamentali della sentenza Carlea sono confermati e sono i seguenti:

a) l'avverbio "sempre", all'inizio dell'art. 240, comma 2, c.p. ha inteso rendere obbligatoria, diversamente da quanto previsto dal comma 1, stesso articolo, una confisca che altrimenti sarebbe stata facoltativa. Sulla base di una normale e diffusa tecnica legislativa, il termine "sempre" è adoperato per indicare una preclusione alla valutazione discrezionale del giudice nel potere di disporre la confisca, non certo per porre un'eccezione alle condizioni previste per l'esercizio dello stesso potere nelle singole fattispecie. Deve, pertanto, ritenersi corretta l'interpretazione secondo la quale la formula normativa "è sempre ordinata" di cui all'art. 240 c.p., comma 2 si contrappone a quella "può ordinare" di cui al comma 1, fermo rimanendo il presupposto "nel caso di condanna" fissato dallo stesso comma 1 ed esplicitamente derogato solo con riferimento alle cose di cui al n. 2, comma 2. In altri termini, l'avverbio "sempre" è finalizzato solo a contrapporre la confisca obbligatoria alla confisca facoltativa, ma non la confisca in presenza o in assenza di condanna.

b) solo nei casi indicati nell'art. 240 c.p., comma 2, n. 2 l'obbligatorietà è destinata ad operare "anche se non è stata pronunciata condanna".

c) non può trarsi contrario argomento dall'art. 236 c.p., comma 2, che rende inoperanti rispetto alla confisca le disposizioni dell'art. 210 c.p., che prevedono, tra l'altro, che "l'estinzione del reato impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l'esecuzione", poiché tale previsione normativa si limita ad indicare le disposizioni sulle misure di sicurezza personali che sono applicabili alle misure di sicurezza patrimoniali (contribuendo a delinearne la disciplina complessiva), ma non è diretto a stabilire i casi in cui queste misure possono essere disposte, dovendosi fare capo alle diverse disposizioni speciali, come quella dell'art. 240 c.p., per stabilire di volta in volta se la misura presuppone la condanna o può essere disposta anche in seguito al proscioglimento. La disposizione dell'art. 236 c.p., comma 2, formula un principio di carattere generale, che lascia, poi, libero il legislatore di stabilire i casi in cui tale effetto impeditivo si produce anche con riferimento alla confisca.

La sentenza Di Maio si discosta, però, dalla sentenza Carlea nel punto in cui questa afferma che per disporre la confisca nel caso di estinzione del reato il giudice dovrebbe svolgere degli accertamenti che lo porterebbero a superare i limiti della cognizione connaturata alla particolare situazione processuale, e "sotto questo aspetto è evidente la differenza tra i casi dell'art. 240 c.p., comma 2, n. 2, e gli altri, perché l'art. 240 c.p., comma 2, n. 2, è focalizzato soprattutto sulle caratteristiche delle cose da confiscare, le quali in genere non richiedono

accertamenti anomali rispetto all'obbligo dell'immediata declaratoria di estinzione del reato".

La sentenza De Maio sostiene, invece, che tale affermazione deve essere aggiornata, anche alla luce di un sistema processuale che si è sviluppato attraverso molteplici modifiche legislative ed incisive evoluzioni giurisprudenziali.

Si consideri, in primo luogo, che al giudice sono riconosciuti ampi poteri di accertamento del fatto nel caso in cui ciò sia necessario ai fini di un pronuncia sull'azione civile, tanto che la parte civile può proporre impugnazione, ai soli effetti della responsabilità civile, contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio (art. 576 c.p.p.), con la conseguenza che il giudice può pervenire all'affermazione della responsabilità dell'imputato, anche se nei confronti di costui sia dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione, per un fatto previsto dalla legge come reato, che giustifica la condanna alle restituzioni ed al risarcimento del danno.

Si consideri, ancora, che l'art. 425 c.p.p., comma 4, come modificato dal D.L. 7 aprile 2000, n. 82, art. 2 sexies, comma 1, convertito con modificazioni in L. 5 giugno 2000, n. 144, prevede uno specifico ampliamento dei poteri del giudice dell'udienza preliminare, il quale può pronunciare sentenza di non luogo a procedere anche se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione della misura di sicurezza della confisca.

Si consideri, infine, la legislazione speciale, come interpretata dalla costante giurisprudenza di questa Suprema Corte. Ad esempio, in tema di lottizzazione abusiva, il D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44, comma 2, stabilisce che il giudice penale dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, con la "sentenza definitiva", che "accerta che vi è stata lottizzazione abusiva". Tale disposizione viene interpretata nel senso che essa prevede l'obbligatorietà della confisca indipendentemente da una pronuncia di condanna, in conseguenza all'accertamento giudiziale della sussistenza del reato di lottizzazione abusiva, salvo il caso di assoluzione per insussistenza del fatto.

Ancora si può citare il D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, art. 301, sostituito dalla L. 30 dicembre 1991, n. 413, art. 11, che, comma 1, dispone "nei casi di contrabbando è sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto". Anche in tale fattispecie la giurisprudenza è uniforme nel ritenere che la confisca possa essere disposta sebbene il reato venga dichiarato estinto per prescrizione, sempre che non venga escluso il rapporto tra la *res* ed il fatto di contrabbando.

La sentenza De Maio conclude nel senso che rispetto all'obbligo dell'immediata declaratoria di estinzione del reato, la circostanza che il giudice possa procedere ad accertamenti non può affatto considerarsi in linea di principio "anomala".

Anzi, considerando l'evoluzione della legislazione in materia e la sempre più ampia utilizzazione dell'istituto della confisca al fine di contrastare i più diffusi fenomeni di criminalità, privando l'autore del reato dei vantaggi economici che da esso derivano, si può dire che, in caso di estinzione del reato, il riconoscimento al giudice di poteri di accertamento al fine dell'applicazione della confisca medesima non possono dirsi necessariamente legati alla facilità dell'accertamento medesimo e che, quindi, tale accertamento possa riguardare non solo le cose oggettivamente criminose per loro intrinseca natura (art. 240 c.p., comma 2, n. 2), ma anche quelle che sono considerate tali dal legislatore per il loro collegamento con uno specifico fatto reato.

Altre due importanti considerazioni di carattere generale sono contenute nella sentenza De Maio:

1) la prima, secondo la quale occorre considerare, in linea generale, ciò che la Corte Costituzionale osservava già nei primi anni '60 (Corte Cost. 1961 n. 29; Id. 1964, n. 46) e cioè che la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica. Il suo contenuto è sempre la privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, così da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura amministrativa. Ciò che, pertanto, spetta di considerare non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge. Si comprende, pertanto, come sia ben difficile formulare principi uniformi che valgano per tutte le tipologie legislativamente previste. Soprattutto in anni recenti, come già osservato da queste Sezioni Unite (Sez. Un. 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti Spa) "sono state introdotte nell'ordinamento, in maniera sempre più esponenziale, ipotesi di confisca obbligatoria dei beni strumentali alla consumazione del reato e del profitto ricavato, le quali hanno posto in crisi le costruzioni dommatiche elaborate in passato e la identificazione, attraverso il *nomen iuris*, di un istituto unitario, superando così i ristretti confini tracciati dalla norma generale di cui all'art. 240 c.p. (si pensi esemplificativamente alla confisca di cui agli artt. 322 ter, (delitti contro la pubblica amministrazione), 600 septies, (in materia di prostituzione minorile e pornografia), 640 quater, (truffe aggravate) 644, (usura), 648 quater c.p., (riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita), art. 2641 c.c., D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 187, D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2)".

2) la seconda considerazione è che, come insegna la stessa Corte Costituzionale (sent. n. 85 del 2008, richiamata nella sentenza n. 239 del 2009 nel caso Sud Fondi s.r.l.), la categoria delle sentenze di proscioglimento, a parte quelle ampiamente liberatorie perché pronunciate con le formule "il fatto non sussiste" e "l'imputato non lo ha commesso", comprende "sentenze che, pur non applicando una pena, comportano - in diverse forme e gradazioni - un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o, comunque,

l'attribuzione del fatto all'imputato stesso" e ciò in particolare vale per le dichiarazioni di estinzione del reato per prescrizione.

Queste considerazioni di carattere generale secondo la sentenza Di Maio, non consentono di superare il dato testuale e sistematico che ha portato ad affermare il principio di diritto secondo il quale la confisca delle cose costituenti il prezzo del reato, prevista obbligatoriamente dall'art. 240, comma 2, n. 1, c.p., non può essere disposta nel caso di estinzione del reato, ma si pongono come "motivo di riflessione per il legislatore".

In verità, non è inconsueto che le Sezioni Unite si rivolgano al legislatore per segnalare l'esigenza di una maggiore razionalità del sistema normativo.

E' possibile segnalare anche:

- la sentenza delle Sez. U n. 38691 del 25/06/2009, Caruso, dopo avere affermato il principio secondo il quale il sequestro preventivo, funzionale alla confisca "per equivalente" disciplinata dall'art. 322 ter, comma primo cod. pen., può essere disposto, in base al testuale tenore della norma, soltanto per il prezzo e non anche per il profitto del reato, all'esito di un dettagliato *excursus* della legislazione vigente, evidenzia la palese "simultanea coesistenza di una congerie di norme settoriali, spesso tra loro contraddittorie" e conclude con l'invito al legislatore affinché provveda "a disciplinare in modo sistematico tutte le ipotesi di confisca obbligatoria e di confisca per equivalente".

- la sentenza Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010 - 19/01/2011, Giordano, nell'affermare il principio della sussistenza di un rapporto di specialità tra le fattispecie penali tributarie in materia di frode fiscale (artt. 2 ed 8, D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74) ed il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640, comma secondo, n. 1, cod. pen.), ha preso atto della "inadeguatezza" della disciplina del D.Lgs. n. 74 del 2000 al fine di un contrasto alle frodi fiscali, soprattutto in considerazione della impossibilità di applicare la confisca per equivalente prevista, invece, in relazione al reato di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640-quater, c.p.p.), ma nonostante ciò ha ritenuto che non fosse «consentita l'utilizzazione strumentale di un'ipotesi delittuosa comune contro il patrimonio quale la truffa aggravata ai danni dello Stato (eventualmente anche su specie di tentativo) per alterare, se non stravolgere, il sistema di repressione penale dell'evasione disegnato dal legislatore». Tale lacuna è stata colmata con l'art. 1, comma 143, della legge finanziaria 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244), che ha reso applicabile ai reati di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000 l'art. 322 ter c.p. E' stato ulteriormente osservato che la soluzione offerta dalle Sezioni Unite Giordano impedisce l'estensione della responsabilità penale individuale alla responsabilità amministrativa da reato degli Enti, stante la mancata inclusione nel catalogo dei c.d. reati presupposti delle fattispecie penali tributarie, a differenza del delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 24 D.Lgs. n. 231 del 2001). Si tratta di una dimenticanza del legislatore o di una sua consapevole omissione? L'interprete non può che prenderne atto.

L'orientamento espresso nella sentenza Giordano è stato seguito da successive decisioni della Corte di Cassazione.

Va però segnalata una sentenza solo apparentemente conforme: si tratta della **sentenza della Sez. 1, n. 2453 del 04/12/2008 - 21/01/2009, Squillante, Rv. 243027**, relativa ad una fattispecie di corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio e corruzione in atti giudiziari, con riferimento ad un ricorso dell'interessato avverso provvedimento del giudice dell'esecuzione che rigettava l'opposizione nei confronti di un decreto di confisca del prezzo della ipotizzata corruzione adottato a seguito di archiviazione per intervenuta prescrizione dei reati suddetti. La stessa è stata così massimata: «Nel caso di estinzione del reato dichiarata con provvedimento di archiviazione, il giudice dell'esecuzione dispone di poteri di accertamento finalizzati all'applicazione della confisca non solo sulle cose oggettivamente criminose per loro intrinseca natura (art. 240, comma secondo, n. 2 cod. pen.), ma anche su quelle che sono considerate tali dal legislatore per il loro collegamento con uno specifico fatto-reato». In realtà la sentenza impugnata non fa altro che ripercorrere diligentemente il contenuto della sentenza delle Sezioni Unite, concludendo con un annullamento dell'ordinanza impugnata, ma con un rinvio al g.i.p. del Tribunale che aveva emesso il provvedimento, segnalando allo stesso g.i.p., e in ciò traendo spunto proprio dalle Sezioni Unite, le sempre più numerose ipotesi in cui la legge riconosce al giudice ampi poteri di accertamento in merito alle cose considerate criminose, non per loro intrinseca natura, ma per il loro collegamento con uno specifico fatto reato. Con il rinvio, quindi, il principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite, pur formalmente rispettato viene sostanzialmente eluso.

La **sentenza della Sez. 2, n. 32273 del 25/05/2010, Pastore, Rv. 248409**, è, invece, in aperto contrasto con il principio affermato dalla sentenza Di Maio delle Sezioni Unite, ritenuto "non condivisibile". Il caso è quello di una confisca disposta ex art. 12 - *sexies* D.L. n. 306 del 1992 con riferimento al delitto ex art. 12 - *quinques* dello stesso D.L. sebbene il delitto stesso fosse stato dichiarato estinto per sopravvenuta prescrizione maturata nelle more del giudizio di appello.

Tale sentenza richiama a sostegno di una diversa soluzione interpretativa la citata sentenza della Sezione Prima, che, in realtà, come si è detto, non fa che ripercorrere le argomentazioni delle Sezioni Unite, pervenendo all'annullamento del provvedimento di confisca, sia pure con un poco comprensibile rinvio; ritiene, poi, di poter valorizzare quella parte della sentenza delle Sezioni Unite poste quale "motivo di riflessione per il legislatore", che, invece, dovrebbero portare ad una diversa soluzione interpretativa, nel senso che «la sottrazione dei beni che costituiscono il prezzo del reato deve essere assicurata indipendentemente da una effettiva condanna del reo e, dunque, dalla sua punibilità in concreto», dando rilievo alla permanenza di un rapporto di derivazione dei beni con il reato contestato, al fine di evitare, laddove la confisca sia prevista come obbligatoria, «che taluno possa comunque ricavare giovamenti

di sorta da reati precedentemente commessi, nonché di impedire che la cosa, restituita all'avente diritto, possa per ciò stesso dar luogo alla commissione di altri reati, dato che essa rappresenta obiettivamente un sostanziale o almeno potenziale pericolo sociale».

La sentenza, in definitiva, pur criticando la sentenza De Maio, utilizza le stesse argomentazioni sviluppate dalle Sezioni Unite in ordine alle diverse possibili tipologie di confisca e ai poteri di accertamento che al giudice possono essere riservati anche in caso di estinzione del reato per prescrizione, valorizzando il combinato disposto degli artt. 210 e 236 c.p., aggiungendo, con riferimento alla speciale confisca di cui all'art. 12 - *sexies* D.L. n. 306 del 1992, che essa accomuna la funzione repressiva propria di ogni misura di sicurezza patrimoniale con quella di ostacolo preventivo teso ad evitare il proliferare di ricchezza di provenienza non giustificata, immessa nel circuito di realtà economiche a forte influenza criminale.

Tale decisione si basa espressamente su «ragioni di politica criminale che militano a favore di una maggiore effettività delle pretese ablative dello Stato correlate alla commissione di illeciti penali e, dunque, specificamente, anche della sopravvivenza delle medesime alla vicenda dell'estinzione del reato. La pronuncia delle S.U. risulta, quindi, del tutto inconciliabile con le esigenze di contrasto ai crimine organizzato».

La stessa decisione, però, non spiega come le “ragioni di politica criminale” possano trovare fondamento nel dato testuale, che proprio con riferimento alla confisca di cui all'art. 12 - *sexies* citato dispone che “è sempre disposta la confisca” ma solo “nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale”.

Il dato testuale risulta ancora più evidente se si esamina la più recente legislazione in materia, emanata in un contesto di convenzioni internazionali la cui finalità è quella di potenziare gli strumenti di contrasto alla criminalità, in particolare neutralizzando ogni vantaggio economico derivante da attività criminose. Il legislatore, ad esempio, con le leggi 29 settembre 2000, n. 300, che ha introdotto l'art. 322 ter c.p., e 27 marzo 2001, n. 97, che ha introdotto l'art. 335 bis c.p., con riferimento ai delitti contro la Pubblica Amministrazione ha reso obbligatoria la confisca non solo con riferimento al prezzo, ma anche al profitto del reato, che l'art. 240 c.p., comma 1, prevedeva come facoltativa, rendendo obbligatorio, altresì, il sequestro preventivo (art. 321, comma 2-bis c.p.p.), e con riferimento ad alcuni di tali delitti (dal 314 al 320 c.p.), prevedendo, inoltre, il sequestro per equivalente. Però, lo stesso legislatore ha indicato come presupposto della confisca, anche del “prezzo” del reato e non solo del profitto, la condanna ovvero la sentenza di applicazione di pena su richiesta delle parti. Se, pertanto, si accedesse all'interpretazione secondo la quale, sulla base del testo dell'art. 240 c.p., la confisca del prezzo del reato può prescindere dalla condanna, il legislatore avrebbe reso l'applicazione della confisca più restrittiva di quanto in precedenza previsto, e ciò sarebbe difficilmente comprensibile in

considerazione delle finalità della nuova normativa. È, invece, più conforme ad una ricostruzione razionale del succedersi delle leggi ritenere che il legislatore abbia basato il suo intervento innovativo proprio sul presupposto che non solo il profitto, ma anche il prezzo dei delitti contro la P.A. fossero confiscabili solo in caso di condanna, prevedendo l'ulteriore ipotesi della sentenza ex art. 444 c.p.p.

A questo punto, il relatore ha rilevato che la questione interpretativa in ordine al disposto dell'art. 240 c.p. cui si parla si può dire risolta dallo stesso legislatore, il quale, con la legge 15 febbraio 2012, n. 12, che contiene "norme in materia di misure per il contrasto ai fenomeni di criminalità informatica", che entreranno in vigore il prossimo 9 marzo, ha modificato il suddetto art. 240, inserendo al secondo comma, dopo il numero 1, il seguente:

«1-bis. dei beni e degli strumenti informatici o telematici che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione dei reati di cui agli articoli 615-ter, 615-quater, 615-quinques, 617-bis, 617-ter, 617-quater, 617-quinques, 617-sexies, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinques, 640-ter e 640-quinques»

ma, soprattutto, sostituendo il terzo comma con il seguente:

«Le disposizioni della prima parte e dei numeri 1 e 1-bis del capoverso precedente non si applicano se la cosa o il bene o lo strumento informatico o telematico appartiene a persona estranea al reato. La disposizione del numero 1-bis del capoverso precedente si applica anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale».

In tal modo, il legislatore, con una formula che è quasi un'interpretazione autentica, precisando che la confisca dei beni informatici o telematici si applica anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti, presuppone all'evidenza che l'inciso "anche se non è stata pronunciata condanna" di cui al numero 2 del comma 2 dell'art. 240 non può riferirsi ai numeri precedenti dello stesso comma e che, pertanto, l'avverbio "sempre" contenuto all'inizio del primo comma è finalizzato solo a contrapporre la confisca obbligatoria a quella facoltativa, ma non anche la confisca in assenza di condanna a quella in presenza di condanna.

Il CONS. FIANDANESE ha richiamato poi **la sentenza della Sez. 2, n. 39756 del 05/10/2011, Ciancimino, Rv. 251195**, affermando che la stessa esprime una opzione interpretativa particolare, che si coglie nella lettura della motivazione. Si tratta di una confisca disposta a seguito di condanna sia in primo che in secondo grado per il reato di cui all'art. 12-quinques D.L. n. 306 del 1992. La Sezione Seconda di questa Suprema Corte, pur dichiarando estinto il reato per intervenuta prescrizione, ha mantenuto ferma la disposta confisca. Tale decisione parte come premessa dalla affermazione contenuta nella sentenza delle Sezioni Unite De Maio sulla compatibilità teorica tra estinzione del reato e accertamento dei presupposti per l'applicazione della misura della confisca, a prescindere dalla difficoltà che tale accertamento possa presentare; osserva ancora che il punto nodale è rappresentato dalla concreta verifica dei

presupposti per l'adozione del provvedimento di confisca, quali la riscontrata sussistenza del fatto reato e la correlazione normativamente qualificata che i beni da assoggettare al provvedimento ablatorio devono presentare rispetto ad esso; prosegue, poi, con un originale percorso argomentativo: «la condanna funge da presupposto, non in quanto categoria astratta, ma quale termine evocativo proprio di quell'accertamento che ontologicamente giustifica, sul piano normativo, la sottrazione definitiva del bene, in quanto proveniente da reato». In altri termini, quando il legislatore usa il termine "condanna" non vuole evocare la categoria del giudicato formale, ma richiama «un termine che intende esprimere un valore di equivalenza rispetto all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso di pertinenzialità che i beni oggetto di confisca devono presentare rispetto al reato stesso». Nel caso di specie, poiché la causa estintiva dei reati è intervenuta dopo la pronuncia di condanna, tanto in primo che in secondo grado, e poiché i ricorsi sono infondati, tale infondatezza «non è in grado di determinare, da parte di questa Corte, una pronuncia rescindente che incida sulla "sostanza" dei precedenti giudizi», che soddisfano «i fini di garanzia di accertamento pieno, che il termine "condanna" è volto ad assicurare nel quadro della confisca, quale necessario presupposto del provvedimento ablatorio».

Il relatore ha evidenziato, a commento di tale sentenza, non solo che essa riguarda il caso particolare della prescrizione intervenuta nel procedimento in Corte di cassazione dopo due conformi sentenze di condanna, ma soprattutto che essa, pur nel raffinato percorso argomentativo che caratterizza l'estensore, esprime solo quello che può chiamarsi il "disagio" interpretativo a fronte dell'inadeguatezza della normativa vigente a contrastare fenomeni di criminalità pur ritenuti dallo stesso legislatore gravi e allarmanti.

Il CONS. FIANDANESE è passato, quindi, a riferire della **strategia europea di lotta ai patrimoni criminali**.

Ha perciò richiamato la decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, e la normativa interna con la quale il legislatore italiano ha inteso dare esecuzione alla predetta decisione quadro, ossia la l. 25 febbraio 2008, n. 34. L'art. 31 lett. b), n. 2, di tale legge, delega il governo a dare attuazione alla decisione quadro, indicando tra i principi e criteri direttivi di attuazione «la possibilità di prevedere la confisca obbligatoria degli stessi beni [prodotto, prezzo, profitto e impiego del profitto], nella parte in cui non debbano essere restituiti al danneggiato, nel caso di proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione di un reato, la cui esistenza sia accertata con la sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato». Allo stato la decisione quadro non è stata recepita nei termini previsti dalla stessa legge, ma è evidente che nulla impedisce al legislatore di recidere il legame che tradizionalmente unisce condanna e confisca (nell'art. 240 c.p., così come in tutte le ipotesi speciali in cui si ritrova questo legame) e di sostituirlo

esattamente come richiede la legge 34/2008, con un diverso presupposto, rappresentato da una sentenza di "accertamento".

Ha poi riferito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Una pronuncia di particolare interesse è quella nel caso Welch c. Regno Unito del 9 febbraio 1995 aveva ad oggetto la confisca prevista dalla legislazione inglese in materia di droga, il cui ambito di operatività, a seguito di una modifica normativa, era stato ampliato con l'espressa previsione che la modifica avesse effetto retroattivo. La Corte, dopo avere sottolineato che per rendere efficace la tutela offerta dall'art. 7 della Convenzione, essa deve essere libera di andare al di là delle apparenze e di valutare essa stessa se una data misura costituisca una pena ai sensi di tale norma (valutando parametri quali: la consequenzialità rispetto ad una condanna per reato, la natura e lo scopo della misura, la qualificazione di essa da parte del diritto interno, le procedure di applicazione ed esecuzione, il grado di afflittività che la caratterizza), ha affermato che la confisca in esame costituiva una vera e propria sanzione penale, come tale inapplicabile a fatti commessi precedentemente la sua entrata in vigore in forza dell'art. 7 CEDU. Altra significativa decisione è la sentenza Paraponiaris c. Grecia del 25 settembre 2008. La pronuncia trae origine da un ricorso presentato da un cittadino greco, imputato di contrabbando di prodotti petroliferi, il quale all'esito dell'udienza preliminare, con la stessa sentenza che lo proscioglieva per intervenuta prescrizione, si era visto infliggere una sanzione pecuniaria a titolo di confisca per equivalente dei beni oggetto di contrabbando. La Corte ha evidenziato, in primo luogo, come la sede processuale in esito alla quale era stata applicata la confisca (l'udienza preliminare) poteva al più terminare con la decisione circa il rinvio a giudizio dell'imputato, e non con l'inflizione di una sanzione, come invece è accaduto nel caso concreto. Ciò aveva determinato una violazione dei principi del giusto processo, poiché il ricorrente aveva esercitato i propri diritti difensivi solo rispetto agli esiti cui poteva legalmente pervenire il giudice al quale era sottoposto, e non ad altri; inoltre, per applicare una sanzione, è necessaria una udienza pubblica cui l'imputato possa partecipare con pienezza dei diritti difensivi, mentre l'udienza preliminare non è pubblica, ed è caratterizzata da varie limitazioni ai diritti di difesa. Dal che era derivata una prima violazione dell'art. 6, parr. 1 e 3 lett. c), CEDU. In secondo luogo, era stata violata la presunzione di innocenza. Il giudice aveva infatti esplicitamente affermato, nella sentenza che accertava l'avvenuto decorso della prescrizione, che l'imputato risultava aver oggettivamente commesso il reato, in tal modo violando la presunzione d'innocenza, in assenza di un previo accertamento legale della colpevolezza di un imputato.

Di evidente importanza, poi, è la sentenza del caso Sud Fondi s.r.l. c. Italia del 20 gennaio 2009, relativa alla vicenda del procedimento penale concernente il complesso immobiliare di Punta Perotti conclusosi con l'assoluzione degli imputati dai vari illeciti loro ascritti, tra i quali il reato di lottizzazione abusiva. Già con la decisione di ricevibilità del ricorso (30 agosto 2007), la Corte aveva

rigettato l'eccezione del governo italiano secondo la quale l'art. 7 CEDU non poteva essere correttamente invocato dal ricorrente, dovendo la sanzione in esame considerarsi di natura amministrativa e non penale: vagliando analiticamente la confisca urbanistica alla luce dei parametri elaborati nel caso Welch c. Regno Unito, la Corte aveva invece ritenuto che essa, in ragione degli scopi prevalentemente repressivi che la animano, avesse natura penale, come tale vincolata al rispetto dell'art. 7 CEDU. Nell'accogliere il ricorso, la Corte ha poi osservato che i ricorrenti erano stati oggetto di una sanzione penale in assenza di un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato. E' importante segnalare, però, che, nella sentenza Sud Fondi, la condanna non appare un requisito indispensabile per l'applicazione della confisca, poiché ciò che rileva, ai fini della sua natura penale o extra-penale, è che la confisca sia irrogata, con funzione repressiva, come conseguenza dell'accertamento del fatto costitutivo del reato, indipendentemente dall'esito assolutorio o di condanna del processo penale.

Il CONS. FIANDANESE, a conclusione del suo intervento, ha rilevato che le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno avuto ricadute sull'interpretazione della normativa vigente, in particolare in tema di confisca in materia edilizia, inducendo la Corte di Cassazione a superare quell'orientamento che, a tali fini, riteneva sufficiente che il reato fosse stato accertato nella sua componente oggettiva.

Il PRES. LUPO, prendendo spunto dall'intervento del Cons. Fiandanese, ha segnalato che la vicenda innescata dalla sentenza n. 32273 del 25/05/2010, pronunciata dalla Sezione Seconda, la quale ha dissentito apertamente dalle Sezioni Unite 2008, De Maio, avrebbe dovuto essere evitata: in effetti, l'art. 618 c.p.p. avrebbe dovuto indurre la sezione a rimettere il processo alle Sezioni Unite con un'ordinanza nella quale segnalava le sue perplessità.

Relazione del CONS. FIALE

Il CONS. FIALE ha premesso che si sarebbe soffermato sul tema del sequestro e della confisca in materia di reati ambientali e di edilizia.

Il diritto penale si sta evolvendo verso una modifica del sistema sanzionatorio, nel quale tendono ad assumere un ruolo centrale il sequestro e la confisca, e che, spesso, la confisca rimane l'unica sanzione ed il sequestro si pone come misura anticipatoria della pena. Le Procure, inoltre, non ricorrono quasi mai al sequestro probatorio, ma procedono al sequestro preventivo.

Il nucleo finalistico della disciplina è "impedire che il reato venga portato ad ulteriori conseguenze". In questa ottica, la restituzione del bene dopo la

condanna preclude la realizzazione della finalità avuta di mira dal legislatore; per l'efficacia della misura, occorrerebbe pensare alla misura di cui all'art. 240, comma 2, c.p., anche perché l'ordine di demolizione dei manufatti abusivi non è quasi mai eseguito.

La giurisprudenza di legittimità ha sempre escluso il ricorso alla **confisca dei manufatti abusivi**. Nel vigore della legge urbanistica (n. 1150/1942), il primo ad interessarsi della materia furono il Pretore di Orvieto (sent. 8-10-1971) ed il Pretore di Latina (sent. 14-10-1972), i quali entrambi affermarono la confiscabilità dell'edificio costruito senza licenza del Sindaco e della parti realizzate oltre i limiti della licenza stessa, escludendo l'incompatibilità del relativo provvedimento con le sanzioni amministrative della demolizione e della pena pecuniaria previste dall'art. 13 della legge 6 agosto 1967, n. 765. La Corte di Cassazione (24-3-1972), però, intervenne rapidamente annullando senza rinvio una decisione del Pretore di Massa Marittima, con la quale era stata ordinata la confisca di alcuni locali chiusi laddove era prescritto un porticato. Con questa sentenza, premesso che la confisca è una misura di sicurezza, con la quale lo Stato adempie ad un suo scopo di tutela preventiva sociale mediante la privazione di beni patrimoniali appartenenti o non all'autore di un fatto preveduto dalla legge come reato, a causa della loro pericolosità rilevata con la commissione dei reati, e che le cose confiscate sono devolute allo Stato (art. 622 c.p.p. del 1930) il quale provvede ad alienarle o a distruggerle a seconda dei casi, venne affermato un principio fondamentale nei rapporti fra confisca e sanzioni amministrative in materia urbanistica. Precisamente, la Corte affermò che il mezzo diretto a scoraggiare ogni tentativo di violazione delle prescrizioni urbanistico-edilizie era previsto dall'art. 32 della legge urbanistica. La confisca del manufatto, pertanto, non poteva essere ordinata dall'autorità giudiziaria, poiché il provvedimento di demolizione non era la conseguenza automatica e vincolata della violazione commessa, ma era discrezionale ed andava adottato dal Sindaco dopo accurata valutazione di tutti gli elementi di giudizio, al fine di stabilirne la rispondenza al pubblico interesse. Le Sezioni Unite penali (30-4-1983, Manno) ribadirono l'uniforme e costante orientamento della Corte, sancendo l'illegittimità della confisca sia sotto l'aspetto di uno straripamento di potere del giudice penale, sia sotto quello della inidoneità giuridica di tale provvedimento a conseguire il suo effetto naturale o tipico per la impossibilità di devolvere allo Stato la cosa confiscata.

L'orientamento della giurisprudenza fu contestato in dottrina, rilevandosi che le sanzioni amministrative realizzano interessi completamente diversi da quelli perseguiti dal giudice penale nell'applicare la confisca e che la sottrazione al giudice penale del tipico potere di ordinare la confisca del corpo del reato avrebbe dovuto essere specificata espressamente, trattandosi di un'eccezione ad un principio generale, e che, tuttavia, la più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione ha confermato l'indirizzo secondo cui «in materia edilizia, a seguito di sentenza di condanna per le ipotesi di reato di cui all'art. 44 D.P.R. n.

380/2001 (già art. 20 L. 28 febbraio 1985, n. 47), *non può essere disposta la confisca, né obbligatoria né facoltativa, a norma dell'art. 240 cod. pen.*, atteso che tale disposizione è derogata dalla disciplina speciale del citato D.P.R. n. 380/2001, ai sensi della quale è prevista una specifica sanzione amministrativa (ingiunzione a demolire) di tipo ripristinatorio, fatta salva la possibilità di dichiarazione di prevalenti interessi pubblici che legittimano l'acquisizione gratuita del bene al patrimonio comunale» [vedi Cass., sez. III: 25 aprile 2009, n. 15717, Bianchi; 29 luglio 2008, n. 39514, Masullo; 28 novembre 2007, Irti; 30 maggio 2003, Vassallo; 7 dicembre 2001, Siniscalco].

Il CONS FIALE ha poi evidenziato l'esistenza di **eccezioni alla regola della non confiscabilità dei beni in materia edilizia.**

La prima eccezione è offerta dall'art. 39, 12° comma, della legge 23-12-1994, n. 724, il quale ha previsto la confisca obbligatoria (in caso di condanna) delle opere oggetto di abusi edilizi poste in essere da *soggetti definitivamente condannati per il reato di cui all'art. 416-bis cod. pen. (associazione di tipo mafioso) e per i reati di riciclaggio di danaro*, aggiungendo che la confisca si estende anche alle opere abusive eseguite da terzi per conto dei soggetti anzidetti e che la sentenza che dispone il provvedimento ablatorio è titolo per l'immediata trascrizione nei registri immobiliari e, per effetto della confisca, le opere sono acquisite di diritto e gratuitamente al *patrimonio indisponibile* del Comune sul cui territorio insistono.

La seconda eccezione è data dall'art. 44, 2° comma, del T.U. n. 380/2001. Detta disposizione, che riproduce testualmente l'art. 19 della legge n. 47/1985, impone al giudice penale, *ove accerti l'esistenza di una lottizzazione abusiva* [senza alcun riferimento alla necessità della pronuncia di una sentenza di condanna], *l'obbligo* di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati, nonché delle opere eventualmente realizzate sugli stessi, stabilendo, inoltre, che, per effetto della confisca, i terreni e le opere sono acquisiti di diritto e gratuitamente al *patrimonio disponibile* del Comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione abusiva. La relativa statuizione *prescinde dall'affermazione della responsabilità penale*, potendo dunque conseguire, oltre che ad una sentenza di patteggiamento, anche ad una sentenza di proscioglimento ovvero assolutoria, salvo che per insussistenza del fatto. Essa diviene esecutiva con il passaggio in giudicato della sentenza (art. 648 c.p.p.) e questa, divenuta irrevocabile, costituisce «titolo per l'immediata trascrizione nei registri immobiliari».

Controversa è la natura giuridica da attribuire a tale ultima tipologia di confisca: alcuni Autori ritengono che si tratti di una vera e propria misura di sicurezza patrimoniale, inquadrabile nelle ipotesi disciplinate dall'art. 240 c.p. (precisamente, secondo un'opinione, nella previsione di cui al comma 1, e, secondo altra opinione, nella previsione di cui al comma 2); altra dottrina preferisce parlare di sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale. Detto orientamento è stato condiviso dalla Corte di Cassazione, la quale ha rilevato che: a) non può parlarsi di istituto assimilabile alla *confisca facoltativa* di cui

all'art. 240, 1° comma, cod. pen., sia poiché la sanzione è obbligatoria e deve essere irrogata indipendentemente da una sentenza di condanna sia poiché i terreni sono destinati al patrimonio comunale invece che a quello statale; b) né può configurarsi un'assimilazione alla *confisca obbligatoria* di cui al n. 2 del capoverso dell'art. 240 cod. pen., poiché il terreno abusivamente frazionato non ha caratteristiche intrinseche di pericolosità, mentre viene sanzionata soltanto una specifica destinazione di esso, che è antiggiuridica esclusivamente se non autorizzata. La confisca, dunque, deve essere ritenuta piuttosto **una sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale**, alla stessa stregua dell'ordine di demolizione previsto dall'art. 31, ultimo comma, del T.U. n. 380/2001 [vedi Cass., sez. III: 20-12-1995, n. 12471, ric. Besana ed altri; 8 novembre 2000, Petrachi, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, I, 529; 7 luglio 2004, n. 38728, Lazzara, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, I, 344; 22 settembre 2009, n. 36844, Contò; 16 febbraio 2011, n. 5857, Grova ed altri].

A questo punto, il relatore ha esaminato il problema della **tutela dei terzi acquirenti rispetto al provvedimento di confisca sotto il profilo sostanziale**.

Un elemento cardine è oggi fornito dall'elaborazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare, detta Corte, nelle sentenze pronunziate rispettivamente il 30.8.2007 ed il 20.1.2009 [ricorso n. 75909/01 proposto contro l'Italia dalla s.r.l. "Sud Fondi" ed altri, nella nota vicenda di Punta Perozzi] – a fronte di una sentenza nazionale che aveva disposto la confisca pur ritenendo insussistente l'elemento soggettivo del reato di lottizzazione abusiva – ha affermato che la confisca già prevista dall'art. 19 della legge n. 47/1985 ed attualmente collocata tra le "sanzioni penali" dall'art. 44, 2° comma, del T.U. sull'edilizia n. 380/2001: a) "*non tende alla riparazione pecuniaria di un danno, ma mira nella sua essenza a punire per impedire la reiterazione di trasgressioni a prescrizioni stabilite dalla legge*"; b) è, quindi, una "*pena*" ai sensi dell'art. 7 della Convenzione e la irrogazione di tale "*pena*" senza che sia stata stabilita l'esistenza di dolo o colpa dei destinatari di essa, costituisce infrazione dello stesso art. 7, una corretta interpretazione del quale "*esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato*". Essa, perciò, ha ritenuto "arbitraria" la confisca applicata a soggetti che, *a fronte di una base legale non accessibile e non prevedibile*, non erano stati messi in grado di conoscere il senso e la portata della legge penale, "a causa di un errore insormontabile che non può in alcun modo essere imputato a colui o colei che ne è vittima". Va aggiunto, tuttavia, che i Giudici di Strasburgo non hanno detto, però, che presupposto necessario per disporre la confisca in esame sia una pronuncia di condanna del soggetto al quale la *res* appartiene.

Alla stregua dei rilievi della Corte europea dei diritti dell'uomo, ed in linea con le indicazioni della Corte costituzionale secondo cui al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale entro i limiti in cui ciò sia possibile (sentenza n. 348 e 349

depositate entrambe il 22.10.2007), la Cassazione penale ha enunciato l'ormai consolidato principio di diritto secondo il quale: **«Per disporre la confisca prevista dall'art. 44, 2° comma del T.U. n. 380/2001 (e precedentemente dall'art. 19 della legge n. 47/1985), il soggetto proprietario della res non deve essere necessariamente "condannato"»,** in quanto detta sanzione ben può essere disposta allorquando sia stata comunque *accertata* la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (soggettivo ed oggettivo) anche se per una causa diversa, quale è, ad esempio, l'intervenuto decorso della prescrizione, non si pervenga alla condanna del suo autore ed alla inflizione della pena» (Cass., sez. III, 20 maggio 2009, n. 21188, Casasanta). Ha però precisato che, sebbene la confisca delle aree oggetto di lottizzazione abusiva può essere disposta anche con la sentenza di non luogo a procedere resa all'esito dell'udienza preliminare, **l'estinzione del reato per prescrizione, maturata in data antecedente all'esercizio dell'azione penale, preclude al giudice l'accertamento, a fini di confisca, degli elementi oggettivi e soggettivi del reato.** (Cass., sez. III: 16 febbraio 2011, n. 5857, Grova ed altri; 24 luglio 2009, n. 30933, Costanza). Questo orientamento ha poi trovato una puntuale conferma nella sentenza della Corte costituzionale n. 239 depositata il 24.7.2009, avendo la stessa concluso che «spetta, pertanto, agli organi giurisdizionali comuni l'eventuale opera interpretativa dell'art. 44, comma 2, del D.P.R. n. 380 del 2001 che sia resa effettivamente necessaria dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo; a tale compito, infatti, già ha atteso la giurisprudenza di legittimità, con esiti la cui valutazione non è ora rimessa a questa Corte. Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge».

Il CONS. FIALE ha quindi esaminato il problema della **tutela dei terzi acquirenti rispetto al provvedimento di confisca sotto il profilo processuale.**

Innanzitutto, il **soggetto che** rivendichi la illegittimità, nei suoi confronti, della disposta confisca – qualora **non abbia partecipato al procedimento nel quale è stata applicata la misura** e sia quindi rimasto estraneo al giudizio di merito – pur non avendo ovviamente diritto di impugnare la sentenza nella quale la sanzione ablatoria è stata applicata, può chiedere la restituzione dei beni di propria pertinenza **esperando incidente di esecuzione**, nell'ambito del quale può svolgere le proprie deduzioni e chiedere l'acquisizione di elementi utili ai fini della decisione, ovviamente non in relazione alla configurabilità della lottizzazione abusiva, *qualora sia stata oggettivamente riscontrata in sede di merito*, ma ai fini dell'esclusione della sua implicazione (e della sussistenza di profili di *colpa*) nella lottizzazione medesima [vedi Cass., sez. I: 9.4.2008, n. 14928, Marchitelli e 12.11.2008, n. 42107, Banca].

La Corte di Cassazione [Sez. III, 27-9-2010, n. 34882, ric. Usai] ha segnalato l'esistenza di **altri strumenti predisposti dall'ordinamento a tutela del**

soggetto che non risulta indagato o imputato. Precisamente: a) il 1° comma dell'art. 257 c.p.p., in tema di sequestro probatorio; b) il 2° comma dell'art. 322 c.p.p. in materia di sequestro preventivo; c) il 3° comma dell'art. 355 c.p.p., in relazione al decreto di convalida del sequestro effettuato ad iniziativa della polizia giudiziaria, attribuiscono alla persona alla quale le cose sono state sequestrate e a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione: -) la facoltà di proporre autonomamente richiesta di riesame; -) di partecipare all'udienza camerale del riesame eventualmente proposto dall'indagato, quali *soggetti interessati* ex art. 127 c.p.p.; -) di avanzare in qualsiasi momento autonoma istanza di restituzione.

Da ultimo, il relatore, ha affrontato **i rapporti tra la decisione relativa alla confisca e le determinazioni dell'autorità amministrativa.**

Secondo la giurisprudenza di legittimità, sarebbe del tutto irrazionale l'applicazione della misura anche qualora l'autorità amministrativa, cui compete istituzionalmente il governo del territorio, nell'autonomo esercizio del potere ad esso devoluto dalla legge, **nelle more del giudizio e prima della formazione del giudicato**, abbia ritenuto di dovere autorizzare l'intervento lottizzatorio, ovvero di modificare la pianificazione territoriale rendendo edificabili i terreni lottizzati prima che si pervenga alla sentenza definitiva [così Cass., sez. III: 20 dicembre 1995, n. 12471; 13 ottobre 2004, n. 39916; 5 luglio 2006, n. 23154]. Invece, sempre secondo la Corte di Cassazione, i provvedimenti amministrativi che, **dopo il passaggio in giudicato della sentenza contenente il provvedimento di confisca**, mutano la destinazione delle aree o comunque consentono ciò che anteriormente era vietato, non solo non elidono l'illiceità della condotta oggetto della condanna, ma non possono incidere sull'esecuzione del trasferimento di proprietà del bene che costituisce conseguenza indefettibile della confisca [Cass. sez. III: 18 marzo 2002, n. 11141, Montalto, in *Questione giustizia*, 2002, 936; 29 maggio 2007, n. 21125, in *Impresa c.i.*, 2007, 925; 26 ottobre 2007, Casile ed altri].

Il PRES. LUPU, riprendendo la parola, ha dato atto del contributo scritto consegnato dal Cons. Gioacchino Izzo, che tocca temi non trattati dai relatori, e che riguarda, in particolare, il processo a carico degli enti. Ha poi rilevato che dalle relazioni svolte emerge il ruolo sussidiario della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto ai giudici nazionali, che sono i primi a dover assicurare il rispetto delle norme giuridiche. Ha quindi evidenziato che la competenza delle autorità amministrative in materia edilizia dovrebbe escludere l'intervento del giudice penale: molto spesso, infatti, la possibilità dell'intervento del giudice penale funge infatti da comodo alibi per l'autorità amministrativa.

Il CONS. GERACI è intervenuto per segnalare che l'ampliamento dell'area della ricorribilità alla Corte di Cassazione in materia di misure cautelari reali

pone problemi complessi. Ha però affermato che molto delicata è la questione relativa ai presupposti necessari per l'adozione della misura e che evidenti sono le ricadute dell'adozione della tesi prevalente con riferimento al giudizio in sede di legittimità: se il controllo è nei limiti angusti dell'astratta configurabilità della fattispecie, e se l'insufficienza della motivazione è ritenuta rilevabile solo in caso risulti direttamente dalla sentenza, la Corte di Cassazione ha rarissimi spazi effettivi e tende fatalmente ad un controllo burocratico. Ha concluso, pertanto, nel senso che forse sarebbe utile ipotizzare un più ampio margine di controllo sui presupposti applicativi della misura del giudice di merito.

Il PROF. SCALFATI ha ripreso la parola per ribadire che il controllo della Corte di Cassazione in tema di sequestro è assolutamente necessario, poiché il P.M. ha amplissimi spazi di discrezionalità ed il tribunale del riesame effettua un controllo a maglie larghe.

Il PROF. GUALTIERI ha dichiarato di condividere quanto appena detto dal Prof. Scalfati ed ha sottolineato che la necessità di un "effettivo" ricorso per cassazione deriva dallo scarso riconoscimento di garanzie per i soggetti che subiscono l'imposizione del vincolo reale e dalla rilevanza degli interessi economici incisi, talvolta ingentissimi. Ha quindi concordato sull'esigenza di rimodulare le risposte sanzionatorie, magari affidandosi solo all'autorità amministrativa.

Il PRES. LUPO ha concluso i lavori, ringraziando i relatori per il contributo offerto ed auspicando un maggior controllo sui presupposti delle misure cautelari da parte del giudice di merito.

Report a cura di Antonio Corbo
Ufficio del Massimario, Corte Suprema di Cassazione