

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche Ciclo XXX

Curriculum in Diritto penale dell'economia

La confisca dei proventi dei reati economici e i terzi

Dottorando: **Magnolo Fabio**

Matricola: **798812**

Tutor: **Prof. Alessio Lanzi**

Coordinatore **Prof. ssa Margherita Ramajoli**

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

«[...] quantunque le pene producono un bene,
non sempre sono però giuste,
perché per esser tali debbono essere necessarie,
ed un'inutile ingiustizia non può essere tollerata
da quel legislatore che vuol chiudere tutte le porte alla vigilante tirannia,
che lusinga col bene momentaneo e colla felicità di alcuni illustri,
sprezzando l'esterminio futuro e le lacrime d'infiniti oscuri.
Le confische mettono un prezzo sulle teste dei deboli,
fanno soffrire all'innocente la pena del reo
e pongono gl'innocenti medesimi nella disperata necessità di commettere i delitti.
Qual più triste spettacolo che una famiglia trascinata all'infamia
ed alla miseria dai delitti di un capo,
alla quale la sommissione ordinata dalle leggi impedirebbe di prevenirgli,
quand'anche vi fossero i mezzi per farlo».

CESARE BECCARIA

Dei delitti e delle pene

1764

INDICE

INTRODUZIONE	7
---------------------------	----------

CAPITOLO 1 <u>La confisca dei proventi dei reati economici ed i suoi effetti sui “terzi”: quale spazio di tutela?.....</u>	10
---	-----------

1.1 I reati nel mondo degli affari: tra criminalità bianca e criminalità nera.....	10
1.2 Il contrasto ai reati economici: la centralità della confisca dei proventi.....	17
1.3 <i>Collateral</i> : gli effetti non desiderati della confisca dei proventi criminosi	24
1.4 Gli spazi di tutela dell’individuo nell’attuale assetto costituzionale, tra diritti bilanciabili e doveri di solidarietà.....	25
1.5 La tutela generica dell’individuo	28
1.5.1 I canoni generali di ragionevolezza e proporzionalità	28
1.5.2 La tutela del lavoro e della libertà di iniziativa economica privata	29
1.5.3 La tutela dei diritti reali e dei diritti obbligatori.....	30
1.5.4 Il legittimo affidamento nella circolazione giuridica.....	32
1.5.5 La tutela giurisdizionale dei diritti. Le presunzioni legali.	34
1.6 La tutela specifica in ambito punitivo.....	36
1.6.1 La pena nella sua dimensione costituzionale	37
1.6.2 Le garanzie delle misure punitive in generale. La “materia penale” di stampo europeo..	39

CAPITOLO 2 <u>La natura giuridica della confisca dei proventi criminosi</u>	42
--	-----------

2.1 Evoluzione delle diverse ipotesi di confisca dei proventi del reato.....	42
2.2 Gli orientamenti consolidati nella giurisprudenza	45
2.3 Una ricostruzione alternativa: la natura ripristinatoria delle ipotesi di confische dei proventi	47
2.3.1 Unitarietà della natura giuridica.....	47
2.3.2 Precisazioni terminologiche.....	49
2.3.3 Esclusione della natura preventiva.....	51
2.3.4 Esclusione della natura punitiva	54
2.3.5 La natura ripristinatoria della confisca dei proventi	61
2.4 Nozione di provento.....	67

2.4.1	Calcolo al netto dei costi ed in via sussidiaria a restituzioni e risarcimenti.....	67
2.4.2	La nozione di “cosa” in senso ampio	69
2.4.3	Confisca diretta dei proventi e confisca del valore degli stessi	70
2.5	Ambito applicativo della ricostruzione proposta: le fattispecie contigue	72
2.5.1	Le confische nel d. lgs. 231/2001	72
2.5.2	La confisca dei risparmi di spesa.	73
2.5.3	La confisca nei reati contro la p.a. e nella corruzione tra privati.....	74
2.6	segue: sequestri e confische di beni diversi dai proventi	75
2.6.1	I sequestri non finalizzati alla confisca	75
2.6.2	La confisca delle cose intrinsecamente criminose	77
2.6.3	La confisca degli strumenti del reato	78
2.6.4	La confisca urbanistica.....	80
2.7	Corollari applicativi della natura ripristinatoria.....	81
2.7.1	Aspetti sostanziali	82
2.7.2	Aspetti procedurali	83
2.7.3	Riepilogo e conclusioni intermedie.....	84

CAPITOLO 3 I terzi interessati alla cosa oggetto di sequestro o confisca 86

3.1	Le situazioni giuridiche soggettive di riferimento	86
3.1.1	I titolari di diritto di proprietà	87
3.1.2	I soggetti titolati al godimento del bene.....	91
3.1.3	I soggetti titolari di un’aspettativa all’acquisto ed i beneficiari di un vincolo di destinazione	93
3.1.4	Titolari apparenti e situazioni di fatto.....	94
3.1.5	Riepilogo schematico.....	95
3.2	La tutela sostanziale rispetto alla confisca diretta.....	96
3.2.1	La nozione di “appartenenza”: le situazioni di diritto.....	98
3.2.2	segue: le situazioni di fatto.....	103
3.2.3	segue: invalidità e titolarità apparente	104
3.2.4	La nozione di “persona estranea al reato”.....	108

3.2.5 segue: l'ipotesi dell'erede	111
3.3 La tutela sostanziale rispetto alla confisca per equivalente	113
3.4 La tutela generale nel procedimento penale.....	115
3.4.1 I poteri di indagine nei confronti dei terzi.....	116
3.4.2 Gli strumenti di difesa in fase di sequestro.....	118
3.4.3 Gli strumenti di difesa rispetto ad una sentenza non definitiva.....	118
3.4.4 Gli strumenti di difesa dopo il passaggio in giudicato della sentenza che dispone la confisca	120
3.4.5 La ripartizione dell'onere della prova.....	121
3.5 La tutela rispetto alla confisca "allargata" ed alle confische per reati <i>ex art. 51, comma 3 bis</i> <i>c.p.p. e 603 bis c.p.</i>	123
3.6 La tutela rispetto alla confisca c.d. di prevenzione	125
3.6.1 I requisiti oggettivi per sequestro e confisca.....	126
3.6.2 Proprietari.....	127
3.6.3 Comproprietari	129
3.6.4 Diritti reali o personali di godimento.....	130
3.6.5 Sorte dei contratti. Vincoli di destinazione ed aspettative di acquisto.....	131
3.6.6 Azioni giudiziarie pendenti.....	132
3.6.7 Aspetti di tutela procedimentale e disciplina intertemporale.....	133
3.7 Brevi riflessioni di fine capitolo.....	134

CAPITOLO 4 I terzi creditori, interessati all'integrità del patrimonio 136

4.1 Le situazioni giuridiche soggettive di riferimento	136
4.1.1 Le diverse categorie di creditori.....	137
4.1.2 Il sequestro conservativo e l'esecuzione forzata.....	139
4.1.3 Le procedure concorsuali nelle situazioni di crisi.....	140
4.2 La tutela dei creditori rispetto alla confisca diretta e per equivalente	143
4.2.1 La posizione sostanziale dei terzi creditori	143
4.2.2 segue: i creditori d'impresa, con particolare riferimento ai lavoratori	146
4.2.3 La posizione dei creditori titolari di pretese processualcivilistiche: lo stato dell'arte	148
4.2.4 segue: una possibile soluzione unitaria.....	153

4.2.5 La posizione dei creditori nel procedimento penale	158
4.3 La tutela dei creditori rispetto alla confisca c.d. allargata ed alle altre confische penali nei procedimenti per i reati <i>ex art. 51, comma 3 bis c.p.p. e 603 bis c.p.</i>	159
4.4 La tutela dei creditori rispetto alla confisca c.d. di prevenzione.....	159
4.4.1 Le condizioni per la tutela.....	160
4.4.2 I diversi livelli di tutela	162
4.4.3 I rapporti con le situazioni processualcivilistiche	163
4.4.4 Aspetti procedurali	166
4.4.5 La disciplina transitoria della legge 228/2012	167
4.5 Breve riepilogo.....	168
CAPITOLO 5_Gli stakeholder, interessati alla continuità d’impresa	170
5.1 I soggetti coinvolti ed il quadro criminologico	170
5.2 Il problematico approccio al contesto d’impresa	171
5.3 Le misure amministrative a tutela della continuità d’impresa	174
5.4 Procedimento penale ed attività d’impresa	177
5.5 Responsabilità da reato degli enti ed attività d’impresa	182
5.5.1 La particolare attenzione alla continuità d’impresa nel d. lgs. 231 del 2001.....	182
5.5.2 La gestione dei beni sequestrati e la destinazione dei beni confiscati	183
5.6 Procedimento di prevenzione ed attività d’impresa.....	184
5.6.1 Le misure alternative a sequestro e confisca.....	184
5.6.2 La gestione dei beni sequestrati	185
5.6.2 La destinazione dei beni confiscati	188
5.7 Breve riepilogo.....	190
CONCLUSIONE	191
BIBLIOGRAFIA	193
GIURISPRUDENZA	204

INTRODUZIONE

Ormai da tempo il principio-guida dell'azione di contrasto alla criminalità economica è quello di impedire il consolidamento dei proventi illeciti: sia a livello nazionale, che in ambito sovranazionale, l'imperativo categorico è divenuto quello di affermare a chiare lettere che "il crimine non paga".

Lo strumento che più di ogni altro ha assunto un ruolo determinante è stato quello ablativo della confisca: alle tradizionali ipotesi di confisca facoltativa del prodotto e del profitto ed obbligatoria del prezzo del reato (art. 240 c.p.), si sono aggiunte nel tempo numerose ipotesi di confisca obbligatoria anche del profitto e del prodotto del reato, nonché forme di acquisizione coattiva di valori equivalenti a tali proventi (confisca per equivalente) o presunti tali in base al riscontro di una sproporzione tra patrimonio e redditi (confisca c.d. allargata). Inoltre, a partire dal 1982 è presente nell'ordinamento italiano anche la confisca c.d. di prevenzione, disposta al di fuori del procedimento penale e con standard probatori più elastici.

Il successo derivante dall'efficacia di un siffatto assetto normativo nelle sue estrinsecazioni applicative non può far trascurare una riflessione sull'incidenza negativa che lo strumento della confisca, processualmente anticipato dal sequestro, può avere sui singoli individui.

Ciò accade, inevitabilmente, con la sottrazione dei beni al soggetto indagato/imputato/condannato nel procedimento penale per la commissione del reato fonte dell'arricchimento o al soggetto sospettato, nel procedimento di prevenzione, di aver commesso condotte criminose di particolare allarme sociale. Inoltre, una lesione alla sfera giuridica individuale può avvenire nei confronti di diversi soggetti, che non hanno partecipato alla commissione del reato, ma che al provento di esso o comunque al patrimonio o all'attività economica del reo risultano in qualche modo legati.

Nel momento in cui il sequestro vincola e la confisca sottrae alcune utilità al destinatario diretto della misura, gli effetti negativi si estendono a coloro che hanno una pretesa sullo specifico bene oggetto di ablazione (proprietari o comproprietari, titolari o co-titolari di diritti reali e personali); a coloro che, risultando creditori del reo, hanno a cuore l'integrità del suo patrimonio, soprattutto nelle situazioni di crisi, in cui esso è incapiente; infine, nei casi in cui sono presi di mira beni strategici per un'impresa, ai c.d. *stakeholder*, vale a dire ai soggetti che per vari motivi orbitano attorno all'attività economica ed hanno interesse alla prosecuzione della stessa.

Il presente lavoro di ricerca ha l'**obiettivo** di ricostruire sistematicamente, in base al diritto attualmente vigente, la posizione giuridica di ciascuno di tali soggetti "terzi" rispetto alla confisca dei proventi dei reati economici.

Per far ciò, è stato preliminarmente analizzato il *background* socio-criminologico dei reati nel mondo degli affari, particolarmente complesso e disomogeneo: i *white collar* si intersecano con i metodi delle più brutali organizzazioni criminali e tra i soggetti coinvolti a vario titolo nell'attività illecita non sempre è agevole distinguere i ruoli di vittime, persone contigue/conniventi ed autori dei reati.

Una tale articolazione della realtà si è riflessa sulla risposta legislativa, stratificatasi nel tempo e non sempre sistematicamente coerente. La confisca, originariamente inquadrabile nell'alveo delle misure di sicurezza, con finalità di prevenzione di aspetti di pericolosità, ha assunto con il tempo una natura "proteiforme", dando vita a vivaci dibattiti dottrinali e giurisprudenziali sul tema.

Il discorso relativo alla natura giuridica della confisca dei proventi criminosi è di fondamentale importanza per desumerne i limiti giuridico-costituzionali, a tutela dell'individuo. Così, il **primo capitolo** si chiude con una ricognizione dei presupposti e dei caratteri dei diversi statuti di garanzie che l'ordinamento impone, in base appunto alla natura dello strumento azionato.

Uno statuto di garanzie di tipo "generico" vale per ogni situazione giuridica riconosciuta dall'ordinamento: salva una graduazione della tutela in base alla tipologia di diritto, esso si fonda sul ragionevole e proporzionato bilanciamento tra diverse esigenze, nonché sulle generali garanzie del "giusto processo".

Si presentano maggiormente rigidi, invece, i limiti giuridici all'utilizzo di strumenti "punitivi", ossia quelli in cui l'inflizione di un male, è una componente (non accidentale, bensì) necessaria e voluta dell'azione pubblica. La Costituzione e le Carte sovranazionali garantiscono all'individuo una tutela maggiormente elevata: vi sono principi meno elastici (tra tutti, irretroattività e colpevolezza) già per le "punizioni" in senso ampio. I vincoli divengono assolutamente rigidi (si pensi alla presunzione d'innocenza ed al correlato criterio di giudizio del ragionevole dubbio) per il sotto-insieme delle "pene" in senso stretto, in cui il male (necessariamente) inflitto incide sulla libertà personale e procura uno "stigma" sociale.

Ciò chiarito, nel **secondo capitolo** vengono analizzati gli argomenti dei diversi orientamenti sulla natura della confisca dei proventi. All'esito di ciò, si aderisce ad una visione sistematica unitaria delle varie forme di ablazione (diretta, per equivalente, allargata, confisca nel codice antimafia) come strumenti di riequilibrio economico avente finalità ripristinatoria. Lo scopo preventivo può essere presente, ma non è necessario e caratterizzante; il carattere punitivo può essere escluso da un'interpretazione costituzionalmente orientata volta a definire i limiti della misura ablatoria.

Un simile approccio, infatti, impone di calibrare lo strumento in misura proporzionata al citato fine equitativo di elisione dei vantaggi derivanti dal reato, con conseguente scomputo da essi dei costi dell'azione illecita e delle spese risarcitorie. Laddove il dato normativo non consenta ciò, il discorso cambia: in quest'ottica vanno lette le riflessioni, pur solo accennate, sulle altre tipologie di sequestri e confische presenti nel nostro ordinamento.

In base all'adottata prospettiva di lettura, allora, è stato possibile escludere l'applicazione dei rigidi statuti previsti per le sanzioni punitive e delineare la cornice costituzionale/sovranazionale entro la quale il legislatore può determinare lo *standard* di tutela per i soggetti "terzi". All'interno di tale cornice, gli sono possibili discrezionali valutazioni assiologiche, tese a rinvenire il miglior punto di equilibrio tra i diversi interessi pubblici e privati coinvolti.

Proprio la natura dell'interesse ultimo portato avanti è stato il criterio per enucleare le tre macro-categorie di soggetti "terzi", al fine poi di un esame dell'attuale assetto normativo e delle ricostruzioni interpretative proposte in dottrina e giurisprudenza.

Il **terzo capitolo** è dedicato alla posizione dei soggetti che, pur non risultando autori del reato, sono proprietari o titolari di diritti di godimento sulla cosa o di legittime aspettative all'acquisto. I nodi ermeneutici da risolvere sono diversi, a livello sostanziale e processuale, soprattutto per i sequestri e le confische disposte nell'ambito di procedimenti penali. Mentre il Codice Antimafia prevede per la confisca c.d. di prevenzione una più articolata disciplina delle diverse situazioni giuridiche soggettive, le altre tipologie ablatorie sono legate al significato delle nozioni di "appartenenza a persona estranea al reato" (art. 240, comma 3 c.p.), "disponibilità del reo" (confische per equivalente ed allargata) e "acquisto in buona fede" (art. 19 d. lgs. 231/2001). Oltre a chiarire a monte la non tutelabilità di situazioni apparenti o fondate su un titolo non giuridicamente efficace, sono apparse condivisibili (e compatibili con l'impostazione del presente lavoro) le conclusioni giurisprudenziali sul punto. In particolare, si ritiene corretto subordinare la tutela del terzo all'assenza di partecipazione all'attività illecita e di vantaggi economici da essa, salvo che tali incrementi patrimoniali non siano stati ottenuti in una situazione di legittimo affidamento.

Da nozioni analoghe deve muovere l'esame della problematica, oggetto del **quarto capitolo**, inerente alla situazione dei creditori del destinatario della confisca, che risultano lesi dalla sottrazione di un cespite dal patrimonio del proprio debitore. Nel procedimento penale, ciò rende complessa l'opera ermeneutica di selezione delle posizioni soggettive tutelabili, soprattutto nei casi in cui si intersechino vicende processuali civilistiche (sequestro conservativo, procedura esecutiva individuali, procedure concorsuali). Il procedimento previsto nel Codice Antimafia, invece, prevede una più puntuale individuazione delle scelte legislative di tutela e consente all'interprete un'opera più agevole.

Il **quinto capitolo**, infine, affronta il delicato nodo del rapporto tra sequestro/confisca dei proventi e prosecuzione dell'attività d'impresa. "Congelare" o sottrarre beni fondamentali allo svolgimento dell'iniziativa economica, infatti, può decretarne un peggioramento o addirittura l'irreversibile arresto, con effetti negativi che si espandono a tutti coloro che legittimamente vi orbitavano attorno (lavoratori, fornitori, clienti professionali, ecc.). Di ciò hanno preso consapevolezza il legislatore e la giurisprudenza, come dimostra l'attenzione che negli ultimi anni è stata posta alla valorizzazione delle alternative alle drastiche misure ablatorie e, nel caso di applicazione di queste ultime, al miglioramento dell'azione di gestione dei beni sequestrati e di destinazione dei beni confiscati. Anche in questo caso, la regolamentazione del Codice Antimafia - pur con alcuni limiti - è maggiormente completa ed efficace: ciò ha condotto ad un'estensione di tale normativa anche all'interno del procedimento penale.

CAPITOLO 1

La confisca dei proventi dei reati economici ed i suoi effetti sui “terzi”: quale spazio di tutela?

SOMMARIO: **1.1** I reati nel mondo degli affari: tra criminalità bianca e criminalità nera - **1.2** Il contrasto ai reati economici: la centralità della confisca dei proventi - **1.3** Collateral: gli effetti non desiderati della confisca dei proventi criminosi - **1.4** Gli spazi di tutela dell'individuo nell'attuale assetto costituzionale, tra diritti bilanciabili e doveri di solidarietà - **1.5** La tutela generica dell'individuo - **1.5.1** I canoni generali di ragionevolezza e proporzionalità - **1.5.2** La tutela del lavoro e della libertà di iniziativa economica privata - **1.5.3** La tutela dei diritti reali e dei diritti obbligatori - **1.5.4** Il legittimo affidamento nella circolazione giuridica - **1.5.5** La tutela giurisdizionale dei diritti. Le presunzioni legali. - **1.6** La tutela specifica in ambito punitivo - **1.6.1** La pena nella sua dimensione costituzionale - **1.6.2** Le garanzie delle misure punitive in generale. La “materia penale” di stampo europeo.

1.1 I reati nel mondo degli affari: tra criminalità bianca e criminalità nera

Quando si discorre di criminalità d'impresa e, ancor prima, della stessa attività d'impresa ci si riferisce a fenomeni tutt'altro che unitari e che dunque difficilmente si prestano a semplificazioni o generalizzazioni. Importanti differenze si rinvencono già tra le diverse forme di attività economico-produttive, sotto diversi profili: assetto e composizione della componente proprietaria, dimensioni produttive e lavoratori occupati, struttura organizzativa e, più in generale, diritti ed interessi che vi orbitano attorno.

Inoltre, anche il catalogo di reati strumentalmente connessi all'attività d'impresa¹ si presenta variegato e disomogeneo, a causa della stratificazione di discipline di contrasto dovuta alla progressiva emersione o alla presa coscienza di fenomeni sociali e criminali.

Per lungo tempo, l'attività economico-mercantile ha viaggiato parallelamente rispetto agli istituti punitivi, facendo eccezione poche storiche fattispecie che, per varie ragioni, sorsero sin da tempi remoti: l'esempio più importante è la bancarotta, ma vanno ricordati anche la contraffazione, la falsità nei conti, la frode in commercio, le indebite appropriazioni o ripartizioni ed infine, in contrapposizione ad i movimenti operai sorti in epoca industriale, lo sciopero². Ciò che, pur in una

¹ Si intende in questa sede approcciarsi in modo funzionale alla nozione di reato economico e, in questo modo, privilegiare i profili socio-criminologici che permettono di analizzare gli strumenti di contrasto alla criminalità connaturata al mondo degli affari. Sull'estensione di tale nozione, nonché sul possibile diverso approccio di tipo effettuale (per il quale è reato economico quello che lede interessi economici), cfr. E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2012, 1 ss.

² Per una più esauriente panoramica dell'evoluzione dei rapporti tra impresa e pena, cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 13 ss. Particolari curiosità destano gli istituti antichi della bancarotta (inizialmente coincidente con il mero fallimento) e della contraffazione (che inizialmente era il *contra facere* rispetto alle regole della corporazione, per poi evolversi in attacco alla privativa monopolistica e solo successivamente ha assunto l'odierna accezione, legata alla lesione della genuinità dei prodotti).

estrema semplificazione³, emerge è che il disvalore era concentrato in fatti che si ponevano contro l'impresa o la corporazione. Soprattutto in epoca liberale, con il mito del mercato autoregolante e del capitalismo incontrollato, prevalse l'idea di un diritto penale minimo in economia e, d'altronde, non erano concepite come veri e propri reati molte delle violazioni compiute nell'interesse dell'impresa. Una svolta può essere rinvenuta nell'intuizione dello Statunitense Sutherland⁴, che fu il primo ad affermare la grande dannosità sociale, nonché la sostanziale "natura penale", di tutta una serie di illeciti - in materia di *antitrust*, pubblicità ingannevole, lavoro, usurpative aziendali - reiteratamente commessi da gran parte delle imprese americane.

Tali gravi violazioni stentavano ad emergere nell'applicazione della legge per diversi fattori, lucidamente analizzati dal criminologo nordamericano. In primo luogo, lo *status* dell'uomo d'affari, oltre a creare una "combinazione di timore reverenziale ed ammirazione", era culturalmente omogeneo a quello di legislatori, giudici ed amministratori. Inoltre, l'orientamento non punitivo verso gli stessi, corroborato dalla mancanza di precedenti rilevanti, trovava conforto anche nella mancanza di un'organizzata reazione di sdegno da parte dei cittadini.

Tale ultima caratteristica, di indubbia attualità, è spiegabile considerando che le fattispecie in esame sono connotate da artificiosità, ambiguità morale ed "indeterminatezza dei soggetti esposti" alle proiezioni offensive dell'attività d'impresa, che anzi spesso sono pienamente inconsapevoli di tale esposizione⁵. Peraltro, spesso gli stessi soggetti interni, talvolta persino coautori del risultato criminoso, faticano a percepirne il disvalore. Gli studiosi delle organizzazioni hanno spiegato questo fenomeno attraverso tre fattori: cultura di impresa basata sulla non legalità, che comporta la c.d.

³ Ancora A. ALESSANDRI, *Diritto penale cit.*, 29 segnala come la continuità della modellistica penale è meramente formale, risultando una deduzione errata quella secondo cui - nonostante un periodo lunghissimo e fratture radicali - gli interessi in gioco rimangono gli stessi. La spiegazione di un diritto penale presente ma minimo assume caratterizzazioni diverse in base al contesto storico di riferimento: poteva spiegarsi, in ottica corporativa, nel senso della impermeabilità di elementi sociali ed ordinamentali autonomi; viceversa, con la formazione degli stati nazionali, le imprese erano tutelate in quanto rappresentavano uno dei mezzi di espansione degli stessi.

⁴ Il primo articolo in cui l'Autore affronta questo tema è E. H. SUTHERLAND, *White Collar Criminality*, originariamente pubblicato in *American Sociological Review*, V, 1940, 1 ss.. In realtà vi erano già stati altri studi sulla criminalità delle *upper classes* (R. LASCHI, T. VELEN, A. MORRIS), ma nessuno aveva ottenuto un approfondimento sistematico analogo a quello del sociologo americano, come evidenzia A. RACITI, *Il criminale economico nella ricerca criminologica: dall'opera di Sutherland alle più recenti formulazioni teoretiche*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, 677 ss.; ad evidenziare la grande innovatività, oltre che nei risultati e nella proposta di spiegazione, dello stesso metodo criminologico di Sutherland è A. ALESSANDRI, *Diritto penale cit.*, 58: «questo divorzio tra diritto penale (formalisticamente inteso) e criminologia costitutiva, in realtà, soprattutto se visto con gli occhi di oggi, il preludio ad una proficua collaborazione tra le due discipline - criminologia e diritto penale - celebrando la fine di una criminologia asservita al discorso, in termini foucaultiani, della penalità positiva, a una funzione cioè sostanzialmente ancillare rispetto alle scelte di incriminazione». Il criminologo nordamericano si soffermò ulteriormente sulla criminalità dei colletti bianchi negli anni successivi: E. H. SUTHERLAND, *Is White Collar Crime Crime?*, originariamente pubblicato in *American Sociological Review*, 1945, 132 ss.; E. H. SUTHERLAND, *Crime of Corporation*, conferenza tenuta per il Toynbee Club, club formato da un gruppo di studenti dell'ultimo anno della Facoltà di Sociologia all'Università DePauw, nella primavera del 1948.

⁵ L'artificiosità attiene alla considerazione dello spessore tecnico delle fattispecie penali economiche, che comporta la non facile comprensibilità da parte di chi non è esperto della materia. L'ambiguità morale, invece, si riferisce alla non immediata empatia con le vittime. Riguardo alle caratteristiche delle offese, cfr. A. ALESSANDRI, *Parte generale*, in C. PEDRAZZI ET ALIA, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1998, 22.

normalizzazione della devianza⁶, cultura della produzione derivante dall'esterno⁷ e segretezza strutturale che comporta la segregazione delle conoscenze⁸.

Senza potersi soffermare nel dettaglio sugli sviluppi degli studi criminologici successivi, ciò che rileva è la presa di coscienza, accademica⁹ e legislativa¹⁰, del “costo sociale” degli illeciti economici, nonché della loro diffusione anche nella c.d. *middle class*¹¹. Nell'attuale frastagliato sistema normativo hanno rilevanza penale non solo i classici reati “contro” l'impresa (bancarotta, infedeltà patrimoniale), ma anche tutta una serie di reati commessi strumentalmente all'attività economico produttiva.

Tra essi, occorre distinguere tra quelle fattispecie realizzate nel “semplice” interesse a preservare il patrimonio da costi dovuti in ragione di importanti interessi sociali (reati tributari, reati in materia di sicurezza sul lavoro, reati ambientali) e gli illeciti motivati da una crescita anomala che si scontra con

⁶ La cultura, a livello micro, è quella prodotta all'interno dell'organizzazione: la definizione dei c.d. “copioni organizzativi” è stata oggetto di trattazione di numerosi autori. Tra questi, D. VAUGHAN, *The Challenger launch decision: risky, technology, culture and deviance at Nasa*, Chicago, 1996, 64, in cui la cultura è definita quale «insieme di soluzioni prodotte da un gruppo di persone per trattare specifici problemi posti da situazioni affrontate in comune e che si traducono in regole, rituali, valori del gruppo»; B.A. TURNER-N. PIDGEON, *Man-made disasters*, Butterworth-Heinemann, 1997, trad. it., *Disastri. Dinamiche organizzative e responsabilità umane*, Torino, 2001, 275, in cui l'A. fa riferimento ad “un insieme di simboli e significati”; E. SCHEIN, *Organizational culture and leadership*, San Francisco-London, 1988, trad. it., *Cultura d'azienda e leadership*, Milano, 1990, 5, ove nel definire la cultura dell'organizzazione «un insieme di assunti di base rivelatosi funzionale al punto da esser ritenuto valido», si rinviene un ruolo centrale nella formazione di essa alla *leadership*, attraverso cinque meccanismi fondamentali (attenzione, reazione dei leader alle situazioni di crisi, *role modeling*, allocazione delle ricompense, criteri di selezione e licenziamento del personale). Per una proiezione di tali ultimi assunti teorici nella famosa vicenda del *crack Enron*, cfr. R.R.SIMS-J. BRINKMANN, *Enron Ethics (or: Culture Matters more than Codes)*, in *Journal of business Ethics*, 2003, vol.45, 243 ss.

⁷ Si tratta della forte spinta che viene dall'esterno e che spinge al profitto a tutti i costi: l'economia globalizzata e il mondo della finanza non lasciano spazio ad errori, cali e rendimenti bassi. Sul tema, si rinvia alla lucida esposizione di F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, 219: «il capitalismo e la competizione sono la via dell'economia; le preoccupazioni per i costi, gli obiettivi della produzione e l'efficienza dominano le industrie; la burocrazia e le relazioni gerarchiche fondate sull'autorità sono le forme più ricorrenti di organizzazione; la tecnologia ed i successi tecnologici sono premiati».

⁸ Vengono in rilievo le modalità con cui i modelli di informazione interni limitano conoscenza e corretta interpretazione dei fatti. Cfr. F. CENTONZE, *La normalità dei disastri cit.*, Milano, 2004, 222.

⁹ Ripercorrono l'evoluzione successiva agli studi di Sutherland: A. ALESSANDRI, *Diritto penale cit.*, 62 ss.; A. RACITI, *Il criminale economico cit.*, 677 ss. Il dibattito criminologico, peraltro, non si può ritenere ristretto unicamente agli studi anglo-americani. Per un'analisi dello stato degli approdi accademici sui crimini economici nella letteratura europea, cfr. W. HUISMAN-J. VAN ERP-G. VANDE WALLE-J. BECKERS, *Criminology and white collar crime in Europe*, in AA. VV., *The Routledge handbook of white-collar and corporate crime in Europe*, 2015, Abingdon, 1 ss.

¹⁰ Per un'analisi del passaggio, a partire dagli anni '80, da un diritto penale minimo ad un diritto penale massimo in economia, cfr. E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa cit.*, 4 ss., in cui si prende atto che - soprattutto su spinta sovranazionale - la criminalità dei colletti bianchi non viene più vista come criminalità marginale, bensì come «il nocciolo duro della criminalità da perseguirsi penalmente con tanta maggiore determinazione quanto più intensa sarebbe la sua capacità di distorcere gli equilibri economici e finanziari delle democrazie mature dell'Occidente».

¹¹ L'inadeguatezza del riferimento unicamente alla *upper class*, come la locuzione “white collar crime” lascia intendere, è stato messo in luce da più voci, come fatto notare da A. RACITI, *Il criminale economico cit.*, 697. Si rinvia, inoltre, a S. KARKSTEDT, *Charting Europe's moral economies. Citizens, consumers and the crime of everyday life*, in AA. VV., *The Routledge handbook cit.*, 57 ss.

regole e limiti posti a tutela dei concorrenti e del mercato (reati in materia di appalti pubblici, reati finanziari, ecc.)¹².

Soprattutto in quest'ultima prospettiva, poi, non va sottovalutato il rapporto tra criminalità economica e criminalità organizzata. Sotto un primo profilo, sia gli studi di Sutherland sia quelli successivi hanno messo in risalto tutta una serie di analogie tra le due tipologie criminose, seppur non generalizzabili¹³. Ciò che però maggiormente rileva è quel processo che - parallelamente allo sviluppo economico-sociale - ha condotto anche le più importanti organizzazioni criminali ad "urbanizzarsi" ed infiltrarsi nel circuito economico legale¹⁴.

Anche tale fenomeno è tutt'altro che omogeneo e, in una semplificazione espositiva, deve quantomeno tenersi conto delle due tipologie di strutture criminali presenti in Europa: le mafie gerarchico-piramidali e le reti criminali di tipo orizzontale¹⁵.

Sulla fenomenologia della prima ipotesi storicamente si è costruita la nozione di "metodo mafioso", trasposta nell'art. 416 *bis* e presa a modello anche fuori dai confini nazionali¹⁶. Accanto alla c.d. impresa criminale in senso stretto (ossia allo svolgimento di attività illecite lucrose: estorsioni, traffico di stupefacenti ed armi, sfruttamento della prostituzione, ecc.), si è sviluppato il concetto di "impresa mafiosa". Ci si riferisce agli investimenti che le organizzazioni criminali compiono nel tessuto economico legale.

¹² A classificare in questo modo i reati economici, facendo leva su tipologie di condotta e offesa, è E. AMODIO, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, in *Riv. it. dir. Proc. pen.*, 2008, 1496 ss.

¹³ Lo studioso americano ha avuto modo di osservare che «*l'uomo d'affari tipo e la grande impresa sono molto simili al ladro professionale*»: le loro violazioni sono frequenti e nella stragrande maggioranza dei casi i soggetti sono recidivi; le imprese ed i colletti bianchi condannati sono in numero molto inferiore rispetto a quelli che realmente delinquono nel settore; non vi è una perdita di prestigio di fronte a coloro che operano nello stesso campo; gli uomini d'affari odiano la burocrazia, gli uomini di stato e la legge in generale farebbero spesso volentieri a meno delle istituzioni pubbliche, in particolar modo se interferiscono con le loro attività. La grande differenza è che i *white collars* non si ritengono affatto criminali, ma invece sono attenti alla loro rispettabilità, al contrario dei delinquenti professionali. Cfr. E. H. SUTHERLAND, *Crime of Corporation cit.*

Altra importante opera di riferimento è quella di V. RUGGIERO, *Organized and corporate crime in Europe*, Aldershot, 1996.

¹⁴ Sono frequenti, come emerso in note vicende giudiziarie e mediatiche, i rapporti tra la criminalità d'impresa e la criminalità organizzata, «*spesso in un rapporto di strumentalizzazione reciproca e frequentemente collegata ai poteri politici, locali o centrali*». Un «*esempio da manuale*» in questo senso è rappresentato dal caso di Michele Sindona, come rilevato da A. ALESSANDRI, *Diritto penale cit.*, 94.

¹⁵ Il primo, maggiormente diffuso nell'Europa dell'Est (Bulgaria, Lituania, Polonia) e rinvenibile anche in Cosa Nostra e nella 'Ndrangheta, si caratterizza per una struttura molto rigida, una gerarchia di tipo piramidale, una forte omogeneità etnica, una stringente politica di allocazione dei ruoli all'interno dell'organizzazione stessa. Il modello "a rete", invece, emerso maggiormente in Europa occidentale (Regno Unito, Francia, Spagna, Norvegia, Olanda, Portogallo), è frutto della collaborazione in specifiche attività criminali tra singoli individui o associazioni, anche di Paesi e culture differenti, ma vincolati tra loro da obblighi ed obiettivi comuni. Per una più esaustiva esposizione, cfr. E. U. SAVONA, *Le organizzazioni criminali in Europa viste dall'esperienza italiana*, in AA. VV., *Scenari di mafia*, Torino, 2010, 29 ss. L'A. sottolinea, peraltro, come la predetta collocazione geografica sia frutto di un necessario schematismo, non potendosi trascurare le differenze interne e la continua evoluzione organizzativa (particolarmente spiccata nell'ambito della Camorra, che «*attraversa continue transizioni tra la struttura gerarchica e quella a rete*»).

¹⁶ Emblematico, in questo senso, è il punto 14 della Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 ottobre 2011 sulla criminalità organizzata nell'unione europea, 2010/2309(INI).

Soprattutto in Italia, le mafie continuano a prediligere i settori tradizionali (edilizia, commercio, grande distribuzione) o comunque protetti ed intrecciati con i poteri politico-istituzionali (smaltimento rifiuti, energie alternative, ecc.)¹⁷.

Ciò avviene non solo per massimizzare il profitto criminale e stratificarlo in modo da farne perdere le tracce, ma anche e soprattutto per ottenere un più efficace controllo del territorio: fare impresa (e farla in tali ambiti) significa poter dispensare posti ed incarichi di lavoro e costruire reti di relazioni con politica, istituzioni ed imprenditoria¹⁸.

Ciò che però rappresenta la più grande differenza tra i mafiosi ed i *white collars* è il *modus operandi*, rappresentato dal c.d. “metodo mafioso”. Inizialmente, quando dalla seconda metà degli anni '60 le organizzazioni criminali si sono “urbanizzate” e dunque maggiormente interessate alle attività produttive, il modello principale era quello di un'impresa, in genere individuale, concentrata nella persona del fondatore mafioso ed in cui la violenza rappresentava l'elemento principale per affermarsi nel mercato¹⁹.

Solo a cavallo tra anni '70 ed '80 all'impresa mafiosa “originaria” si affiancò il modello dell'impresa “di proprietà del mafioso”, tutt'ora maggiormente diffuso in Italia: si predilige la forma societaria ed il mafioso evita di spendere il proprio nome, pur mantenendo la direzione. La violenza rimane importante ma non indispensabile: si preferisce non utilizzarla e con il tempo si ritiene utile affidarsi a professionalità economiche, in qualche caso anche con margini di autonomia nelle scelte aziendali²⁰.

¹⁷ In maniera più esaustiva, si veda CENTRO TRANSCRIME DELL'UNIVERSITÀ CATTOLICA DI MILANO, *Gli investimenti delle mafie. Report finale della ricerca sviluppata nell'ambito del PON Sicurezza 2007-2013*, in www.investimentioc.it, Milano, 2013, 152 ss., che evidenzia le caratteristiche dei settori in cui è prevalente la presenza mafiosa in Italia: alta intensità di manodopera (es. costruzioni o commercio al dettaglio); basso livello tecnologico (es. costruzioni o alberghi e ristoranti); alta specificità territoriale e distribuzione capillare sul territorio (es. attività immobiliari, commercio al dettaglio o settore alberghiero); rilevante presenza di risorse pubbliche nel settore (es. costruzioni e attività della filiera, estrazioni, sanità, altri servizi pubblici e sociali). Si evince invece una certa riluttanza nell'investire in settori molto regolamentati o controllati (es. settore finanziario) o caratterizzati da alti costi di ingresso (es. attività manifatturiere).

Da studi condotti anche fuori dall'Italia, inoltre, è emersa anche la caratteristica di “vicinanza culturale” al *background* degli attori criminali di alcune attività in cui di frequente avvengono gli investimenti: *sexy shops*, *tattoo shops*, prodotti tipici locali, locali notturni, ecc. Cfr. M. RICCARDI, *When criminal invest in businesses: are we looking in the right direction? An exploratory analysis of companies controlled by Mafias*, in AA. VV., *Organized crime, corruption and crime prevention. Essay in honor of Ernesto U. Savona*, New York, 2013, 197 ss. Per quanto riguarda, poi, le infiltrazioni della criminalità nel mondo del business sportivo, cfr. H. NELEN, *Professional football and crime. Exploring terra incognita in studies on white-collar crime*, in AA. VV., *The Routledge handbook cit.*, 292 ss.

¹⁸ Sempre dalle risultanze della citata ricerca sviluppata dal Centro Transcrime dell'Università Cattolica, emerge come la più intensa diffusione nei territori “tradizionalmente mafiosi” deriva dal fatto che «non risulta un fattore predominante la redditività del settore: in questo senso l'obiettivo di massimizzazione del profitto potrebbe apparire secondario rispetto ad altre motivazioni come il controllo del territorio, il consenso sociale o l'occultamento delle risorse e delle attività criminali».

¹⁹ Questo modello (con imprese individuali o società di persone) è ancora molto presente nella 'Ndrangheta, tradizionalmente più orientata ad un controllo ed una gestione più diretta e senza intermediari dei propri beni e delle proprie attività, prediligendo questo aspetto rispetto ai vantaggi in termini di frammentazione del patrimonio offerti dalle società di capitale. Tuttavia, una simile modalità di gestione non è scomparsa neanche nelle altre organizzazioni criminali italiane. Cfr. CENTRO TRANSCRIME DELL'UNIVERSITÀ CATTOLICA DI MILANO, *Gli investimenti delle mafie cit.*, 196 ss.

²⁰ Nella maggior parte dei casi l'utilizzo di prestanome (talvolta obbligato a causa di provvedimenti interdittivi) è sviluppato all'interno del contesto familiare: mogli, conviventi, figli, generi e cognati. È chiaro come ciò derivi

Con l'intensificarsi della lotta patrimoniale alle mafie, l'utilizzo di semplici prestanome diviene poco efficace e le organizzazioni criminali rispondono con la più penetrante tra le incursioni nel mondo economico: le c.d. "imprese a partecipazione mafiosa"²¹. Si tratta di attività in cui si intersecano interessi, soci e capitali illegali (in maniera occulta) con interessi, soci e capitali legali (palesi)²². In questo modo, oltre a rendere più difficilmente tracciabile il *paper trail* dei proventi illeciti, le organizzazioni criminali abbandonano i metodi prettamente violenti per condividere interessi e competenze ed irrobustire il controllo di mercato e territorio. Ciò non significa, si badi bene, che si dismetta sempre e comunque l'utilizzo del metodo mafioso. Da un lato, infatti, la commistione spesso avviene "inquinando" il ciclo aziendale lecito (ad es. in tema di appalti) e non soltanto immettendo costantemente capitali illeciti. Dall'altro, non ci si deve dimenticare che l'organizzazione criminale continua a svolgere le attività illecite *tout court* ed in ciò chiaramente tiene conto anche degli interessi economici su cui ha investito²³. Infine, non va dimenticato che la "quota sociale" mafiosa, essendo occulta, non rinviene nei mezzi dell'ordinamento la sua tutela, ma a garantire il mafioso partecipante all'impresa collettiva è proprio "la forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva", elemento costitutivo del delitto di cui all'art. 416 *bis* Cod. pen.

Peraltro, spesso tali attività produttive nascono come perfettamente legali e vengono a ricadere sotto il controllo, più o meno diretto, di organizzazioni criminali a causa di quella distorsione del mercato che è stata definita "attrazione fatale" dell'ambiente economico e sociale circostante l'impresa mafiosa²⁴. L'impatto dell'ingresso del sodalizio mafioso nel mercato, infatti, comporta che gli altri operatori possano avvicinarsi ad esso per diverse ragioni.

In primo luogo, ciò può avvenire per calcolo. L'imprenditore, valutando in maniera cinica il contesto in cui opera, può ritenere conveniente stringere accordi con soggetti criminali capaci di dare un

dall'importanza dell'elemento fiduciario. Mentre è discretamente frequente l'utilizzo di imprenditori non affiliati al clan, risulta ancora minoritario il coinvolgimento di professionisti nella proprietà diretta delle imprese mafiose (consulenti aziendali e finanziari, commercialisti, notai, avvocati). Pur giocando sicuramente un ruolo centrale nella pianificazione della strategia aziendale delle organizzazioni mafiose (si pensi all'utilizzo dello schermo societario, in maniera statica attraverso le c.d. "scatole cinesi" ovvero in modalità dinamica, con frequenti compravendite, trasformazioni, acquisizioni e cessioni di intere società o di quote del capitale), essi non compaiono quasi mai nella compagine azionaria delle aziende esaminate. Cfr. CENTRO TRANSCRIME DELL'UNIVERSITÀ CATTOLICA DI MILANO, *Gli investimenti delle mafie cit.*, 202 ss.

²¹ Dalle risultanze dello studio, già più volte richiamato, dell'Università Cattolica di Milano (CENTRO TRANSCRIME DELL'UNIVERSITÀ CATTOLICA DI MILANO, *Gli investimenti delle mafie cit.*, 202), questa modalità non risulta essere la maggiormente praticata dalle mafie italiane; peraltro, come si avrà modo di esporre, non sempre l'impresa a partecipazione mafiosa è facilmente distinguibile dalla mera "joint-venture" occasionale dei sodalizi criminali con imprenditori non mafiosi o da altre forme di influenza.

²² L'evoluzione e la catalogazione è ricostruita in questi termini, anche attraverso riferimenti giurisprudenziali del Tribunale di Palermo, in V. CONTRAFATO, *L'oggetto della confisca di prevenzione e lo standard della prova*, in A. BALSAMO-V. CONTRAFATO-G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, 87 ss. Le altre ricostruzioni dell'impresa mafiosa che sono state sviluppate negli studi sociali sono riportate in N. DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa. Tra capitalismo violento e controllo sociale*, Milano, 2012, 15 ss.

²³ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla scelta delle vittime dell'attività estorsiva.

²⁴ Per una ricostruzione dei meccanismi attrattivi, in questa sede solo accennati, cfr. N. DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa cit.*, 63 ss.

accesso privilegiato alle risorse della pubblica amministrazione, di ripulire il mercato dalla concorrenza con metodi violenti, di fornire servizi illegali (es. smaltimento rifiuti, documenti falsi) o legali ma più efficaci dell'ordinario (es. recupero crediti, protezione) o a condizioni a cui nessun altro ne fornisce (es. concessione di credito). Dal calcolo, che implica l'esistenza di alternative meno convenienti, va distinta la necessità. Essa si verifica nelle ipotesi in cui si crea una sorta di monopolio naturale mafioso: chi vuole lavorare, deve farlo in accordo ed alle condizioni imposte dai clan.

Altra ragione attrattiva è la paura. Attraverso forme di intimidazione, anche solo "ambientali", l'operatore mafioso induce i concorrenti a ritenere che le alternative siano l'uscita - anche violenta - dal mercato o, in alternativa, la sopportazione delle pretese criminali. Dalla paura si distingue lo stato di bisogno, che si verifica soprattutto nel caso di imprenditori insolventi, che vedono nella mano mafiosa non una minaccia ma una (illusoria) speranza di salvezza. Il sistema para-bancario dell'usura è uno dei metodi più frequenti attraverso cui le mafie assumono la partecipazione e/o il controllo di imprese nate come legali.

Tali meccanismi attrattivi, spesso operanti in maniera sinergica, non conducono però sempre e comunque alla formazione di una vera e propria impresa "a partecipazione mafiosa". La realtà, infatti, è ben più articolata e diverse possono essere le forme di influenza. Si è parlato, a tal proposito, di "sistema del malaffare a geometrie variabili", in cui non sempre i mafiosi dettano le regole, potendo scegliere di affidarsi anche alla gestione e controllo di comitati d'affari e cordate politico-clientelari²⁵. È possibile, infatti, che l'impresa non sia partecipata direttamente da soci mafiosi, ma stipuli accordi da cui scaturiscono obblighi reciproci di collaborazione e scambio (c.d. impresa collusa) oppure ancora che l'intesa sia sporadica e limitata ad uno o più specifici affari (c.d. imprese contaminate, *joint-venture* o imprese-clienti) ovvero infine che vi sia un rapporto di subordinazione (o addirittura oppressione) in cui la "protezione" mafiosa è imposta, più che concordata (si discorre in tali ipotesi di imprese dipendenti o oppresse, a seconda del grado di sottomissione)²⁶.

Il quadro che ne viene fuori assume le forme di uno spettro in cui si passa da un estremo (imprese che operano in maniera legale, senza condizionamenti criminali) ad un altro (imprese partecipate in via diretta da soggetti mafiosi), senza che siano tracciabili contorni definiti.

Ancora meno decifrabile diventa l'intreccio mondo economico-mondo criminale se si pone il *focus* sulla seconda tipologia di organizzazioni criminali. Le c.d. reti orizzontali, presenti soprattutto nell'Europa occidentale, si pongono in maniera più fluida e meno radicata, con un *planning* di breve

²⁵ Così, anche con la specifica locuzione virgolettata, C. VISCONTI, *Proposte per recidere il nodo mafie-imprese*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2014, 4.

²⁶ Vengono utilizzati, nei vari testi accademici, diverse classificazioni delle imprese che orbitano, con gradazioni diverse, attorno al sodalizio mafioso. Quella proposta è una sintesi tra le varie fonti, ritenuta da chi scrive la più confacente agli obiettivi del presente elaborato. Per le diverse opzioni ricostruttive, cfr. V. CONTRAFATO, *L'oggetto della confisca di prevenzione cit.*, 126 ss.; N. DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa cit.*, 28 ss.; CENTRO TRANSCRIME DELL'UNIVERSITÀ CATTOLICA DI MILANO, *Gli investimenti delle mafie cit.*, 168 s.

periodo ed una maggiore vocazione transnazionale²⁷. Una simile situazione rende non sempre applicabile la definizione di “mafia” tradizionalmente intesa (e positivizzata dal legislatore), come testimoniano le recenti vicende giudiziarie relative a “mafie straniere” o “mafie delocalizzate” dalle zone geografiche originarie²⁸.

Una tale evoluzione storico-sociale ha dunque comportato un’omologazione delle fenomenologie criminose economica (“bianca”) ed organizzata (“nera”), sotto il profilo del tipo d’autore, dei beni giuridici aggrediti e delle tipologie di condotte²⁹. Non si può più affermare una netta cesura, dovendosi sempre più fare i conti con le sfumature di grigio emerse nella realtà. Allo stesso modo, occorre prendere contezza dell’insostenibilità di uno schema binario operatori onesti/operatori disonesti³⁰ o della dicotomia imprenditore mafioso/imprenditore non mafioso.

1.2 Il contrasto ai reati economici: la centralità della confisca dei proventi

A fronte di un quadro socio-criminologico così complesso e disomogeneo, è emersa una duplice difficoltà legislativa: da un lato, quella di approntare un disegno normativo sistematico; dall’altro, l’inadeguatezza del tradizionale apparato repressivo rispetto ai fenomeni di impresa ed alle strutturate associazioni criminali.

Il diritto penale, imperniato sul rapporto tra singoli individui (offensore e vittima) scaturito da un singolo fatto di reato, si è trovato di fronte ad un intreccio di interessi coinvolti in attività organizzate verso un fine produttivo³¹. Così, si sono succeduti nel tempo discipline e strumenti diversi, spesso dettati dalle emergenze del momento e non sempre coordinati tra loro.

²⁷ Il fenomeno, anche come prospettiva evolutiva dei metodi tradizionali, è analizzato in E. U. SAVONA, *Le organizzazioni criminali cit.*, 33 ss.

²⁸ Per una rassegna dell’approccio della giurisprudenza italiana in materia, C. VISCONTI, *Mafie straniere e ‘Ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell’art. 416 bis?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, n. 1, 353 ss. La possibilità di una diffusione del modello a rete anche tra le mafie italiane tradizionali, qualora dovesse venir meno l’apparato di protezione politico-amministrativa, è segnalata anche in E. U. SAVONA, *Le organizzazioni criminali cit.*, 35: «*se queste (le reti di protezione, nda) resteranno immutate il controllo del territorio rimarrà l’attività prediletta delle organizzazioni criminali autoctone, che rivolgeranno le loro attenzioni ai mercati transnazionali quasi esclusivamente per il riciclaggio dei proventi di attività illecite. Se queste reti protettive si sfalderanno, il futuro delle organizzazioni nostrane si apre a due possibili scenari: (1) l’arretratezza e la relativa disfatta o (2) la mutazione verso sistemi organizzativi più flessibili con il relativo investimento di risorse e know-how nei traffici illegali e in processi di internazionalizzazione (non solo legati alle attività di riciclaggio)*».

²⁹ Per un’illuminante e concisa analisi, cfr. C. E. PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in AA. VV., *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milano, 2004, 141 ss. L’A. rileva infatti che la distanza tradizionalmente avvertita tra criminalità economica e criminalità organizzata si è andata assottigliando. La progressiva omologazione è dovuta, sotto un primo profilo, alla trasformazione del tipo d’autore nell’ambito della criminalità “bianca”: se in origine era vista come individuale, con il tempo è sempre più divenuto criminalità dell’organizzazione. Su altro versante, la criminalità “nera” ha sempre più teso la sua proiezione offensiva verso beni diffusi, artificiali, inafferrabili (e dunque non solo quelli naturali ed individuali della vita, incolumità, ecc.). Infine, da Tangentopoli in poi, è divenuto chiaro che il metodo tipicamente mafioso di intimidazione e minaccia ha sempre più lasciato il posto ad una compenetrazione culturale criminale e ad un’intimidazione di tipo “ambientale”.

³⁰ In questi termini, C. VISCONTI, *Proposte per recidere il nodo mafie-impreses cit.*, 4.

³¹ Nel contesto d’impresa, sono diverse le disfunzioni che il sistema penale classico si è trovato ad affrontare. Nell’ambito di organizzazioni complesse, infatti, è difficile individuare le responsabilità individuali. A venire in rilievo, ancor prima delle già accennate distorsioni dei processi motivazionali (cfr., *retro*, note 6, 7 ed 8), è la difficoltà ad individuare idonee posizioni di garanzia, nonché la compatibilità di alcune categorie centrali quali il nesso di causalità (ad esempio, sotto il profilo dell’accertamento di processi eziologici molto complessi ed incerti) e la colpa (in particolare, la sua componente

Alle tradizionali misure punitive (detentive e pecuniarie, anche di natura amministrativa³²), il cui inasprimento non ha mai smesso di essere una terapia *placebo* delle paure dell'opinione pubblica, si

di prevedibilità, rischia di essere annacquata dalla distorsione del “senno del poi”, in misura accentuata quando si celebrano processi per fatti commessi molti anni prima e le cui conseguenze si sono verificate a distanza di tempo). Per un inquadramento generale di questi temi, cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale cit.*, 131 ss., per il quale «il classico diritto penale d'evento celebra qui uno dei suoi più gravi fallimenti»; per un'analisi del rapporto tra diritto penale e “società del rischio», cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003 e F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici cit.*, 1 ss.; sul tema dell'individuazione dei soggetti responsabili, A. ALESSANDRI, *Parte generale cit.*, 59 ss. e F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Rivista delle società*, 2012, 317 ss.

³² Spesso anche esse raggiungono elevati livelli di afflittività: si pensi all'entità delle sanzioni pecuniarie previste in tema di *market abuse* dal Testo Unico sulla Finanza (da ventimila a tre milioni di Euro per l'*insider trading*, art. 187 bis; da ventimila a cinque milioni di Euro per la manipolazione del mercato, art. 187 ter; in entrambi i casi innalzabili fino al triplo o fino a dieci volte il prodotto o profitto del reato ed accompagnate dalla confisca *ex 187 sexies* del medesimo prodotto/profitto). In questo senso, la nota sentenza della Corte Edu, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, che ha ritenuto che tali sanzioni, per la loro severità, rientrino nell'ambito della “materia penale”.

sono aggiunte misure più variegate: da quelle di tipo interdittivo³³ a quelle di sorveglianza e controllo³⁴ ovvero di prevenzione mediante cauzione³⁵.

³³ Sotto questo profilo, si sono aggiunte specifiche ipotesi di pene accessorie, quali la sospensione o interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese e l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione. Con gli articoli 120 e 123 della legge 24 novembre 1981, n. 689, nell'ambito di un più ampio disegno di modifica al sistema penale (con depenalizzazioni e disciplina del sistema sanzionatorio amministrativo), il legislatore ha introdotto nella parte generale del codice penale gli articoli 32 *bis* e 35 *bis*, 32 *ter* e 32 *quater*. Il primo prevede che ad ogni condanna alla reclusione di almeno 6 mesi per delitti commessi con abuso di poteri o violazione di poteri consegua - per una durata equivalente alla pena principale - l'incapacità di esercitare l'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale o dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica dell'imprenditore (in termini analoghi, l'art. 35 *bis* sospende tale capacità, per un tempo da 15 giorni a 2 anni, nelle ipotesi di arresto per contravvenzioni commesse con le medesime modalità). Gli ultimi due articoli citati prevedono che ogni condanna per un elenco tassativo di reati comporti l'incapacità di concludere contratti con la Pubblica Amministrazione per un periodo da uno a tre anni, fatti salvi i contratti per ottenere la prestazione di un pubblico servizio. Essi si aggiunsero alle ipotesi, già presenti nel codice penale, di sospensione (art. 35) o interdizione (art. 30) dall'esercizio di una professione o arte, nonché alla inabilitazione dall'esercizio di un'impresa commerciale (conseguente ad i delitti fallimentari *ex artt.* 216, 217 e 218 l. fall.). In maniera provvisoria, inoltre, nel processo penale è possibile applicare le misure di cui all'art. 290 c.p.p. (divieto temporaneo di esercitare determinate professioni, imprese o uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese), ma anche con il precedente art. 289 c.p.p., riferito non solo a pubblici uffici, ma anche a pubblici servizi.

Inoltre, come effetti dell'applicazione di misure di prevenzione personale, si sono previsti il divieto di ottenere tutta una serie di licenze, autorizzazioni, contributi, attestazioni, nonché la decadenza da quelli già ottenuti (misure anticipabili in via provvisoria in presenza di "motivi di particolare gravità"). Il riferimento è all'attuale art. 67 d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (che ricalca l'art. 10 legge 575/1965), che prevede l'impossibilità - per chi è destinatario di una misura di prevenzione personale - di ottenere licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio; concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali; concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessione di servizi pubblici; iscrizioni negli elenchi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari astatori presso i mercati anonari all'ingrosso; attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici; altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati; contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali; licenze per detenzione e porto d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materie esplodenti. Per una disamina dell'istituto, cfr. V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in AA. VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, 372 ss.

Le misure interdittive, infine, si sono rilevate un importante strumento sanzionatorio nei confronti degli enti nel cui interesse o vantaggio vengono commessi reati, secondo la logica "mirata" del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231. Il giudice può anticipare una delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2 di tale corpo normativo, qualora sussistano "gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato" e vi siano "fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede" (art. 45, comma 1 d. lgs. 231/01).

³⁴ A questa tipologia di strumenti appartengono diversi istituti ispirati alla *ratio* "terapeutica" di cui si è detto alla fine della nota precedente: amministrazione giudiziaria dei beni personali di soggetti pericolosi (art. 33 Cod. Ant.); amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche di imprenditori vicini a sodalizi criminali (art. 34 Cod. Ant.); controllo giudiziario di imprenditori vicini a sodalizi criminali (introdotto all'art. 34 *bis* Cod. Ant. dalla legge 17 ottobre 2017, n. 161); documentazione antimafia; commissariamento giudiziale di enti nel cui interesse o vantaggio è stato commesso un reato ma la cui interdizione creerebbe problemi sociali (art. 15 d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231); misure di gestione, sostegno e monitoraggio disposte dal prefetto ad imprese coinvolte in indagini penali o situazioni anomale (art. 32 d.l. 90/2014).

³⁵ Tra le misure di prevenzione patrimoniale, l'art. 31 d. lgs. 159/2011 prevede l'imposizione obbligatoria della cauzione per i casi in cui sia applicata una misura di prevenzione personale (comma 1) e la possibilità discrezionale del giudice (comma 2), anche al di fuori di tali casi, "qualora ravvisi l'opportunità" di prescrivere alla persona denunciata una serie di comportamenti "virtuosi" (individuati dai commi 3 e 4 dell'art. 8). In entrambi i casi, la cauzione può essere sostituita

Il vero principio-guida dell'azione di contrasto alla criminalità economica, però, si è rivelato essere quello di impedire il consolidamento dei proventi illeciti: sia a livello nazionale, che sovranazionale, infatti, la maggiore preoccupazione è stata quella di evitare che il reato potesse essere un'appetibile fonte reddituale. L'imperativo categorico, dunque, è divenuto quello di affermare a chiare lettere che "il crimine non paga"³⁶.

Per un verso, mediante i c.d. *delit obstacle*, si è sensibilmente ampliata la platea dei soggetti punibili perché risultano coinvolti nella circolazione della ricchezza di provenienza illecita³⁷.

Per altro verso, lo strumento che più di ogni altro ha assunto un ruolo determinante nel raggiungimento del citato obiettivo di contrasto è stato senza ombra di dubbio la confisca. Si tratta di un istituto che - pur avendo proteiformi espressioni³⁸ - ha la caratteristica comune di essere una misura espropriativa a favore dello Stato.

In relazione ad i proventi criminosi, l'originario impianto codicistico (ancora oggi valido, seppur in ottica residuale) prevede che il giudice penale, nel pronunciare una condanna, possa disporre la confisca delle cose che costituiscono il prodotto (risultato empirico) o il profitto (vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta) del reato, mentre deve in ogni caso ordinare la confisca del relativo prezzo (compenso per commettere il reato). Negli anni l'obbligatorietà del provvedimento ablatorio è stata estesa, in relazione a specifici reati, anche per il profitto ed il prodotto³⁹.

da idonee garanzie reali e la violazione degli obblighi e divieti prescritti dal giudice comporta la confisca della cauzione o dei beni oggetto di garanzia. Cfr. V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione cit.*, 370 ss. e 402.

³⁶ Cfr., per un'analisi del tema, V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, n. 3, 1259 ss.

³⁷ Il riferimento è agli artt. 379 (favoreggiamento reale), 648 (ricettazione), 648 *bis* (riciclaggio), 648 *ter* (impiego di denaro, beni o utilità di provenienza criminosa) ed al recentissimo 648 *ter.1* (autorriciclaggio), nonché all'art. 712 c.p. (acquisto di cose di sospetta provenienza) ed all'art. 12 *quinquies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356 (trasferimento fraudolento di valori).

³⁸ L'espressione, spesso utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, si comprende alla luce del complesso quadro di sequestri e confische presenti nel nostro ordinamento. Cfr., *ex multis*, Corte Cost., 25 maggio 1961, n. 29; Corte Cost., 26 maggio-4 giugno 2010, n. 196; Cass. pen., sez. II, 30 ottobre-4 dicembre 2008, n. 44123. Sebbene infatti il presente lavoro sia incentrato essenzialmente sulla confisca dei proventi criminosi, occorre rilevare come oggetto del provvedimento ablatorio possano o, a seconda dei casi, debbano essere anche le cose con cui è stato commesso il reato o che a ciò erano destinate, le cose la cui stessa fabbricazione, detenzione, porto, uso o alienazione costituisca reato o altri beni in qualche maniera collegati al reato (come nel caso dei terreni oggetto di lottizzazione abusiva). Sul punto, cfr. P. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in C. F. GROSSO-T. PADOVANI- A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, tomo II, Milano, 481 ss.

³⁹ Tra le varie ipotesi speciali di confisca obbligatoria, riferita ad oggetti ulteriori rispetto al prezzo, si ricordano - in relazione al mondo degli affari - l'art. 2641 c.c. (prodotto, profitto e beni utilizzati per commettere reati societari), gli artt. 322 *ter* e 335 *bis* c.p. (prodotto, profitto ed *instrumenta delicti* per reati contro la p.a.), l'art. 416 *bis*, comma 7 c.p. (per beni strumenti, prezzo, profitto, prodotto e loro reimpiego), l'art. 640 *quater* c.p. (profitto di alcuni reati di truffa), l'art. 648 *quater* c.p. (prodotto e profitto dei reati di riciclaggio, reimpiego ed autorriciclaggio), l'art. 473 *bis* c.p. (mezzi, oggetti, prodotto, profitto dei reati di contraffazione), gli artt. 187 e 187 *sexies* t.u.f. (prodotto, profitto, beni utilizzati per commettere aggio o *insider trading*, anche nelle forme di illeciti amministrativi), l'art. 12 *bis* d. lgs. 74/2000 (profitto dei reati tributari). Aggiungendo un'ipotesi specifica allo stesso secondo comma dell'art. 240 c.p., poi, una novella del 2012 ha reso obbligatoria la confisca degli *instrumenta delicti* di tipo informatico/telematico nell'ambito dei *cybercrimes*.

Inoltre, soprattutto in contesti come quello in esame caratterizzati dalla frequenza delle transazioni, è emersa la difficoltà pratica nel rinvenire le cose di diretta derivazione criminosa. Così, su impulso sovranazionale, il legislatore si è discostato dal paradigma tradizionale ed, accanto a molte ipotesi speciali di confisca obbligatoria, ha previsto la c.d. *value confiscation*. In altre parole, in via sussidiaria, l'acquisto coattivo da parte dello Stato può riguardare "somme di denaro, beni o altre utilità per un valore corrispondente"⁴⁰.

Un approccio ancora più incisivo è quello nato nel periodo di massimo allarme sociale suscitato dalla violenta affermazione del fenomeno mafioso in Italia: la *criminal policy* è passata dalla mera recisione dei rapporti soggettivi di appartenenza di singoli beni al "ben più impegnativo compito di arginare le c.d. basi economiche del crimine organizzato"⁴¹. L'attenzione, in altri termini, si è spostata dal singolo fatto di reato all'intero patrimonio illecitamente accumulato⁴².

In questo senso, vengono in rilievo la confisca c.d. di prevenzione, oggi prevista dall'art. 24 d. lgs. 159/2011 e la confisca c.d. allargata di cui all'art. 12 *sexies* d.l. 306/1992.

La prima misura può essere disposta dal Tribunale, all'esito di un peculiare procedimento, in relazione ad i beni di un soggetto tra quelli individuati come pericolosi dall'art. 4 Cod. Ant. (o segnalato dal comitato per le sanzioni Onu) di cui egli "*non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle*

⁴⁰ Al doppio binario - confisca diretta dei proventi /confisca per equivalente - è ispirato anche l'art. 4 della recente direttiva 2014/42/UE del 3 aprile 2014.

⁴¹ In questo senso, L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie: confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997, 10, come citato in E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa cit.*, 20.

Emblema della centralità di tali modelli nella *criminal policy* è la recente Direttiva 2014/42 Ue, che prevede all'art.5 un'ipotesi di *extended confiscation*, costruita proprio sul modello italiano dell'art. 12 *sexies* (cfr. A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti dei proventi da reato nell'Unione Europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 settembre 2014, 22 ss.). Ne sottolinea la "penombra di legalità" ed il deficit di garanzie V. MANES, *L'ultimo imperativo cit.*, 1271, in cui l'A. denuncia la necessità della «ricerca di un punto di equilibrio tra istanze efficientistiche e diritti individuali conforme al modello programmatico del diritto penale assunto come 'scienza dei limiti del punire' (Strafbegrenzungswissenschaft)». Interessante, sul punto, anche l'analisi di C. E. PALIERO, *Criminalità economica cit.*, in cui l'A. si sofferma sul sub-sistema penale per il contrasto alla criminalità organizzata, pensato «come diritto penale per i nemici, che non ha come destinatari i cittadini - con i quali è in atto un patto sociale costantemente valido ancorché violato in qualche sua clausola - bensì coloro che sono, anche dichiaratamente o per facta concludentia antagonisti dello Stato».

⁴² La prima "timida" introduzione di uno strumento di questo tipo è quella compiuta con l'art. 22 l. 22 maggio 1975, n. 152 (pensata *in primis* per l'emergenza terrorismo), che ha permesso la sospensione dell'amministrazione dei beni di soggetti ritenuti pericolosi ai sensi della legge 575 del 1965 (sulle misure di prevenzione personale). Tuttavia, tale disposizione si riferiva ai soli beni di natura personale (che avrebbero potuto agevolare l'attività socialmente pericolosa) e comunque non comportava un'acquisizione definitiva al patrimonio dello Stato. Cfr. V. POMPEO, *La confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà*, Milano, 2013, 11 s. Oggi la disciplina è all'art. 33 Cod. Ant., sul quale cfr. V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione cit.*, 379 ss.

Il vero salto di qualità si ebbe con la legge 13 settembre 1982, n. 646 (c.d. "legge Rognoni- La Torre") che - in seguito agli omicidi eccellenti del deputato La Torre e del prefetto Dalla Chiesa - introdusse, come misure di prevenzione patrimoniale, una del tutto peculiare forma di (sequestro e) confisca (c.d., appunto, "di prevenzione"). Dieci anni più tardi, è ancora il clima stragista a spingere il legislatore ad introdurre il delitto di "possesso ingiustificato di valori", poi censurato dalla Corte Costituzionale (sent. 17 febbraio 1994, n. 48) e "ricoverito" nella c.d. "confisca allargata" o "per sproporzione" (art. 12 *sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356).

imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego". Si tratta, dunque, di una prova particolarmente semplificata (visto l'addossamento sul soggetto destinatario della misura dell'onere di giustificazione della provenienza dei beni), nonché di un provvedimento che (dal 2009) prescinde dall'attualità della pericolosità sociale del soggetto proposto⁴³. Qualora, poi, non sia possibile procedere nei confronti dei citati beni, perché il proposto non ne ha la disponibilità, diretta o indiretta, anche ove trasferiti legittimamente in qualunque epoca a terzi in buona fede, l'art. 25 Cod. Ant. prevede che la confisca abbia ad oggetto altri beni di valore equivalente e di legittima provenienza dei quali il proposto ha la disponibilità, anche per interposta persona⁴⁴.

Sul presupposto della sproporzione tra il dichiarato (o comunque l'attività economica svolta) ed il posseduto (nell'ampio significato di disponibilità diretta o indiretta), è incentrata anche la confisca prevista dall'art. 12 *sexies* del citato decreto Martelli. In questo caso, però, ulteriore presupposto non è la sussistenza di meri indizi di "mafiosità" o comunque di pericolosità, bensì l'esistenza di una sentenza di condanna (o di applicazione della pena su richiesta delle parti) per una serie definita di reati⁴⁵, riguardo ai quali però non va accertato alcun nesso di pertinenzialità⁴⁶. Anche qui, l'unico modo per evitare l'ablazione è, per il soggetto destinatario, giustificarne la legittima provenienza (non risultando tale la lecita acquisizione di redditi non dichiarati al Fisco⁴⁷).

Vista la particolare incisività di tali strumenti - comunque ritenuti conformi a Costituzione e Cedu⁴⁸ - si è di recente affermato un *trend* teso ad ampliare il loro ambito applicativo anche a contesti diversi

⁴³ Per un'analisi più esaustiva dell'istituto e delle problematiche ad esso connesse, cfr. V. MAIELLO, *Le singole misure cit.*, 381 ss.

⁴⁴ Si tratta di una particolare ipotesi di confisca per equivalente che, prima delle modifiche apportate dall'art. 5, comma 9 legge 17 ottobre 2017, n. 161, presupponeva quantomeno un trasferimento del bene da parte del destinatario della misura. Cfr. V. MAIELLO, *Le singole misure cit.*, 397 ss.

⁴⁵ Si tratta dei reati di associazione mafiosa, estorsione, riciclaggio e reimpiego, trasferimento fraudolento di beni, riduzione in schiavitù e acquisto/alienazione di schiavi, c.d. caporalato, reati in materia di stupefacenti, terrorismo, contraffazione, sfruttamento sessuale dei minori e, come anticipato, delitti contro la pubblica amministrazione. L'art. 31 della recente legge 17 ottobre 2017, n. 161 ha ampliato tale catalogo (in particolare con un rinvio a tutti i reati contemplati dall'art. 51, comma 3 bis c.p.p.) ed ha previsto la confisca senza condanna (definitiva), per quelle ipotesi in cui sopravvenga l'estinzione del reato per prescrizione o amnistia dopo che comunque vi sia stata una pronuncia formale, seppur non definitiva, di accertamento della responsabilità dell'imputato. Cfr. S. FINOCCHIARO, *La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 ottobre 2017; F. MENDITTO, *Verso la riforma del d. lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia) e della confisca allargata*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2015.

⁴⁶ Il nesso di pertinenzialità deve ritenersi presunto (e non assente), come ritenuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 18 del 1996 (cfr., *infra*, nota 48).

⁴⁷ In relazione all'art. 12 *sexies* la legge 17 ottobre 2017, n. 161 ha positivizzato tale assunto, che era già stata affermato - desumendolo dalla previgente disciplina - da Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 33451; Cass. pen., sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29926).

⁴⁸ Per quanto riguarda la confisca di prevenzione, il fondamento della legittimità costituzionale è stato rinvenuto nell'ambito dei limiti di rilevanza sociale che la Costituzione pone ai diritti di libera iniziativa economica privata (art. 41) e di proprietà (art. 42) e, più di recente, anche sulla non sussistenza della violazione del diritto di difesa (visto che l'inversione dell'onere probatorio relativamente alla provenienza segue comunque all'accertamento di un quadro indiziario di "inequivoca sintomaticità": cfr. Cass. Pen., sez. I, 16 ottobre 2009, n. 6684). A livello convenzionale, la Corte Edu ha ritenuto che una simile privazione di libertà rientri nello spazio di regolazione dell'uso dei beni ammessa dal secondo comma dell'art. 1 del Protocollo 1 (Corte Edu, 4 settembre 2001, Riella ed altri c. Italia) e che comunque si

da quelli mafiosi⁴⁹. In questo senso, il Codice delle leggi antimafia (d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159) ha esteso il novero dei soggetti destinatari di misure di prevenzione patrimoniale ad una serie di soggetti pericolosi per vari motivi, facendovi ricadere anche la delinquenza comune⁵⁰. Ulteriormente, la recentissima legge 17 ottobre 2017, n. 161 ha seguito questa linea direttrice e tipizzato altre ipotesi criminose all'art. 4 Cod. Ant.⁵¹.

Infine, nell'ambito di un più ampio disegno di contrasto "mirato" all'organizzazione imprenditoriale, il d. lgs. 231/2001 ha inserito la confisca, anche per equivalente, del prezzo e del profitto tra le sanzioni derivanti dalla responsabilità da reato degli enti (artt. 9 e 19), prevedendone peraltro l'applicazione anche in assenza di "colpevolezza" se il reato è commesso da soggetti apicali (art. 5, comma 6), nonché l'estensione agli introiti derivanti dalla gestione commissariale, laddove prevista (art. 15).

A chiosa di questa ricostruzione, occorre considerare che, ancor prima dell'applicazione definitiva della confisca, vi è la possibilità di procedere al sequestro delle cose che possono essere oggetto di

tratti di una misura extrapenale e - come tale - non soggetta all'art. 7 della Convenzione. La confisca "allargata" è nata, come detto, come correttivo costituzionalmente adeguato del censurato delitto di "possesso ingiustificato di valori" *ex 12 quinquies* dello stesso decreto Martelli. L'istituto è stato ritenuto legittimo dalla sentenza della Corte Costituzionale del 29 gennaio 1996, n. 18 proprio perché conseguente ad una condanna (dunque rispettosa dell'art. 27) e contenente una presunzione legislativa di nesso di pertinenzialità basata su una ragionevole valutazione. Analogamente, la Corte Europea ha ritenuto che la lotta al crimine ben può limitare il diritto di proprietà, rimanendo nella discrezionalità del legislatore il bilanciamento tra le diverse esigenze, con l'unico limite - non travalicato - della ragionevolezza e proporzione (Corte Edu, 10 aprile 2003, Yldirim c. Italia). Su tali questioni cfr. R. CANTONE, *La confisca per sproporzione* e V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: i lineamenti generali*, in AA. VV., *La legislazione penale cit.*, 121 s. e 313 ss.; V. POMPEO, *La confisca di prevenzione cit.*, 16 ss.

⁴⁹ Dopo i primi interventi dettati dall'allarme sociale provocato dal clamore stragista, un "secondo tempo" della legislazione antimafia si è avuta dal 2008 in poi, dapprima con alcune importanti modifiche attuate dai c.d. "pacchetti sicurezza" e, in maniera più organica, con l'introduzione del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nel 2011. Proprio tale corpo normativo è stato interessato da diverse modifiche (si ricordano: la legge 228 del 2012, i d. lgs. 218/2012 e 153/2014, i d.l. 119/2014 e 7/2015, conv. nelle leggi 146/2014 e 47/2015 e, da ultimo, la legge 17 ottobre 2017, n. 161). Sulle modifiche apportate, cfr. S. FINOCCHIARO, *La riforma cit.*; F. MENDITTO, *Verso la riforma cit.* Sul punto, cfr. V. MAIELLO, *Le singole misure cit.*, 335 ss. e R. CANTONE, *La confisca per sproporzione cit.*, 125 ss.

⁵⁰ Sulla scia delle estensioni soggettive già effettuate con i c.d. pacchetti sicurezza (riguardo alle quali, cfr. V. CONTRAFATO, *La sfera soggettiva di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali*, in A. BALSAMO-V. CONTRAFATO-G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali cit.*, 59 ss.), infatti, l'art. 16 Cod. Ant. compie un rinvio integrale al catalogo previsto dall'art. 4 per le misure di prevenzione personale: non solo indiziati di comportamenti tipicamente mafiosi, ma anche di terrorismo, violenza negli stadi, fascismo e, infine, il generico riferimento ad "altri traffici delittuosi abituali o abituale tenore di vita basato su proventi criminosi". In questo modo, non ci sono dubbi sul fatto che rientrino, ad esempio, anche le sproporzioni patrimoniali frutto di evasione fiscale (cfr., quale esempio di un orientamento giurisprudenziale consolidato, Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio-29 luglio 2014, n. 33451).

⁵¹ L'art. 1 della citata legge 17 ottobre 2017, n. 161 prevede - tra le altre cose - l'ampliamento dei destinatari delle misure di prevenzione personali e patrimoniali ai soggetti indiziati del reato di assistenza agli associati ex art. 418 c.p. (cfr. lett. b dell'art. 4); alle persone che abbiano posto in essere atti esecutivi - e non più, dunque, solamente preparatori - diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati indicati alla lett. d) o f); ai soggetti indiziati del delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ex art. 640-bis c.p. (cfr. nuova lett. i-bis dell'art. 4); agli indiziati di associazione a delinquere finalizzata alla commissione di numerosi reati contro la pubblica amministrazione (cfr. nuova lett. i-bis dell'art. 4); ai soggetti indiziati di *stalking* ex art. 612-bis c.p. (cfr. nuova lett. i-ter dell'art. 4). Cfr., per una prima lettura unitaria delle novità introdotte dalla riforma, S. FINOCCHIARO, *La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 ottobre 2017. Cfr. anche F. MENDITTO, *Verso la riforma cit.*

confisca. Per evidenti ragioni precauzionali⁵², infatti, è possibile “congelare” i beni per la durata del procedimento penale o di prevenzione, vincolandoli al successivo provvedimento ablatorio⁵³. Anzi, è proprio in sede di sequestro che si svolgono i principali conflitti tra poteri dello Stato e diritti individuali, come testimonia la rassegna giurisprudenziale in materia di confisca, prevalentemente riferita ad impugnazioni di provvedimenti cautelari⁵⁴.

1.3 Collateral: gli effetti non desiderati della confisca dei proventi criminosi

Il “congelamento” e la successiva ablazione patrimoniale costituiscono formidabili strumenti nella lotta al crimine economico, sia esso commesso da *white collars* o, più pericolosamente, da stabili organizzazioni criminali che controllano il territorio. Essi, d'altronde, sono sicuramente giustificati dalla preoccupante realtà criminologica pocanzi descritta.

Tuttavia, sarebbe errato commettere l'errore di non interrogarsi, da un lato, sullo statuto di garanzie da applicare al soggetto destinatario della misura⁵⁵; dall'altro, venendo al tema centrale della presente trattazione, agli effetti collaterali sui soggetti che possono dirsi “terzi” rispetto all'attività criminosa.

Vincolare e poi sottrarre beni di provenienza criminosa, infatti, può incidere nella sfera giuridica di soggetti che - pur orbitando attorno all'impresa nell'ambito della quale si è consumato il reato - non siano coinvolti nell'attività illecita.

In primo luogo ciò può succedere nei confronti dei titolari di situazioni giuridiche soggettive strettamente correlate al bene ed il cui interesse è, appunto, mantenere le prerogative su di esso. Può trattarsi di diritti reali (tra tutti il proprietario) o di tipo obbligatorio (come il conduttore d'azienda, ad esempio).

Inoltre, sequestri e confische possono creare un pregiudizio anche a coloro che guardano al bene non nel suo valore individuale, bensì quale garanzia patrimoniale, generica o specifica, dell'adempimento di un'obbligazione. Una seconda categoria è dunque costituita dai creditori del soggetto a cui viene

⁵² In questa sede vale solo la pena citare come in dottrina siano state sollevate critiche in relazione al requisito del *periculum in mora*, che - per la consolidata giurisprudenza - si identifica nella mera confiscabilità della cosa. Se ciò non crea grandi problemi in relazione alla confisca obbligatoria, il concetto andrebbe chiarito con riferimento alla confisca facoltativa: come si avrà modo di esporre, quest'ultima presuppone un accertamento concreto di pericolosità, il quale dunque - seppur in modalità sommaria - andrebbe compiuto anche in fase di sequestro. Sulle ricadute processuali dell'espansione dell'istituto della confisca, B. AGOSTINI, *Riflessi processuali dell'evoluzione della confisca*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, n. 3, 102 ss.

⁵³ Tra le misure cautelari reali nel codice di rito penale vi è il sequestro preventivo “delle cose di cui è consentita la confisca” (art. 321, comma 2 c.p.p.). In tale nozione, dunque, vi rientrano tutte le tipologie di confisca, a prescindere dalla natura giuridica, che possono essere disposte dal giudice nel processo penale. In maniera analoga dispone l'art. 53, comma 1 d. lgs. 231/2001.

Diversamente, la misura prodromica alla confisca di prevenzione è un peculiare sequestro, disposto anche d'ufficio e quindi senza neanche la possibilità di prova contraria della legittima provenienza, sui «*beni dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego*» (art.20, comma 1 Cod. Ant.).

⁵⁴ Sono tali, a titolo di esempio, alcune tra le più importanti pronunce in materia: Cass. Pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654; Cass. Pen., Sez. Un., 10 luglio 2008, n. 38834; Cass. pen., V Sez., 13 novembre 2012, n. 14044; Cass. pen., Sez. Unite, 30 gennaio 2014-5 marzo 2014, n. 10561.

⁵⁵ Questo tema sarà in questa sede trattato solo incidentalmente e strumentalmente a quello della tutela dei soggetti “terzi”.

sottratto il bene, per i quali l'interesse è costituito dall'integrità del patrimonio del proprio debitore. E' evidente che in ambito d'impresa si tratti di una categoria tutt'altro che marginale e non va dimenticato che tra essi una posizione peculiare è occupata dai danneggiati dallo stesso reato fonte del provento.

Infine, non si può trascurare il fatto che l'acquisto coattivo da parte dello Stato di beni strategici per la produzione (su tutti, l'azienda; ma effetti analoghi ha la confisca di una quantità significativa di quote sociali) può compromettere la stessa continuità dell'impresa, così incidendo nella sfera di un'ampia platea di soggetti che ad essa sono interessati: i c.d. *stakeholder*.

L'interrogativo che costituisce il *leit-motiv* del presente lavoro, allora, è quello volto ad individuare gli spazi di tutela di queste tre categorie di soggetti che si possono definire "terzi". In altre parole, occorre comprendere fino a quando il condivisibile obiettivo politico-criminale di contrasto patrimoniale alla criminalità economica possa prevalere sulle istanze individuali.

Per adempiere tale compito non si può che partire da una generale ricostruzione dei limiti costituzionali e sovranazionali entro i quali i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario sono legittimati ad agire.

1.4 Gli spazi di tutela dell'individuo nell'attuale assetto costituzionale, tra diritti bilanciabili e doveri di solidarietà

Ogni volta che si ragiona di tutela dei singoli va tenuta in considerazione la compresenza di altri rilevanti e meritevoli interessi, pubblici o privati, nonché la ricorrenza solidaristica di doveri sociali. Nell'attuale prospettiva costituzionale, infatti, i diritti e le libertà individuali devono essere garantiti non solo in ottica omissiva evitandone la violazione, bensì anche in ottica promozionale, favorendone la realizzazione; inoltre essi non valgono solo in ottica verticale, contro lo Stato, ma anche in ottica orizzontale, tra gli stessi cittadini⁵⁶.

Questo duplice carattere comporta che - salvo una stretta cerchia di diritti che si possono definire in senso proprio inviolabili⁵⁷ - la maggior parte dei diritti e delle libertà definiti "fondamentali" (o anche, espressamente, "inviolabili"⁵⁸) vadano in realtà letti in senso relazionale e relativo e dunque possano legittimamente ricevere una limitazione o un'incisione, nell'ottica di necessario ed ineludibile bilanciamento tra interessi confliggenti⁵⁹.

⁵⁶ Di recente in questo senso, rispetto ai diritti costituzionali e delle varie Carte sovranazionali, A. GAMBARO, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle Carte fondamentali*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, 1230.

⁵⁷ Sono tali, ad esempio, il diritto alla vita (art. 2 Cedu, in combinato con l'art. 27, comma 4 Cost.) ed all'integrità fisica e psichica (art. 4 Cedu, 13 e 32 Cost.).

⁵⁸ Anche per diritti tutelati in maniera particolarmente forte, come ad esempio la libertà personale, sono previste legittime ipotesi di compressione, seppur con rigide e precise garanzie (in particolare, la doppia riserva di legge e di giurisdizione, prevista dall'art. 13 Cost.; con indicazione più specifica, art. 5 Cedu), soprattutto in materia penale (art. 25, 27 e 111 Cost., artt. 6, 7 Cedu, 2,3 e 4 prot. add. 7 Cedu).

⁵⁹ In A. GAMBARO, *Categorie del diritto privato cit.*, 1230 ss. si evidenzia come proprio la tutela dei diritti in linea orizzontale crei seri problemi nella trasposizione in regole di condotta e come l'aumentare dei diritti proclamati aumenti anche le possibilità di interrelazioni ed attriti tra essi, accentuando la necessità di un equilibrato coordinamento di tutela.

Utilizzando le lucide parole della Corte Costituzionale, «*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”. Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona*»⁶⁰.

Proprio l’idea personalistica e solidaristica che regge l’intera Costituzione, inoltre, trova una base fondamentale nei doveri sociali correlati, in una corrispondenza biunivoca, al riconoscimento dei diritti sociali⁶¹.

In quest’ottica, spetta in prima battuta al legislatore ordinario individuare un punto di equilibrio chiaro e soddisfacente: ciò lo si desume dal frequente riferimento che la Costituzione fa alla legge quale primo strumento che concretizzi i compiti di promozione e limitazione dei diritti e dei doveri, ma più in generale dallo stesso principio fondamentale di divisione dei poteri⁶².

In un simile ordine di idee, peraltro, deve necessariamente muoversi anche l’interprete. Il giudice ordinario ha l’obbligo di interpretare l’assetto delineato dal legislatore nel modo maggiormente conforme ad i principi espressi dalla Costituzione ed, in ottica multilivello, dagli strumenti

⁶⁰ Si tratta di un estratto della sentenza 9 aprile-9 maggio 2013, n. 85, in cui la Corte Costituzionale (che nella frase compresa tra le virgolette alte cita, a sua volta, la sua sentenza 9 ottobre-19 novembre 2012, n. 264) si è occupata del conflitto tra salute e lavoro che ha interessato il noto caso Ilva di Taranto (ed in particolare la possibilità di proseguire la produzione anche in presenza di un sequestro penale, ricorrendo taluni requisiti dimensionali-occupazionali e comunque rispettando alcune prescrizioni amministrative ambientali): «*non si può condividere l’assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l’aggettivo «fondamentale», contenuto nell’art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell’ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».*

⁶¹ In questo senso, lucidamente, A. M. POGGI, *I diritti delle persone. Lo stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, Milano, 2014, 57 ss., in cui si evidenzia come la vera svolta avuta con l’affermazione costituzionale dello Stato Sociale non sia stata quella di riconoscere una serie di (pur sacrosante) libertà dallo Stato, ma piuttosto quella della correlativa assunzione dei doveri mediante l’originario patto tra consociati. La solidarietà, pur trovando il suo momento originario nella dimensione morale, non muta geneticamente quando si trasforma in regola giuridica. Così, ancora, A. M. POGGI, *I diritti delle persone cit.*, 72 ss., in cui si evidenzia anche la recente valorizzazione della solidarietà economica e sociale da parte della Corte Costituzionale.

⁶² Mentre infatti i compiti di tutela e promozione dei diritti e di richiesta dei doveri sono riferiti alla Repubblica quale soggetto unitario (tra tutti, l’art. 2 Cost., ma anche 3, 4, 5, 6, 9, ecc.), è la legge lo strumento di garanzia per individuare, tra gli altri, i casi e modi di limitazione della libertà personale (art. 13), del domicilio (art. 14), della corrispondenza (art. 15) ed alla libera circolazione (art. 16); i casi in cui possono essere richieste prestazioni personali o patrimoniali (art. 23), i casi ed i limiti della potestà punitiva (art. 25), i casi di trattamento sanitario obbligatorio (art. 32), i programmi ed i controlli opportuni per indirizzare a fini sociali l’attività economica (art. 41), i modi di acquisto e godimento ed i limiti alla proprietà per assicurarne la funzione sociale e renderla accessibile a tutti (art. 42).

sovranazionali (su tutti, Convenzione Edu e diritto primario dell'Unione)⁶³. Solo qualora la formulazione letterale della norma impedisca un esito così orientato, diventa possibile - a seconda dei casi - disapplicare o invocare l'illegittimità delle disposizioni in esame⁶⁴, la quale potrà essere dichiarata, ancora una volta, tenendo ben conto della richiamata operazione di bilanciamento ed integrazione tra diritti e doveri.

In relazione al tema oggetto della presente trattazione, i due poli del bilanciamento sono, da un lato, il dovere dello Stato di proteggere in maniera attiva tutto il novero di interessi economici e sociali lesi dalla commissione di reati nel mondo degli affari; dall'altro, le già accennate prerogative dei soggetti "terzi" rispetto all'attività criminosa ed incisi invece dall'intervento ablatorio dello Stato.

Si tratta di un compito non facile⁶⁵ e che, per evitare di esaltare «*il potere arbitrario dei decisori*», deve essere fondato su un approccio metodologicamente rigoroso⁶⁶. In questo senso, appare utile

⁶³ A partire dalla sentenza n. 356 del 14-22 ottobre 1996, la Corte Costituzionale ha chiaramente e costantemente affermato che «*le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice decida di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*». Viene dunque dichiarata l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata quando il giudice remittente ha omesso di ricercare - o ha ricercato in modo inadeguato - l'interpretazione conforme a Costituzione.

Un obbligo di interpretazione conforme è stato più volte ribadito, rispetto all'ordinamento comunitario, dalla Corte di Giustizia di Lussemburgo (*ex multis*, cfr. Corte di Giustizia UE, 13 novembre 1990, Causa C-106/89, *Marleasing*) ed avallato, nella sua funzione di "cerniera" tra ordinamenti, dalla stessa Corte Costituzionale Italiana (sulla metafora e sul punto, cfr. E. LAMARQUE, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in AA. VV. (a cura di A. BERNARDI), *L'interpretazione conforme al diritto dell'unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico. Atti del Convegno inaugurale del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara-Rovigo*, 15-16 maggio 2014, 91 ss.).

Per una lucida e concisa panoramica sulla tecnica dell'interpretazione conforme, cfr. R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in AA. VV. (a cura di A. BERNARDI), *L'interpretazione conforme cit.*, 17 ss.

⁶⁴ Per le norme contrarie alla Costituzione il giudice, se non può compiere un'interpretazione conforme, è tenuto a proporre una questione di legittimità costituzionale, con controllo accentratore della Corte Costituzionale. Analogamente, le norme lesive di diritti garantiti dalla CEDU o da altre eventuali fonti internazionali vincolanti per lo Stato italiano devono essere oggetto di pronuncia costituzionale, attraverso l'art. 117 Cost, così come stabilito dalle fondamentali sentenze della Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

Il rispetto del diritto dell'Unione Europea, invece, è ricollegato all'art. 11 Cost. e deve essere garantito mediante lo strumento "diffuso" della disapplicazione da parte del singolo giudice (salvo che si tratti di norme europee non aventi la c.d. efficacia diretta). Il principio del primato rispetto al diritto interno è tale da determinare la prevalenza della norma dell'Unione non solo sulle norme primarie, quindi sulle norme legislative, ma anche sulle singole previsioni costituzionali, con l'unica eccezione del nocciolo duro dei principi fondamentali della Costituzione (teoria dei controlimiti). Sul punto, le storiche sentenze della CGUE, 9 marzo 1978, *Simmenthal* e della Corte Cost., 8 giugno 1984, *Granital*; più di recente, in tema di disapplicazione in materia penale e controlimiti, cfr. sentenza CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, *Taricco* e altri ed ordinanza Corte Cost., 23 novembre 2016-26 gennaio 2017, n. 24.

⁶⁵ Come evidenziato in A. GAMBARO, *Categorie del diritto privato cit.*, 1225 ss., infatti, il linguaggio delle Carte costituzionali e dei diritti è caratterizzato dall'elasticità delle formule utilizzate, sia per la «*vocazione alla lunga durata e dall'ampiezza delle relazioni umane governate*», sia per l'essere rivolto in maniera più che mai diretta ai cittadini la cui convivenza si basa su quei pilastri giuridici. Inoltre, per quanto riguarda le Carte dei diritti di tipo sovranazionale, possibile fonte di equivoci è anche la riferibilità a contesti linguistici e giuridici eterogenei.

⁶⁶ Il virgolettato è di A. GAMBARO, *Categorie del diritto privato cit.*, 1245. Nello stesso articolo si individuano come necessari all'operazione di tutela dei diritti i preliminari compiti di identificazione in maniera precisa dei diritti oggetto di indagine (soprattutto nei casi in cui non vi sia perfetta coincidenza tra le categorie giuridiche dei diversi sistemi giuridici interessati) e successivamente porli in ottica relazionale. Di una simile operazione, a parere di A. GAMBARO, *Categorie del diritto privato cit.*, 1241 ss., non si fa sempre carico la Corte di Strasburgo che, nell'impostazione verticale derivante dalla posizione di garante delle posizioni soggettive che i singoli hanno diritto di vedere tutelate nei confronti degli Stati,

vagliare in primo luogo quella che è la tutela “generica” che l’ordinamento offre rispetto alla compressione dei diritti dei singoli; successivamente, il più specifico e rigido statuto di garanzie che viene in rilievo quando lo Stato attiva la sua potestà punitiva e, in particolare, quella penale.

1.5 La tutela generica dell’individuo

1.5.1 I canoni generali di ragionevolezza e proporzionalità

Il primo generale limite che incontra il legislatore nel predisporre un assetto di interessi è quello di non incorrere in irragionevolezza o sproporzione⁶⁷. I due canoni derivano da due diverse tradizioni giuridiche e sottendono un sindacato metodologicamente diverso.

La ragionevolezza, di origine anglosassone, corrisponde ad un criterio minimale di censura dinanzi a casi estremi di incongruità, inadeguatezza, inidoneità, abnormità della legislazione. Proprio per questo, si presenta come un giudizio totalmente de-strutturato, che opera in modo intuitivo: ad esso il giudice ricorre di fronte ad un’incontrovertibile evidenza e dunque non richiede di essere dimostrato attraverso un percorso argomentativo articolato⁶⁸.

La proporzionalità, nata nel diritto amministrativo prussiano, poggia su un metodo particolarmente rigoroso, che consta di quattro momenti: la prima fase attiene alla verifica della legittimità dello scopo perseguito dal legislatore, che non deve essere in contrasto con i principi costituzionali; il secondo *step* concerne l’accertamento della sussistenza di una “connessione razionale” tra i mezzi predisposti dal legislatore e i fini che questi intende perseguire; il terzo passaggio, detto della “necessità”, consiste nell’esame del *least-restrictive means*: il legislatore deve aver scelto lo strumento che permette di ottenere l’obiettivo prefissato con il minor sacrificio possibile di altri diritti o interessi costituzionalmente protetti; infine, nell’ultimo delicato momento (“proporzionalità in senso stretto”) vanno verificati gli effetti dell’atto legislativo, mettendo a raffronto e soppesando i benefici che derivano dal perseguimento dell’obiettivo cui il legislatore mira e i costi, cioè i sacrifici che esso impone ad altri diritti e interessi in gioco⁶⁹.

Invero, nella giurisprudenza costituzionale italiana i due canoni sono spesso utilizzati unitamente o in maniera fungibile e non constano pronunce in cui vi sia una scansione di fasi perfettamente

smarrisce la valenza relazionale intrinseca agli istituti di diritto privato. La pronuncia criticata è la sentenza Corte Edu, 23 dicembre 2014, *Soc. Agr. Valle Pierimpiè c. Italia*.

⁶⁷ Invero, oltre che per il legislatore, si crede che i due canoni in questione rientrino tra i principi dell’azione amministrativa, in ragione del rinvio che l’art. 1 l. 241/1990 compie ai principi dell’ordinamento comunitario. Infatti, tra i criteri di una “buona amministrazione” in ottica europea rientrano quelli di una valutazione degli interessi in gioco plausibile e giustificabile (ragionevolezza) ed un esercizio del potere nella giusta misura, in modo da assicurare un’azione idonea ed adeguata alle circostanze di fatto, che non alteri il giusto equilibrio tra i valori, gli interessi e le situazioni giuridiche (proporzionalità).

⁶⁸ Cfr. M. CARTABIA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione tenuta nella Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutasi a Roma nei giorni 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, 3 s.

⁶⁹ Cfr. M. CARTABIA, *I principi cit.*, 4 ss., in cui viene sottolineato come in particolare l’ultimo passaggio richiede «una conoscenza del dato di esperienza reale che la legge disciplina, che supera di gran lunga il dato giuridico positivo, strettamente inteso. E’ in questa dimensione esperienziale che il giudice - rispondendo all’immagine che lo rappresenta nell’iconografia di ogni tempo, con la bilancia in mano - può bilanciare i diritti e gli interessi in gioco, ricerca la soluzione che più di ogni altra persegue in modo equilibrato la massima espansione di tutti i diritti e i valori.»

coincidente a quella germanica. Tuttavia, sindacati di analogo tenore non sono estranei all'esperienza della Corte Costituzionale italiana, come d'altronde neanche a quella delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo⁷⁰. Anzi, l'espansione di un tale metodo ha condotto a definirlo quale «*cornice del costituzionalismo globale*»⁷¹.

Una cornice che agisce, dunque, con riferimento a tutti gli interessi costituzionalmente protetti. In particolare, venendo al campo di indagine della presente trattazione, ad un simile scrutinio (ma prima ancora, come detto, ad una tale direzione ermeneutica) devono essere sottoposte le ipotesi di confisca dei proventi del reato. In altre parole, pur avendo un'ampia discrezionalità politica, il legislatore non può adottare misure che abbiano un impatto, anche indiretto, sui diritti individuali che si presenti irragionevole o sproporzionato, nel senso appena specificato. Nella stessa direzione deve muoversi l'interprete, nei limiti in cui la lettera della legge glielo consenta.

I canoni generali, peraltro, rinvergono una maggiore definizione nella disciplina costituzionale delle singole situazioni giuridiche soggettive sostanziali, nonché nelle garanzie giurisdizionali di tutela dei diritti. Per interessi di particolare rilievo, infatti, a giustificarne la compressione non basta una finalità genericamente non in contrasto con i principi fondamentali, bensì è la stessa Costituzione ad individuarne la ragione legittimante.

Nella presente indagine, a venire in rilievo non sono diritti e libertà di tipo esistenziale, come ad esempio la libertà personale. Come visto, infatti, gli effetti collaterali sui soggetti "terzi" attengono a situazioni giuridiche di tipo essenzialmente patrimoniale, anche se occorre sottolineare come in alcuni casi all'aspetto economico siano correlate meritevoli prerogative sociali. In ambito d'impresa, infatti, oltre ad i diritti patrimoniali di tipo reale o obbligatorio, possono sussistere l'interesse alla libera iniziativa economica privata e, soprattutto, al lavoro.

1.5.2 La tutela del lavoro e della libertà di iniziativa economica privata

Appare utile allora muovere proprio da questi ultimi diritti economico-sociali, i cui riferimenti costituzionali vanno rinvenuti negli artt. 4, 35 ss. Cost. e 15 Carta UE (diritto al lavoro) e negli artt. 41 Cost. e 16 Carta UE⁷² (libertà d'iniziativa economica privata).

⁷⁰ Cfr. M. CARTABIA, *I principi cit.*, 5 ss.: «*ad esempio, non è raro che la Corte effettui una valutazione di congruenza e adeguatezza del mezzo rispetto al fine; così come da tempo è entrato nei giudizi della Corte costituzionale il bilanciamento dei valori, che molto si avvicina alla fase della "proporzionalità in senso stretto", specie nei casi che riguardano i diritti fondamentali. Ciò che, invece, è del tutto estraneo all'esperienza italiana è l'elaborazione e la sistematizzazione di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione, paragonabile alle quattro fasi del giudizio sulla proporzionalità, così diffuso in altre esperienze*».

⁷¹ In questi termini M. CARTABIA, *I principi cit.*, 6 s., che evidenzia l'utilizzo di tale metodo da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, delle Corti Costituzionali in Canada, Australia, Nuova Zelanda, Sud Africa ed in molte altre esperienze costituzionali ed internazionali.

⁷² Nella Carta di Nizza, in realtà, si discorre di libertà d'impresa. La diversità terminologica non deve però trarre in inganno, in considerazione della più ampia nozione di impresa in ambito europeo, rispetto alla definizione dell'art. 2082 c.c. Se, infatti, quest'ultima disposizione interna individua i requisiti di professionalità, economicità, organizzazione, produttività (ed è dunque più ristretta del riferimento dell'art. 41 Cost.), la Corte di Giustizia ha ricostruito l'impresa in ambito europeo (ai fini della disciplina della concorrenza) in modo da abbracciare «*qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e delle sue modalità di finanziamento*» (cfr., *ex multis*, le sentenze CGUE *Kleochner-Werke AG Hoesch AG* del 13 luglio 1962 e *Hoefner ed Elser* del 23 aprile 1991).

Il diritto al lavoro è sancito tra i principi fondamentali della Costituzione e ne caratterizza l'intero impianto. Mentre in ambito europeo la maggiore preoccupazione è quella di garantire ad ognuno la libertà di scegliere un adeguato mestiere in tutto il territorio dell'Unione, l'idea dei padri costituenti, all'indomani della guerra, era di ripartire dal lavoro per ricostruire la società. Seguendo la descritta ottica solidaristica, al fianco della promozione di tale diritto si prevede il dovere di svolgere attività che concorrano al progresso materiale e spirituale della società. Un siffatto vincolo per l'individuo, se non può che essere di natura etico-morale quanto all'*an*⁷³, può sicuramente assumere una significativa rilevanza quale limite legittimante un'eventuale compressione del diritto, nella logica integrata e sistemico-relazionale degli interessi costituzionali⁷⁴.

In maniera ancora più esplicita, la libertà di iniziativa economica privata è limitata dalle norme che ne riconoscono la tutela: il secondo comma dell'art. 41 Cost. impone che essa non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà o la dignità umana (demandando al legislatore il compito di indirizzo a fini sociali); l'art. 16 della Carta di Nizza statuisce che la libertà d'impresa debba comunque esplicarsi in modo conforme al diritto dell'Unione ed alle legislazioni/prassi nazionali⁷⁵.

1.5.3 La tutela dei diritti reali e dei diritti obbligatori

Venendo invece ad i diritti più prettamente patrimoniali, quelli aventi natura reale, essendo opponibili *erga omnes*, rappresentano il «*massimo di sicurezza che l'ordinamento può apprestare*»⁷⁶.

⁷³ Sul punto, cfr. A. M. POGGI, *I diritti delle persone cit.*, 58 s.

⁷⁴ Nello stesso senso va, ad esempio, anche l'art. 46 della Costituzione, che prevede la partecipazione dei lavoratori alla gestione imprenditoriale, quale mezzo di elevazione del lavoro e comunque con il limite delle esigenze produttive.

⁷⁵ Come già avuto modo di chiarire, spetta al legislatore concretizzare i concetti richiamati. Nell'opera di definizione della locuzione di sintesi "utilità sociale", è stato tra l'altro osservato come una tutela effettiva della libertà economica comporti spesso proprio un intervento attivo dell'autorità pubblica, che - comprimendo il diritto del singolo - sia preordinato a realizzare la migliore interazione possibile nel mercato concorrenziale e, dunque, una più ampia e diffusa realizzazione della stessa libertà economica in oggetto. In un'ottica integrata anche agli obiettivi eurounitari, «*la garanzia della libertà di iniziativa economica degli altri è, pertanto, la prima delle funzioni sociali che sembra possibile individuare, ex art. 41, 2° e 3° co. Cost., nell'iniziativa stessa*»: R. MANFRELOTTO, *Le libertà economiche nella prospettiva della concorrenza: l'esperienza italiana tra amministrazione e giurisdizione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 411 ss. Per la questione relativa ad i limiti all'autonomia contrattuale, in rapporto alla tutela costituzionale dell'iniziativa economica privata e del diritto di proprietà, si veda F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 792 ss.

⁷⁶ In questi termini, A. GAMBARO, *I diritti reali come categoria ordinante*, in A. GAMBARO-U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, 27, in cui l'A. evidenzia come il rischio del titolare di un diritto reale sia limitato, oltre all'esproprio per pubblica utilità, alla distruzione o sottrazione irreversibile, ipotesi rare per i beni immobili e spesso coperte da polizze assicurative per i beni mobili. Proprio nella mancanza di concorso con altri soggetti per la tutela della propria posizione si esplica la garanzia costituzionale del diritto di proprietà, da intendersi estesa a tutti i diritti reali (cfr. nota 77).

Il diritto di proprietà, nell'evoluzione storico-giuridica, è stato un istituto di fondamentale importanza. Dalla sua affermazione senza limiti, espressione dello Stato liberale, si è passati alla concezione fascista contenuta nell'attuale art. 832 c.c., in cui la proprietà deve conformarsi a limiti ed obblighi derivanti dall'ordinamento (che in quel momento storico riguardavano la produzione nazionale). Con l'entrata in vigore della Costituzione, prevale lo spirito solidaristico e tali limiti divengono riferibili alla "funzione sociale" (art. 42 Cost.). Tuttavia, il rango di diritto assoluto (non presente nella Carta fondamentale) è assunto dall'istituto in esame nell'art. 1 del Primo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. E' proprio la giurisprudenza di Strasburgo, infatti, ad imporre allo Stato italiano le più importanti tutele in tale ambito (si pensi alle vicende dell'espropriazione di pubblica utilità).

Le basi giuridiche costituzionali e sovranazionali sono l'art. 42, comma 2 Cost. («*la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge*»), l'art. 17 Carta Ue («*ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità*») e l'art. 1 prot. add. n. 1 Cedu («*ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni*»). Essi, riferiti alla proprietà, sono dall'opinione prevalente intesi a copertura anche delle altre tassative ipotesi di situazioni opponibili *erga omnes* riconosciute dall'ordinamento⁷⁷.

Anche in questo caso, tuttavia, la tutela non è assoluta, risultando legittime le limitazioni che sono correlate «*allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*», a «*motivi di interesse generale*», nonché per «*per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende*». Sebbene, poi, appaiano perentori i divieti di espropriazione (tranne in caso di pubblica utilità, dietro pagamento di un indennizzo), essi vanno comunque intesi come riferibili alle sole ipotesi in cui la proprietà sia stata «*acquisita legalmente*», considerato che spetta alla legge determinarne i modi di acquisto, conformemente alla predetta funzione sociale.

Quest'ultimo parametro, in definitiva, può essere ciò che, esplicitato dalla Costituzione, ben rappresenta l'espressione di sintesi anche della legittimità convenzionale ed europea delle incisioni sui diritti reali. Invero, si è osservato come sia decisamente ampio il potere del legislatore⁷⁸ di definire

⁷⁷ Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003, 139; A. GAMBARO, *I diritti reali cit.*, 26 s.

Di recente, la Corte Edu è arrivata a ritenere coperto dalla garanzia convenzionale anche il mero possesso, visto che la ampia formula riferibile ai "propri beni" è idonea a comprendere anche qualsiasi potestà sul bene o aspettativa legittima ad ottenerne il godimento (Corte Edu, 23 dicembre 2014, *Soc. Agr. Valle Pierimpiè c. Italia*). In senso critico, se non correttamente bilanciato, A. GAMBARO, *Categorie del diritto privato cit.*, 1241 ss.

⁷⁸ Il richiamo al legislatore, peraltro, va inteso nel senso di riserva di legge. Ciò significa che, senza una base legale, nessuna autorità amministrativa o giurisdizionale può incidere sul diritto di proprietà (come si evince anche dall'art. 23 Cost. e più volte evidenziato anche dalla Corte Edu). Peraltro, sebbene non abbia un senso coincidente con la legalità penale nel senso di irretroattività assoluta (cfr., *ex multis*, Corte Edu, 23 ottobre 2008, *Khuzin e a. c. Russia*), va ricordato che in via generale la legge ordinaria - pur non essendo vincolata dalla disposizione di pari rango dell'art. 11 disp. leg. in gen. - deve rispettare i limiti che la Corte Costituzionale (*ex multis*, sentenza 29 maggio-5 giugno 2013, n. 103), in ragione del principio di affidamento e certezza del diritto, nonché di rispetto della funzione giudiziaria, ha individuato nella sola esigenza di tutelare principi e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono "motivi imperativi di interesse generale" ai sensi della Cedu (tra essi: ragioni storiche epocali, rimedio a imperfezioni tecniche della legge, riaffermazione dell'intento originale del Parlamento).

di volta in volta cosa rappresenti una “funzione sociale”⁷⁹, ma non può mai esorbitare la generale cornice di ragionevolezza e proporzionalità⁸⁰.

Una tutela attenuata hanno i diritti di credito, i quali sono opponibili unicamente alla persona obbligata ed a cui non viene riconosciuta una specifica tutela costituzionale, se non per particolari categorie ed ambiti⁸¹. Anzi, accanto alla tutela di piccoli investitori e risparmiatori, l’art. 47 Cost. affida alla Repubblica il compito di coordinare, disciplinare e controllare l’esercizio del credito. Tuttavia, il rispetto degli impegni assunti rientra a pieno titolo tra i doveri di solidarietà economica a cui fa riferimento in maniera ampia l’art. 2 Cost. Anche la posizione giuridica del creditore, dunque, va promossa e tutelata dallo Stato e non può essere compressa se non per finalità ragionevoli e proporzionate: a tal fine, l’art. 2740 c.c. sancisce la responsabilità patrimoniale del debitore con tutti i propri beni, presenti o futuri e, correlativamente, l’art. 2910 c.c. permette al creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, di far espropriare i beni del debitore.

Va sottolineato, peraltro, che talvolta anche diritti aventi natura obbligatoria possono avere una stretta correlazione con una *res*, rispetto alla quale il loro potere rimane mediato: si tratta dei c.d. “*diritti personali di godimento*”, a cui spesso sono connessi altri interessi di rilievo costituzionale (come ad esempio, in relazione all’affitto d’azienda, quello all’esercizio dell’impresa).

1.5.4 Il legittimo affidamento nella circolazione giuridica

Ai fini della trattazione occorre mettere in luce un ulteriore principio immanente al nostro ordinamento e di sicuro rilievo costituzionale e sovranazionale: il legittimo affidamento, garanzia minima di circolazione dei beni e del funzionamento del mercato⁸². Non è possibile elidere un

⁷⁹ Per un attenta disamina del concetto di funzione sociale: in ottica evolutiva, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, 273 ss., il quale, tra l’altro, riflette sulle diverse letture che ha assunto nel tempo l’art. 42 ed evidenzia come in un primo momento «*la lettura prevalente dell’art. 42 finisce così con l’essere risolta, esplicitamente o no, in un rinvio all’insieme della legislazione vigente, in cui non si scorge soltanto il luogo deputato a dar concreta fisionomia agli specifici statuti della proprietà, impliciti nella riserva di legge, ma la sede dalla quale attingere i materiali per gli stessi principi direttivi in materia*»; tuttavia, l’opera della giurisprudenza costituzionale, a partire dalla celebre sentenza 9 maggio-29 maggio 1968 ha sempre meglio elaborato dei criteri direttivi strettamente connessi al principio di solidarietà sociale; sulla funzione sociale nel rapporto tra proprietà e impresa: F. SANTORO-PASSERELLI (a cura di), *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976.

Un’ipotesi di funzione sociale è stata individuata, ad esempio, nella realizzazione del credito, soprattutto in materia fiscale (vista la rilevanza costituzionale dell’interesse alla percezione dei tributi): la Corte Costituzionale «*ha sempre avuto cura di precisare che l’art. 42, secondo comma, Cost. non esclude che il diritto di proprietà sia, in certe situazioni, subordinato a condizioni o presupposti od anche all’onere di un particolare comportamento da parte dello stesso proprietario, come quello di rimuovere tempestivamente i beni mobili dall’abitazione del locatario assoggettato ad esecuzione esattoriale*» (*ex multis*, sentenza 7-16 maggio 2008, n. 158).

⁸⁰ Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà cit.*, 132. In questo senso, anche la Corte Edu ha in più occasioni (sentenza Corte Edu, 23 settembre 1982, *Sporrong e Lonnroth c. Svezia*; 20 gennaio 2009, *Sudfondi c. Italia*, ecc.) avuto modo di rimarcare come la compressione o neutralizzazione del diritto di proprietà, oltre ad avere una base legale, non si deve presentare arbitraria ed occorre rinvenire un equilibrio tra gli interessi generali e particolari giustificato rispetto allo scopo annunciato, così mettendo in atto - più o meno ordinatamente - le fasi del giudizio di proporzionalità (cfr. par. 1.5.1).

⁸¹ In questo senso, il diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro ed in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé ed alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa (Art. 36 Cost.).

⁸² Il principio di certezza dei rapporti giuridici e dunque il legittimo affidamento è stato affermato in diversi contesti decisionali, costituendo “elemento fondamentale ed indispensabile dello Stato di diritto”: sul punto, cfr. Corte Cost., 12-17 dicembre 1985, n. 349 e, più di recente, 24 luglio 2009 n. 236, in relazione alla retroattività delle disposizioni di legge;

vantaggio ottenuto da un soggetto che in maniera “incolpevole” abbia confidato nella legittimità dell’acquisizione. Anche in questo caso, dunque, è evidente il consolidato metodo di bilanciamento: da un lato, viene accordata una tutela a tali posizioni, visto che altrimenti il pregiudizio esorbiterebbe quello prodotto alla sfera individuale, producendo un effetto paralizzante della circolazione giuridica; dall’altro, per potersi vedere accordata una simile protezione occorre rispettare gli obblighi di diligenza e correttezza che derivano in capo ad ogni soggetto privato in base a normative più o meno specifiche⁸³, ispirate al fondamentale principio di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*

Rinviando al proseguo della trattazione per un maggiore approfondimento sull’applicazione di tale principio ad i terzi incisi dalla confisca, vale la pena accennare che proprio a questa logica deve ritenersi ispirato il riferimento alla “buona fede” contenuto in molti strumenti internazionali in materia⁸⁴ e nella stessa giurisprudenza costituzionale. Quest’ultima si esprime in termini di conoscibilità - con l’uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta - del rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato⁸⁵.

Invero, la Corte Costituzionale - pur riconoscendo il fondamento di tale elaborazione nel principio del legittimo affidamento - discorre anche di “inevitabile corollario” del principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27 Cost.* Tuttavia, a sommosso avviso di chi scrive, la “buona fede” appartiene al novero delle garanzie generiche dell’individuo e non al rigido e specifico statuto penalistico: da un lato, viene in rilievo l’appena esposta ampiezza dell’area di applicazione a tutti i fenomeni di circolazione giuridica; dall’altro, il limite in esame non ha ragion d’essere in ambito penale, in quanto assorbito da più ampie garanzie: una piena e corretta applicazione dei principi penalistici esclude a priori la possibilità di applicazione della pena (a cui fa riferimento l’art. 27 Cost.) ad un “terzo”, che per definizione non è autore del fatto illecito.

Corte di giustizia delle Comunità europee, 15 luglio 2004, causa C459/02; 14 febbraio 1990, causa C350/88; 3 maggio 1978, causa 112/77, in relazione alla legittimità dell’azione amministrativa rispetto all’affidamento ingenerato nei privati.

⁸³ In questo senso, la Corte dei Conti, Sez. Riun., 7 agosto 2007, n. 7 in tema di ripetibilità di somme indebitamente erogate dallo Stato: «*l’affidamento di cui si discute, per essere definito legittimo e tutelabile, deve collocarsi nel contesto di una condotta del percettore connotata dall’assenza di qualsiasi violazione dolosa del dovere di correttezza, in tal caso venendo a mancare il presupposto stesso della tutelabilità della posizione soggettiva del pensionato che abbia personalmente concorso alla formazione dell’indebitato e che non può dunque attribuire al comportamento dell’amministrazione in sede di recupero dell’indebitato stesso alcuna censura di contraddittorietà e di incoerenza, né di penalizzante tardività*».

⁸⁴ Il riferimento è, tra le altre, alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope, adottata a Vienna il 20 dicembre 1988 (ratificata in Italia con legge 5 novembre 1990, n. 328), che all’art. 8, comma 5 prevede che dall’applicazione della confisca non debbano essere pregiudicati i diritti dei terzi in buona fede; alla Convenzione del Consiglio d’Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato conclusa a Strasburgo l’8 novembre 1990 (ratificata in Italia con legge 9 agosto 1993, n. 328) che all’art. 21 relativo al reciproco riconoscimento di decisioni giudiziarie fa espresso riferimento alla tutela, anche processuale, dei diritti dei terzi; infine, alla più specifica disciplina dettata dalla più volte citata Direttiva (UE), n. 42 del 3 aprile 2014 relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi del reato nell’Unione Europea (si vedano l’art. 6 ed i considerando nn. 33 e 34).

⁸⁵ Cfr., *ex multis*, Corte Costituzionale, 19 gennaio 1987, n. 2; per un’analisi più approfondita del tema, oltre a rinviare agli sviluppi del terzo capitolo, si veda, T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova, 2011, 161 ss.; F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015, 443.

In altre parole, anticipando anche alcuni tratti salienti del disegno complessivo del presente lavoro, si ritiene dogmaticamente inevitabile distinguere le situazioni in base alla natura della confisca (ma, più in generale, di ogni misura che incide sui singoli). Quando si è in presenza di una pena, nessun soggetto diverso da chi abbia commesso colpevolmente ed antigiuridicamente il fatto tipico può esserne destinatario e dunque neanche chi sia in mala fede o connivente⁸⁶. Quando invece una misura ha natura extrapenale, è possibile applicarla anche a soggetti che non abbiano commesso il fatto che l'ha determinata, ma occorre rispettare i limiti di tutela generica dell'individuo, tra i quali il rispetto del legittimo affidamento/buona fede.

1.5.5 La tutela giurisdizionale dei diritti. Le presunzioni legali.

Il descritto statuto di tutela generica, poi, consta anche di un adeguato apparato processuale, che garantisce l'effettività dei diritti sostanziali. Le norme di riferimento sono gli articoli 24 e 111 Cost., l'art. 6 Cedu e l'art. 47 Carta di Nizza.

In questa sede ciò che maggiormente rileva è l'effettività del diritto di difesa, a cui è strettamente correlato il rispetto delle caratteristiche del "giusto processo" nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità⁸⁷.

Tale caratteristica non va interpretata nel senso assoluto secondo cui non sarebbe possibile in alcun modo differenziare la posizione processuale delle parti. Ciò che conta è che sia mantenuto un ragionevole equilibrio, nel senso che le diversità devono rispondere ad esigenze di ordine generale o a superiori finalità di giustizia e non devono comunque risultare "sproporzionate rispetto al fine perseguito". L'uguaglianza delle armi implica l'obbligo di offrire a ciascuna parte una ragionevole opportunità di presentare la propria causa - ivi comprese le proprie prove - in condizioni che non la pongano in situazione di netto svantaggio rispetto all'avversario⁸⁸. Anche in ambito processuale, dunque, i punti di riferimento sono i canoni di proporzionalità e ragionevolezza⁸⁹.

⁸⁶ In questo senso, d'altronde, la cospicua e consolidata giurisprudenza in tema di connivenza non punibile: non può ritenersi concorrente nel reato (e dunque non può essere soggetto a pena) chi abbia un comportamento «passivo, ancorché perfettamente consapevole, ma inidoneo ad apportare alcun contributo causalmente rilevante all'altrui realizzazione del reato» (cfr., *ex multis*, sez. III, Cass. pen., 10 novembre 2015-4 maggio 2016, n. 18499; Cass. pen., sez. IV, 11 giugno 2014, n. 24615).

⁸⁷ Non saranno analizzate, invece, le garanzie per la giurisdizione più strettamente inerenti ai magistrati o gli aspetti più generalmente ricollegati al diritto di poter agevolmente adire un'autorità giudiziaria a tutela dei propri diritti. Sul punto, cfr. A. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. Volume I. I principi*, Bari, 2015, 61 ss.

⁸⁸ In questo senso, tra le altre, Corte Edu, 22 settembre 1994, *Hentrich* c. Francia; Corte Edu, 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer B. V. c. Paesi Bassi*; Corte Edu, 23 ottobre 1996, *Ankerl* c. Svizzera; Corte Cost., 28 marzo 1997, n. 75. Per una completa ricostruzione del tema, cfr. L. IANNICELLI, *Parità delle armi in tema di prova civile (art. 6, par. 1 Cedu)*, in A. DI STASI (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, 2016, 303 ss.

⁸⁹ Cfr., *ex multis*, Corte Cost., 7-16 maggio 2008, n. 158, che ha ribadito il principio per cui «la disciplina dell'ammissibilità e del regime delle prove è rimessa, sempre nei limiti della ragionevolezza, alla discrezionalità del legislatore [...], il quale può, per determinati rapporti, ammettere solo la prova documentale ed escludere quella testimoniale, ponendo limitazioni che non incidono sul diritto di azione, ma disciplinano il regime delle prove quando l'azione sia esercitata o esprimono profili della disciplina sostanziale».

Ai fini della presente trattazione, un *focus* particolare va dedicato ad i limiti costituzionali per le presunzioni legali, ossia le conseguenze che la legge «*trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto*»⁹⁰.

Maggiori problemi comportano le presunzioni assolute (*iuris et de iure*), ossia quelle per le quali è esclusa la prova contraria⁹¹. La Corte Costituzionale ha avuto modo di specificare che esse, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, sono costituzionalmente illegittime nelle ipotesi in cui si presentino arbitrarie e irrazionali, vale a dire quando non rispondano a «*dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell' id quod plerumque accidit*». Ai fini di una verifica della ragionevolezza occorre dunque vagliare se sia o meno «*agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa*»⁹².

Inoltre, ai fini di una verifica di proporzionalità, esse devono mirare a perseguire un fine (non solo legittimo, ma - andando a ledere la parità processuale - anche) di rilievo costituzionale⁹³ e non eccedere quanto necessario per il raggiungimento di esso⁹⁴.

In quest'ottica, un mezzo meno limitante del diritto di difesa può essere rappresentato dalle presunzioni legali relative (*iuris tantum*), vale a dire quelle che possono essere ribaltate mediante una prova contraria. Nella forma "pura" per far ciò è utilizzabile qualsiasi mezzo generalmente ammesso dal diritto. Ai fini della legittimità costituzionale, è necessario che la presunzione non renda impossibile o irragionevolmente difficile l'esercizio del diritto di parte. Ciò avviene, essenzialmente, in due casi: quando il fatto presunto si possa ritenere probabile, secondo canoni di normale statistica, ogni volta che si verifica il fatto noto; quando la parte su cui viene fatto gravare l'onere probatorio

⁹⁰ Questa è la nozione data dal paradigmatico art. 2727 c.c., il quale si riferisce anche alle presunzioni semplici, ossia quelle non stabilite dalla legge ma lasciate alla prudenza del giudice, con i limiti di gravità, precisione e concordanza (art. 2729 c.c.).

⁹¹ E' stato notato come, in questo caso, si sia in presenza di un istituto di diritto sostanziale, considerato che la presunzione assoluta finisce per definire l'assetto di interessi tra le parti. Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 102 s.

⁹² In questi termini Corte Cost., 14-16 aprile 2010, n.139. Si tratta comunque di un orientamento costante della Corte Costituzionale, affermato anche, *ex multis*, nelle sentenze 12-20 gennaio 1971, n. 1; 8-27 luglio 1982, n. 139; 22-25 febbraio 1999, n. 41; 11-20 giugno 2008, n. 225.

⁹³ In questo senso, in più occasioni la Corte Costituzionale ha giustificato presunzioni legali in ambito tributario, tese a proteggere «*l'interesse generale alla riscossione dei tributi contro ogni tentativo di evasione, ad evitare la libera scelta dei mezzi di prova o la discrezionale valutazione dei loro risultati in un campo in cui non è consigliabile creare sfere di autonomia dispositiva [...] l'interesse fiscale riceve nella Costituzione una sua particolare tutela (artt. 53 e 14, comma 2 Cost.) [...] come un interesse particolarmente differenziato che, attenendo al regolare funzionamento dei servizi necessari alla vita della comunità, ne condiziona l'esistenza*» (Corte Cost. 16-26 giugno 1965, n. 50). Un atteggiamento così forte e severo si è, con il tempo, attenuato, anche in considerazione del rilievo che ha il principio della capacità contributiva a tutela (non solo dell'Erario, ma anche) della posizione del contribuente. Sul tema, A. MARCHESELLI, *Le presunzioni nel diritto tributario: dalle stime agli studi di settore*, Torino, 2008, 62 ss.

⁹⁴ In termini generali in relazione alla tutela dell'Erario in ambito tributario, CGUE, 18 dicembre 1997, cause riunite C-286/94, C-340/95, C-401/95 e C-47/96. Si veda anche A. MARCHESELLI, *Le presunzioni cit.*, 72.

sia quella che può assolverlo più agevolmente (e sempre che il fatto presunto non si presenti già *ex ante* come improbabile)⁹⁵.

Ulteriori riflessioni vanno condotte in relazione alle presunzioni “miste”, vale a dire in quei casi in cui la prova contraria è limitata solo ad alcuni fatti e/o può essere raggiunta solo con alcuni strumenti. Nel primo caso, si creano problemi analoghi alle presunzioni assolute⁹⁶, salvo che non si sia in presenza di peculiari costruzioni della presunzione stessa⁹⁷. Nel secondo caso, occorre verificare se i mezzi di prova ammessi siano effettivamente idonei a ribaltare la presunzione e se comunque i limiti si presentino necessitati dallo scopo perseguito⁹⁸: qualora ciò non accada, ossia quando la prova contraria si presenti concretamente impossibile, di elevata difficoltà o comunque la limitazione ecceda quanto necessario, ci saranno allora gli estremi per una valutazione di illegittimità⁹⁹.

1.6 La tutela specifica in ambito punitivo

Le tutele, sostanziali e processuali, dell'individuo assumono un maggiore spessore nel caso in cui venga attivata dallo Stato la potestà punitiva.

Si tratta della reazione dell'ordinamento ad un fatto illecito (sanzione in senso lato)¹⁰⁰ caratterizzata dal fatto di essere specificamente volta a limitare o privare specifici diritti/libertà al soggetto ritenuto

⁹⁵ A. MARCHESELLI, *Le presunzioni cit.*, 119 ss. Nella giurisprudenza costituzionale e comunitaria, in particolare sulla necessità che la presunzione relativa si presenti come probabile, Corte Cost., 1 luglio 2000, n. 332; CGUE, 9 novembre 1983, causa 199/82.

⁹⁶ In tema di opposizione all'esecuzione esattoriale, la Corte Costituzionale, con sentenza 27 luglio 1994, n. 358, ha ritenuto che l'impossibilità per il coniuge dell'esecutato di proporre opposizione per i beni che si trovano nell'abitazione del debitore fosse illegittima, in quanto «*più che una limitazione ragionevolmente rigorosa, appare una preclusione assoluta. [...] L'improponibilità dell'opposizione per ogni altro bene mobile appartenente al coniuge, quali che siano l'epoca, il titolo e la prova di acquisto, si configura così assoluta da collocare sostanzialmente, per tale pignoramento, il coniuge nella stessa posizione del coobbligato. Questa preclusione dell'opposizione non si giustifica nella sua assolutezza. Essa difatti eccede la misura della speciale protezione da assicurare alla pronta realizzazione del credito fiscale, come pure l'esigenza di prevenire ed evitare frodi o simulazioni.*»

⁹⁷ La tematica è sviluppata in A. MARCHESELLI, *Le presunzioni cit.*, 101 ss.

⁹⁸ Sono state ritenute infondate diverse questioni di legittimità costituzionale in relazione all'art. 621 c.p.c., che esclude la possibilità di provare con testimoni la proprietà di beni pignorati nella casa o nell'azienda del debitore, ma fa salva la possibilità che ciò sia reso verosimile dalla professione o dal commercio esercitati dal terzo o dal debitore. Infatti «*la presunzione di appartenenza del bene possa essere vinta dal terzo, se prova, con testimoni, non solo l'originario titolo di proprietà, ma anche, e soprattutto, le specifiche ragioni della ulteriore permanenza della cosa presso l'esecutato, s'inquadra nel sistema che, tutelando i diritti di credito, ne tutela il soddisfacimento contro possibili forme di compiacente elusione [...] i diritti della libertà di prova del terzo opponente non vengono conculcati ad esclusivo favore del creditore, al quale sarebbe arbitrariamente assegnato un trattamento privilegiato, bensì l'esercizio di tali diritti viene ad essere regolato in base a criteri di razionalità*» (*ex multis*, Corte Cost., 17-26 giugno 1970, n. 112; 18 febbraio 1998, n. 21).

⁹⁹ In questo senso, *ex multis*, Corte Cost., 14 aprile 2000, n. 114; CGUE, 24 marzo 1988, causa 104/86; cfr., inoltre, A. MARCHESELLI, *Le presunzioni cit.*, 103 ss.

¹⁰⁰ La classificazione delle sanzioni giuridiche, vale a dire delle misure per assicurare l'osservanza delle norme giuridiche, può essere impostata in vari modi. Tra questi, si ritiene di citare quello di S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2008, 46, in base al quale alle conseguenze sanzionatorie punitive, aventi l'impronta inderogabile dell'afflittività, fanno da *pendant* le sanzioni c.d. ripristinatorie in senso stretto (dirette a ricostituire una certa situazione quale essa si presentava prima della violazione del precetto, annullandone gli effetti sul piano giuridico o materiale: ad esempio la nullità del contratto, la reintegrazione nel possesso, la demolizione di opere) e quelle c.d. riparatorie (che sono volte a reintegrare la perdita patrimoniale conseguente all'illecito). Inoltre, vengono segnalati i paradigmi sanzionatori non punitivi, ma spiccatamente specialpreventivi, rappresentati dalle misure di sicurezza. Altra illuminante classificazione vi è in F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2015, 715, in cui si distingue tra sanzioni premiali consistenti in conseguenze gradevoli dell'osservanza delle norme e sanzioni punitive che, in senso

responsabile. L'afflittività - ossia l'inflizione di un male, di una sofferenza - è una componente necessaria e voluta di questa tipologia di sanzioni¹⁰¹.

1.6.1 La pena nella sua dimensione costituzionale

Tra le diverse ipotesi di "punizione", la più invasiva è la pena (c.d. criminale, o pena in senso stretto), ossia quella che consegue alla commissione di un reato¹⁰².

Quantomeno nel nostro tradizionale sistema, essa si caratterizza per la capacità di incidere (sia pure talvolta in via eventuale e mediata) sul bene primario della libertà personale¹⁰³, nonché per la spiccata valenza simbolico-espressiva rappresentata dal giudizio di disapprovazione sociale che consegue alla sua irrogazione¹⁰⁴.

Per l'individuazione di illeciti e sanzioni aventi natura penale, si è affermato il principio formalistico-nominalistico: se il legislatore decide di stigmatizzare un comportamento mediante la qualifica di reato e farne conseguire una limitazione della libertà personale qualificando la sanzione come pena, allora egli è vincolato a rispettare alcuni presidi costituzionali appositamente predisposti a garanzia dell'individuo.

A livello sostanziale, vigono i principi di legalità dei reati e delle pene, di offensività, di umanità e finalismo rieducativo e, per quanto maggiormente interessa in questa sede, di colpevolezza¹⁰⁵.

lato, sono quelle consistenti in conseguenze spiacevoli dell'inosservanza delle norme. A loro volta, le seconde si dividono in sanzioni omogenee, le quali partecipano della stessa natura della prestazione o comportamento dovuti (ad esempio il risarcimento del danno) e sanzioni eterogenee, che ad essa non partecipano e possono incidere sullo stesso bene giuridico oggetto dell'obbligo (sanzioni eterogenee impeditive, come la nullità del contratto) o su un bene giuridico del tutto diverso (sanzioni eterogenee impeditive o punitive in senso stretto: sono quelle oggetto del presente paragrafo e vi rientra la pena pubblica, la quale può essere amministrativa o criminale).

¹⁰¹ Cfr. S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale cit.*, 48 in cui viene specificato che il male che si infligge consiste nella privazione o diminuzione di beni individuali di pertinenza dei soggetti passivi della sanzione (libertà personale, patrimonio, ecc.) e proprio per questo si parla di "arma a doppio taglio": vengono tutelati alcuni beni giuridici mediante la lesione di altri beni giuridici. Per la ricognizione dello sviluppo storico del carattere «essenziale e costante dello stesso concetto di pena» rappresentato dall'afflittività, a partire dall'idea di respingimento totale del reo dal gruppo sociale fino all'odierna idea di privazione/limitazione di beni individuali, F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, 716.

¹⁰² Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, 715 s., in cui si fa riferimento ad una nozione lata di "pena pubblica", statuita cioè per la tutela di un interesse pubblico ed inflitta attraverso un procedimento di stampo pubblicistico, e che abbraccia non solo la pena criminale (prevista per chi viola un comando di natura penale) ma anche la pena amministrativa. La pena non è l'unica conseguenza del reato, sussistendo infatti anche le misure di sicurezza (con funzione spiccatamente specialpreventiva), le sanzioni civili (restituzioni, risarcimento del danno, rimborso delle spese per il mantenimento del condannato) ed i c.d. effetti penali della condanna. Si veda S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale cit.*, 833 ss.

¹⁰³ Anche le pene pecuniarie, infatti, possono incidere sulla libertà personale se non eseguite per insolvibilità del condannato: in base al combinato disposto degli artt. 136 c.p. e 102 l. 24 novembre 1981, n. 689, è prevista in tali ipotesi la conversione nelle misure della libertà controllata o - a richiesta del condannato - del lavoro sostitutivo. Tali pene "di conversione", a loro volta, si convertono in reclusione o arresto se non vengono osservate le prescrizioni ad esse inerenti. Nel caso di reati di competenza del giudice di pace, le pene pecuniarie ineseguite si convertono in permanenza domiciliare o, a richiesta, lavoro sostitutivo (artt. 1 e 5 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 374). Cfr. S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale cit.*, 48 ed 805 ss.

¹⁰⁴ Cfr. S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale cit.*, 49, che evidenzia come soltanto la pena (criminale) produca "censura", innescando un processo di degradazione sociale legato proprio al forte disvalore sociale connesso all'illecito penale (e non invece all'illecito amministrativo).

¹⁰⁵ Molto sinteticamente, va rilevato che il principio di legalità, consacrato nel secondo comma dell'art. 25 Cost., consta di una triplice dimensione: riserva di legge, tassatività-determinatezza (che pur non esplicitata dalla norma richiamata, è stata elaborata in base alla connessione con gli artt. 13, comma 2, 24, comma 2, 27, commi 1 e 3, 111 e 112 Cost.) ed

Quest'ultimo principio richiede la necessità, per ritenere un soggetto responsabile penalmente, che ad egli sia oggettivamente ricollegabile il fatto di reato (personalità) e soggettivamente effettuabile un rimprovero per ciò (colpevolezza in senso stretto). E' esclusa dunque la possibilità che una pena venga irrogata per la mera qualifica ricoperta o a titolo di responsabilità oggettiva¹⁰⁶.

A livello processuale, poi, la posizione di chi è accusato di un reato è tutelata mediante diritti di immediata informazione, di tempi e strumenti (anche linguistici) adeguati alla propria difesa, attraverso il principio della formazione della prova nel contraddittorio tra le parti e, soprattutto, il principio della presunzione di innocenza¹⁰⁷. Quest'ultimo impone che i presupposti della responsabilità penale vadano provati dall'organo inquirente e non possano essere ritenuti sussistenti fino a che non arrivi una condanna definitiva che accerti la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio¹⁰⁸. E' esclusa, dunque, la possibilità per il legislatore di utilizzare presunzioni che escludano la prova contraria o comunque addossino sull'imputato l'onere, anche parziale, della prova della sua innocenza.

Una simile rigidità trova la sua giustificazione proprio nei citati preminenti interessi dell'individuo che vengono in gioco in ambito penale.

irretroattività; il principio di offensività trova fondamento nella considerazione per cui se la libertà personale è fortemente tutelata da una norma costituzionale (art. 13), solo la tutela di interessi di pari rango può giustificarne la compressione; l'art. 27, poi, al terzo comma specifica che il trattamento sanzionatorio penale deve essere umano e teso a rieducare (e non ad escludere o neutralizzare) il condannato; il principio di proporzione nella pena, a lungo applicato in maniera timida (sul punto, D. PULITANÒ, *Sulla pena, fra teoria, principi e politica*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2016, 559 ss.) ha di recente trovato un'autonoma ed incisiva applicazione (il riferimento è a Corte Cost., 21 settembre-10 novembre 2016, n. 236, con commento di F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 novembre 2016; sul punto, sono interessanti le riflessioni sulla reale portata di questa esplicitazione in D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 febbraio 2017).

¹⁰⁶ Il fondamento si rinviene, nella Costituzione, dal combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 27 (si veda la celebre sentenza della Corte Costituzionale 23-24 marzo 1988, n. 364); inoltre all'art. 6, par. 2 Cedu (cfr. Corte Edu, 20 gennaio 2009, Sud Fondi srl ed altri c. Italia) ed all'art. 48, comma 1 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

¹⁰⁷ In particolare, la persona accusata di un reato deve ricevere nel più breve tempo possibile adeguata e riservata informazione sull'accusa a suo carico; ha precise prerogative difensive, soprattutto in relazione all'esame delle persone che hanno reso dichiarazioni a suo carico (non potendosi provare la colpevolezza in base a dichiarazioni di chi si è volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore); la prova deve formarsi necessariamente in dibattimento nel contraddittorio tra le parti, salvo che vi sia consenso dell'imputato, accertata impossibilità di natura oggettiva o per provata condotta illecita (artt. 111, commi 3, 4 e 5, art. 6, par. 3 Cedu; art. 48, comma 2 Carta UE).

¹⁰⁸ Il secondo comma dell'art. 27 Cost. è stato ritenuto non solo la base giuridica ma un vero e proprio vincolo all'utilizzo, quale regola processuale probatoria e di giudizio, dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Sebbene quest'ultima sia stato codificata solo con la modifica dell'art. 533 c.p.p. ad opera della legge 20 febbraio 2006, n. 46, è a partire dalle elaborazioni degli anni '60, che si è iniziato ad abbandonare la prospettiva minimalista della presunzione di innocenza quale mero obbligo di trattamento in libertà dell'imputato. Per una lucida e completa ricognizione del pensiero giuridico sulla protezione dell'innocente e sulla correlata graduale ricostruzione della regola probatoria e di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 115 ss. (ed in particolare, sull'evoluzione dottrinale italiana dal dopoguerra in poi, 130 ss.).

A livello sovranazionale la presunzione di innocenza è sancita dall'art. 6, par. 2 Cedu e dall'art. 48, par. 1 Carta diritti UE.

1.6.2 Le garanzie delle misure punitive in generale. La “materia penale” di stampo europeo

Sin da tempi risalenti si è fatta strada l'idea che anche molte altre sanzioni punitive diverse dalla pena necessitassero di peculiari tutele, in ragione della stretta omogeneità tra i modelli in questione¹⁰⁹. Nel momento in cui, infatti, l'ordinamento prevede l'inflizione di una sofferenza al solo scopo di reagire ad un comportamento riprovato, diventa necessario evitare che il male comminato non diventi mera espressione intimidatrice della forza dello Stato.

Un dibattito su un simile argine, da un lato, è sfociato nella predisposizione - seppur a livello di legge ordinaria (l. 24 novembre 1981, n. 689) - di una serie di principi panpenalistici anche per le sanzioni punitive amministrative ritenute più vicine a quelle penali¹¹⁰. Inoltre, la Corte Costituzionale ha riconosciuto, con il tempo, il fondamento costituzionale della garanzia di legalità (compreso il parametro della irretroattività) anche rispetto a misure punitive di natura amministrativa¹¹¹.

A livello sovranazionale, poi, un'evoluzione in questo senso è venuta dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte di Giustizia, le quali hanno delimitato l'area della *matière pénale* ai fini delle garanzie europee (che coincidono, per larghi tratti, a quelle della nostra

¹⁰⁹ Tra tutti, si veda P. NUVOLONE, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione italiana*, in *L'Indice penale*, 1982, 84 ss.

Peraltro, misure punitive sono conosciute, soprattutto nella tradizione giuridica anglosassone, anche in ambito civile: si tratta dei c.d. *punitive damages* e degli *statutory damages* (sulla necessità di idonee garanzie in tali ambiti, nonché sulla proiezione nell'ordinamento italiano, cfr. E. DI AGOSTA, *Punizione, deterrenza e ruolo della pena nei copyright crimes: appunti sul sistema statunitense*, in *L'Indice penale*, 2015, 495 ss.).

¹¹⁰ Vengono esplicitati, in particolare, i principi di legalità (art. 1), di colpevolezza (artt. 2 e 3, su imputabilità ed elemento soggettivo), di anti giuridicità (art.4), di non trasmissibilità agli eredi (art. 7). Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, 945 ss.

¹¹¹ Pur con un orientamento inizialmente ondivago in ordine alla riconducibilità della riserva di legge ex art. 25, comma 2 Cost. a sanzioni diverse da quelle penali (ad una soluzione affermativa era giunta la Corte con la sentenza 15 giugno-3 luglio 1967, n. 78; in senso espressamente negativo, invece, la sentenza 25 marzo-14 aprile 1988, n. 447), la Corte Costituzionale ha sempre ammesso che «anche rispetto alle sanzioni amministrative ricorre l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse, e ciò in riferimento sia al principio di imparzialità (art. 97 della Costituzione), espressamente invocato dal ricorrente, sia al principio di cui all'art. 23 Cost.» (cfr. la stessa sentenza n. 447/1988). In epoca più recente, poi, la giurisprudenza costituzionale si è consolidata nel senso di piena copertura costituzionale ex art. 25, comma 2 Cost. di tutte le misure punitivo-afflittive (in questo senso, le sentenze 26 maggio-4 giugno 2010, n. 196; 14-18 aprile 2014, n. 104; 5 ottobre-16 dicembre 2016, n. 276).

In dottrina, una simile derivazione era stata evinta da due grandi Maestri penalistici: per P. NUVOLONE, l'art. 25, comma 2 Cost. afferma la riserva di legge e l'irretroattività in base ad un concetto sostanziale di “punizione”; F. BRICOLA, invece, sostenne la base costituzionale della sola riserva relativa di legge ex artt. 23, 27 e 28 Cost, dovendosi invece ritenere la tassatività (e la stessa esigenza di colpevolezza) mere istanze garantistiche, meritevoli ma non costituzionalmente codificate. Infine, altri ritengono che solo con la legge 689/1981 sia stato codificato il principio in esame, avente dunque il rango ordinario. Sul punto, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, 948.

Costituzione¹¹²) in base, alternativamente, alla qualificazione in tal senso nell'ordinamento nazionale, alla natura dell'illecito o alla natura e severità della sanzione¹¹³.

In ottica europea, la natura punitiva può essere un presupposto per l'attivazione delle maggiori tutele penalistiche, senza che risultino invece determinanti né il dato formale (e quindi lo stigma ad esso associato), né l'incidenza sulla libertà personale.

Invero, il tradizionale approccio individualistico e casistico della Corte di Strasburgo (che più di quella di Lussemburgo si è occupata del tema) ha comportato soluzioni non sempre lineari ed omogenee: sebbene diverse pronunce recenti sembrano valorizzare il criterio della natura punitiva come quello realmente dirimente (ed in dottrina si auspichi il consolidamento di tale indirizzo, così riportando alla ribalta l'esigenza di uno statuto del diritto punitivo¹¹⁴), continua ad essere presente nella giurisprudenza Edu un riferimento ad i tre criteri c.d. *Engels*, talvolta in combinato¹¹⁵.

Inoltre, una così ampia estensione della "materia penale" (anche ad ipotesi di inflizione di un male prettamente patrimoniale) rende talvolta irragionevole la rigidità delle garanzie, che è invece ineludibile qualora ci sia in gioco la libertà personale. Proprio in ragione di ciò, i diritti individuali sono spesso "graduati" dalla Corte, con un più o meno esplicito giudizio di bilanciamento tra gli interessi in gioco¹¹⁶. Si pensi alla presunzione di innocenza: nelle elaborazioni più strettamente penalistiche interne, come visto¹¹⁷, da essa si è fatto discendere in maniera diretta la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, mentre la Corte di Strasburgo ha talvolta flessibilizzato tale

¹¹² Cfr. note 105, 106 e 107. Le garanzie penalistiche contenute nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali sono quelle di presunzione di innocenza e tutela processuale accentuata (artt. 6, commi 2 e 3; 2 e 3 prot. add. n. 7) rispetto a quella ordinaria dell'art. 6, comma 1; di legalità (art. 7), da intendersi però nel senso della prevedibilità ed irretroattività, ma non di riserva di legge (visto che nel concetto di *law*, su impostazione anglosassone, la Corte vi ricomprende anche il diritto di derivazione giurisprudenziale); divieto di tortura o trattamenti inumani o degradanti (art. 3); divieto di reclusione per debiti (art. 1, prot. add. n. 4); principio del *ne bis in idem* (art. 4 prot. add. n. 7).

¹¹³ Il *leading case* è da rinvenire nella sentenza della Corte Edu, 8 giugno 1976, n. 22, *Engels* e altri c. Paesi Bassi, poi costantemente seguita (ed infatti si discorre ancora oggi di "criteri *Engels*", con riferimento ad i tre parametri di individuazione della materia penale). Di recente, in relazione al principio del *ne bis in idem*, P. MOSCARINI, *Il concetto europeo d' "infrazione penale" e la concorrenza fra i sistemi punitivi interni*, in *Diritto penale e processo*, 2016, 389 ss.

¹¹⁴ Cfr. FR. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 1899 ss., in cui si evidenzia come l'approccio quantitativo della severità della sanzione, pur avendo il pregio di consentire graduazioni e comparazioni, non permette di individuare «una soglia di rilevanza in grado di scongiurare il rischio connotato alle logiche flou (o fuzzy), ossia l'esposizione al disaccordo valutativo di soggetti razionali».

¹¹⁵ In questo senso, la nota sentenza 4 marzo 2014, n. 18640, *Grande Stevens* e a. c. Italia, in cui - esclusa la qualificazione interna in termini di reato - la Corte ha puntato l'attenzione sia sulla natura punitiva della sanzione, sia sulla sua estrema severità (pur non incidendo sulla libertà personale, neanche in via eventuale). D'altronde, anche esplicitamente la Corte ha in più occasioni ribadito che, pur non essendo i criteri *Engels* cumulativi, «ciò non impedisce l'adozione di un approccio cumulativo se l'analisi distinta di ciascun criterio non permette di giungere ad una conclusione chiara in merito all'esistenza di un'accusa in materia penale» (*ex multis*, cfr. Corte Edu, Grande chambre, 23 novembre 2006, n. 73053, *Jussila* c. Finlandia).

¹¹⁶ Cfr. FR. MAZZACUVA, *La materia penale*, 1899 ss., il quale evidenzia come la tensione tra funzionalità e garantismo, che trova sul terreno dell'accertamento processuale la massima espressione, risulti meramente apparente in alcuni casi (risultando ammessi, *ex art. 6 Cedu* modelli di giudizio più snelli o differiti, deroghe alla pubblicità o regole di giudizio meno rigorose) e reale in altri (su tutti, la presunzione di innocenza).

¹¹⁷ Cfr. *retro* nota 108.

principio, ammettendo presunzioni di fatto e di diritto anche in “materia penale”, a condizione che non superino un “certo limite”¹¹⁸.

Tirando le fila del discorso, dunque, può sicuramente affermarsi che per tutte le misure punitive (più o meno gravi, che rientrino o meno nell’ambito della legge 689/1981 o nella “materia penale” europea) risulta necessitata l’applicazione diretta del principio di legalità *ex art. 25, comma 2 Cost.* e, a parere di chi scrive, anche l’estensione del principio di colpevolezza, quale espressione di una necessaria “connessione razionale” tra mezzi e scopo¹¹⁹. Per il resto, i soliti canoni di ragionevolezza e proporzionalità - eventualmente specificati in base al diritto compresso - appaiono i limiti alla discrezionalità del legislatore che, per la loro elasticità, si presentano maggiormente idonei ad implementare una bilanciata integrazione tra interessi di rilievo costituzionale.

Alla luce del quadro fin qui descritto, dunque, ai fini della presente trattazione diventa decisivo indagare la natura giuridica delle diverse ipotesi di confisca dei proventi del reato. Soltanto in questo modo, infatti, si potrà individuare lo statuto di tutela da adottare per ricostruire la posizione di chi viene inciso dal provvedimento ablatorio (e, nella presente indagine, in particolare quella dei “terzi”). Se la confisca in esame avesse natura punitiva o addirittura penale, verrebbe in rilievo il più specifico statuto di tutela appena analizzato; se, come si proverà a sostenere in questa sede, si tratta di una misura non punitiva e dunque extrapenale, la posizione dei “terzi” andrà ricostruita adottando lo statuto di tutela generica dell’individuo pocanzi descritto.

¹¹⁸ Tra le tante, la sentenza Corte Edu, 7 ottobre 1988, *Salabiaku c. Francia*.

¹¹⁹ Se lo scopo è quello di punire, di infliggere un male per muovere un rimprovero ad un soggetto (in maniera da rieducarlo ed, *ex ante*, per ottenere un’efficacia deterrente), sarebbe sicuramente irrazionale irrogare la sanzione anche a soggetti a cui non sia ricollegabile, oggettivamente e soggettivamente, il fatto illecito.

CAPITOLO 2

La natura giuridica della confisca dei proventi criminosi

SOMMARIO: **2.1** *Evoluzione delle diverse ipotesi di confisca dei proventi del reato* - **2.2** *Gli orientamenti consolidati nella giurisprudenza* - **2.3** *Una ricostruzione alternativa: la natura ripristinatoria delle ipotesi di confische dei proventi* - **2.3.1** *Unitarietà della natura giuridica* - **2.3.2** *Precisazioni terminologiche* - **2.3.3** *Esclusione della natura preventiva* - **2.3.4** *Esclusione della natura punitiva* - **2.3.5** *La natura ripristinatoria della confisca dei proventi* - **2.4** *Nozione di proventi* - **2.4.1** *Calcolo al netto dei costi ed in via sussidiaria a restituzioni e risarcimenti* - **2.4.2** *La nozione di “cosa” in senso ampio* - **2.4.3** *Confisca diretta dei proventi e confisca del valore degli stessi* - **2.5** *Ambito applicativo della ricostruzione proposta: le fattispecie contigue* - **2.5.1** *Le confische nel d. lgs. 231/2001* - **2.5.2** *La confisca dei risparmi di spesa.* - **2.5.3** *La confisca nei reati contro la p.a. e nella corruzione tra privati* - **2.6** *segue: sequestri e confische di beni diversi dai proventi* - **2.6.1** *I sequestri non finalizzati alla confisca* - **2.6.2** *La confisca delle cose intrinsecamente criminose* - **2.6.3** *La confisca degli strumenti del reato* - **2.6.4** *La confisca urbanistica* - **2.7** *Corollari applicativi della natura ripristinatoria* - **2.7.1** *Aspetti sostanziali* - **2.7.2** *Aspetti procedurali* - **2.7.3** *Riepilogo e conclusioni intermedie.*

2.1 Evoluzione delle diverse ipotesi di confisca dei proventi del reato

Nel presente lavoro si è scelto di utilizzare il concetto, di stampo europeo, di “proventi del reato”. In base alla definizione che ne dà la direttiva dell’Unione Europea n. 42 del 2014, si tratta di «ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati; esso può consistere in qualsiasi bene e include ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile»¹²⁰. Una siffatta nozione è in grado di comprendere diverse ipotesi di confisca presenti nel diritto penale interno ed accomunate, appunto, dall’ablazione dei vantaggi derivati dal reato.

Nell’ambito della confisca “tradizionale”, invero, si distingue in maniera più analitica tra prezzo, prodotto e profitto del reato¹²¹. Una tale impostazione è coerente con l’assetto originario del codice penale, in cui la confisca era compresa tra le misure di sicurezza e dunque pensata in ottica preventiva¹²². Il pericolo da evitare era quello derivante dalla disponibilità delle cose di provenienza

¹²⁰ La definizione, riportata all’art. 2, n. 1 della direttiva n. 42 (UE) del 3 aprile 2014, è maggiormente specificata al considerando n. 11 del medesimo atto normativo: «occorre chiarire l’attuale concetto di proventi da reato al fine di includervi i proventi diretti delle attività criminali e tutti i vantaggi indiretti, compresi il reinvestimento o la trasformazione successivi di proventi diretti. Pertanto, i proventi possono comprendere qualsiasi bene, anche trasformato o convertito, in tutto o in parte, in un altro bene, ovvero confuso con beni acquisiti da fonte legittima, fino al valore stimato dei proventi confusi. Possono inoltre comprendere introiti o altri vantaggi derivanti dai proventi da reato o da beni nei quali i proventi da reato sono stati trasformati o convertiti o da beni con i quali i proventi da reato sono stati confusi».

¹²¹ Per le rispettive nozioni, cfr. *retro* par. 1.2.

¹²² Il riferimento è al doppio binario in cui le pene assolvevano la funzione punitiva e le misure di sicurezza (personali e patrimoniali) quella prettamente preventiva. Un simile sistema ed una simile distinzione sono entrate in crisi, sia per

criminosa, che però assumeva una dimensione diversa in ragione della tipologia: per il prodotto ed il profitto era sempre necessario un accertamento concreto da parte del giudice (art. 240, comma 1 c.p.); per il prezzo, l'obbligatorietà della confisca era basata su una presunzione assoluta di pericolosità (art. 240, comma 2, n. 1 c.p.).

Nonostante il dato letterale dell'art. 240 c.p. sul punto sia rimasto identico¹²³, una simile impostazione è entrata in crisi. Da un lato, l'avvento della Costituzione ha comportato la necessità che le presunzioni limitanti il diritto di difesa siano conformi ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità¹²⁴. Dall'altro lato, come avuto modo di esporre¹²⁵, in anni recenti è aumentata la tendenza del legislatore a prevedere ipotesi speciali di confisca obbligatoria anche per il prodotto ed il profitto del reato, nonché all'introduzione dell'alternativa soluzione della confisca per equivalente e, per alcuni reati, anche la possibilità di confisca "allargata". Inoltre, la riapertura del dibattito sulla natura giuridica ha ricevuto un'importante spinta dalla diffusione anche nella giurisprudenza interna dell'ottica sostanzialistica tipicamente europea.

Oggetto di significativi sviluppi è stata altresì la confisca di cui all'attuale art. 24 Cod. Ant., anch'essa originariamente costruita come misura preventiva. Ciò lo si desumeva, oltre che dallo stesso *nomen* e dalla collocazione tra le misure *praeter delictum*, dal fatto che fosse prevista in stretta dipendenza dall'applicazione delle misure di prevenzione personale, nei confronti di soggetti indiziati di delitti di particolare allarme sociale (criminalità organizzata e poi anche terroristica), al fine di evitare che l'accumulo di patrimoni illeciti potesse costituire un importante bacino da cui le associazioni criminali potessero attingere per perpetrare ulteriore attività antisociale. Si trattava, dunque, di una misura indirizzata a soggetti con una pericolosità c.d. qualificata, che peraltro, coerentemente ai citati scopi, doveva essere attuale al momento dell'emissione del provvedimento ablatorio¹²⁶. Un siffatto assetto ha superato il vaglio di legittimità costituzionale e di conformità alla Convenzione Europea

intrinseche "contraddizioni ed insufficienze", sia per l'impatto che la Costituzione (ed in particolare il principio della funzione rieducativa della pena, che afferma la funzione special-preventiva delle misure punitive) hanno avuto sul sistema penale. Sul punto, in maniera più ampia, cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 731 ss. Il dibattito, che sembrava sopito in Italia, ha avuto nuova linfa e, soprattutto, nuove variabili (estendendosi a tutte le misure incisive dei diritti dei singoli, anche se qualificate come misure di prevenzione o di tipo amministrativo) nel panorama europeo (ed in particolare in ambito Cedu). Cfr., *retro*, 1.6.2.

¹²³ Le modifiche apportate all'art. 240 da parte dell'art. 1 l. 15 febbraio 2012, n. 12 e dell'art. 2 d. lgs. 29 ottobre 2016, n. 202 riguardano gli *instrumenta delicti* di tipo informatico/telematico per i c.d. *cyber crimes*. Esulano dunque dalla trattazione sulla confisca dei proventi (cfr. *infra* 2.6.3).

¹²⁴ Cfr., *retro*, par. 1.5.5.

¹²⁵ Cfr., *retro*, par. 1.2.

¹²⁶ Per una più estesa descrizione dell'istituto, cfr. V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in AA. VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, 323 ss.; sull'introduzione di tale istituto all'art. 22 l. 22 maggio 1975, n. 152, cfr. V. POMPEO, *La confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà*, Milano, 2013, 11 s.

dei Diritti dell'Uomo¹²⁷ proprio in ragione della finalità preventiva (e non punitivo-penale)¹²⁸ e del rispetto da parte del legislatore dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità nell'ingerenza nella sfera del privato¹²⁹.

Tuttavia, anche per la confisca c.d. di prevenzione il dibattito sulla natura giuridica si è riaperto¹³⁰. Per un verso, le misure di prevenzione patrimoniale sono state sganciate dall'applicazione di misure personali al soggetto pericoloso e si è espressamente prevista la possibilità di disporle anche nel caso in cui la pericolosità non fosse più attuale (ed anche nei confronti degli eredi). Per un altro verso, è stata sensibilmente ampliata la platea dei soggetti possibili destinatari, che oggi possono essere anche coloro che si sono resi responsabili di reati c.d. comuni¹³¹ (e l'attuale *trend*, anche per la simile ipotesi della "confisca allargata", sembra continuare in tale direzione)¹³².

¹²⁷ Si vedano, tra le altre Corte Edu, 4 settembre 2001, Riela ed altri c. Italia; Corte Edu, 26 luglio 2011, Pozzi c. Italia; Corte Edu, 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia; Corte Cost., 8 ottobre 1996, n. 335 (che però si preoccupa di specificare come la confisca di prevenzione, a differenza del rispettivo sequestro, ha una *ratio* che comprende, ma eccede quella di prevenzione, essendo un provvedimento definitivo).

¹²⁸ Invero, l'orientamento affermatosi fino a tempi recenti nella giurisprudenza di legittimità parlava di un *tertium genus* e, più precisamente, di una «sanzione amministrativa equiparabile, quanto a contenuto e ad effetti, alla confisca ex art. 240, comma 2 c.p.» (Cass. Pen., Sez. Un., 3-17 luglio 1996, n. 18, costantemente seguito fino al 2013-2014).

¹²⁹ Da un lato, infatti, quella di contrasto alla criminalità mafiosa e terroristica è stata ritenuta integrare una valida espressione della funzione sociale capace di limitare il diritto di proprietà (o dell'utilità sociale per l'incisione sull'iniziativa economica). Dall'altro, «destinata a bloccare tali movimenti di capitali sospetti, la confisca costituisce un'arma efficace e necessaria per combattere il flagello» del fenomeno mafioso, essendo quest'ultimo capace di mettere in discussione la supremazia dello stato di diritto; l'inversione dell'onere probatorio relativamente alla provenienza segue comunque all'accertamento di un quadro indiziario di inequivoca sintomaticità (non meri sospetti) e può essere efficacemente ribaltato dal destinatario della misura mediante un procedimento in contraddittorio che prevede tre gradi di giudizio e dunque una concreta possibilità di tutela; infine, lo scopo preventivo giustificava l'immediata applicazione. Si trattava dunque di una presunzione relativa di pericolosità, che poteva dirsi ragionevole in quanto ancorata ad un quadro di probabilità dell'evento presunto (ossia la possibilità di reinvestimento, desunta dagli indizi di pericolosità qualificata e dalla sproporzione dei beni). Per questi motivi è stata più volte ritenuta conforme alla Cedu nelle pronunce citate alla nota n. 8; anche la Corte di Cassazione ha ritenuto manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale della disposizione: Cass. Pen., sez. I, 16 ottobre 2009, n. 6684.

¹³⁰ Per una completa ricognizione del dibattito: F. MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo "statuto" della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 maggio 2014, 6 ss.

¹³¹ Ciò è avvenuto non solo mediante l'estensione agli indiziati di tutti i delitti ex art. 51, comma 3 bis c.p.p. e del delitto ex art. 12 *quinquies* d.l. Martelli (per i quali, seppur con più difficoltà, potrebbe ancora probabilmente parlarsi di pericolosità qualificata), ma soprattutto mediante il rinvio integrale al catalogo previsto dall'art. 4 per le misure di prevenzione personale: non solo indiziati di comportamenti tipicamente mafiosi, ma anche di terrorismo, violenza negli stadi, fascismo e, infine, il generico riferimento ad "altri traffici delittuosi abituali o abituale tenore di vita basato su proventi criminosi" (e dunque alla pericolosità di tipo generico). Per una ricognizione dell'evoluzione normativa a cui si fa riferimento, con i c.d. "pacchetti sicurezza" del 2008-2009 e poi con l'art. 16 Cod. Ant., cfr. V. CONTRAFATO, *La sfera soggettiva di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali*, in A. BALSAMO-V. CONTRAFATO-G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali cit.*, 59 ss.; F. MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo "statuto" della confisca cit.*, 13 ss.; V. MAIELLO, *Le singole misure cit.*, 335 ss. e R. CANTONE, in AA. VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, 125 ss. In questo modo, rientrano anche le sproporzioni patrimoniali frutto di evasione fiscale (cfr., quale esempio di un orientamento giurisprudenziale consolidato, Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio-29 luglio 2014, n. 33451).

¹³² La legge 17 ottobre 2017, n. 161 ha esteso l'ambito applicativo sia della confisca di cui all'art. 24 Cod. Ant., sia della confisca "allargata" di cui al citato art. 12 *sexies* d.l. 306/1992. Sul punto, cfr. *retro*, 1.2 (ed in particolare le note 45 e 47 di tale Capitolo).

2.2 Gli orientamenti consolidati nella giurisprudenza

La descritta evoluzione è stata al centro dell'elaborazione giurisprudenziale ed i più recenti ed autorevoli approdi hanno ricostruito la natura giuridica distinguendo tra confisca diretta, confisca allargata, confisca per equivalente e confisca "antimafia" di prevenzione.

Nel primo caso, si tratterebbe ancora di una misura di sicurezza (dunque di natura preventiva), considerato che il prezzo del reato è una *res* la quale - oltre ad essere stata acquisita senza una legittima giustificazione - «*proprio per la specifica illiceità della causa negoziale da cui essa origina, assume i connotati della pericolosità intrinseca, non diversa dalle cose di cui in ogni caso è imposta la confisca, a norma dell'art. 240, comma 2, n. 2 cod. pen.*» e che una medesima logica ha mosso il legislatore nel prevedere le ipotesi speciali di confisca obbligatoria del profitto del reato¹³³.

Partendo da tali premesse, la Suprema Corte ha concluso per l'applicazione dello statuto delle misure di sicurezza patrimoniali: non cessazione con l'estinzione del reato (art. 210 c.p.), vigenza della disciplina del tempo di applicazione, anche se diversa da quella del tempo di esecuzione (art. 200, comma 2 c.p.) e superfluità della verifica dei parametri di cui agli artt. 202 e 203 c.p. relativi alla pericolosità sociale della persona. Inoltre, spingendosi ancora oltre, l'obbligatorietà è stata interpretata nel senso che essa implica anche la non necessarietà di una condanna definitiva: la confisca può essere disposta anche in caso di estinzione del reato, a condizione che nei precedenti gradi di giudizio vi sia stata una, pur non definitiva, condanna e che perduri un simile tipo di "giudicato sostanziale"¹³⁴.

Stessa natura e disciplina viene assegnata anche alla confisca c.d. allargata, prevista dall'art. 12 *sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306¹³⁵, sebbene gli stessi giudici di legittimità abbiano in alcuni casi rimarcato la «*natura ambigua sospesa tra funzione specialpreventiva e vero e proprio intento punitivo*»¹³⁶.

La *value confiscation*, invece, difettando del nesso di pertinenzialità al reato, è stata costantemente qualificata come una «*una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti*», che assolve una «*funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è, pertanto, connotata dal*

¹³³ In questi termini la sentenza della Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno-21 luglio 2015, n. 31617 (ricorrente Lucci), pagg. 29-33.

¹³⁴ In un primo momento (Cass. pen., Sez. Un., 15 ottobre 2008, n. 38834; Cass. pen., sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 8382) la giurisprudenza di legittimità si era attestata sulla soluzione negativa, escludendo che l'avverbio "sempre" contenuto al secondo comma dell'art. 240 c.p. potesse implicare l'applicazione anche in assenza di condanna (anche in ragione dell'esplicita esclusione della necessità della condanna per le cose intrinsecamente illecite, che altrimenti sarebbe superflua).

Di recente, però, la già citata sentenza Lucci (n. 31617/2015) ha ritenuto che la confisca diretta del prezzo del reato possa essere disposta anche in una sentenza di proscioglimento, a condizione che vi sia stata una sentenza (anche non definitiva) che abbia accertato la commissione del reato e che tale giudizio sia ritenuto corretto.

¹³⁵ Tra i corollari, ad esempio, c'è la sottoposizione al principio di retroattività *ex art. 200 c.p.* Cfr. R. CANTONE, *La confisca per sproporzione cit.*, 137 ss.; in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 24 ottobre 2012, n. 44534.

¹³⁶ Cfr., seppur l'istituto non fosse oggetto del procedimento, ma solo di una digressione della Corte sulle proteiformi estrinsecazioni della confisca: Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654.

carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza»¹³⁷. In definitiva, in ottica multilivello, è ritenuta una misura eminentemente sanzionatoria, costituente pena secondo la nozione fornita dalla Corte Edu, che in questo senso si sarebbe espressa nella sentenza del 9 febbraio 1995, *Welch* c. Regno Unito.

Da ciò ne consegue l'applicazione delle garanzie che la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo prevede per la materia penale (tra tutte, la necessità di una condanna, l'irretroattività, il principio di personalità-colpevolezza, la presunzione di innocenza)¹³⁸.

Al contrario, la confisca prevista dall'art. 24 Cod. Ant., nonostante i citati mutamenti normativi, non è stata ritenuta aver assunto tratti punitivo penali. Anzi, l'autonomia rispetto alle misure di prevenzione personali ha condotto le Sezioni Unite della Cassazione¹³⁹ a superare anche il precedente orientamento che assegnava all'istituto una natura ibrida¹⁴⁰, per affermarne invece una connotazione prettamente preventiva¹⁴¹. La finalità, infatti, sarebbe quella di dissuadere dalla perpetrazione di

¹³⁷ In questo senso si è espressa la costante giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., 22 novembre 2005, n. 49136; Cass. Pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654; Cass. pen. 24 settembre-20 ottobre 2008, nn. 39172 e 39173; di recente, Cass. pen., 16 aprile 2013-5 marzo 2014, n. 10561 e Cass. pen., 26 giugno-21 luglio 2015, n. 31617) ed anche la Corte Costituzionale, nella sentenza dell'1 aprile 2009, n. 97 e nella recente sentenza 7 febbraio-7 aprile 2017, n. 68.

¹³⁸ Invero, nei risvolti applicativi seguiti dalla giurisprudenza in esame vi sono anche conseguenze non propriamente coerenti con la pretesa natura punitiva: ad esempio, spesso il profitto viene calcolato al netto dei costi (leciti); si sta diffondendo, poi, l'idea della sussidiarietà rispetto ad altri istituti compensativi; ancora, seppur anche in ciò con orientamenti non del tutto univoci, nell'applicazione della confisca per equivalente spesso si conclude per la solidarietà passiva tra i concorrenti nel reato, nei limiti del valore complessivo di prezzo e profitto, senza duplicazioni (seppur incidentalmente, cfr. Cass. pen., Sez. Un., 2 luglio 2008, n. 26654; per una concisa analisi dei diversi orientamenti: P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *Sequestro per equivalente e concorso di persone nel reato*, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA-G. GARUTI-L. KALB, *Procedura penale: teoria e pratica del processo*, tomo II, *Misure cautelari reali*, Milano, 2015, 346 ss.). Si tratta di tre meccanismi che - mirando all'effettivo recupero della somma illecitamente acquisita e non a rimproverare il colpevole - non sembrano attagliarsi perfettamente al concetto di punizione (in questo senso, FR. MAZZACUVA, *Il recupero dei capitali illeciti: un vero terzo binario?*, in A. GULLO-FR. MAZZACUVA (a cura di), *Ricchezza illecita ed evasione fiscale. Le nuove misure nella prospettiva europea*, Bari, 2016, 62).

¹³⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 4880. Il dibattito era stato formalmente riaperto dalla pronuncia della Quinta sezione della Cassazione, la quale aveva per la prima volta affermato la natura "oggettivamente sanzionatoria" dell'istituto in esame. Su tale pronuncia, A. M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"? Nota a Cass., V Sez. pen., sent. 13 novembre 2012 (dep. 25 marzo 2013), n. 14044/13, Pres. Zecca, Rel. Micheli, Ric. Occhipinti*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 luglio 2013.

¹⁴⁰ L'orientamento a cui si fa riferimento è quello indicato alla nota n. 9, in base al quale la confisca di prevenzione era qualificata in termini di «sanzione amministrativa equiparabile, quanto a contenuto e ad effetti, alla confisca ex art.240, comma 2 c.p.». Per le Sezioni Unite una siffatta impostazione si giustificava «a fronte delle difficoltà ermeneutiche che sembravano frapporsi all'applicabilità della confisca di prevenzione all'ipotesi di morte del proposto intervenuta nel corso del procedimento; necessità oggi non più esistente a seguito della consacrata autonomia della misura patrimoniale rispetto a quella personale».

¹⁴¹ Sebbene non condividendo il percorso argomentativo delle Sezioni Unite, aderisce alla qualificazione in termini preventivi G. FIANDACA, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, schema di relazione introduttiva al convegno *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso* (Convegno annuale della Associazione fra gli studiosi del processo penale), Cagliari, 29-31 ottobre 2015, in www.studiosiprocessopenale.it: «ad avere un peso prioritario è proprio l'esigenza di prevenire l'infiltrazione criminale dell'economia e del mondo delle imprese. Nel solco di una simile e più moderna prospettiva di fondo, vi è non a caso chi giunge a individuare nel modello italiano di prevenzione patrimoniale una filosofia di intervento che fuoriesce dai paradigmi tradizionali (siano essi punitivi o preventivi): vale a dire una filosofia incentrata sul diretto controllo della consistenza, dell'origine e della

nuovi reati il soggetto inciso, la cui pericolosità andrebbe sempre e comunque verificata. La circostanza che tale carattere possa non essere attuale non avrebbe una concreta incidenza. Dalla pericolosità soggettiva originaria, infatti, deriverebbe quella dei beni, che ne verrebbero permeati al punto da esserne connotati anche dopo successivi trasferimenti (ad esempio *mortis causa*), a meno che tali successioni nel diritto si presentino inopponibili in base alle regole di circolazione dei beni o che si tratti, con la confisca, di acquisto ablatorio da parte dello Stato¹⁴².

2.3 Una ricostruzione alternativa: la natura ripristinatoria delle ipotesi di confische dei proventi

A sommo avviso di chi scrive, l'impostazione oggi dominante in giurisprudenza non è condivisibile.

2.3.1 Unitarietà della natura giuridica

In primo luogo, come evidenziato da più voci dottrinali, non appare fondata su basi solide la pretesa differenza di natura giuridica tra le diverse ipotesi di apprensione dei proventi illeciti.

Ciò è evidente già nella differenziazione che si compie tra confisca diretta e confisca per equivalente, nella quale il rilievo dato al nesso di pertinenzialità appare eccessivo.

Da un lato, infatti, i proventi diretti non possono essere definiti cose oggettivamente ed intrinsecamente criminose/pericolose ma potrebbero diventare eventualmente tali per il possibile reinvestimento da parte dell'autore del reato; dall'altro lato, la confisca per equivalente è parametrata all'esatto ed identico valore dei predetti proventi e dunque crea analoghi presupposti di reinvestimento. Non si capisce, allora, come si possa affermare che sottrarre il profitto/prezzo/prodotto sia diretto a prevenire ed invece sottrarre, in alternativa e non cumulativamente, un valore identico ad esso sia invece diretto a punire¹⁴³. In altre parole, a fronte di un'identica *deminutio* del patrimonio del medesimo soggetto inciso, una diversa natura della misura ablatoria può derivare soltanto da una pericolosità della cosa intrinseca (come nel caso di armi, stupefacenti, esplosivi) o scaturente dal peculiare uso che ne può fare un soggetto (come nel caso dei beni utilizzati per commettere il reato, che dunque potrebbero nuovamente servire a tale scopo)¹⁴⁴. Ciò invece non appare ravvisabile, quantomeno in via generale ed astratta, per i proventi del reato.

destinazione di ricchezze formatesi in ambienti a forte influenza criminale. In questo senso, le misure patrimoniali finiscono con lo svolgere una funzione di prevenzione del consolidamento dell'economia illecita [...] una strategia di legittimazione come questa potrebbe rispondere all'esigenza di costruire un sistema della prevenzione patrimoniale all'altezza delle sfide del nostro tempo».

¹⁴² Da una tale ricostruzione, la Cassazione ha fatto derivare l'applicazione analogica, in caso di lacune, della disciplina codicistica prevista per la confisca *ex art. 240 c.p.* ed in particolare del criterio del *tempus regit actum*. Come corollario dell'impostazione seguita, inoltre, la Suprema Corte ha ritenuto che sono suscettibili di ablazione soltanto i beni acquisiti nell'arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità del soggetto. Invero, una tale operazione di perimetrazione cronologica, agevole per le ipotesi di pericolosità "generica", non è stata ritenuta possibile per le ipotesi in cui la pericolosità (qualificata) investa l'intero percorso esistenziale del proposto.

¹⁴³ Si esprimono in questo senso: in un commento critico alla citata sentenza delle Sezioni Unite 10561/2014, Gubert, M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 1692 (e la dottrina tedesca che l'autore cita nella nota n. 47); A. MARCHESELLI, *Tecniche di aggressione dei profitti dell'economia fiscalmente infedele: la confisca "penale" tra efficacia preventiva e tutela dei diritti fondamentali*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 dicembre 2015, 9 s.

¹⁴⁴ Sulle diverse ipotesi di confisca che interessano tali beni: *infra*, par. 2.6.2 e 2.6.3.

Inoltre, visto che il presupposto della confisca per equivalente¹⁴⁵ è la semplice non proficuità della ricerca del provento diretto, senza che abbia rilevanza il comportamento più o meno collaborativo o fraudolento del reo, si potrebbe fortemente dubitare del fondamento di una simile sanzione punitiva. In altre parole, ad un soggetto parimenti colpevole si applicherebbe o meno una punizione soltanto in ragione dell'efficacia dell'azione dello Stato: se l'autorità giudiziaria rinviene il profitto, non si applica la "pena" ma solo una misura di sicurezza; se invece ciò non avviene, il reo è soggetto alla sanzione punitiva¹⁴⁶.

Non convince neanche il richiamo alla giurisprudenza di Strasburgo: in realtà, la Corte Edu non ha ancora preso una chiara posizione sulle diverse forme di confisca dei proventi¹⁴⁷ ed il precedente tralattivamente richiamato attiene ad una ipotesi del tutto peculiare di confisca per equivalente. Nel caso *Welch c. Regno Unito*, infatti, la misura ablatoria britannica è stata ritenuta di natura punitiva sulla base di una valutazione unitaria dei suoi diversi caratteri: presunzione assoluta di provenienza illecita di tutte le proprietà acquisite dal reo nell'arco di sei anni, non limitazione del *quantum* all'arricchimento o profitto attuale, rilevanza del grado di colpevolezza nella determinazione dell'ammontare e possibilità di conversione in detenzione nel caso di non proficuità¹⁴⁸. Si tratta di connotazioni senza dubbio afflittive, ma che sono evidentemente diverse rispetto alla *value confiscation* codificata nel nostro ordinamento.

¹⁴⁵ Questo argomento, invero, prima della riforma compiuta con la legge 161 del 2017, poteva essere esteso solo parzialmente all'ipotesi di confisca per equivalente prevista dall'art. 25 del Codice Antimafia, in cui - almeno nel primo periodo - il presupposto di applicazione è un comportamento di trasferimento, occultamento, trasformazione di tipo fraudolento sui beni potenzialmente aggredibili in via "diretta". Nel secondo periodo, poi, viene in rilievo anche il trasferimento legittimo a terzi in buona fede, che dunque non sembra foriero di particolare colpevolezza, ma che quantomeno permette di individuare un atto oggettivamente imputabile al destinatario della misura. Nella versione attuale, una tale caratterizzazione è venuta meno, somigliando la confisca dell'art. 25 alle ipotesi per equivalente previste nell'ambito di procedimenti penali.

¹⁴⁶ Cfr. A. MARCHESELLI, *Tecniche di aggressione cit.*, 7.

¹⁴⁷ Si riportano, a supporto di tale affermazione, le osservazioni del Giudice Pinto De Albuquerque nell'opinione separata allegata alla sentenza della Corte Edu 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*: «*la Corte ha sino ad oggi evitato di pronunciarsi sulla questione di principio della compatibilità con la Convenzione dei regimi di confisca senza condanna penale e di confisca estesa. Spesso le questioni che si ponevano sono state decise sulla base di aspetti secondari del regime legale della misura applicata dallo Stato convenuto, addirittura di fatti molto particolari di ogni caso di specie, come l'ammontare dei beni perduti dal ricorrente. Questo approccio casistico ha dato origine ad una giurisprudenza contraddittoria e incoerente [...] Sotto il nomen iuris di confisca, gli Stati hanno creato misure di prevenzione penale ante delictum, delle sanzioni penali (accessorie o anche principali), delle misure di sicurezza lato sensu, delle misure amministrative adottate nell'ambito di un procedimento penale o al di fuori di quest'ultimo e delle misure civili in rem. Di fronte a questo complesso immenso di mezzi di reazione di cui lo Stato dispone, la Corte non ha ancora sviluppato una giurisprudenza coerente fondata su un ragionamento di principi*».

Successivamente, nella sentenza della Corte Edu, *Gogitidze ed altri c. Georgia*, 12 maggio 2015, i giudici di Strasburgo, analizzando una fattispecie di confisca di beni acquisiti con proventi di reato (e dunque non propriamente per equivalente), ha ritenuto che non si trattasse di una *penalty* e che dunque fosse conforme alla Convenzione un'*actio in rem* senza le garanzie dell'art. 6, par. 2. La misura ablatoria georgiana è stata ritenuta conforme anche all'art. 1 Prot. Add. 1 in materia di diritto di proprietà: c'era una base legale chiara e prevedibile, la confisca mirava alla legittima finalità di elidere l'ingiustificato arricchimento frutto di episodi corruttivi, il mezzo era proporzionato al fine (trattandosi appunto di una quantificazione basata sulla illecita percezione), a livello processuale - sebbene con oneri probatori e coinvolgendo soggetti "terzi" - era stata garantito il diritto di difesa.

¹⁴⁸ Corte Edu, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*.

Infine, la costruzione ermeneutica oggi prevalente dà luogo a non pochi problemi applicativi e di coerenza sistematica, ad esempio in tema di confisca del denaro o di incidente d'esecuzione¹⁴⁹.

Appare più corretto, allora, compiere un discorso unitario in ordine alla natura giuridica della confisca dei proventi del reato, sia essa diretta o per equivalente. Inoltre, un medesimo approccio può essere compiuto anche con riferimento alla confisca allargata ed alla confisca c.d. di prevenzione¹⁵⁰.

Sebbene vi siano semplificazioni probatorie (ed addirittura l'assenza delle garanzie di un processo penale per la confisca del codice antimafia), infatti, l'oggetto di tali due istituti è lo stesso della confisca tradizionale e di quella per equivalente: i vantaggi economici derivanti dalla commissione di reati. Anche in questo caso, è difficile sostenere il discorso compiuto dalla Cassazione e discorrere di pericolosità intimamente collegata alle cose confiscate (che, appunto, possono essere denaro, aziende e quote sociali, immobili), ma semmai il pericolo può essere correlato all'uso che di tali beni compiono determinati soggetti. Un'identica somma di denaro, ad esempio, può essere utilizzata: in maniera non pericolosa se, pur avendo provenienza criminosa, sia utilizzata da un soggetto onesto; in maniera pericolosa se, pur essendo frutto di un'attività lecita, sia nella disponibilità di una persona intenzionata ad investire in traffici criminali.

L'interrogativo che deve guidare l'interprete alla ricerca della natura giuridica degli istituti in esame, dunque, è unico. Si tratta di comprendere se l'ablazione dei (provati o presunti) vantaggi patrimoniali derivanti dalla commissione di reati abbia nel nostro ordinamento una connotazione preventiva, punitiva (ed in tal caso occorre chiedersi se si colori addirittura di "pena") o ripristinatoria. A tal fine, appare opportuno preliminarmente compiere alcune precisazioni terminologiche.

2.3.2 Precisazioni terminologiche

I termini pena, sanzione e punizione sono spesso usati da dottrina e giurisprudenza in maniera fungibile, per individuare in questo modo le misure dell'ordinamento sottoposte alle garanzie penalistiche¹⁵¹. In questa sede, considerate le finalità dell'indagine ed i significativi risvolti applicativi, appare preferibile un'impostazione che valorizzi le diversità di significato tra tali termini. Rientra nel concetto di "sanzione" ogni reazione dell'ordinamento ad un illecito¹⁵². In questo senso, dunque, la confisca dei proventi criminali è senza dubbio una sanzione, essendo necessariamente (e

¹⁴⁹ Per un'analisi di tre recenti pronunce emblematiche dell'andamento ondivago della Corte di Cassazione sui corollari della tesi in esame, cfr. G. BIONDI, *La confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionario?*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 maggio 2017.

¹⁵⁰ In questo senso, F. MAZZACUVA, *Il recupero dei proventi cit.*, 65 s.

¹⁵¹ Un esempio emblematico di ciò si ha nella citata giurisprudenza in tema di confisca per equivalente (*retro*, 2.2), in cui si parla di misura "eminentemente sanzinatoria" per giustificare la copertura dell'art. 7 Cedu.

¹⁵² Cfr., in generale, quanto detto *retro* nel par. 1.6 (ed in particolare gli approfondimenti delle note n. 100, 101, 102). Con riferimento alla confisca nel d. lgs. 231/2001, vale la pena richiamare le parole di M. ROMANO, *Confisca cit.*, 1683: «sia chiaro, comunque, che la qualifica normativa della confisca come sanzione, nel d. lgs. 231, non è per nulla impropria. Sanzione lo è senz'altro, come diverse istanze da tempo sottolineano, ma nel significato di reazione dell'ordinamento alla violazione di una norma che prevede un illecito. E' improprio, invece, intenderla autenticamente come pena. Può essere senza dubbio afflittiva, perché l'ente la subisce e ne conseguono effetti indesiderati, ma non è inflitta per punire».

lapalissiniamente) collegata alla commissione, appunto, di un reato produttivo di tali vantaggi economici.

Tuttavia, ciò non basta a desumerne i vincoli costituzionali e sovranazionali applicabili, visto che il nostro ordinamento conosce diverse tipologie di sanzioni.

A. Si parla di sanzione punitiva, come visto, solo quando sussista il carattere primario e necessario dell'afflittività: l'inflizione di una sofferenza - seppur tesa a rieducare l'autore del fatto - deve essere lo scopo, anche solo concorrente, della misura. Nelle ipotesi di punizione individuate come maggiormente severe dalla Corte Edu, poi, si potrà discorrere di "pena" in senso convenzionale; la "pena" nella dimensione costituzionale interna, invece, potrà aversi soltanto nelle ipotesi espressamente qualificate in tal senso dal legislatore¹⁵³.

B. Ad un illecito, se fonte o sintomo di un pericolo, l'ordinamento può anche reagire mediante misure di tipo preventivo. Sebbene possa ben accadere che tali sanzioni comportino sacrifici nei confronti dei soggetti destinatari, la differenza rispetto alle misure punitive sta nel fatto che il male inferto si presenta come meramente eventuale, essendo (non il fine, ma) il mezzo necessario a scongiurare il pericolo¹⁵⁴. Nell'impianto originario del codice penale una simile funzione era (ed ancora in parte è) svolta dalle misure di sicurezza per le quali - a differenza della pena fondata sull'ottica retributiva della colpevolezza - il presupposto applicativo è stato individuato nella pericolosità sociale¹⁵⁵.

C. Infine, la commissione di un illecito può modificare la realtà ed in questi casi l'ordinamento reagisce anche con sanzioni ripristinatorie dello *status quo ante*¹⁵⁶. Esse possono essere di due tipi: compensative o ripristinatorie in senso stretto.

Le prime assumono la forma della reintegrazione, in forma specifica o per equivalente, delle conseguenze dannose cagionate ad altri soggetti. Ad esse, di pacifica matrice civilistica, lo stesso codice penale attribuisce natura sanzionatoria, rubricando il VII titolo del Primo Libro "sanzioni civili". Può sicuramente sussistere afflittività patrimoniale, ma anche in questo caso la differenza dalle sanzioni punitive è rinvenibile nella non necessità di tale carattere: anche in casi di eclatante colpevolezza, se l'illecito non produce danno, nessuna somma è dovuta dall'autore di esso; la finalità è di tipo riparativo e quindi il *quantum* non può eccedere quanto necessario a tal fine. Per contraltare, non trattandosi di una misura che concretizza un rimprovero, la stessa colpevolezza non è un elemento

¹⁵³ In maniera più ampia, cfr. *retro* 1.6.

¹⁵⁴ Si veda, sul punto, la lucida esposizione in FR. MAZZACUVA, *La materia penale cit.*, 1899 ss.

¹⁵⁵ Sul punto, cfr. la precedente nota n. 3 nel par. 2.1. Peraltro, un'analoga finalità preventiva può presentarsi anche a prescindere dalla realizzazione di un illecito e dunque una tale tipologia di misure - se rispettosa dei limiti di tutela generica dell'individuo - è ben possibile anche *ante delictum*. Sono tali le c.d. misure di prevenzione (personali o la cauzione; su sequestro e confisca, invece, l'idea sostenuta in questa sede è di una diversa natura), sulle quali peraltro è in atto una seria nuova discussione, in seguito alla sentenza della Corte Edu, Grande Camera, 25 maggio 2015-23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia.

¹⁵⁶ Nelle classificazioni (cfr. nota n. 100 del par. 1.6) di S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale cit.*, 46 corrispondono alle compensative e ripristinatorie; per F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, 715, esse corrispondono alle sanzioni punitive omogenee ed eterogenee impeditive.

necessario¹⁵⁷, visto che legittimamente il rischio di un pregiudizio può essere distribuito dal legislatore secondo criteri diversi¹⁵⁸, se rispettosi del più volte richiamato statuto di tutela generico dell'individuo.

A medesimi standard di protezione devono attenersi le sanzioni ripristinatorie in senso stretto¹⁵⁹, vale a dire quelle finalizzate a neutralizzare le conseguenze di un illecito non meritevoli per l'ordinamento. Le misure in esame possono comportare la distruzione di un'opera¹⁶⁰ o l'elisione delle conseguenze positive non aventi una valida causa giustificativa.

Proprio a quest'ultima categoria, a sommosso avviso di chi scrive, afferiscono le diverse ipotesi di confisca dei proventi del reato. Un'analisi delle caratteristiche dell'istituto, infatti, conduce ad escluderne tratti preventivi o punitivi e ad identificare l'ablazione degli *assets* criminosi in un intervento ripristinatore dell'equilibrio economico pregresso.

2.3.3 Esclusione della natura preventiva

Non pare potersi sostenere, *in primis*, l'assunto di una presunzione di pericolosità delle cose derivanti da reato, portato avanti dall'esposta giurisprudenza su confisca diretta, allargata e c.d. di prevenzione, nonché da parte della dottrina anche per la confisca per equivalente.

Una natura (almeno parzialmente) preventiva può affermarsi per le ipotesi di confisca facoltativa (che è la regola di *default* per quanto riguarda prodotto e profitto del reato), per le quali è previsto uno specifico accertamento del Giudice. Quest'ultimo, infatti, è inteso dall'opinione prevalente quale verifica della concreta pericolosità di reiterazione nei reati che potrebbe derivare dal mantenimento della *res* nella disponibilità del reo¹⁶¹.

¹⁵⁷ In realtà, nel caso in cui si decida di esperire l'azione civile nell'ambito del processo penale, la dichiarazione di colpevolezza dell'imputato diventa un elemento necessario anche per la condanna al risarcimento dei danni (tranne nelle ipotesi eccezionali degli articoli 576 e 578 c.p.p.), ma nella stessa sede può essere responsabile patrimonialmente anche il responsabile civile (pur non penalmente colpevole). Inoltre - per gli stessi identici fini in relazione al medesimo fatto di reato - è possibile agire in sede civile (con il meno rigoroso standard del "più probabile che non").

¹⁵⁸ Nella società pre-industriale non vi erano molti dubbi sulla vigenza, nell'ambito della responsabilità civile, della funzione etico-dissuasiva del "*ut nemo laedatur*" di Grozio. Con i mutamenti della società industriale e, più in generale, con l'aumento dei rischi leciti consentiti, ha assunto un ruolo crescente anche la funzione di distribuzione del peso economico dei rischi: così ad esempio per le attività pericolose (2050 c.c.) i cui danni sono compensati da chi la compie (ed eventualmente ridistribuiti sul costo finale del prodotto); ancora, in particolari ambiti (ad esempio: responsabilità medica o da circolazione stradale), è il sistema assicurativo obbligatorio il metodo prescelto dal legislatore per distribuire il peso dei danni che possono derivare da attività in sé socialmente indispensabili. Sul punto, cfr. F. GALGANO, *Le antiche e nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impresa*, 2008, 80 ss. Per una ricostruzione diversa, che sottolinea la permanenza dell'antigiuridicità, C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 5, *La responsabilità*, Milano, 2012, 543 ss.

¹⁵⁹ In generale, nell'ambito delle sanzioni amministrative, cfr. F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, 337 ss.

¹⁶⁰ Si pensi all'ordine di demolizione di opera abusiva di cui all'art. 31 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

¹⁶¹ Sebbene quella appena prospettata appaia la soluzione maggiormente condivisa, si è molto discusso sulla nozione di pericolosità da far valere in queste ipotesi. A chi ha sostenuto che la pericolosità fosse di natura oggettiva (riferendosi alla "cosa"), c'è chi ha opposto che ad essere pericoloso è il rapporto tra *res* e persona ed ancora chi ha ritenuto che in sostanza anche qui si valuti - vagliando il possibile utilizzo della cosa - la personalità del reo. Per una chiara e concisa ricognizione del dibattito, P. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in C. F. GROSSO-T. PADOVANI- A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, tomo II, Milano, 490, 486 ss. In giurisprudenza, degna di segnalazione è la ricostruzione di Cass. pen., sez. I, 11 novembre-20 dicembre 2011, n. 47312.

Lo tesi della natura preventiva non appare predicabile, però, in relazione alle ipotesi di confisca obbligatoria dei proventi criminosi.

In primo luogo, affinché una presunzione assoluta sia legittima occorre che risponda a «*dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit*»: non deve risultare «*agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa*»¹⁶². Una simile condizione non può ritenersi soddisfatta per la fattispecie in esame, risultando francamente discutibile l'assunto - portato avanti dall'orientamento che conclude per la natura preventiva - secondo cui «*appare realmente difficile, per non dire impossibile, ipotizzare casi in cui consentire al reo di mantenere i profitti dell'illecito non sia una situazione criminogena*»¹⁶³.

Invero, come si è già avuto modo di rilevare, a livello oggettivo il provento di reato è nella maggior parte dei casi costituito da beni intrinsecamente neutri (come ad esempio il denaro). A livello soggettivo, poi, è sicuramente agevolare ipotizzare numerosi casi in cui la permanenza dei vantaggi economici del reato non possa dirsi criminogena. Non sono rare le ipotesi in cui un soggetto commette un singolo reato per situazioni contingenti (si pensi, in materia fiscale, all'ipotesi di omesso versamento di IVA in caso di crisi di liquidità¹⁶⁴) o per ottenere *una tantum* un soddisfacente profitto, limitandosi poi a goderlo, senza che ci sia più un effettivo pericolo di recidiva. Si pensi, ancora, alle ipotesi di un reato concorsuale (e/o associativo) in cui un correo - che pure ha ottenuto un provento - successivamente si dissocia dal contesto criminoso, fornendo anche informazioni di rilievo all'autorità giudiziaria: un tale comportamento di pentimento potrebbe essere di per sé sintomatico di non pericolosità, nonostante l'eventuale permanenza del provento nella disponibilità del reo.

Ipotesi di assenza di pericolosità possono rinvenirsi anche nell'ambito delle confische per sproporzione (allargata e c.d. di prevenzione). Prima delle citate riforme, infatti, la pericolosità era fondata sulle disponibilità economico-finanziarie di soggetti legati a sodalizi mafiosi o terroristici:

¹⁶² Si rinvia a quanto esposto *retro* nel par. 1.5.5 ed alla giurisprudenza ivi richiamata, tra cui Corte Cost., 14-16 aprile 2010, n.139.

¹⁶³ In questi termini A. MARCHESELLI, *Tecniche di aggressione cit.*, 8.

¹⁶⁴ La tematica in esame comporta problemi interpretativi già sull'*an* della responsabilità. Ad orientamenti che hanno escluso la colpevolezza per mancanza del dolo o per la sussistenza di una causa di forza maggiore (Trib. Roma, 7 maggio 2013; Trib. Roma, 12 giugno 2013), si è contrapposto (ed affermato in sede di legittimità) un orientamento dogmaticamente più rigoroso che - evidenziando come l'obbligo di versamento sia consequenziale a quello di accantonamento - ritiene sussistente il dolo e dunque punibile il comportamento in esame (Cass. pen., sez. III, 1 dicembre 2010-11 marzo 2011, n. 10120; Cass. pen., Sez. Un., 12 settembre 2013, nn. 37424). Tuttavia, anche tale orientamento - richiamando più o meno esplicitamente la categoria dell'inesigibilità - fa salve le ipotesi in cui effettivamente non sussiste alcuna rimproverabilità all'agente (come nel caso in cui il soggetto non ha mai percepito le somme da accantonare o qualora vi sia stato un avvicendamento nelle cariche sociali tali da far ereditare una situazione già compromessa: sul caso del liquidatore, Cass. pen., sez. III, 6 febbraio 2014, n. 15176; in sede di merito, ci si è spinti anche oltre ad ipotesi di crisi di mercato da dimensioni eccezionali: Trib. Milano, III sez. pen., sent. 15 dicembre 2015-18 febbraio 2016, n. 13701). Per una completa ricostruzione: P. ALDROVANDI, *Crisi aziendale e reati di omesso versamento dei tributi, tra inadeguatezza del dato normativo e "creatività" giurisprudenziale: una paradigmatica esemplificazione del difficile rapporto tra "law in the books" e "law in action"*, in *L'Indice Penale*, 2014, 505 ss.

Se, però, si rientra nelle ipotesi di responsabilità penale, appare realmente difficile ritenere in via assoluta che il provento di una siffatta evasione abbia effetti criminogeni.

elidere il patrimonio illecitamente accumulato era chiaramente un metodo per scalfire il “fondo cassa” dell’associazione criminale ed evitarne il reimpiego antisociale. Appare difficile, però, riproporre il ragionamento in relazione ai delinquenti comuni¹⁶⁵. Emblematici, oltre alle ipotesi della genuina dissociazione, i casi di soggetti che, essendo privi di reddito, vivano di piccoli espedienti criminali¹⁶⁶: una confisca nei loro confronti renderebbe addirittura maggiormente attuali le condizioni di povertà che hanno condotto a delinquere.

Tutti questi casi fanno emergere situazioni distoniche rispetto all’asserita presunzione legale di pericolosità *iuris et de iure*: ciò renderebbe la stessa, in base ai parametri elaborati dalla Corte Costituzionale, irragionevole. Per tale motivo, è obbligo per l’interprete trovare una lettura maggiormente conforme alla Carta fondamentale, escludendo così l’ipotesi della natura preventiva. D’altronde, in senso contrario va anche la disposizione in base alla quale la confisca “tradizionale” può essere disposta anche in caso di concessione della sospensione condizionale, ovvero quando è stata fatta un’apposita prognosi soggettiva di non reiterazione nel reato¹⁶⁷. Analogamente, la confisca *ex art. 24 Cod. Ant.* può prescindere dall’attuale pericolosità del soggetto destinatario ed estendersi anche a suoi aventi causa, come nel caso dell’erede: appare una forzatura ritenere in via generale ed astratta che un soggetto né condannato né valutato pericoloso utilizzerà per fini criminosi denaro, immobili, aziende che pure abbiano una derivazione illecita¹⁶⁸.

Ulteriore nota di incompatibilità della tesi preventiva è il carattere definitivo e perpetuo della confisca: le misure preventive, generalmente, possono essere revocate nel momento in cui il pericolo venga meno¹⁶⁹. Se, come avuto modo di vedere, il pericolo non è insito nel provento ma correlato al suo possibile utilizzo, è evidente che un’eventuale successo del percorso rieducativo dovrebbe condurre a rimuovere anche il presidio di prevenzione. Così non è, proprio perché evidentemente lo scopo della confisca dei proventi non è sempre e comunque preventivo, pur potendo talvolta concorrere anche questo effetto.

¹⁶⁵ Cfr. *retro* 1.2 (ed in particolare le note nn. 49, 50 e 51).

¹⁶⁶ Essi ben rientrano nella nozione di persone “abituamente dedite a traffici criminali” o che “vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose” (cfr. art. 4, comma 1, lett. c), in relazione all’art. 1, lett. a) e b) d, lgs, 159/2011).

¹⁶⁷ Non pare cogliere nel segno la considerazione (su cui A. MARCHESELLI, *Tecniche di aggressione cit.*, 9) secondo cui tale prognosi potrebbe derivare proprio dall’apprensione dei proventi, la quale eliminerebbe lo strumento in ragione del quale il soggetto sarebbe propenso a delinquere. Eliminare il profitto del reato, infatti, non implica per forza l’eliminazione di ogni disponibilità economica (o di beni comunque analoghi a quelli derivati dal reato) e dunque di un’astratta analoga pericolosità.

¹⁶⁸ Si pensi ad ipotesi in cui la successione ereditaria coinvolga lontani parenti, istituto religiosi od umanitari (come nel caso di soggetti che sentano un simile dovere di “emenda morale”) o comunque persone per qualsiasi motivo estranee al circuito criminale.

¹⁶⁹ Così avviene, ad esempio, per le misure di sicurezza personale. Un esame della pericolosità è previsto sia al momento dell’applicazione (che spesso non coincide con il momento in cui la misura è stata disposta; art. 222 c.p., come modificato dagli interventi additivi della Corte Costituzionale: cfr. Corte Cost., 27 luglio 1982, n. 139) sia periodicamente decorso il periodo minimo di durata (art. 208 c.p.). In maniera più ampia, P. VENEZIANI, *La punibilità cit.*, 407 ss.

Nello stesso senso deve risponderci a chi fa emergere l'efficacia deterrente dell'apprensione dei profitti illeciti da parte dello Stato, per far passare il messaggio secondo cui "il crimine non paga". Una simile finalità appare accessoria e non qualificante rispetto al vero fondamento della natura.

Da un lato, infatti, non si tratta di un carattere necessitato: se l'unica conseguenza di un reato fosse quella di non poterne godere i frutti, ben potrebbe verificarsi che un soggetto decida di commetterlo, rischiando al massimo di non ottenere quello che comunque non avrebbe avuto agendo *secundum legem*. Dall'altro lato, analoghe finalità general-preventive possono rinvenirsi nella logica tipica della responsabilità civile secondo cui, banalmente, "chi rompe paga". Nonostante ciò, risulta pacifico che la vera funzione del risarcimento dei danni sia (non preventiva, ma) compensativo-riparatoria¹⁷⁰. Così, *mutatis mutandis*, non si può far discendere dall'effetto deterrente correlato alla confisca una natura prettamente preventiva dello stesso istituto.

In questo senso, con riferimento alla confisca c.d. antimafia (anche nell'ultima versione), si è espressa peraltro la Corte Costituzionale che, pur non arrivando a definirne espressamente la natura, ha rimarcato l'eccedenza rispetto allo scopo preventivo, vista la più ampia *ratio* di sottrazione perpetua dei beni dal circuito economico d'origine¹⁷¹.

2.3.4 Esclusione della natura punitiva

Anche sulla base di queste considerazioni, in dottrina è stata proposta l'idea in base alla quale tutte le ipotesi di confisca dei proventi (diretta, per equivalente, allargata e "di prevenzione") abbiano in realtà natura punitiva e rientrino nella "materia penale" della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁷².

Tale posizione, pur riconoscendo la valenza ripristinatoria di riequilibrio economico-patrimoniale, evidenzia diversi aspetti che dovrebbero far propendere per l'inquadramento come *penalty*¹⁷³. Già il messaggio "il crimine non paga", infatti, sottenderebbe istanze (non solo generalpreventive, bensì anche) monitorie. Inoltre, la presenza della necessaria inflizione di un male potrebbe essere ricavata dall'assenza sia di una sistematica forma di sussidiarietà rispetto ad altri istituti volti alla

¹⁷⁰ Sulle attuali funzioni della responsabilità civile, cfr. la nota n. 39.

¹⁷¹ Cfr. Corte Cost., 25 gennaio-9 febbraio 2012, n. 21, la quale ha affermato che «*le peculiarità del procedimento di prevenzione devono, infine, essere valutate alla luce della specifica ratio della confisca in esame, una ratio che, come ha affermato questa Corte, da un lato, "comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al 'circuito economico' di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo" e, dall'altro, "a differenza di quella delle misure di prevenzione in senso proprio, va al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di soggetti pericolosi determinati e sorregge dunque la misura anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso" (sentenza n. 335 del 1996)*».

¹⁷² F. MAZZACUVA, *Il recupero dei capitali illeciti cit.*, 66 ss. Non può invece affermarsi la natura "penale" interna, non essendoci una tale qualificazione formale.

¹⁷³ La giurisprudenza europea (ed in particolare la sentenza del 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito) è in questo caso richiamata in modo appropriato, considerato che il riferimento è al principio di possibile compresenza di funzioni, in base al quale «*le funzioni di prevenzione e riparazione sono coerenti con quelle punitive e potrebbero essere considerate come elementi costitutivi della stessa nozione di punizione*». Si veda F. MAZZACUVA, *Il recupero dei capitali illeciti cit.*, 66 ss. Nell'ambito settoriale della pesca, è possibile rilevare come la confisca - tra le altre cose - del prodotto del reato, ossia il "pescato" è qualificata dal legislatore espressamente in termini di "pena accessoria": cfr. art. 9 d. lgs. 9 gennaio 2012, n. 4, come sostituito dall'art. 39, comma 1, lett. a), L. 28 luglio 2016, n. 154.

ricomposizione delle conseguenze patrimoniali dell'illecito¹⁷⁴, sia di un principio generale dell'ordinamento in base al quale i vantaggi ingiusti debbano essere sottratti a colui che li ha percepiti. Non varrebbe, infine, quale argomento contrario la coincidenza tra *quantum* illecitamente incamerato e valore massimo della confisca, potendosi invece ritenere che ciò sia dettato dal principio di proporzione della pena, che nella concezione retributiva si trova in perfetta conformità con l'idea di ricomposizione della situazione antecedente¹⁷⁵.

Le ragioni alla base di questa impostazione possono essere comprese, se si tiene conto della diffusa applicazione della confisca calcolando il profitto al lordo e senza spazio per meccanismi di sussidiarietà¹⁷⁶. Il messaggio monitorio e la severità afflittiva, infatti, possono derivare proprio da questo *modus operandi*: in questo senso va apprezzato il tentativo di trovare dei limiti più stringenti a garanzia dell'individuo.

Tuttavia, a sommosso parere di chi scrive, la citata prassi applicativa non appare necessitata dal dato normativo.

Partendo dalla confisca "tradizionale", il tenore letterale delle norme, invero, non è affatto univoco in relazione a tali due profili. Se forse il termine "prodotto" del reato potrebbe condurre ad una rappresentazione di un'entità materiale insensibile ad i costi sostenuti, le ipotesi (di gran lunga più rilevanti nel presente campo di indagine) di "prezzo" e "profitto" possono essere ambigualmente declinate sia in termini di lordo, sia di calcolo al netto dei costi. E' vero che, tranne in alcune disposizioni settoriali¹⁷⁷, non vi è un'esplicita previsione della possibilità di scomputare

¹⁷⁴ In questo senso deporrebbe anche la Relazione ministeriale di accompagnamento al recente d. lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, "Attuazione della direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea". A pagina 4 si afferma in maniera netta come la confisca sia una misura afflittiva, che prescinde dagli obblighi risarcitori civilistici e dunque si può attingere al *quantum* della confisca per reintegrare le perdite dei soggetti danneggiati soltanto ove il patrimonio residuo del destinatario della misura sia incapiente. Invero, tali conclusioni non sono perfettamente coerenti con le premesse della relazione secondo cui la confisca è una misura di sicurezza nella forma diretta ed assume forme punitive solo in quella per equivalente. Inoltre, una diversa interpretazione è ben possibile, come si avrà modo di esporre più avanti e come d'altronde è stato fatto anche da una parte della giurisprudenza (cfr. *infra* 2.3.5).

¹⁷⁵ Le argomentazioni esposte sinteticamente e globalmente in questo capoverso sono illustrate in maniera più ampia in F. MAZZACUVA, *Il recupero dei capitali illeciti cit.*, 71 ss. e sono state utilizzate anche con riferimento alle singole fattispecie. Così, per la confisca per equivalente la già citata prevalente giurisprudenza ha più volte evidenziato l'afflittività insita nel prelievo di beni privi di diretta pertinenzialità al reato; per quella "allargata" solo incidentalmente si è sottolineata l'ambiguità ontologica dell'istituto. Cfr. retro 2.2 e la già citata Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654 alla nota n. 17. In relazione alla confisca c.d. di prevenzione, poi, il dibattito giurisprudenziale sull'eventuale natura punitiva era stato aperto rilevando i tratti di una misura certamente «draconiana, la cui severità si giustifica, però, in ragione delle precipue finalità della legislazione antimafia, e specialmente dell'obiettivo strategico di colpire, anche con evidenti finalità deterrenti, l'intero patrimonio - ove di ritenuta provenienza illecita - degli appartenenti a consorterie criminali». Cass. pen., V Sez., 13 novembre 2012-25 marzo 2013, n. 14044, in cui poi si evidenzia come «l'accumulo di ricchezza costituisce, comunemente, la ragione primaria - se non esclusiva - di quell'appartenenza».

¹⁷⁶ Sul punto cfr. A. M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2013, 702 ss e 734 ss. e la nota n. 58.

¹⁷⁷ In questo senso oggi esplicitamente dispone l'art. 12 bis d. lgs. 74/2000: «la confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'Erario, anche in presenza di un sequestro», ma già precedentemente la giurisprudenza penal tributaria aveva ritenuto operanti meccanismi di sussidiarietà (si veda la ricognizione compiuta in Cass. pen., 13 luglio-7 ottobre 2016, n. 42470). E' evidente che una simile impostazione strida con la natura punitiva, visto che il mero adempimento di obblighi extrapenalici permetterebbe la non applicabilità della punizione, a prescindere

dall'ammontare della confisca eventuali restituzioni, adempimenti di obblighi risarcitori o altri meccanismi (non punitivi) che abbiano ridotto l'entità del vantaggio economico; al contempo, però, non vi è neanche una generale previsione nel senso di un cumulo quantitativo tra tali diverse misure¹⁷⁸.

La risposta, allora, può essere rintracciata in un'interpretazione sistematica di più ampio respiro, che si ponga in ottica di conformità sia al diritto dell'Unione Europea, sia alla Cedu (e, conseguentemente, costituzionalmente orientata con parametro interposto).

Nel primo senso, è possibile valorizzare la già richiamata definizione che la direttiva n. 42 del 2014 dà al termine proventi: il riferimento ai "vantaggi economici" derivanti dal reato deve condurre a delimitare il *quantum* della confisca nei limiti in cui il vantaggio si sia verificato. Ciò significa che se dal reato siano contestualmente derivati costi (anche illeciti) o obblighi restitutori/risarcitori, essi non possano essere compresi nel vantaggio che l'autore ha tratto e dunque debbano essere scomputati¹⁷⁹.

dal momento temporale in cui avvenga il ravvedimento operoso (che invece è ritenuto causa di non punibilità o attenuante solo alle specifiche condizioni di cui agli artt. 13 e 13 bis).

Inoltre meccanismi analoghi (seppur a volte non determinati in maniera così univoca) sono previsti anche negli articoli 600 *septies*, 644, comma 6 c.p. e 19, comma 1 d. lgs. 231/01. L'introduzione di una clausola simile all'interno del codice penale era stata proposta nel corso dei lavori preparatori, ma fu ritenuta superflua. Sul punto, cfr. A. M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti cit.*, 702 ss. Analogamente, in un'analisi dell'art. 19 d. lgs. 231/2001 la sentenza Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014-17 marzo 2015, n. 11170 discorre di «*ovvia disposizione della restituzione della parte dei beni confiscabili che va disposta in favore del danneggiato dal reato presupposto*».

In realtà, al di fuori dell'ambito penal tributario e di quello della responsabilità degli enti, la giurisprudenza non sempre conclude per l'applicazione generalizzata di meccanismi sussidiari (sebbene, in relazione alla truffa, sia stato ritenuto di non poter confiscare la somma restituita al danneggiato, Cass. pen., sez. II, 26 maggio 2015, n. 36444: «*ove la somma "restituita" - o comunque rifiuta - non fosse computata come ontologica riduzione di ciò che il reato aveva fruttato, la confisca non prenderebbe più in considerazione l'utilità economica che è residua all'esito di una condotta di adempimento dell'obbligo restitutorio, ma un importo avulso dalle condotte riparatorie e come tale raccordabile ad un tipo di sanzione non prevista dall'ordinamento. Tale sarebbe, infatti, una confisca parametrata non sul profitto "attuale" al momento della sua applicazione, e dunque al netto delle restituzioni, ma all'utile derivato dal reato al momento della sua consumazione. In sostanza, la confisca verrebbe a colpire non l'accrescimento patrimoniale frutto dell'illecito, ma una parte del patrimonio in quanto tale, dando così vita ad un effetto sanzionatorio illegittimo, in quanto non previsto dalla legge*»).

Si occupa delle sole ipotesi di restituzione dei beni sequestrati (e non di vero e proprio risarcimento), invece, la direttiva 2012/12/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. All'art. 15, infatti, si prevede che «gli Stati membri provvedono a che, in seguito a una decisione di un'autorità competente, i beni restituibili sequestrati nell'ambito del procedimento penale siano resi senza ritardo alle vittime, tranne quando il procedimento penale imponga altrimenti. Le condizioni o le norme procedurali in base alle quali tali beni sono restituiti alle vittime sono stabilite dal diritto nazionale», disposizione esplicita meglio dal considerando n. 48, in base al quale «i beni restituibili sequestrati nell'ambito del procedimento penale dovrebbero essere restituiti il più presto possibile alla vittima del reato, salvo che ricorrano circostanze eccezionali, quali una controversia riguardante la proprietà o laddove il possesso dei beni o il bene stesso siano illegali. Il diritto alla restituzione dei beni non dovrebbe ostacolare il legittimo mantenimento del sequestro ai fini di altri procedimenti giudiziari». Per il resto, la direttiva non si occupa del rapporto tra sequestro/confisca e risarcimento, premurandosi genericamente che quest'ultimo sia assicurato alla vittima dal sistema nazionale.

¹⁷⁸ In realtà un meccanismo di questo tipo sembrerebbe essere stato introdotto per alcune ipotesi di reati contro la pubblica amministrazione con l'art. 322 *quater* c.p. (sul punto, viste le peculiarità, cfr. *infra* 2.5.3).

¹⁷⁹ Un argomento analogo, ma collaterale, può essere rintracciato nella previsione dell'art. 14, comma 4 legge 24 dicembre 1993, n. 537, che dispone che «nelle categorie di reddito di cui all'articolo 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, devono intendersi ricompresi, se in esse classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo se non già sottoposti a sequestro o confisca penale»: in questo modo viene evitata una duplicazione tra confisca e

Nella seconda prospettiva, un calcolo al lordo e senza sussidiarietà avvalora, come detto, la tesi della natura punitiva e - considerata la potenziale severità - anche dell'integrazione della nozione europea di "pena". Ciò, però, aprirebbe la strada a tutta una serie di attriti con i principi di:

- **legalità**: è stato osservato in dottrina che, se davvero si trattasse di misura che non può beneficiare di meccanismi sussidiari e può essere applicata al lordo, difetterebbero i fondamentali requisiti di tassatività e prevedibilità¹⁸⁰;
- **colpevolezza**: finendo per assumere l'aspetto di una pena patrimoniale proporzionale senza limite massimo¹⁸¹, ci si dovrebbe chiedere se la confisca tradizionale o per equivalente sia compatibile con la «*esigenza di individualizzazione ed articolazione del trattamento punitivo*»¹⁸². La Corte Costituzionale ha in passato "salvato" le ipotesi classiche di pene pecuniarie proporzionali senza limite massimo (riferibili al paradigma di cui all'art. 27 c.p.) soltanto in ragione della possibilità che la citata esigenza possa essere soddisfatta mediante l'applicazione di alcuni istituti di commisurazione della pena, legati al grado di colpevolezza o alle condizioni economiche del condannato¹⁸³. Analoghi meccanismi, però, non sono previsti per la confisca, il cui importo va determinato unicamente mediante parametri oggettivi. Anche nella prescelta ottica europea, sotto il profilo del principio di colpevolezza, sarebbe quanto meno singolare pensare ad una sanzione punitiva sganciata da profili di rilievo soggettivo o comunque dai parametri che vanno a connotare il disvalore del fatto di reato, tra i quali non è genericamente contemplata l'entità del provento¹⁸⁴.

tassazione sul vantaggio percepito dal reato e la giurisprudenza ha ritenuto possibile il diritto del reo alla ripetizione delle somme eventualmente già versate a titolo di tributo (cfr. sul punto S. EUSEPI, *Reati tributari, sequestro preventivo e fondo patrimoniale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2014, n. 9, 369 s.).

¹⁸⁰ In questo senso, A. M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti cit.*, 760; M. ROMANO, *Confisca, responsabilità cit.*, 1683. Invero, prendendo a riferimento, per analogia, le pene pecuniarie proporzionali senza limite massimo, la Corte Costituzionale - sempre nella sentenza n. 200 del 1993 - ha escluso che le stesse si ponessero in contrasto con il principio di legalità ex art. 25 Cost., considerato che ad esso «*non è connaturale una determinazione rigida di quale sia la pena massima applicabile in concreto, così per le pene proporzionali propriamente dette (quale quella prevista dalle norme denunciate: fattispecie a struttura unitaria con sanzione commisurata al danno prodotto o al valore dell'oggetto materiale del reato) come per le pene impropriamente proporzionali o progressive (fattispecie a struttura pluralistica, in cui il precetto riguarda più violazioni della medesima norma: tante sanzioni quante sono le violazioni)*». Sulla tematica, cfr. P. VENEZIANI, *La punibilità cit.*, 82 s.

¹⁸¹ A ben vedere, si tratta di applicare il coefficiente 1 all'entità del prezzo, prodotto o profitto, senza che vi sia un limite a tale ammontare. Anche qualora non si tratti di confisca di denaro, la patrimonialità dei beni oggetto di ablazione conduce ad un ragionamento analogo.

¹⁸² E' una garanzia che, oltre a trovare fondamento nel principio di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost. (come evinto dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 364 del 23-24 marzo 1988, n. 313 del 26 giugno-2 luglio 1990, n. 200 del 19-27 aprile 1993, da cui è preso il virgolettato), può essere ritenuta anche un logico corollario del principio di colpevolezza di cui all'art. 6, comma 2 Cedu.

¹⁸³ Gli istituti presi in considerazione dalla Corte Costituzionale (nella citata sentenza n. 200 del 1993) sono la commisurazione nell'ambito del quadro edittale ai sensi degli articoli 132 e 133 c.p., gli aumenti o diminuzioni in ragione di circostanze del reato o, ai sensi dell'art. 133 *bis* c.p., delle condizioni economiche del reo, la possibilità di rateizzazione per le medesime condizioni ex art. 133 *ter* c.p.

¹⁸⁴ Nei generali criteri di commisurazione della pena, il legislatore punta maggiormente l'attenzione all'impoverimento cagionato, che non all'arricchimento conseguito: in questo senso, l'art. 133 c.p. non fa riferimento all'entità dei proventi, ma alla gravità del danno o pericolo cagionati; l'art. 61, comma 7 c.p. prevede quale circostanza aggravante la particolare gravità del danno patrimoniale (ma non l'entità del profitto), l'art. 62, comma 4 c.p. dà rilievo attenuante al lucro di

Proprio nel solco di questo ragionamento, ulteriori argomenti che escludono la natura punitiva della confisca dei proventi possono evincersi da un'analisi della direttiva UE n. 42 del 2014. In tale testo normativo, infatti, effettivamente vi sono dei limiti alla confisca legati a situazioni di tipo soggettivo. Tuttavia, vi è un'importante differenziazione. Riferendosi a tutte le tipologie di confisca (e dunque anche quella dei proventi) il considerando n. 18 prevede la possibilità del tutto eccezionale di non ordinare la confisca nei casi di "situazione critica di sussistenza". Per la sola ipotesi di confisca di valore dei beni strumentali, invece, il considerando n. 17 introduce un vero e proprio controllo di proporzionalità, correlato alle "circostanze del caso di specie"¹⁸⁵.

A sommosso parere di chi scrive, la *ratio* va ricercata proprio nella diversità di natura della confisca dei proventi rispetto a quella degli strumenti del reato. Quest'ultima, specialmente nella forma per equivalente, può effettivamente assumere un ruolo di punizione¹⁸⁶ e necessita di presidi di proporzione, che possono ritenersi legati anche a profili soggettivi di colpevolezza. Invece l'ablazione dei vantaggi illeciti, non avendo profili punitivi, può essere limitata soltanto da situazioni eccezionali legate a ragioni di tutela minima della dignità dell'individuo.

Tutto quanto detto finora può valere anche per la confisca per equivalente dei proventi del reato, che è per natura parametrata ad un *quantum* identico a quello che si ritiene costituisca oggetto della confisca diretta¹⁸⁷.

Per le ipotesi di confisca alla cui base vi è la presunzione di derivazione illecita dei beni sproporzionati al proprio reddito (art. 12 *sexies* e confisca c.d. di prevenzione), poi, gli argomenti per sostenere il calcolo del provento al netto e della sussidiarietà rispetto ad obblighi risarcitori/restitutori sono anche maggiori.

speciale tenuità solo quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità; l'art. 62, comma 6 c.p. riconosce un'attenuazione di pena a chi abbia compiuto condotte riparative (a prescindere dall'azzeramento o meno dell'arricchimento conseguito).

Nel solco di questo ragionamento, si può pensare, a titolo esemplificativo, alla diffusa ipotesi in cui un imprenditore corrompa un pubblico funzionario con una tangente di (si può ipotizzare) 1.000,00 Euro per ottenere un appalto da cui poter indebitamente ottenere (poniamo) 10.000,00 Euro; vi sarebbe una confisca del prezzo di 1.000 Euro a carico del corrotto e del profitto di €10.000,00 a carico del corruttore: si applicherebbe, dunque, una pena decisamente maggiore al soggetto privato, che invece dovrebbe avere un grado di rimproverabilità minore rispetto a chi aveva un obbligo qualificato di fedeltà alla Repubblica. A deporre in questo senso è, *in primis*, l'art. 54 Cost., il quale differenzia il dovere di fedeltà alla Repubblica in base all'essere comuni cittadini (comma 1) o soggetti a cui sono affidate funzioni pubbliche (comma 2). Inoltre, gli articoli 97 e 98, comma 1 Cost. pongono i pubblici impiegati al servizio della Nazione, con specifici obblighi di imparzialità e buon andamento (ossia il bene giuridico tutelato dalle fattispecie incriminatrici dello statuto penale della pubblica amministrazione).

¹⁸⁵ Sul punto, si veda anche A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti dei proventi da reato nell'Unione Europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 settembre 2014, 10.

¹⁸⁶ Cfr. *infra* 2.6.3.

¹⁸⁷ In tema di confisca per equivalente per i reati tributari, per la tesi della natura non punitiva ma restitutoria e ripristinatoria, cfr. S. EUSEPI, *Reati tributari cit.*, 368 s., in cui l'autrice afferma che «la rilevanza attribuita all'intervenuto pagamento viene in rilievo come inconsapevole, ma indubitabile, riprova della natura eminentemente reintegrativa della confisca per equivalente penal-tributaria», che finisce per costituire «una forma particolarmente intensa di garanzia patrimoniale, la cui singolare dimensione penalistica costituisce riflesso della natura pubblicistica del creditore tutelato (lo Stato)».

Da un lato, infatti, è evidente l'intrinseca limitazione all'utile netto, considerato che la somma costituente un costo o quella già corrisposta a titolo di riparazione non è più nel patrimonio del destinatario (e dunque non può rappresentare un valore sproporzionato al reddito)¹⁸⁸. Dall'altro, qualora invece non siano ancora avvenute restituzioni/risarcimenti, il comma 4 *bis* dell'art. 12 *sexies* d.l. 306/1992 prevede per le persone offese (ma plausibilmente anche per i danneggiati) la possibilità di rivalersi sui beni confiscati; in maniera più indiretta, dovuta anche alla più difficile identificabilità delle persone offese nel procedimento di prevenzione, il comma 5 *quater* dell'art. 40 Cod. Ant. prevede la destinazione (anche) al Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive o di reati di tipo mafioso.

Inoltre, qualora si ritenesse di qualificare tali misure in termini punitivi, ancora più incisivi sarebbero i profili di illegittimità costituzionale. Per un verso, la parametrizzazione del *quantum* da espropriare al rapporto di sproporzione tra i beni ed il patrimonio si profila maggiormente slegato dai profili di colpevolezza del fatto criminoso rispetto a quanto già visto in relazione a confisca tradizionale o per equivalente. Per altro verso, nel codice antimafia il distacco dallo statuto di garanzie previste in materia penale (e, più in generale, per le sanzioni punitive) diventa ulteriormente ampio: si può prescindere anche da una condanna, dalla capacità processuale del proposto¹⁸⁹ ed addirittura, come

¹⁸⁸ Un tale discorso, di sicura praticabilità rispetto al denaro, può invero essere esteso anche ad altri beni. La sproporzione, infatti, è apprezzabile anche in relazione al complesso del patrimonio di un soggetto e ad eventuali periodici accantonamenti: in altri termini, se un bene immobile di particolare pregio può in prima battuta risultare sproporzionato rispetto ad un reddito basso, la giustificazione (anche parziale) della sua provenienza può derivare anche dall'assenza - nel patrimonio del soggetto inciso - di una parte dei redditi leciti, utilizzati per una quota del prezzo o per sostenere i costi del reato (che così possono essere scomputati dal rapporto di sproporzione).

¹⁸⁹ Tale possibilità è stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla sentenza della Corte Cost., 6 giugno-17 luglio 2017, n. 208, in cui sono state ancora una volta rimarcate le «profonde differenze» tra procedimento di prevenzione e procedimento penale, tali da giustificare divaricazioni di disciplina nella discrezionalità legislativa. La sentenza ha anche il merito di cogliere il punto nel momento in cui, poi, calibra comunque lo statuto di garanzie applicabile in ragione dei beni giuridici che vengono rilievo (e sembra dunque implicitamente escludere che la confisca c.d. di prevenzione possa essere ritenuta, nel nostro ordinamento, una "pena"): «quando viene in gioco il bene supremo della libertà della persona, suscettibile di essere pesantemente inciso da una misura di prevenzione personale, neppure le spiccate peculiarità del procedimento di prevenzione consentono che esso sia sottratto al patrimonio comune delle garanzie normative essenziali, correlate alle diverse caratteristiche procedurali (sentenze n. 306 del 1997, n. 77 del 1995, n. 160 del 1982 e n. 76 del 1970; ordinanza n. 7 del 1998), se del caso anche attraverso l'applicazione delle regole relative al processo penale (sentenza n. 53 del 1968; in seguito, sentenza n. 306 del 1997)»; a una conclusione diversa si deve invece pervenire con riferimento al procedimento relativo alle misure di prevenzione patrimoniali, perché **un conto è l'inviolabilità della libertà personale, altro conto è «la libera disponibilità dei beni, che la legge ben può contemperare in funzione degli interessi collettivi che vengono ad essere coinvolti»** (sentenza n. 48 del 1994; in seguito, sentenza n. 21 del 2012; ordinanza n. 216 del 2012). [...] Se, dunque, la natura del procedimento per l'applicazione della confisca è tale da non comportare necessariamente l'autodifesa da parte del proposto, al punto che esso può avviarsi nei confronti dei terzi successori, non si vede ragione costituzionalmente ineludibile per sospendere il procedimento in caso di incapacità del proposto stesso. L'esercizio del diritto di difesa è infatti legittimamente garantito da parte del tutore o del curatore, una volta chiarito che si può prescindere dalla partecipazione personale del proposto. Ciò in linea con la natura di *actio in rem* che la stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo attribuisce al procedimento di confisca (da ultimo, sentenza 12 agosto 2015, *Gogitidze contro Georgia*)».

visto, estendere l'incisione patrimoniale a soggetti che risultano meri successori *mortis causa* del soggetto indiziato di traffici criminosi¹⁹⁰.

Proprio tale ultima considerazione, che attiene alla più ampia tematica dei soggetti "terzi", consente di ribadire un altro concetto non sempre adeguatamente approfondito. La qualificazione in termini di pena della confisca dei proventi renderebbe impossibile la sua applicazione a soggetti che non siano stati dichiarati colpevoli del reato, a prescindere dalla loro diligenza. Quest'ultima - soprattutto nell'ambito di reati dolosi¹⁹¹ - non può rappresentare un presupposto per la punizione. In questo senso, l'adesione alla tesi in esame comporterebbe ulteriori profili di attrito con i principi costituzionali di tutte quelle norme (che si avrà modo di esaminare) che vanno nel senso di estendere la confisca ad alcuni dei soggetti "terzi", per mera assenza di "buona fede" o perché eventualmente hanno permesso la disponibilità di un proprio bene ad un soggetto colpevole¹⁹².

Diventa preferibile, allora, un'interpretazione che privilegi l'ottica del calcolo dei proventi al netto e l'applicazione di meccanismi di sussidiarietà. Muovendosi in questo ordine di idee, non appare necessariamente intimidatoria la logica secondo cui "il crimine non paga", né necessariamente afflittiva l'apprensione di quanto indebitamente percepito: anzi, proprio l'assenza di un valido titolo di acquisto ha condotto parte della dottrina ad escludere che si tratti di una vera e propria inflizione di un "male"¹⁹³.

Se così fosse, d'altronde, dovrebbe concludersi in senso analogo (ed anzi addirittura peggiore) anche per la responsabilità risarcitoria da fatto illecito: anche in questo caso, infatti, è presente l'efficacia deterrente del "chi rompe paga" ed anzi l'obbligo riparativo può presentarsi decisamente più afflittivo, visto che prescinde dall'apprensione di conseguenze positive da parte dell'autore dell'illecito e, qualora ci siano, può essere determinato in misura maggiore ad esse. Invero, a sommosso parere di chi scrive, in entrambe le ipotesi non è possibile riscontrare né un'intimidazione, né una (necessaria e voluta) inflizione punitiva di un male, bensì una diversa finalità ripristinatrice:

¹⁹⁰ In maniera puntuale, i punti di attrito sono messi in luce da A. M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione cit.*, 39 ss. La deviazione dai principi penalistici, d'altronde, è uno dei motivi di preoccupazione espressi in F. MAZZACUVA, *Il recupero dei capitali illeciti cit.*, 61 ss.

¹⁹¹ D'altronde, anche i principali reati in materia di circolazione dei proventi criminosi sono costruiti con l'elemento soggettivo del dolo. Cfr. nota n. 37 del par. 1.2.

¹⁹² La tematica attiene soprattutto agli effetti diretti sui diritti reali, per la cui disamina si rinvia al Capitolo 3.

¹⁹³ In questo senso, A. M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti cit.*, 693 che (parlando della confisca ex art. 19 d. lgs. 231/01) conclude per l'assenza di un carattere afflittivo «non comportando la limitazione di un diritto o di un bene giuridico del soggetto sottoposto a pena, e cioè non comporta una deminutio patrimonii, una sottrazione di beni legittimamente detenuti dal reo, ma piuttosto si limita a restituire alla collettività dei beni che le sono stati illecitamente sottratti». Parzialmente diversa la posizione di M. ROMANO, *Confisca, responsabilità cit.*, 1683, per il quale (sempre in relazione a quella nei confronti dell'ente) «può essere senza dubbio afflittiva, perché l'ente la subisce e ne conseguono effetti indesiderati, ma non è inflitta per punire. [...] autentica pena non è, almeno nel senso che [...] non può espandersi oltre quanto il reato ha concretamente apportato e dunque peggiorare la situazione patrimoniale dell'ente anteriore all'illecito».

di tipo riparativo compensativo nella responsabilità aquiliana, di riequilibrio economico (ripristinatoria in senso stretto) per la confisca dei proventi dell'illecito¹⁹⁴.

2.3.5 La natura ripristinatoria della confisca dei proventi

Le diverse estrinsecazioni della confisca dei proventi criminosi, allora, vanno ricondotte alla natura di misura ripristinatoria dell'equilibrio economico turbato dal reato, essendo tutte volte ad eliminare le conseguenze positive che derivano all'autore di un fatto criminoso¹⁹⁵. Si tratta di una delle concretizzazioni del principio del nostro ordinamento in base al quale non sono ammissibili spostamenti patrimoniali o arricchimenti non giustificati da una causa lecita¹⁹⁶.

¹⁹⁴ A tal proposito, appare utile riproporre le riflessioni civilistiche contenute in A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 396 in relazione alle ipotesi di ottenimento di un profitto ingerendosi nella sfera altrui ed a prescindere dalla presenza di un danno: «*la restituzione dell'arricchimento integrale non assolve la funzione riparatrice della responsabilità civile, ma neanche quella punitiva della responsabilità penale. Anche negli arricchimenti ottenuti mediante ingerenze abusive, la funzione dell'azione d'arricchimento senza causa è e rimane indennitaria. Infatti, il convenuto non dovrà mai restituire più di quanto abbia costituito il suo profitto [...] e nei limiti della proporzione in cui il vantaggio sia dipeso dallo sfruttamento delle sue (dell'attore, nda) utilità*».

¹⁹⁵ Aderiscono alla tesi della confisca dei proventi quale strumento di riequilibrio economico, M. ROMANO, *Confisca, responsabilità cit.*, 1683; A. M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti cit.*, 760. Inoltre, con riguardo alla confisca (senza condanna e dunque simile alla confisca del codice antimafia) per cui vi è una proposta legislativa nell'ordinamento tedesco, la relazione di accompagnamento conclude che «*a tale misura non dovrà essere attribuita natura di sanzione penale, bensì di mera misura ripristinatoria dell'ordine economico turbato dall'arricchimento senza causa rappresentato dal reato dal quale il bene proviene; con conseguente inapplicabilità dei principi e delle garanzie costituzionali e convenzionali proprie della materia penale*» (sul punto, cfr. T. BETTELS, *Misure di prevenzione patrimoniali. Demnächst auch in deutschland? Darstellung der geplanten non-conviction-based-confiscation-Vorschrift § 76a Abs. 4 StGB des Entwurfs zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in Deutschland*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 dicembre 2016).

Inoltre, anche la prevalente giurisprudenza in tema di confisca del prezzo della corruzione sostiene il principio di diritto per il quale quando «*il prezzo della corruzione è stato soltanto promesso ma non materialmente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, né sia materialmente individuabile nel loro patrimonio, non è possibile disporre la confisca per equivalente di altri beni nella disponibilità di tali soggetti, atteso che diversamente essa esplicherebbe un effetto afflittivo non voluto dal legislatore, che l'ha immaginata come sanzione ripristinatoria dell'indebito arricchimento e non anche ablatoria delle utilità solo potenzialmente ricavabili dall'illecito*» (cfr. in maniera più ampia, Cass. pen., sez. VI, 13 febbraio-25 marzo 2014, n. 14017, in cui si dà conto anche della compresenza di uno scopo deterrente della misura; lo stesso principio è affermato da diverse sentenze della Cassazione, precedenti e successive, tra cui Cass. pen., sez. VI, 27 novembre 2012-28 gennaio 2013, n. 4179 e Cass. pen., sez. VI, 22 marzo-23 settembre 2016, n. 39542). Analogamente, in tema di usura, la giurisprudenza ritiene che possano essere confiscati i soli interessi usurari effettivamente percepiti dall'usuraio (e non quelli meramente pattuiti), dovendosi guardare al solo «*incremento netto patrimoniale*» ricavato dal soggetto attivo del reato (cfr. Cass. pen., sez. II, 11 aprile-20 giugno 2012, n. 24528 e, per una ricostruzione degli orientamenti in materia, M. B. MAGRO, *Riflessioni penalistiche in tema di usura bancaria*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 marzo 2017, 18 s.).

¹⁹⁶ Quello della giustificazione causale delle attribuzioni patrimoniali è un principio che regge l'intero ordinamento: cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato cit.*, 711. Non rispondono a questa logica soltanto gli istituti di cui agli articoli 2028-2042 c.c., ma, se ci si riflette, tutte le rigide norme in materia di negozi traslativi o l'istituto della causa quale strumento di controllo dell'operare dei privati. Emblematica la riflessione in P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, 32: «*si deve infatti rilevare che qualsiasi istituto civilistico di carattere patrimoniale è finalizzato, in termini molto generici ed atecnici, a impedire un arricchimento ingiustificato, in quanto la norma giuridica realizza appunto una giusta composizione degli interessi contrastanti dei consociati. Così, si è rilevato, se il venditore, dopo aver ricevuto il pagamento del prezzo, si rifiuta di consegnare la cosa venduta, il diritto appronta strumenti idonei ad impedire che egli consegua un arricchimento ingiustificato*».

Vale la pena richiamare, inoltre, il principio di diritto anglosassone espresso dalla massima di LORD DEVLIN, in base al quale *tort must not pay*: l'ordinamento non consente ad alcuno di trarre profitto dal compimento di un atto illecito (cfr.

Invero, occorre precisare che il principio in parola non trova un'applicazione generalizzata, vista l'esigenza di temperare la *ratio* equitativa e di coerenza ordinamentale sottesa ad esso con gli altri interessi, individuali o collettivi, che vengono in gioco. E' il legislatore a tenere conto di ciò nel selezionare i casi e le modalità di attuazione.

Diversi sono gli esempi in questo senso già in ambito civilistico, ove chiaramente - versandosi nella disciplina dei rapporti *inter privatos* - l'attenzione è principalmente posta verso il soggetto al danno del quale è avvenuto l'arricchimento¹⁹⁷.

A livello contrattuale, il generale rimedio della nullità rende *tamquam non esset* le operazioni negoziali prive di causa, con causa illecita o comunque contrarie a norme imperative (art. 1418 c.c.), aprendo così la strada alla restituzione di quanto corrisposto nell'ambito di tali operazioni¹⁹⁸.

Al di fuori dei rapporti negoziali, poi, l'ingiustificato arricchimento è neutralizzato attraverso diverse altre tecniche, che talvolta si pongono nei limiti della *deminutio* della controparte e talaltra sono invece parametrati all'utile dell'arricchito. La prima conseguenza si ha, generalmente, nei casi di buona fede del beneficiario del profitto: esempi sono la disciplina dell'accessione, dell'unione, della commistione e della specificazione (artt. 934 ss. c.c.) o il rimedio residuale di cui all'art. 2041 c.c.. Si guarda al valore dell'arricchimento *tout court*, invece, soprattutto nelle ipotesi di buona fede dell'impovertito o di mala fede dell'arricchito: in questo senso, il possessore in buona fede ha diritto ad ottenere un indennizzo per i miglioramenti della cosa restituita, anche in misura maggiore della spesa sostenuta (art. 1150 c.c.), l'*accipiens* di un indebito oggettivo (art. 2033 c.c.) ed il possessore

citazione in P. SIRENA, *La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, 310 s.)

¹⁹⁷ Il principio civilistico in base al quale il conseguimento di un vantaggio patrimoniale a carico di altri deve essere giustificato da un interesse meritevole di tutela ha origini antiche: già nel diritto romano erano stati previsti strumenti restitutori rispetto a situazioni di approfittamento socialmente intollerabili (*actio de in rem verso*) o dazioni comunque indebite (*legis actio per condictioem; condictiones indebitae*), quali espressioni del «*principio cardine del diritto privato d'ogni tempo: suum cuique tribuere*». Inoltre, esso trova applicazione in svariati istituti del nostro ordinamento (cfr., anche per la citazione tra virgolette e l'evoluzione del principio in ottica comparatista, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità*, Milano, 2012, 823 ss.; si veda anche P. GALLO, *Arricchimento senza causa. Artt. 2041-2042*, in *Il diritto civile. Commentario*, a cura di P. SCHLESINGER-F. D. BUSNELLI, 2003, 239 ss.; per un ampio *excursus* storico e comparatistico: A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto cit.*, 4 ss., il quale rileva come in epoca romana «*il divieto generale di arricchimento senza causa [...] era assunto al rango di principio ispiratore dell'intera disciplina, affiancando il neminem laedere della responsabilità civile ed il pacta sunt servanda della materia contrattuale*»). In giurisprudenza, si veda la recente Cass. Civ., Sez. Un., 14 aprile-26 maggio 2015, n. 10798.

Nell'ambito della disciplina del diritto d'autore, si ritenne di sopprimere nella stesura definitiva della legge 22 aprile 1941, n. 633 l'art. 161 originariamente previsto nel disegno di legge - il quale prevedeva proprio «*la reintegrazione nel suo patrimonio (del titolare, nda) dei benefici pecuniari ottenuti con la utilizzazione indebita*» - in ragione della superfluità della disposizione, che secondo il relatore poteva desumersi dai principi generali dell'ordinamento giuridico. Sul punto, P. MARZANO, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili nel diritto d'autore*, in *Il diritto industriale*, 2012, 127 ss.

¹⁹⁸ In particolare, viene in rilievo l'istituto dell'indebito oggettivo (art. 2033 c.c.), in base al quale chi ha corrisposto qualcosa non dovuta ha diritto alla ripetizione, salvo che non sussistessero doveri morali (art. 2034 c.c.) o una concorrenza da parte del *solvens* in uno scopo offensivo del buon costume (art. 2035 c.c.).

(art. 1148 c.c.) devono restituire i frutti se sono in mala fede¹⁹⁹ e più in generale una simile conseguenza è ricondotta all'istituto della gestione di affare altrui²⁰⁰.

Uno strumento particolarmente forte in questo senso è stato adottato in materia di proprietà industriale: l'art. 125, comma 3 c.p.i. prevede che la vittima di una contraffazione possa chiedere all'autore dell'illecito - oltre al risarcimento del danno - anche la retroversione degli utili percepiti in

¹⁹⁹ Nelle ipotesi di buona fede i frutti dovuti sono solo quelli successivi alla domanda, con ciò comunque corroborando l'idea per cui l'arricchimento non giustificato va restituito, salvo che non ci siano alcuni interessi opposti da tutelare (come il legittimo affidamento). Per altre ipotesi, si vedano P. SIRENA, *La gestione cit.*, 115 ss. (e le conclusioni di pag. 148 s.); C. M. BIANCA, *La responsabilità cit.*, 822 s.; P. GALLO, *Arricchimento senza causa cit.*, 248 ss.

²⁰⁰ Si discute se l'obbligo di restituzione del profitto derivi soltanto dall'art. 2032 c.c. (quindi nell'ipotesi di gestione di affare altrui ratificata: così conclude l'opinione prevalente) o più in generale da tutto l'impianto degli artt. 2028 ss. c.c. (in questo senso, P. SIRENA, *La restituzione cit.*, 318; lo stesso A. peraltro ritiene che la gestione di affari altrui non sia tecnicamente ricollegabile agli istituti - 2033 e 2041 c.c. - fondati sul divieto di ingiustificato arricchimento, ma - pur essendo come tutti gli istituti civilistici di carattere patrimoniale genericamente finalizzato a tale scopo - è volto a riequilibrare economicamente gli esiti di un'ingerenza nella sfera altrui, come avviene per il mandato: cfr. P. SIRENA, *La gestione cit.*, 31 ss.).

Un altro dibattito riguarda se il generale obbligo di restituire i profitti afferenti ad una sfera altrui viga solo per le ipotesi di mala fede (così P. SIRENA, *La restituzione cit.*, 319; *amplius*, P. SIRENA, *La gestione cit.*, 65 ss.) ovvero se «la restituzione del profitto netto realizzato mediante un'iniziativa anti-giuridica sarebbe dovuto al titolare del diritto leso indipendentemente dalla buona ovvero mala fede del soggetto attivo» (in questi termini, R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto: contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1980, 116 e 125). Sui termini del dibattito, A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto cit.*, 396 ss.

conseguenza della violazione²⁰¹. E' un istituto ispirato all'anglosassone *disgorgement*²⁰² e, per la dottrina maggioritaria, non ha natura punitiva, né compensativa o restitutoria: si tratta di un rimedio ripristinatorio che si presta in maniera efficace a completare la tutela civilistica, accompagnandosi a quelli reintegratori del pregiudizio²⁰³.

Tale istituto è forse quello che più di tutti si avvicina alla confisca dei proventi, la quale - avendo natura pubblicistica - riesce anche a superare le principali critiche della retroversione, inerenti all'entrata ultracompensativa di cui gioverebbe la vittima²⁰⁴. Sarebbe infatti lo Stato a provvedere direttamente, a favore della collettività, ad elidere le indebite conseguenze vantaggiose.

²⁰¹ E' un istituto introdotto dal d. lgs. 16 marzo 2006, n. 140, in attuazione dell'art. 13 della direttiva (CE) n. 48 del 29 aprile 2004 (c.d. direttiva *enforcement*) e da tempo auspicato quale adeguato rimedio per «l'angolo morto degli illeciti che non producono depauperamenti patrimoniali» (espressione di R. SACCO, *L'arricchimento cit.*, 11).

Già prima della stesura del d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (c.p.i.), invero, la giurisprudenza aveva ritenuto di poter utilizzare gli utili del contraffattore quale indice per la valutazione equitativa del lucro cessante da riconoscere al titolare del diritto leso e nella stessa ottica compensativo-risarcitoria si era mosso anche il legislatore nella prima versione dell'art. 125 c.p.i. (ancora presente nell'attuale comma 1). Per una ricognizione della giurisprudenza sul punto, M. BARBUTO, *La reversione degli utili nel diritto italiano*, in *Il diritto industriale*, 2012, 155 ss.; P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012, 135 ss. In materia di danno all'immagine, cfr. Cass. civ. Sez. III, 16 maggio 2008, n. 12433, in cui la Corte prevede la possibilità di ristoro mediante il pagamento di una «*somma forfettaria pari al compenso che la parte lesa avrebbe presumibilmente richiesto per dare il suo consenso alla pubblicazione [...] da quantificare in via equitativa anche grazie agli indici desumibili dal novellato art. 158, 2° comma l. aut., tra i quali spicca il profitto conseguito dall'autore dell'illecito*», visto che «*con la pubblicazione non autorizzata l'autore dell'illecito si appropria indebitamente di vantaggi economici che sarebbero spettati alla vittima*» e la funzione del risarcimento è «*di ritrasferire tali vantaggi dall'autore dell'illecito al titolare del diritto*» (si veda anche il commento in D. BOSCHI, *Il c.d. prezzo del consenso tra risarcimento del danno e restituzione dell'arricchimento*, in *Danno e Responsabilità*, 2008, 1233 ss.)

Solo con la novella del 2006, però, si è allargata la prospettiva, andando a riconoscere “in ogni caso” la restituzione degli utili derivati dalla violazione del diritto. Tale locuzione è stata interpretata da alcuni nel senso che l'applicazione della misura sia applicabile a prescindere dalla sussistenza dei requisiti soggettivi di dolo o colpa (cfr. L. TAURINI, *Il risarcimento del danno da contraffazione*, in *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, vol. II, *La tutela dei diritti di privativa*, a cura di A. S. GAUDENZI, Mirafiori Assago, 2010, 202; P. MARZANO, *Risarcimento del danno cit.*, 131; M. BARBUTO, *La reversione degli utili cit.*, 160), deponendo in questo senso la funzione equitativa (e non punitiva) dell'istituto, nonché le indicazioni che vengono dagli strumenti sovranazionali a cui si ispira (l'art. 13 della citata direttiva *enforcement*, in maniera esplicita, prevede al terzo comma che il recupero dei profitti può essere previsto per i casi in cui «l'autore della violazione è stato implicato in un'attività di violazione senza saperlo o senza avere motivi ragionevoli per saperlo»; inoltre, in base all'art. 45 dell'Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), «*in appropriate cases, Members may authorize the judicial authorities to order recovery of profits and/or payment of preestablished damages even where the infringer did not knowingly, or with reasonable grounds to know, engage in infringing activity*»). Nel senso contrario, ossia che siano comunque necessari dolo o colpa, C. GALLI, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Il diritto industriale*, 2012, 118.

²⁰² L'istituto anglosassone, invero, assume caratteri anche più incisivi, arrivando ad esempio a permettere la costituzione di un *trust* in cui far confluire tutti i profitti derivanti dal reinvestimento di una tangente incamerata dal funzionario infedele (cfr. P. MILLETT, *Bribes and secret commissions again*, in *Cambridge Law Journal*, November 2012, 583 ss.).

²⁰³ Sebbene vi sia un orientamento in base al quale l'istituto assumerebbe una natura (quasi) punitiva (P. PARDOLESI, *Risarcimento del danno, reversione degli utili e deterrence: il modello nord americano e quello europeo*, in *Il diritto industriale*, 2012, 133 ss. e, in maniera più ampia, P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere cit.*, 53 e 146), la posizione prevalente (e la stessa relazione di accompagnamento al d. lgs. 140/2006) ritiene che l'istituto abbia natura autenticamente ripristinatoria (per un inquadramento nei termini di un arricchimento senza causa *sui generis*: C. GALLI, *Risarcimento del danno cit.*, 117; C. MANGIAFICO, *Macchina brevettata, prodotti complementari e danno risarcibile. Nota a Trib. Milano, 5 agosto 2005*, in *Il diritto industriale*, 2006, 217 s.; M. BARBUTO, *La reversione degli utili cit.*, 156 ss.; lo riteneva - già prima dell'introduzione dell'art. 125 c.p.i. - un'estrinsicazione della gestione di affari altrui, P. SIRENA, *La restituzione cit.*, 318).

²⁰⁴ Si veda la concisa ricognizione del dibattito in M. BARBUTO, *La reversione degli utili cit.*, 159.

Anche per essa, come nel diritto privato, non vi può essere un'applicazione generalizzata, ma l'intervento ablatorio di riequilibrio economico patrimoniale è discrezionalmente individuato dal legislatore. Ciò avviene in base all'individuazione dei casi in cui sia un pregnante interesse pubblico ad una tale attività recuperatoria dello Stato. Si comprende quindi la previsione della confisca, oltre ad i casi in cui il giudice rinvenga una pericolosità nel mantenimento della disponibilità della cosa (confisca facoltativa)²⁰⁵, in tutte le ipotesi in cui l'ordinamento ritenga già in astratto intollerabile l'acquisizione illecita. In altre parole, sebbene nessuna causa illecita giustifichi un arricchimento, soltanto alcuni contesti criminosi rendono opportuno che lo Stato si attivi direttamente per eliminare gli incrementi patrimoniali privi di un valido supporto causale²⁰⁶.

Spesso ciò avviene, ad esempio, quando ad essersi impoverito è direttamente un ente pubblico, configurando così una sorta di tutela restitutoria rafforzata²⁰⁷. Inoltre, non risultando né auspicabile né praticabile un'indiscriminata ed invasiva indagine su tutti gli arricchimenti senza una causa lecita, spesso la confisca obbligatoria è prevista in contesti in cui la sfera economico-patrimoniale del privato sia già stata invasa dal procedimento penale, ossia nell'ambito di quei reati il cui accertamento implica già investigazioni sui movimenti di ricchezza²⁰⁸. Una volta che la potestà dello Stato ha necessariamente invaso la sfera privata con tale tipologia di indagini, non vi sarebbe ragione per non intervenire ed implementare il principio generale in esame.

²⁰⁵ Cfr., *retro*, nota n. 42 del par. 2.3.3.

²⁰⁶ Peraltro, già in generale il *pretium sceleris* è ritenuto un introito intollerabile per l'ordinamento, avendo la sua diretta giustificazione causale nella commissione del reato (art. 240, comma 2, n. 1 c.p.): solo in alcuni contesti, però, la tutela è supportata anche dalla confisca per equivalente.

²⁰⁷ Esempi di questo tipo si hanno nella previsione della confisca obbligatoria (diretta o per equivalente) per i reati tributari (art. 12 *bis* d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74, sul quale si esprime in termini analoghi S. EUSEPI, *Reati tributari cit.*, 368 s.), per le ipotesi di truffe nei confronti di soggetti pubblici (art. 640 *quater* c.p., che non richiama tutte le ipotesi di truffa ma soltanto quelle *ex* art. 640, comma 2, n. 1 e 640 *bis* c.p. - oltre a quella informatica *ex* art. 640 *ter* c.p.). Riguardo ad i reati contro la pubblica amministrazione (art. 322 *ter* c.p.) il discorso è più complesso, considerato che non sempre il provento del reato corrisponde esattamente a quanto sottratto all'ente pubblico.

²⁰⁸ In questa logica si pongono le confische previste dall'art. 2641 c.c. (in tema di reati societari), dall'art. 644, comma 6 (in tema di usura) e dall'art. 648 *quater* c.p. (per i reati di riciclaggio, reimpiego ed autoriciclaggio), dagli artt. 187 e 187 *sexies* t.u.f. (reati finanziari), nonché dal già richiamato art. 12 *bis* d. lgs. 74/2000 (reati tributari).

Ancora, a venire in rilievo sono i proventi di reati ritenuti particolarmente antisociali, come quelli riferibili a sodalizi mafiosi o terroristici o ad una sistematicità criminale anche comune²⁰⁹, per i quali - come già esposto - è anche prevista una semplificazione probatoria e procedimentale²¹⁰.

La ricostruzione qui portata avanti, allora, appare quella maggiormente sostenibile.

La natura ripristinatoria della confisca dei proventi di reato, infatti, si colloca in perfetta armonia con la sistematica dell'ordinamento e, interpretandone la disciplina conformemente alla Costituzione ed alle fonti sovranazionali, appare una soluzione preferibile rispetto a quelle della natura preventiva o punitiva.

La presenza di una finalità di riequilibrio economico, d'altronde, è riconosciuta - più o meno esplicitamente e seppur non in via esclusiva - da tutti i contrari orientamenti che si è avuto modo di analizzare²¹¹. In questo senso, inoltre, sembra andare anche il considerando n. 1 della direttiva UE 42

²⁰⁹ Nel catalogo della confisca "allargata" di cui all'art. 12 *sexies* d. l. Martelli rientrano reati di associazione mafiosa, estorsione, riciclaggio e reimpiego, trasferimento fraudolento di beni, riduzione in schiavitù e acquisto/alienazione di schiavi, reati in materia di stupefacenti, terrorismo, contraffazione, sfruttamento sessuale dei minori e, come anticipato, delitti contro la pubblica amministrazione.

Le categorie nei confronti delle quali è possibile disporre la confisca del codice antimafia, contenute all'art. 4 del medesimo d. lgs. 159/2011, comprendono gli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose o di reati tipici del contesto mafioso (art. 51, comma 3-bis c.p.p.; art. 12-quinquies, comma 1, d.l. 8 giugno 1992, n. 306), coloro che preparano, istigano, finanziano atti sovversivi e/o terroristici o associazioni politiche fasciste, indiziati di violenza durante manifestazioni sportive. Inoltre, in virtù del rinvio all'art. 1, le misure di prevenzione patrimoniali sono applicabili anche a: a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

²¹⁰ Nel senso della natura ripristinatoria della confisca di prevenzione A. M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione cit.*, 40, nonché la relazione di accompagnamento alla proposta di introduzione di una simile confisca senza condanna nell'ordinamento tedesco (cfr. nota n 76).

²¹¹ Alla valenza ripristinatoria fa riferimento la richiamata giurisprudenza (Cass. pen., Sez. Un., n.31617/2015, Lucci, in cui viene affermato che la confisca del prezzo mira a recuperare ciò di cui l'interessato non avrebbe titolo civilistico alla ripetizione, essendo frutto di un negozio contrario a norme imperative, e dunque non è mai legalmente entrato a far parte del patrimonio del reo; in cui si riconduce la confisca del profitto allo stesso nucleo unitario di finalità ripristinatoria dello *status quo ante*; in cui, infine, alla confisca per equivalente si assegna funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica; così anche Cass. pen., III Sez., 10 settembre-28 ottobre 2015, n. 43397, che pur richiamando il consolidato orientamento giurisprudenziale, ha evidenziato la comunanza di finalità ripristinatoria delle confische dirette e per equivalente ed escluso che quest'ultima potesse essere qualificata come pena accessoria ed avere una diversa disciplina ex 676, comma 1 c.p.p.) ed i due filoni dottrinali a cui si è fatto cenno (A. MARCHESELLI, *Tecniche di aggressione cit.*, 6 ss. non smentisce questa prospettiva, pur non affermandola; F. MAZZACUVA, *Il recupero dei capitali illeciti cit.*, 61 ss. esplicitamente riconduce la confisca dei proventi ad una prospettiva ripristinatoria, pur concludendo che tale finalità convive con quella punitiva).

Va rilevato che anche la sentenza citata alla nota n. 56 - pur concludendo per una natura "oggettivamente sanzionatoria" (intesa evidentemente quale sinonimo di "punizione") - ammette che la misura si ispira alla «*generale finalità di escludere che un soggetto possa ricavare qualsivoglia beneficio economico da attività illecite*» (che, vale la pena ribadire, si ritiene che sia una *ratio* ripristinatoria, non necessariamente afflittiva).

Seppur non si pronunci sulla natura della confisca c.d. di prevenzione la citata sentenza della Corte Cost., 25 gennaio-9 febbraio 2012, n. 21, dopo aver affermato l'esorbitamento dalle finalità preventiva in ragione della finalità di sottrazione perpetua dei beni dal circuito criminale, sembra escluderne anche connotazioni penali, ribadendo che risulta «*impropria (la) sovrapposizione dei connotati del procedimento penale a quelli del procedimento per l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale [...]*», nonché rimarcando «*le "profonde differenze, di procedimento e di sostanza, tra le due sedi, penale e di prevenzione"* (ordinanza n. 275 del 1996) e le peculiarità di quest'ultima, particolarmente significative

del 2014, il quale discorre di “neutralizzazione” dei proventi da reato, rimandando proprio ad un’idea ripristinatoria di elisione delle conseguenze positive immeritevoli.

La soluzione proposta si pone in linea anche con la portata costituzionale e sovranazionale del diritto di proprietà che - come avuto modo di sottolineare - deve ritenersi limitato ad i casi in cui essa sia stata acquisita nelle forme previste dalla legge e comunque è soggetto alla funzione sociale²¹². Il reato, come anche altri illeciti, non costituisce un metodo legale di acquisto della proprietà, né più in generale di arricchimento; il recupero di tale introito, anche per equivalente, costituisce una legittima espressione della funzione sociale equitativa di cui si è detto, se rispettoso dei (soliti) canoni di ragionevolezza e proporzionalità.

2.4 Nozione di provento

2.4.1 Calcolo al netto dei costi ed in via sussidiaria a restituzioni e risarcimenti

In questa ottica di idee, allora, nel calcolo dei proventi illeciti da sottoporre a confisca occorre privilegiare la logica del netto, andando a scomputare i costi sostenuti dall’autore del reato per commetterlo.

Un tale discorso, che la Cassazione ha avuto modo di accogliere con riferimento ad i costi leciti²¹³, a sommo parere di chi scrive va esteso anche ai costi illeciti.

Ponendosi nell’ottica del principio di proporzionalità, infatti, una razionale connessione tra scopo di ripristino e mezzi ablatori impone che questi ultimi abbiano ad oggetto esclusivamente l’effettivo arricchimento patrimoniale, vale a dire la differenza patrimoniale positiva che un soggetto ha avuto in conseguenza del reato.

quando, come nel caso della confisca, la sede sia funzionale all’applicazione di misure destinate ad incidere non già sulla libertà personale della parte, ma sul suo patrimonio».

Infine, sebbene quale finalità concorrente a quella preventiva, fa riferimento alla finalità di recupero dell’ingiustificato arricchimento (esaminando la disciplina georgiana, ma con cenni più ampi alla disciplina sovranazionale in materia di confisca dei proventi, anche per equivalente), la sentenza della Corte Edu, Gogitidze e altri c. Georgia, 12 maggio 2015 (già sintetizzata nel primo capoverso della nota n. 28 del presente Capitolo).

²¹² Oltre a rinviare a quanto esposto *retro* nel par. 1.5.3, cfr. A. M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti cit.*, 675, 680 e 693.

²¹³ In questo senso, Cass. Pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654 (*leading case* per la confisca nei confronti degli enti), che ha escluso che - come in ottica aziendalistica - possa guardarsi all’utile netto, ma al contempo ha ritenuto che vadano scomputati costi leciti o corrispettivi per prestazioni lecite, nelle ipotesi in cui la fonte contrattuale si colleghi alla sfera negoziale di un’impresa lecita (cioè non dedita prevalentemente o esclusivamente alla perpetrazione di reati) e che la condotta criminosa non abbia contaminato integralmente d’illiceità la causa negoziale (come nelle ipotesi di reato-contratto e non meramente di reato in contratto). In relazione alle persone fisiche, in senso analogo, si segnala Cass. pen., sez. II, 10 dicembre 2013, n. 12761. Sulla ricostruzione della nozione di profitto in relazione alla natura giuridica della confisca, V. MONGILLO, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 settembre 2012.

Non coglie nel segno la considerazione che ciò permetterebbe al reo di recuperare le spese illecite, con effetti negativi in ottica general-preventiva²¹⁴. Siffatte considerazioni potrebbero trovare spazio solo qualora si accedesse ad una qualificazione in termini punitivi della confisca²¹⁵.

Nella diversa prospettiva adottata in questa sede, non pare di poter affermare che si assegni alcun vantaggio al reo scomputando i costi illeciti, ma semplicemente si calcola quanto effettivamente la sua situazione patrimoniale sia migliorata in ragione del reato. Peraltro, un costo illecito costituisce spesso provento del reato per un altro concorrente nel reato stesso²¹⁶ ed è dunque nei suoi confronti che occorre eventualmente attivarsi per il recupero della somma. Altrimenti, si verificherebbe una duplicazione che esorbita dal fine ripristinatorio.

L'ammontare della confisca deve tenere conto, per gli stessi motivi, di eventuali restituzioni, adempimenti di obblighi risarcitori o altri meccanismi che abbiano ridotto l'entità del vantaggio economico illecito²¹⁷.

Anche in questo caso, se l'esigenza sottesa alla confisca è quella di eliminare l'indebito arricchimento derivante dal reato, occorre considerare anche le conseguenze restitutorie e riparatorie negative che lo stesso reato ha comportato (e che magari hanno realizzato, in fin dei conti, addirittura una *deminutio*

²¹⁴ Secondo questa posizione, ampiamente diffusa, detrarre i costi illeciti condurrebbe all'esito contraddittorio per cui lo Stato, da un lato, vieta un comportamento che punisce penalmente e, dall'altro, permette al reo di ottenerne un vantaggio in sede di quantificazione del profitto, recuperando le spese illecite. In questo senso, in giurisprudenza Cass. Pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654; in dottrina A. M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti cit.*, 738 s.; V. MONGILLO, *I mobili confini cit.*, 10.

²¹⁵ Sul punto, vale la pena richiamare quanto affermato in E. MEZZETTI, *Profitto e prezzo confiscabili e confisca per equivalente nei reati contro la pubblica amministrazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 febbraio 2014, 2: l'applicazione del principio del lordo «*finisce col disperdere del tutto la natura compensativa tipica della confisca a vantaggio di una connotazione marcatamente punitiva, specie nel caso in cui il reo non abbia tratto dal fatto alcun vantaggio economico o addirittura, a conti fatti, "abbia lavorato in perdita"*».

²¹⁶ Così il costo della tangente per il corruttore è il prezzo del reato per il corrotto; il corrispettivo per un acquisto penalmente vietato è un costo illecito per l'acquirente ed il profitto (lordo) per il venditore; ecc.

²¹⁷ In questo senso oggi esplicitamente dispone l'art. 12 bis d. lgs. 74/2000: «*la confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'Erario, anche in presenza di un sequestro*», ma già precedentemente la giurisprudenza penal tributaria aveva ritenuto operanti meccanismi di sussidiarietà (si veda la ricognizione compiuta in Cass. pen., 13 luglio-7 ottobre 2016, n. 42470).

Invero, l'introduzione di una clausola simile all'interno del codice penale era stata proposta nel corso dei lavori preparatori, ma fu ritenuta superflua. Sul punto, cfr. A. M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti cit.*, 702 ss. Inoltre meccanismi analoghi (seppur a volte non determinati in maniera così univoca) sono previsti anche negli articoli 600 *septies*, 644, comma 6 c.p. e 19, comma 1 d. lgs. 231/01.

Più in generale, la giurisprudenza non sempre conclude per l'applicazione generalizzata di meccanismi sussidiari ed un atteggiamento ondivago e casistico può forse avere origine proprio dalla segnalata ambiguità di natura della confisca. La prospettiva della presente trattazione permette di dare coerenza e linearità anche a tale questione. Tra le sentenze che adottano un tale pensiero, in relazione alla truffa: Cass. pen., sez. II, 26 maggio 2015, n. 36444, che ha ritenuto di non poter confiscare la somma restituita al danneggiato: «*ove la somma "restituita" - o comunque rifiuta - non fosse computata come ontologica riduzione di ciò che il reato aveva fruttato, la confisca non prenderebbe più in considerazione l'utilità economica che è residuata all'esito di una condotta di adempimento dell'obbligo restitutorio, ma un importo avulso dalle condotte riparatorie e come tale raccordabile ad un tipo di sanzione non prevista dall'ordinamento. Tale sarebbe, infatti, una confisca parametrata non sul profitto "attuale" al momento della sua applicazione, e dunque al netto delle restituzioni, ma all'utile derivato dal reato al momento della sua consumazione. In sostanza, la confisca verrebbe a colpire non l'accrescimento patrimoniale frutto dell'illecito, ma una parte del patrimonio in quanto tale, dando così vita ad un effetto sanzionatorio illegittimo, in quanto non previsto dalla legge*».

patrimoniale del soggetto autore). Non tenerne conto vorrebbe dire esorbitare dallo scopo, sfociando in connotazioni punitive.

Coerentemente a tale ragionamento, non è invece possibile predicare la sussidiarietà anche con riferimento a meccanismi punitivi conseguenti al reato: essendo lo scopo di questi ultimi proprio quello di infliggere un male diverso ed ulteriore, non è possibile scomputarne l'ammontare da quello dell'arricchimento netto.

2.4.2 La nozione di “cosa” in senso ampio

In relazione alla tipologia dell'oggetto della confisca, poi, vanno segnalate alcune ambiguità nelle formule letterali utilizzate dal legislatore per indicare il *quid* che costituisce il prezzo, prodotto, profitto o il corrispettivo valore confiscabile. Si discorre talvolta di *cose*, talaltra di *beni* ed in alcuni casi di *altre utilità*²¹⁸. Se il primo termine indica genericamente “qualsiasi entità oggetto di attenzione” ed il secondo è normativamente ricondotto alle “cose che possono formare oggetto di diritti” (art. 810 c.c.), il terzo sembra avere una portata semantica decisamente più ampia ed estesa.

In realtà, si tratta di un tema su cui non risulta che vi sia stata (se non per casi molto peculiari) particolare attenzione da parte degli interpreti, più concentrati a valorizzare le nozioni di prodotto, prezzo e profitto, che costituiscono il punto di riferimento legislativo più importante. Un tale approccio è sicuramente sostenibile aderendo alla tesi della natura extrapenale della confisca dei proventi che non impone un'interpretazione *stricta* e tassativa e che può, ancora una volta, attingere alla nozione europea di “provento” per interpretare quelle interne.

Nel solco di tale ragionamento, allora, si può affermare che la confisca non deve ritenersi riferita alla “*res*” (cosa, bene, utilità) in sé, ma alle situazioni giuridiche soggettive che costituiscono un “vantaggio” derivante dal reato. In questo senso, oggetto di confisca possono essere, oltre al diritto di proprietà sul bene, anche altri diritti reali minori o personali di godimento sullo stesso²¹⁹, e finanche situazioni non correlate ad una *res*, come le quote sociali ed i diritti di credito di tipo pecuniario.

Depone in questo senso anche il tenore degli artt. 104 e 104 *bis* disp. att. c.p.p., i quali, tra le “cose” oggetto di sequestro preventivo includono i crediti, le azioni e le quote sociali, l'azienda (della cui natura monista o di mera sommatoria dei beni ancora si discute) e gli strumenti finanziari dematerializzati. Analogamente, nel codice antimafia, si prevede una disciplina per la vendita dei titoli e delle partecipazioni societarie e per il recupero dei crediti confiscati (art. 48, comma 1, lett. b e c); l'obbligo di indicare in una sezione specifica della relazione dell'amministratore giudiziario “i

²¹⁸ Ad esempio, si parla di *cose* nell'art. 240 c.p.; di *beni* nell'art. 322 *ter* c.p. (nella parte della confisca diretta) nella confisca del codice antimafia; di *altre utilità* in diverse ipotesi di confisca per equivalente, nonché nella confisca allargata.

²¹⁹ In questo senso, in tema di enfiteusi, Cass. pen., sez. VI, 3 dicembre 1993-22 aprile 1994, n. 3781, in cui si afferma che «*deve ammettersi la possibilità di confisca del diritto dell'enfiteuta stante la riferibilità dei concetti di appartenenza e disponibilità anche al bene oggetto di tale diritto: ciò alla luce della pienezza del diritto del concessionario (che può costituire diritti reali a favore di terzi e disporne per atto tra vivi o mortis causa), della sua potestà espansiva (diritto-potestativo di affrancazione), della possibilità di sottoporlo ad esecuzione forzata e ad ipoteca [...] la confisca [...] coinvolge soltanto la posizione patrimoniale di godimento del fondo spettante al concessionario e non pregiudica la diversa posizione del concedente, il quale conserva ogni suo diritto e facoltà nei confronti del nuovo titolare del diritto reale*». Cfr. anche F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 378.

beni organizzati in azienda” (art. 36, comma 1, lett. d); una speciale disciplina per la gestione delle aziende sequestrate (art. 41) e confiscate (art. 48, comma 8).

Tra tutte queste situazioni, maggiori problemi hanno creato i crediti, per i quali il dibattito si presenta ancora acceso, potendosi rivelare dei meri vantaggi futuri. Invero, un tale dibattito non mette in discussione che il profitto possa identificarsi con l’accrecimento patrimoniale ottenuto dal reo (anche se non costituente un “bene” in senso stretto), ma è teso ad evitare che la confisca si estenda ad utilità non effettivamente conseguite (come nel caso di un credito non riscosso). La giurisprudenza sembra essersi attestata nel senso che possono costituire oggetto di confisca diretta i crediti certi, liquidi ed esigibili, mentre nel *quantum* della confisca per equivalente possono essere computati i soli crediti effettivamente riscossi²²⁰.

In realtà, a sommosso parere di chi scrive, occorre distinguere l’ipotesi in cui il credito in esame costituisca un “provento” nei termini sopra descritti da quella in cui esso sia confiscato in quanto valore patrimoniale equivalente alle utilità criminose.

Nel primo caso, esso è confiscabile mediante la confisca diretta, a prescindere dai suoi caratteri, se si trova nel patrimonio del reo. Si tratterebbe in ogni caso di una situazione giuridica di vantaggio e lo Stato subentrerebbe nell’identica posizione: non si toglierebbe al reo alcuna utilità ulteriore rispetto a quella conseguita.

Se invece il credito che costituisce provento non è più nel patrimonio del reo, è possibile confiscare beni di valore equivalente allo stesso, facendo riferimento (non all’entità del credito), ma al suo “valore di realizzo”, alla stessa stregua di come viene calcolato il corrispettivo per la cessione negoziale di crediti. E’ evidente che nel caso in cui il credito risulti estinto in maniera non soddisfattoria (ad esempio per nullità o annullamento della fonte del credito), il suo “valore di realizzo” è pari a zero.

Al valore di realizzo, in una logica invertita, ci si può affidare nella seconda ipotesi citata: si tratta del caso in cui il provento sia costituito da altri beni di un determinato valore e si voglia confiscarne l’equivalente mediante l’ablazione di crediti.

2.4.3 Confisca diretta dei proventi e confisca del valore degli stessi

Una tale precisazione permette di aprire il più ampio e generale discorso sulla distinzione tra confisca diretta del provento e confisca per equivalente. Pur avendo tali istituti la medesima natura, un tale argomento va affrontato perché per la *value confiscation* non vi è una previsione generale e dunque può essere disposta solo nei casi espressamente tipizzati dal legislatore. Ebbene, ciò che consente di parlare di confisca diretta è la possibilità di ricostruire una, seppur indiretta, derivazione dal reato dell’oggetto dell’ablazione; quando invece - non risultando concretamente possibile ciò - il punto di riferimento è il valore corrispondente al vantaggio economico conseguente al reato, si è nell’ambito della confisca per equivalente.

²²⁰ Cfr. G. FIDELBO, *La nozione di profitto confiscabile nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, rel. n. 41/14 dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, Roma, 17 giugno 2014.

Sebbene il discorso possa apparire ovvio, così non è. Si pensi alle discussioni nate attorno a beni fungibili come il denaro: la Cassazione ha concluso per la qualificazione, in ogni caso, in termini di confisca diretta²²¹. Tuttavia, tranne i casi in cui sia stato possibile sequestrare le esatte banconote conseguite con il reato o comunque si sia ricostruito il loro flusso di trasformazione, la confisca del denaro assume in genere i tratti di “equivalente”. Da questo punto di vista, anche riflessioni attinenti ad altri rami dell’ordinamento hanno concluso per la qualificazione del denaro sempre meno in termini di *res* e sempre più quale misura del valore²²². Inoltre, in questo senso sembra andare anche la lettera di molte norme sulla *value confiscation*, che indicano appunto il denaro tra i beni equivalenti da poter apprendere²²³.

Nell’ambito della confisca prevista dal Codice Antimafia, poi, la questione diviene peculiare. Si tratta di un istituto che, a pensarci bene, contiene tutte le altre tre ipotesi di confisca (diretta, per equivalente, per sproporzione) previste dall’ordinamento, pur in ottica particolare.

L’art. 24, infatti, individua come oggetto della confisca il provento mediante la prova diretta della provenienza (beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego) o in via presuntiva (ipotesi dei beni sproporzionati al reddito). In relazione ad essi, in maniera condivisibile le Sezioni Unite, che pure partivano da diverse premesse, hanno affermato che «*sono suscettibili di ablazione soltanto i beni acquistati nell’arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, indipendentemente dalla persistente pericolosità del soggetto al momento della proposta*»²²⁴.

Fino al recentissimo passato, la possibilità di confiscare beni del valore equivalente era limitata dall’art. 25 alle sole ipotesi in cui sia avvenuto un trasferimento di beni a terzi, in maniera più rigida rispetto alle confische nell’ambito di procedimenti penali. Con la riforma del Codice Antimafia, tuttavia, il legislatore del 2017 ha reso più agile tale strumento, prevedendone peraltro l’applicabilità anche nei confronti degli eredi²²⁵.

²²¹ Alla conclusione per cui la confisca di denaro è sempre diretta sono approdate, tra le altre, le citate sentenze a Sezioni Unite n. 10561/2014 *Gubert* e n. 31617/2015 *Lucci*.

²²² Ciò è particolarmente evidente con l’evoluzione dei mezzi di pagamento, sempre più dematerializzati e legati a scritturazioni informatiche. In realtà, però, della peculiarità della *res* denaro si era già reso conto il legislatore del 1942, che ad esempio all’art. 1977 c.c. parla di “debito di somme”. Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La circolazione del denaro: gli strumenti di pagamento*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, a cura di M. CIAN, Torino, 2013, 318 ss.

²²³ Come rilevato da M. ROMANO, *Confisca, responsabilità cit.*, 1677, a partire dalla prima norma che ha previsto la confisca per equivalente (art. 644, comma 6 c.p.) e con tenore letterale analogo in altre norme (ad esempio, art. 648 *quater*, comma 2 c.p.) – oggetto della *value confiscation* sono anche “le somme di denaro” di cui il reo ha disponibilità e di valore equivalente al prezzo/prodotto/profitto (da segnalare come altre norme, come l’art. 322 *ter* c.p. e l’art. 12 *bis* d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74, invece, discorrono più genericamente di “beni”).

²²⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 4880.

²²⁵ L’art. 25 Cod. ant. prevedeva: «*Se la persona nei cui confronti è proposta la misura di prevenzione disperde, distrae, occulta o svaluta i beni al fine di eludere l’esecuzione dei provvedimenti di sequestro o di confisca su di essi, il sequestro e la confisca hanno ad oggetto denaro o altri beni di valore equivalente. Analogamente si procede quando i beni non possono essere confiscati in quanto trasferiti legittimamente, prima dell’esecuzione del sequestro, a terzi in buona fede*». L’art. 5, comma 9 della legge 17 ottobre 2017, n. 161, invece, ha riscritto tale disposizione elasticizzandone i requisiti: «*dopo la presentazione della proposta, se non è possibile procedere al sequestro dei beni [...] perché il proposto non ne ha la disponibilità diretta o indiretta, anche ove trasferiti legittimamente in qualunque epoca a terzi in buona fede, il*

2.5 Ambito applicativo della ricostruzione proposta: le fattispecie contigue

Come visto, la prospettata natura ripristinatoria è strettamente correlata alla nozione di provento, così come appena ricostruita. Ciò comporta che il ragionamento portato avanti non può essere esteso a tutte le altre ipotesi di sequestro e confisca presenti nel nostro ordinamento.

Prima di esaminarne i corollari applicativi e focalizzare così l'attenzione sulla posizione dei terzi, allora, appare utile fare una breve rassegna delle principali fattispecie ablatorie previste nel nostro ordinamento, al fine di includerle o meno nel discorso appena compiuto.

2.5.1 Le confische nel d. lgs. 231/2001

Vengono innanzitutto in rilievo le tre tipologie di confisca previste a carico degli enti nel cui interesse o vantaggio sia stato commesso un reato.

Vi è sostanziale concordia sulla riconducibilità al paradigma ripristinatorio dell'equilibrio patrimoniale della confisca prevista dall'art. 6, comma 5 d. lgs. 231/01, sia in via diretta che per equivalente²²⁶. Si tratta dell'ablazione dei vantaggi conseguiti dall'ente nelle ipotesi in cui il reato sia stato commesso dai soggetti apicali: l'assenza di finalità punitiva si evince in modo chiaro dalla circostanza che essa si applica anche a prescindere dalla "colpevolezza" dell'ente, vale a dire quando lo stesso sia riuscito a dimostrare l'implementazione di un modello gestionale conforme a quanto richiesto dallo stesso articolo 6.

La giurisprudenza qualifica in termini punitivi, invece, la confisca che l'art. 9 annovera tra le "sanzioni amministrative" a carico dell'ente responsabile e che è disciplinata dall'art. 19 d. lgs. 231/01²²⁷. Invero, rimarcando ancora una volta la differenza tra i concetti di sanzione (reazione dell'ordinamento ad un illecito) e punizione (sanzione che infligge necessariamente e volutamente un male al destinatario), non vi sono motivi per discostarsi dalla qualificazione di misura ripristinatoria che si è sostenuta per le altre ipotesi di confisca obbligatoria dei proventi. All'ente, infatti, vengono sottratti unicamente i vantaggi conseguenti all'illecito ed il fatto che ciò (*ex art. 6, comma 5*) possa avvenire anche a prescindere dalla colpevolezza è un elemento che avvalorava la tesi che si tratti dell'applicazione del principio generale di liceità causale delle attribuzioni patrimoniali. D'altronde, argomenti in questo senso vengono anche dalla circostanza che la messa a disposizione del profitto sia una di quelle condotte (denominate "riparative") che permette di evitare o limitare la sanzione punitiva dell'interdizione²²⁸.

sequestro e la confisca hanno ad oggetto altri beni di valore equivalente di legittima provenienza dei quali il proposto ha la disponibilità, anche per interposta persona. Nei casi di cui all'articolo 18, commi 2 e 3, si procede con le modalità di cui al comma 1 del presente articolo nei riguardi dei soggetti nei cui confronti prosegue o inizia il procedimento con riferimento a beni di legittima provenienza loro pervenuti dal proposto».

²²⁶ In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654; in dottrina A. M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti cit.*, 686 ss. (a cui si rinvia per i riferimenti dell'opinione dottrinale contraria).

²²⁷ In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654; in dottrina C. E. PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in *Impresa e giustizia penale*, Milano, 2009, 279.

²²⁸ In questo senso A. M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti cit.*, 757. Si veda, inoltre, E. DINACCI, *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2012, 1010; M. ROMANO, *Confisca cit.*, 1683.

Nel d. lgs. 231/01, invero, un'ipotesi di confisca con natura punitiva c'è ed è quella relativa al profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività ad opera del commissario giudiziale in alternativa alle misure interdittive in presenza di esigenze sociali (art. 15)²²⁹. In questi casi, infatti, l'ablazione patrimoniale è volta ad assicurare gli effetti che sarebbero stati prodotti dalla misura sostituenda (interdizione), la quale - in base a molteplici indici - può essere qualificata in termini punitivi²³⁰. D'altronde, i profitti oggetto di ablazione sono tutt'altro che illeciti: conseguono alla prosecuzione di un'attività lecita, peraltro disposta da un'autorità giurisdizionale. Sottrarli alla società titolare dell'attività produttiva, dunque, si sostanzia in un'afflittività necessaria e voluta, sostitutiva di quella che sarebbe derivata dalla misura interdittiva.

2.5.2 La confisca dei risparmi di spesa.

A suscitare molti dibattiti è poi l'ipotesi di confisca dei risparmi di spesa.

Una parte, probabilmente maggioritaria, della giurisprudenza si è attestata nella qualificazione in termini di confisca diretta (e dunque, secondo tale opinione, preventiva), essendo il risparmio un concetto riferibile al denaro²³¹.

Un altro orientamento pretorio e parte della dottrina, invece, rimarcano la necessità di valorizzare il principio in base al quale il risparmio di spesa può essere ritenuto profitto solo se esiste un ricavo effettivo riguardo al costo non introitato²³². In questi termini, si potrebbe ancora parlare di misura ripristinatoria. Al di fuori di essi, invece, si tratterebbe di una misura punitiva e necessiterebbe di una specifica previsione normativa²³³.

A sommo avviso di chi scrive, pur dovendosi ammettere la complessità della questione, il fatto che il vantaggio derivante da un reato consista in un risparmio (e non in un introito attivo) non è un indice tale da condurre ad affermare la natura punitiva della confisca. È condivisibile l'idea che in questi casi non vi possa mai essere una confisca diretta ma, per sua natura, si tratti di una confisca di valore. Tuttavia, in base all'impostazione che in questa sede si propone, ciò non conduce necessariamente all'irrogazione di una punizione.

Invero, si tratta del recupero di una somma dovuta e quindi della realizzazione coattiva di un obbligo che il reo aveva ed il cui inadempimento costituisce reato²³⁴, non dell'inflizione di un male ulteriore.

²²⁹ Così A. M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti cit.*, 688.

²³⁰ La natura punitiva delle misure interdittive si evince già dai presupposti per emetterle, individuati dall'art. 13 d. lgs. 231/01 e tra cui sono menzionati le gravi carenze organizzative, nonché la circostanza che il reato sia commesso da un soggetto apicale e la reiterazione degli illeciti. Inoltre, nell'indicare i criteri di scelta (art. 14) si rinvia a quelli di commisurazione della sanzione pecuniaria (art. 11), parametrati al disvalore oggettivo e soggettivo del fatto illecito. Cfr. A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, 189 ss.

²³¹ Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno-21 luglio 2015, n. 31617, Lucci; Cass. pen., 16 aprile 2013-5 marzo 2014, n. 10561, Gubert.

²³² Cfr. Cass. pen. VI sez., 20 dicembre 2013-21 gennaio 2014, n. 3635.

²³³ M. ROMANO, *Confisca, responsabilità cit.*, 1683 ss., il quale ritiene che, con l'art. 1, comma 143 della legge 244/2007 ciò sia avvenuto per la confisca dei reati tributari (oggi trasposta all'art. 12 bis d. lgs. 74/2000).

²³⁴ D'altronde, analogicamente, ciò avviene con le procedure di espropriazione forzata quali mezzi per realizzare i propri diritti di credito: sulla relativa copertura costituzionale, cfr. A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2015, 4 ss.

Una simile conclusione è sicuramente valida nel caso in cui vi sia un obbligo giuridico determinato, anche nel *quantum* (come d'altronde avviene nell'ipotesi dei reati tributari)²³⁵.

Occorre precisare, però, che nel "risparmio illecito" non è possibile comprendere anche l'importo delle sanzioni conseguenti all'illecito, altrimenti il recupero di tale somma si tramuterebbe, appunto, nella realizzazione delle stesse finalità (eventualmente punitive) proprie della sanzione in oggetto²³⁶.

Così, nella maggior parte dei reati tributari²³⁷ la confisca non può estendersi anche all'importo delle sanzioni amministrative dovute (che comunque trovano nella procedura esecutiva tributaria adeguati presidi di tutela) e probabilmente neanche agli interessi²³⁸. D'altronde, a tali componenti l'art. 12 *bis* d. lgs. 74/2000 non fa alcun cenno, al contrario delle cause di non punibilità o attenuanti di cui agli artt. 13 e 13 *bis*, che si preoccupano appunto di estendere il debito tributario anche a sanzioni ed interessi.

Tali somme potranno rientrare nella nozione di "profitto" solo laddove il risparmio delle stesse sia effettiva conseguenza della commissione del reato, come quando i crediti fittizi o inesistenti *ex art. 10 quater* d. lgs. 74/2000 siano utilizzati per la compensazione del pagamento, appunto, di sanzioni o interessi. Ancora, ciò può succedere nelle due ipotesi di reato di cui all'art. 11, se le condotte ingannatorie siano idonee a comportare anche un risparmio delle citate componenti e sempre che l'inefficacia della riscossione o l'esenzione parziale siano effettivamente avvenute.

2.5.3 La confisca nei reati contro la p.a. e nella corruzione tra privati

Ci si deve poi interrogare sulla natura che sta assumendo la confisca dei proventi in due ipotesi interessate da recenti modifiche.

Si pensi, ad esempio, al nuovo art. 322 *quater*²³⁹, che nell'ambito di alcuni reati contro la pubblica amministrazione prevede - in maniera aggiuntiva rispetto alla confisca *ex art. 322 ter* c.p. - la condanna al pagamento di una somma pari a quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio in favore della pubblica amministrazione di appartenenza e «restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno». Il rischio di una trasformazione ontologica di questa tipologia di confisca è senz'altro concreto, ma ci si può interrogare sulla percorribilità di un'interpretazione sistematica e conforme a Costituzione che continui a leggere la confisca quale strumento di riequilibrio economico patrimoniale ed invece questa particolare

²³⁵ Nelle ipotesi in cui non vi sia un'obbligazione compiutamente determinata (come spesso avviene nei risparmi relativi a delitti colposi), la situazione è più complessa e - senza pretese di esaustività di una questione che merita più ampi sviluppi - un approccio opportuno potrebbe forse essere rappresentato dal richiamato criterio in base al quale la confisca deve essere limitata al ricavo effettivo corrispondente al costo non introitato.

²³⁶ In questo senso: A. MARCHESELLI, *Tecniche di aggressione cit.*, 15 ss.

²³⁷ Si veda invece subito *infra* per le ipotesi di cui all'art. 10 *quater* ed all'art. 11 d.lgs. 74/2000.

²³⁸ Rispetto agli interessi, invero, una qualche apertura è ritenuta possibile non quali risparmi di spesa, ma considerando gli stessi un vantaggio finanziario derivante dal protratto ed ingiustificato possesso di valori, da ritenersi fruttiferi nella misura dell'interesse. Cfr. A. MARCHESELLI, *Tecniche di aggressione cit.*, 16.

²³⁹ La disposizione è stata introdotta dall'art. 4 l. 27 maggio 2015, n. 69.

condanna aggiuntiva in termini di *punitive damages* (con la conseguenza, ovviamente, che ad essa andrebbero applicati i presidi propri delle sanzioni punitive²⁴⁰).

Ancora, una recente modifica dell'art. 2635 c.c. (corruzione tra privati) ha introdotto un ultimo comma, il quale prevede che «*la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date o promesse*»²⁴¹: la norma si presenta ambigua e sembrerebbe lasciare adito alla possibilità di una confisca di somme superiori a quanto effettivamente introitato o, visto il riferimento alla mera promessa, da applicare anche in caso di mancato pagamento del *pretium sceleris*. In questo caso, almeno ad una prima sommaria riflessione, appare ancora più difficile un tentativo di interpretazione costituzionalmente orientata e sistematica: anche leggendo la norma in termini di presunzione inerente al profitto del corruttore (basata sulla massima d'esperienza in base alla quale se un soggetto paga o promette una tangente di un certo ammontare, realizzerà un guadagno almeno pari a tale somma), infatti, ci potrebbero essere profili di illegittimità legati all'automatismo di una presunzione che dal tenore letterale sembra escludere la prova contraria²⁴².

2.6 segue: sequestri e confische di beni diversi dai proventi

Nelle ipotesi esaminate finora la riflessione interpretativa è stata quella di valutare se l'oggetto della confisca integrasse la nozione di "provento criminoso" oppure se si trattasse di ipotesi meramente contigue e con natura diversa.

Occorre inoltre dare atto della presenza di ipotesi di sequestro o confisca di beni diversi dai proventi: per tali fattispecie, il discorso sulla natura giuridica assume un altro tenore, di cui appare utile dare brevemente conto.

2.6.1 I sequestri non finalizzati alla confisca

Oltre alle ipotesi di sequestri finalizzati alla confisca, che ne rappresentano dunque la proiezione processuale²⁴³, esistono altre tipologie di *freezing*.

Il sequestro c.d. probatorio, previsto dall'art. 253 c.p.p., ha ad oggetto il corpo del reato o le cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti. Si tratta di un mezzo di ricerca della prova e, salva la possibilità di convertirsi in altre tipologie di sequestri sussistendone i presupposti, ha un efficacia ontologicamente limitata concettualmente e temporalmente a permettere all'organo inquirente di accertare e provare una penale responsabilità. Una corretta applicazione di un simile

²⁴⁰ Sulla necessità di idonee garanzie in tali ambiti, cfr. E. DI AGOSTA, *Punizione, deterrenza e ruolo della pena nei copyright crimes: appunti sul sistema statunitense*, in *L'Indice penale*, 2015, 495 ss.

²⁴¹ L'ultimo comma è stato introdotto dall'art. 3 d. lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, attuativo della direttiva (UE) n. 42 del 3 aprile 2014. Invero, in termini analoghi si esprime anche il secondo comma dell'art. 322 *ter* c.p.; rispetto ad esso, però, il terzo comma sembra correggere il tiro vincolando l'individuazione delle somme da sottoporre a confisca al fatto che costituiscano effettivamente prezzo o profitto o valore corrispondente ad essi. Infatti la prevalente giurisprudenza, come già visto nella nota n. 76, non contempla la possibilità di confiscare il prezzo se non effettivamente introitato (cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 13 febbraio-25 marzo 2014, n. 14017).

²⁴² Si rinvia, ancora una volta, al paragrafo 1.5.5.

²⁴³ Cfr. *retro* 1.2 e le relative note n. 53 e 54.

strumento da parte del Pubblico Ministero²⁴⁴, dunque, deve evitare qualsiasi ingerenza o vincolo ulteriore rispetto a quanto necessario a tale scopo, pena l'illegittimità della misura²⁴⁵.

Il sequestro conservativo, di cui all'art. 316 c.p.p., è una misura cautelare reale volta a creare una specifica garanzia per il credito che allo Stato o alla parte civile può derivare dall'illecito penale. È un istituto analogo all'omonimo civilistico (2905 c.c.), «*del quale ricalca il limite alla autorizzabilità da parte del giudice rispetto a beni impignorabili e la sua eseguibilità con forme [...] che ne rendono evidente la natura di pignoramento anticipato. Omologa è anche la norma che prevede la conversione del sequestro conservativo in pignoramento (art. 686 c.p.c.)*»²⁴⁶.

Si presenta dunque quale legittimo mezzo di tutela del credito che, assieme ad altre specifiche norme in materia penale, rafforza la posizione dello Stato e dei danneggiati, ma che comunque è vincolato a quei limiti legali volti ad evitare un'ingerenza eccessiva rispetto allo scopo o eccessivamente invasiva rispetto ad interessi primari della persona²⁴⁷. Con la citata conversione in pignoramento, poi, si seguono le regole dell'esecuzione forzata civile.

L'art. 321 c.p.p., infine, prevede al primo comma il c.d. sequestro impeditivo o preventivo in senso stretto²⁴⁸. Esso è disposto quando vi è il pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze dello stesso illecito penale o agevolarne la commissione di altri. Da ciò può facilmente evincersi una finalità ed una natura di tipo preventivo che, in attesa che il processo penale assolva al suo compito di accertare le responsabilità individuali con tutte le dovute garanzie, è volta ad un contro bilanciamento di temporanea tutela delle esigenze della collettività, oltre che della credibilità della stessa funzione del processo penale²⁴⁹.

²⁴⁴ Trattandosi di uno strumento investigativo, infatti, è il Pubblico Ministero che direttamente dispone questa forma di sequestro e, su richiesta o d'ufficio, dispone la restituzione delle cose «*quando non è necessario mantenere il sequestro ai fini di prova*» e sempre che non sia convertito in altre tipologie di sequestri (art. 262 c.p.p.). Nei confronti del decreto di sequestro dell'organo inquirente, è possibile proporre riesame (art. 257 c.p.p.); inoltre, si può presentare opposizione al giudice procedente relativamente alla decisione di dissequestro o di rigetto della richiesta di restituzione delle cose sequestrate (art. 263, comma 5 c.p.p.).

²⁴⁵ Ad esempio, in ambito d'impresa, è (non solo opportuno, ma) doveroso circoscrivere la misura, a seconda dei casi, al solo macchinario su cui compiere l'accertamento, alla sola area dove effettuare i rilievi, ai soli uffici o *device* su cui effettuare controlli. Inoltre le modalità devono essere al minimo invasive e prolungate, ad esempio acquisendo su supporti duraturi i dati utili e così dissequestrando i mezzi d'impresa o comunque procedendo anche in più *step* alla rimozione del vincolo di quanto man mano diventa non più necessario.

²⁴⁶ In questo senso, da ultimo, Cass. pen., Sez. Un., 21 luglio-16 settembre 2016, n. 38670, che ha comunque rimarcato che - nonostante la stretta similitudine - la natura di misura cautelare penale implica un'aderenza ai sistemi di fondo di tale sistema processuale (ma restano ferme competenza e regole processualcivilistiche in relazione alla fase di esecuzione, quando avviene la conversione in pignoramento).

²⁴⁷ Si tratta dei limiti alla pignorabilità dei beni, espressamente richiamati dall'art. 316 c.p.p.: vi sono alcune cose assolutamente impignorabili (art. 514 c.p.c.: cose sacre e che servono all'esercizio del culto, anello nuziale, letti, biancheria, tavoli, ecc.), altre relativamente impignorabili (art. 515 c.p.c.) o pignorabili solo in determinate circostanze di tempo (art. 516 c.p.c.).

²⁴⁸ Al secondo comma, invece, vi è quello finalizzato alla confisca (di cui si è già detto nel par. 1.2, nota 53).

²⁴⁹ Per una concisa ricognizione delle posizioni dottrinali sul punto, cfr. L. PRESSACCO, *La motivazione del decreto che dispone il sequestro "impeditivo"*, testo della relazione svolta a Noto il 19 settembre 2015, nell'ambito del sesto corso di formazione interdotto di diritto e procedura penale "Giuliano Vassalli", pubblicata in www.penalecontemporaneo.it, 14 ottobre 2016, 2 s.

I limiti legislativi assolvono pienamente al compito di rendere la misura ragionevole e proporzionata e dunque ricade sul Giudice che emette il decreto il dovere del rigido rispetto dei presupposti applicativi, con correlativa motivazione. Un simile compito, seppur non rigidamente incanalato da criteri come quelli previsti per le misure cautelari personali, va condotto in modo da non trascendere rispetto al legittimo scopo e tenendo in dovuta considerazione gli interessi dei soggetti incisi²⁵⁰.

2.6.2 La confisca delle cose intrinsecamente criminose

Vi è abbastanza concordia in ordine alla natura giuridica (special) preventiva della confisca delle «cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione delle quali costituisce reato» (art. 240, comma 2, n. 2 c.p.). Essa si colloca in maniera armoniosa nell'ambito delle "misure amministrative di sicurezza", pensate proprio per scongiurare potenziali pericoli per la collettività, nell'impianto originario del codice penale a doppio binario (completato dall'intento spiccatamente retributivo che invece animava l'irrogazione delle pene)²⁵¹.

Infatti, la misura in esame è chiaramente volta ad evitare che rimangano nella libera circolazione alcune cose che di per sé costituiscono un illecito penale e dunque un pericolo per beni giuridici di rilievo costituzionale. Ciò vale sia per le cose intrinsecamente pericolose in senso assoluto²⁵², sia per quelle che - pur potenzialmente autorizzabili - siano nel caso concreto prive della condizione legittimante²⁵³. In entrambi i casi, la pericolosità è ricollegabile direttamente alla cosa, a prescindere dalla persona che ne abbia la disponibilità, e può essere eliminata solo mediante l'apprendimento della stessa da parte dello Stato²⁵⁴.

Sempre in ragione dell'intrinseca pericolosità della cosa, spesso per questa categoria di oggetti è prevista la distruzione (ad es. per le sostanze stupefacenti) o una destinazione specifica (come le armi,

²⁵⁰ Si rinvia, ancora, a L. PRESSACCO, *La motivazione cit.*, 7 ss. per un'analisi degli oneri motivazionali del Giudice: si registra l'evoluzione giurisprudenziale nel senso di una più concreta verifica del *fumus commissi delicti* (in passato riconosciuto anche in presenza di un'astratta configurabilità dell'addebito) e la difficile ricostruzione del requisito del *periculum in mora* (secondo l'A. dovrebbe distinguersi tra le più semplici ipotesi di intrinseca pericolosità della circolazione della *res* e quelle in cui invece risulta necessario un accertamento della pericolosità in relazione al soggetto che ha la disponibilità della cosa). Inoltre, pur senza estendere l'art. 275 c.p.p., vi è in giurisprudenza una, seppur più flessibile, applicazione dei criteri di proporzionalità, adeguatezza e gradualità (tra le altre, Cass. pen., sez. II, 22 giugno-7 luglio 2017, n. 33090, con nota di G. TABASCO, *La proporzionalità nel sequestro per equivalente e gli orientamenti della Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, agosto-settembre, 1981 ss.; Cass. pen., sez. V, 7 maggio 2014, n. 21271; Cass. pen., sez. III, 15 dicembre 2011, n. 12500).

²⁵¹ Sul punto cfr., *retro*, i parr. 2.1 (nota n. 3) ed 1.6.2.

²⁵² In questi casi (si pensi ad esempio alle banconote false) la verifica da parte del giudice ha ad oggetto semplicemente l'appartenenza o meno della cosa alla categoria. P. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in C. F. GROSSO-T. PADOVANI- A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, tomo II, Milano, 490.

²⁵³ In queste ipotesi, dunque, il controllo del giudice è volto alla riconducibilità alla categoria ed alla mancanza della condizione legittimante. Per la giurisprudenza, tale ultimo requisito deve ricorrere al momento della commissione del fatto, mentre va disposta la confisca nelle ipotesi in cui l'autorizzazione (*lato sensu* intesa) sia intervenuta successivamente, seppur prima della pronuncia giudiziale. In senso critico, P. VENEZIANI, *La punibilità cit.*, 491. Per F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015, 448 s., ulteriormente, il Giudice deve restituire la cosa passibile di regolarizzazione che sia di proprietà di un terzo, con l'imposizione di una prescrizione di regolarizzarla, ai sensi dell'art. 85 disp. att. c.p.p.

²⁵⁴ Ciò vale, chiaramente, qualora non sia avvenuta la regolarizzazione amministrativa (cfr. nota precedente).

Non vi sono dubbi, inoltre, sull'applicabilità anche a fronte di proscioglimento (sia assoluzione in senso proprio, sia per estinzione del reato o altre ipotesi di non punibilità in senso lato). P. VENEZIANI, *La punibilità cit.*, 490 ss.

versate all'artiglieria dell'esercito o i beni di interesse scientifico/artistico, eventualmente destinati a musei criminali o altri istituti)²⁵⁵.

2.6.3 La confisca degli strumenti del reato

Qualche riflessione in più merita la confisca delle «cose che servirono o furono destinate a commettere il reato» (art. 240, comma 1 c.p., prima parte)²⁵⁶.

Per essa - pur vigendo le già viste regole comuni (non cessazione con l'estinzione del reato, art. 210 c.p.; *tempus regit actum*, art. 200, comma 2 c.p.; non verifica della pericolosità sociale della persona) - in via generale è previsto che "possa" essere ordinata soltanto "nel caso di condanna".

Considerato che non si tratta di cose intrinsecamente pericolose, un'interpretazione aderente alla collocazione normativa tra le misure di sicurezza e costituzionalmente orientata conduce a ritenere che la facoltatività vada letta nel senso della concreta verifica da parte del giudice, oltre che della effettiva strumentalità²⁵⁷, anche della pericolosità di reiterazione nei reati che potrebbe derivare dal mantenimento della *res* nella disponibilità del reo²⁵⁸.

In base a questa interpretazione, dunque, anche la misura in esame ha natura preventiva, essendo diretta ad eliminare un mezzo già servito o destinato a commettere un reato e che il soggetto ritenuto penalmente responsabile potrebbe verosimilmente utilizzare nuovamente a tale scopo.

Tuttavia, tali conclusioni non possono essere estese *de plano* alle ipotesi di confisca degli *instrumenta delicti*, previste in via obbligatoria dal legislatore²⁵⁹. In tutti questi casi, infatti, occorre domandarsi se il legislatore abbia codificato una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità del mantenimento del bene strumentale ovvero se abbia adottato la diversa prospettiva punitiva.

Senza potersi soffermare sulle diverse ipotesi, si può in generale evidenziare come soltanto la sussistenza di un substrato reale sintomatico di una pericolosità pressoché sistematica del mantenimento dell'*instrumentum* nella disponibilità del reo potrebbe giustificare una siffatta

²⁵⁵ In assenza di specifiche disposizioni sulla destinazione dei beni, invece, si applicano gli artt. 149 ss. d.P.R. 115/2002 sulle spese di giustizia, i quali disciplinano la vendita dei beni confiscati.

²⁵⁶ La definizione codicistica è in linea con quella di stampo europeo dell'art. 2, n. 3, in base alla quale è definibile bene strumentale «qualsiasi bene utilizzato o destinato ad essere utilizzato, in qualsiasi modo, in tutto o in parte, per commettere uno o più reati».

²⁵⁷ La giurisprudenza specifica che non basta una correlazione cosa-reato connotata da mera occasionalità, ma occorre un vero e proprio asservimento strumentale (che può essere rinvenuto anche, ad esempio, in un'autovettura, se destinata in maniera stabile ad un'attività criminosa). Si vedano: in giurisprudenza, Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 2012, n. 5050; in dottrina, P. VENEZIANI, *La punibilità cit.*, 481 ss.

²⁵⁸ Sebbene quella appena prospettata appaia la soluzione maggiormente condivisa, si è molto discusso sulla nozione di pericolosità da far valere in queste ipotesi. A chi ha sostenuto che la pericolosità fosse di natura oggettiva (riferendosi alla "cosa"), c'è chi ha opposto che ad essere pericoloso è il rapporto tra *res* e persona ed ancora chi ha ritenuto che in sostanza anche qui si valuti - vagliando il possibile utilizzo della cosa - la personalità del reo. Per una chiara e concisa ricostruzione del dibattito, P. VENEZIANI, *La punibilità cit.*, 486 ss. In giurisprudenza, degna di segnalazione è la ricostruzione, nel senso adottato nella presente trattazione, di Cass. pen., sez. I, 11 novembre-20 dicembre 2011, n. 47312.

²⁵⁹ Tra tutte, per la collocazione spicca quella dei beni o strumenti informatici, introdotti al n. 1 *bis* del comma 2 dell'art. 240 c.p. dalla legge 15 febbraio 2012, n. 12 (peraltro con l'obiettivo dichiarato nella relazione di accompagnamento di rimediare allo squilibrio di mezzi informatici tra forze di polizia e criminalità). In relazione alla criminalità d'impresa, come già fatto in precedenza (vedi nota 39 del par. 1.2) si ricordano l'art. 2641 c.c. per i reati societari), gli artt. 322 *ter* e 335 *bis* c.p. per reati contro la p.a., l'art. 473 *bis* c.p. in tema di contraffazione, gli artt. 187 e 187 *sexies* t.u.f. per agiotaggio o *insider trading*, anche nelle forme di illeciti amministrativi.

presunzione assoluta²⁶⁰. A sommo parere di chi scrive, nella quasi totalità dei casi ciò non può ragionevolmente avvenire, risultando invece necessaria una verifica *case by case* della necessità preventiva di recidere il legame cosa-soggetto. Altrimenti, a mancare sarebbe quella connessione razionale mezzi-scopo che si è visto essere una fase fondamentale nel giudizio di proporzionalità della misura²⁶¹.

L'emancipazione dalla finalità special-preventiva diventa ancora più lampante nei casi in cui è prevista, accanto all'obbligatorietà della confisca, anche la possibilità di esperirla per equivalente. È evidente, infatti, che in queste ipotesi l'espropriazione a favore dello Stato manchi di qualsivoglia connessione con lo scopo preventivo: non si capisce, altrimenti, perché non ritenerlo soddisfatto già in base alla (sopravvenuta) assenza del bene strumentale nella disponibilità del reo²⁶².

Non vi è, in questi casi, neanche un intento ripristinatorio, visto che si sottrae un bene (o il suo equivalente) che erano nel patrimonio o comunque nella disponibilità del reo già prima ed a prescindere dal fatto criminoso.

Conseguentemente, l'unica opzione interpretativa che consenta di rimanere nel recinto di legittimità costituzionale è quella di riconoscere natura punitiva a tali ipotesi (sia diretta che per equivalente), applicando conseguentemente il relativo statuto di garanzie, salvo che ciò sia impedito da precise indicazioni contrarie dalla lettera della norma (imponendosi, in questi casi, una questione di legittimità costituzionale²⁶³).

²⁶⁰ Come già avuto modo di evidenziare (*supra*, par. 1.5.5), per la costante giurisprudenza costituzionale deve ritenersi irragionevole (e dunque illegittima) una presunzione legale assoluta «*tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa*».

²⁶¹ Così, è stata qualificata in termini punitivi la confisca del veicolo prevista per i reati di guida in stato di ebbrezza o sotto gli effetti di sostanze stupefacenti e di rifiuto di sottoporsi ad accertamenti (artt. 186, comma 2, lett. c e comma 7; 187, commi 1 ed 8 Cod. Str.), in considerazione della possibilità di disporla anche in relazione al mezzo incidentato e della possibilità di utilizzare altri veicoli (non eliminando, così, il pericolo): Corte Cost., 26 maggio-4 giugno 2010, n. 196; in termini analoghi sulla qualificazione e sulla *ratio legis* repressivo-afflittiva, la coeva Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio-18 giugno 2010, n. 23428.

Nello stesso solco, si è espressa la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per alcune ipotesi di confisca di veicoli utilizzati per commettere reati, ma di proprietà di un soggetto diverso dall'autore del reato: Corte Edu, B.K.M. Lojistik Tasimacilik Ticared Limited Sirketi c. Slovenia, 17 gennaio 2017; Corte Edu, Andonoski c. ex Repubblica di Macedonia, 17 settembre 2015. C'è da rivelare come invece, in altri casi, la stessa Corte di Strasburgo - chiamata a pronunciarsi sulla violazione dell'art. 1 Prot. Add. 1 Cedu (diritto a non esser privato dei propri beni) - abbia ritenuto conformi alla Convenzione le ipotesi di confisca del veicolo in ragione della possibilità, secondo l'ordinamento interno, di rivalersi nei confronti dell'autore del trasporto illegalmente mediante l'esperimento di un'azione risarcitoria: ciò era idoneo a bilanciare l'interesse del privato a vedersi tutelata la proprietà e l'interesse pubblico alla repressione di comportamenti integranti condotte di evasione fiscale (di recente, Corte Edu, Service Benz Com S.R.L. c. Romania, 4 luglio 2017; Corte Edu, Sulejmani c. ex Repubblica di Macedonia, 28 aprile 2016).

²⁶² In questo senso, in relazione alla confisca dei beni strumentali alla realizzazione di reati finanziari, A. M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2013, 747 ss., in cui si sottolinea come «*la confisca per equivalente perde del tutto la sua originale funzione*», passando dal carattere di recupero del valore dei proventi a quello afflittivo. Coerente con questa prospettiva, d'altronde, appare il considerando n. 17 della direttiva 42/2014/UE, in cui la confisca per equivalente dei beni strumentali è ritenuta applicabile soltanto qualora si presenti proporzionale, con ciò richiamando più una sorta di esigenza di commisurazione della sanzione, che non una connessione con lo scopo preventivo (come già avuto modo di esporre nel par. 2.3.4).

²⁶³ Ci si può chiedere, ad esempio, se la prevista retroattività della confisca obbligatoria degli *instrumenta delicti* dei reati informatici (essendo l'art. 200 riferibile anche a tutto l'art. 240 c.p.) si ponga in contrasto con i principi costituzionali

2.6.4 La confisca urbanistica

La confisca urbanistica è stata al centro di importanti dibattiti giurisprudenziali “multi-livello” tra Corte Costituzionale, Corte Europea dei diritti dell’uomo e giudici ordinari.

Il provvedimento era considerato, fino al 2009, una sanzione amministrativa che, eccezionalmente applicata dal giudice penale, poteva prescindere da un giudizio di responsabilità, avendo come unico presupposto l’accertamento del dato oggettivo dell’avvenuta lottizzazione abusiva²⁶⁴. Ad intervenire in maniera dirimpente è stata la celebre sentenza della Corte Edu, 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. ed altri c. Italia. Con essa, i giudici di Strasburgo hanno attribuito alla confisca in esame “natura penale”. Negli anni successivi, in ossequio a tale pronuncia, anche a livello interno si sono sviluppate interpretazioni maggiormente garantiste (in particolare, subordinandone l’applicazione all’accertamento di un dato soggettivo). Ciò non ha concluso il dialogo tra le Corti, ancora oggi teso a rinvenire lo statuto minimo di tutela dell’individuo²⁶⁵: in ogni caso, in relazione alla natura

analizzati per le sanzioni punitive. Meno problemi, chiaramente, pongono le disposizioni speciali per le quali non vi sia un diretto richiamo al *tempus regit actum* (e che dunque sono passibili di interpretazione costituzionalmente orientata). In questi termini si è espressa la Corte Costituzionale, nella già richiamata sentenza n. 196/2010 relativa alla confisca del veicolo utilizzato per commettere reati degli articoli 186 e 187 Cod. Str.: essendoci un richiamo espresso alla disciplina dell’art. 240 c.p., non è stata ritenuta possibile una via interpretativa conforme ed è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale di tale rinvio normativo alla disciplina delle misure di sicurezza.

Ancora, va richiamata, nell’ambito settoriale della pesca, l’ipotesi di confisca, tra le altre cose, degli attrezzi, degli strumenti e degli apparecchi con i quali è stato commesso il reato: essa è qualificata dal legislatore espressamente in termini di “pena accessoria”: cfr. art. 9 d. lgs. 9 gennaio 2012, n. 4, come sostituito dall’art. 39, comma 1, lett. a), L. 28 luglio 2016, n. 154.

²⁶⁴ L’art. 30 del testo unico sull’edilizia citato tipizza due diverse forme di “lottizzazione abusiva”: la lottizzazione materiale, “quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite da leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione”; la lottizzazione negoziale o formale, “quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l’ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denunciino, in modo non equivoco, la destinazione a scopo edificatorio”.

²⁶⁵ In particolare, permanendo la qualificazione in termini di sanzione amministrativa, è continuata ad esserci incertezza in ordine alla necessità o meno di una condanna formale, nonché con riguardo al grado di coinvolgimento richiesto per incidere sui terzi acquirenti e sub-acquirenti dell’immobile abusivo. È così che sulla “confisca urbanistica” è intervenuta nuovamente la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, con la sentenza del 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, la quale ha ritenuto che l’art. 7 della Convenzione esiga, «*per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di comminare la pena al suo autore. In mancanza di ciò, la punizione non avrebbe senso. Sarebbe infatti incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, dall’altra, una punizione quando, come nel caso di specie, la persona interessata non è stata condannata*» (par. 71). Ritenendo inammissibili due ordinanze di rimessione basate proprio su un’interpretazione di tali affermazioni, la Corte Costituzionale, nella sentenza 14 gennaio-26 marzo 2015, n. 49 ha avuto modo di affermare, tra le altre cose, che la Corte Edu non ha, in maniera innovativa, affermato la necessità di una condanna formale ai fini dell’applicazione della confisca urbanistica. Invero, in linea di continuità con i precedenti europei e costituzionali del 2009, i giudici di Strasburgo hanno affermato la necessità di un accertamento di responsabilità dichiarato in sentenza. Tale accertamento può (anzi, deve) essere presente anche in una sentenza che dichiari l’estinzione del reato per prescrizione. Proprio tale accertamento è il presupposto che, caso per caso, va valutato per verificare la conformità della confisca rispetto alla Cedu. Tale valutazione è affidata, in ultima istanza, proprio alla Corte Europea.

Proprio in relazione a tali ultimi approdi, ampio dibattito si è sviluppato in dottrina: D. PULITANO, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 aprile 2015; V. MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo; il nodo della presunzione di innocenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 aprile 2015; V. ZAGREBELSKY,

giuridica, gli ultimi approdi sono giunti alla qualificazione in termini di sanzione amministrativa *sui generis* che afferisce al concetto convenzionale di “materia penale”²⁶⁶.

La qualificazione in termini punitivi (e convenzionalmente penali) è condivisibile.

Come evidenziato dalla Corte di Strasburgo nel *leading case* Sud Fondi, un rilievo decisivo va dato alla circostanza che oggetto della confisca non sono solo i “lavori abusivi”, ma anche tutti i “terreni lottizzati in modo abusivo”.

Lo scopo dell’ablazione, dunque, non può essere ripristinatorio, considerato che i terreni erano già di proprietà del destinatario della misura prima dell’illecito. Non si può neanche parlare di provvedimento squisitamente preventivo: al di là dell’indubbio effetto deterrente, infatti, la confisca non è sempre necessaria ad evitare l’illecito o il protrarsi delle conseguenze dell’illecito. Ciò può accadere in alcuni casi, ma non legittima una presunzione assoluta su cui si fonda un provvedimento obbligatorio.

Ecco allora che il vero scopo è quello di infliggere un male ad un soggetto reso responsabile di violazioni urbanistiche penalmente rilevanti. In questo senso, la misura ha natura punitiva e deve rispettare le garanzie individuali ad essa correlate.

Diversamente, di natura ripristinatoria può parlarsi in relazione all’altra sanzione prevista in materia urbanistica, rappresentata dall’ordine di demolizione, che è appunto volto ad eliminare un’opera abusiva²⁶⁷.

2.7 Corollari applicativi della natura ripristinatoria

Risulta così delimitato il campo d’azione della presente indagine, appunto circoscritto alle ipotesi di confisca dei proventi del reato, nel senso che si è avuto modo di chiarire.

Nell’ambito di tale recinto si può parlare di natura ripristinatoria e conseguentemente escludere la necessità costituzionale di tutte le rigide garanzie specifiche previste per l’individuo in ambito punitivo o, ancor di più, penale²⁶⁸. Non trattandosi di una pena né in senso interno, né in ottica europea

*Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione, in www.osservatorioaic.it, maggio 2015; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2015.*

²⁶⁶ Così la citata sentenza della Corte Costituzionale 14 gennaio-26 marzo 2015, n. 49.

²⁶⁷ Per un’analisi dell’istituto e delle problematiche ad esso inerenti, cfr. M. D’INNOCENZIO, *Le misure riparatorie e di ripristino*, in M. ANGELINI-M. L. CAMPIANI, *Tutela penale dell’ambiente e i reati in materia urbanistica*, Napoli, 2014, 262 ss.

²⁶⁸ Esse, come avuto modo di esporre, sono state pensate per le ipotesi di restrizione della libertà personale e per l’effetto stigmatizzante di una condanna penale; nei casi in cui non vi siano tali conseguenze, d’altronde, la Cedu tende a graduare le garanzie (cfr. *retro* 1.5 ed 1.6).

A ritenere che, nonostante si tratti di una misura di riequilibrio economico patrimoniale, sia opportuno estendere le garanzie penalistiche, in quanto (con riferimento all’art. 19 d. lgs. 231/01) «non è possibile negare che la confisca del profitto, pur non avendo carattere punitivo, persegue un’intrinseca finalità di prevenzione generale laddove impedisce all’ente di raggiungere il fondamentale scopo perseguito con il crimine», A. M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti cit.*, 694.

e neanche, più genericamente, di una punizione, a tutela dell'individuo sussiste lo statuto generico di tutela, che si è avuto modo di analizzare²⁶⁹.

Ciò non vuol dire, si badi bene, che il legislatore non possa comunque estendere i più rigidi e protettivi presidi della *matière pénale*. Anzi, una simile tecnica è spesso correlata alla trattazione di questioni extrapenali all'interno del processo penale²⁷⁰.

Tuttavia, una tale estensione non è imposta dalla Carta Fondamentale. Anche una disciplina che tuteli in maniera meno forte l'individuo può essere legittima, se rispettosa dei generali parametri di ragionevolezza e proporzionalità allo scopo ripristinatorio e se si pone in armonia anche con i più specifici limiti previsti per le singole situazioni giuridiche soggettive²⁷¹.

In particolare, soffermando l'attenzione sugli aspetti maggiormente funzionali alla posizione dei "terzi", è possibile ricostruire nei termini che seguono la cornice di legittimità costituzionale sia a livello sostanziale, che procedimentale²⁷².

2.7.1 Aspetti sostanziali

Un primo corollario della natura extra-punitiva della confisca in esame è la legittima possibilità per il legislatore di prevederne l'applicazione anche a prescindere dalla colpevolezza. Ciò può valere in due prospettive.

Da un lato, sono in astratto costituzionalmente legittimi eventuali meccanismi di solidarietà passiva²⁷³. Rientra nella discrezionalità legislativa, infatti, la possibilità di estendere la garanzia patrimoniale di un simile recupero coattivo. D'altronde ciò avviene abitualmente in ambito civile²⁷⁴ ed addirittura un meccanismo analogo vige per le pene pecuniarie, rispetto alle quali vi sono appositi soggetti civilmente obbligati²⁷⁵.

²⁶⁹ Cfr. *retro* 1.5.

²⁷⁰ Ciò accade, ad esempio, nella decisione sull'*an* della responsabilità aquiliana da reato, che può avvenire di regola in caso di condanna (art. 538 c.p.p.). Le ipotesi in cui il giudice penale può riconoscere il risarcimento del danno in sede di proscioglimento, infatti, sono eccezionali ed individuate dagli artt. 578 c.p.p. (per i casi di estinzione del reato per prescrizione o amnistia in sede di appello) ed art. 576 c.p.p. (per l'impugnazione ad i soli effetti civili contro la sentenza di proscioglimento).

²⁷¹ Cfr., ancora, par. 1.5.

²⁷² Non vi è il proposito, in questa sede, di analizzare in maniera approfondita l'applicabilità di principi che non attengono strettamente alla tematica della posizione dei terzi, come ad esempio l'importante tematica dell'applicazione temporale dell'istituto (irretroattività o *tempus regit actum*).

²⁷³ Il tema si attaglia ad i casi di confisca per equivalente: nel quadro legislativo vigente, la più volte citata sentenza delle Sezioni Unite n. 26654 del 2008 ha affermato il principio solidale, ferma restando l'impossibilità di eccedere il *quantum* del provento. Si registrano, però, anche orientamenti che sostengono la tesi *pro quota* (salvi i casi di particolari rapporti personali o economici, in relazione alla situazione concreta: Cass. pen., sez. VI, 11 luglio 2007, n. 34878) o comunque la possibilità di applicazione solidale solo laddove il soggetto che ha percepito il profitto non sia capiente (Cass. pen., sez. V, 3 ottobre 2008, n. 376933). Qualche recente sentenza, poi, differenzia il sequestro (che potrebbe anche riguardare l'intera entità per un solo concorrente) dalla confisca (che deve evitare l'eccedenza: Cass. pen., Sez. II, 20 gennaio 2015, n. 2488).

²⁷⁴ La solidarietà delle obbligazioni, infatti, è il principio applicabile in assenza di previsioni contrarie (art. 1294 cc.; affinché si applichi tale meccanismo, si ritiene che occorrono tre requisiti: pluralità di soggetti, unicità della prestazione, unicità della fonte dell'obbligazione; cfr. Cass. pen., Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9148). In tema di illecito, poi, la solidarietà tra i responsabili è ribadita dall'art. 2055 c.c.

²⁷⁵ Il riferimento è agli articoli 196 e 197 c.p., i quali estendono la responsabilità per le pene pecuniarie - sebbene soltanto in via sussidiaria alla solvibilità del condannato - a soggetti sotto la cui autorità, direzione o vigilanza si trovavano gli

In ragione dei citati limiti a tutela dell'individuo, però, occorre che alla base della solidarietà sussista un collegamento del soggetto inciso con il provento: in questo senso, ben potrebbero essere chiamati a risponderne anche il correo che non si sia direttamente avvantaggiato o l'ente che, pur non responsabile *ex d. lgs. 231/2001*, abbia una certa connessione con l'azione criminosa.

Tuttavia, per non eccedere dallo scopo recuperatorio della misura, l'applicazione solidale non può mai significare una duplicazione del *quantum* e, nei rapporti interni, deve essere previsto il regresso nei confronti del soggetto che abbia effettivamente conseguito il vantaggio illecito.

Per analoghe ragioni di coerenza allo scopo di recupero dell'indebito arricchimento, poi, occorre che prioritariamente la confisca sia diretta a chi effettivamente abbia conseguito il vantaggio privo di causa lecita.

Questo, passando al secondo aspetto della non necessità della colpevolezza, vale anche nei confronti di soggetti "terzi", ossia non autori del reato.

In questi casi, però, oltre ai richiamati presidi di tutela giuridica soggettiva, un freno al legislatore deriva dal generale principio che regola la circolazione di beni e diritti, rappresentato dalla tutela della buona fede. In altre parole, anche qualora un soggetto si sia avvantaggiato dalla commissione di un reato, non è possibile disporre la confisca nei suoi confronti se egli abbia diligentemente fatto affidamento sulla liceità del suo acquisto²⁷⁶.

2.7.2 Aspetti procedurali

Sul piano processuale, il principale corollario della natura extrapenale è rappresentato dalla non necessità di una definitiva condanna penale²⁷⁷.

Analogamente, non è necessitato il principio di presunzione di innocenza: la commissione del reato e, per quanto qui maggiormente interessa, la percezione e l'ammontare del provento non devono sottostare alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Anzi, nel rispetto dei generali limiti legati al diritto di difesa ed al giusto processo, è ben possibile anche prevedere presunzioni²⁷⁸.

In questa ottica vanno lette, ad esempio, le semplificazioni processuali presenti nella confisca prevista nel codice antimafia e nella confisca c.d. allargata.

Riguardo alla prima, è evidente la minore pregnanza del quadro indiziario necessario all'applicazione dell'istituto, rispetto a quella che occorre per una condanna penale.

In entrambe, poi, il *quantum* può essere individuato in base allo squilibrio beni/redditi leciti. La legittimità di un tale meccanismo deriva dal fatto che la presenza di un simile dato economico-

autori del reato o agli enti di cui il reo era amministratore, rappresentante o dipendente (sempre che ovviamente vi sia un nesso tra reato e tali legami).

²⁷⁶ Cfr., *retro*, 1.5.4.

²⁷⁷ In questo senso la direttiva UE 42 del 2014, al secondo comma dell'art. 4, prevede espressamente la possibilità di procedere all'ablazione in assenza di condanna (indicando quali ipotesi, non esaustive, quelle di impossibilità per fuga o malattia dell'indagato/imputato). Per un'analisi maggiormente approfondita, cfr. A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti dei proventi da reato nell'Unione Europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 settembre 2014.

²⁷⁸ Si veda, *retro*, par. 1.5.5.

finanziario rende decisamente probabile l'assenza di una causa meritevole di tutela per l'arricchimento del soggetto inciso, nonché dalla concreta possibilità di prova contraria²⁷⁹. Il destinatario può sempre difendersi, peraltro aiutato dalla "vicinanza alla prova" (il cui onere comporta la ricostruzione dei propri introiti patrimoniali, senza necessariamente ricorrere ad «*i rigorosi canoni probatori del giudizio petitorio, con il rischio di assurgere al rango di probatio diabolica, potendo [...] anche affidarsi a mere allegazioni, ossia a riscontrabili prospettazioni di fatti e situazioni che rendano, ragionevolmente, ipotizzabile la legittima provenienza dei beni in contestazione*»²⁸⁰).

2.7.3 Riepilogo e conclusioni intermedie

In base a quanto finora esposto, dunque, appare maturo il momento dell'analisi della disciplina più specificamente relativa alla posizione dei soggetti "terzi" rispetto alla confisca dei proventi criminosi.

Si è infatti completato il discorso sulla natura di tale istituto e sulla stessa nozione di proventi.

Conseguentemente, è stato possibile perimetrarne l'ambito applicativo, evidenziando le differenze rispetto ad altri istituti ablatori presenti nell'ordinamento, più o meno affini a quello oggetto di trattazione.

Inoltre, si è potuta delineare la cornice di legittimità costituzionale e sovranazionale entro la quale il legislatore può muoversi ed alla quale l'interprete deve ispirarsi nel caso di più letture possibili della lettera della norma. Occorre ribadire che si tratta di limiti minimi di tutela e non di conclusioni interpretative sulla disciplina in vigore.

Nulla esclude, infatti, un approccio meno invasivo di quanto legittimamente possibile²⁸¹. Rispettando i vincoli ordinamentali, ha natura politica la ricerca del migliore punto di equilibrio tra i diversi interessi, pubblici e privati, che vengono in rilievo nel momento in cui lo Stato si attiva per recuperare gli arricchimenti ingiustificati. Ciò dipende, chiaramente, dall'importanza data a quest'ultima finalità equitativa, rispetto ai valori espressi dagli interessi dei terzi, anche alla luce della realtà storico-criminologica²⁸². Esula dagli scopi del presente elaborato valutarne l'opportunità.

²⁷⁹ Cfr. Corte Costituzionale, 29 gennaio 1996, n. 18, che ha ritenuto ragionevole la presunzione in quanto «*la scelta legislativa trova ben radicata base nella nota capacità dei delitti individuati dal legislatore, ad essere perpetrati in forma quasi professionale e a porsi quali fonti di illecita ricchezza*». Analogamente, la Corte Europea ha ritenuto che la lotta al crimine ben può limitare il diritto di proprietà, rimanendo nella discrezionalità del legislatore il bilanciamento tra le diverse esigenze, con l'unico limite - non travalicato - della ragionevolezza e proporzione (Corte Edu, 10 aprile 2003, *Yldirim c. Italia*). Su tali questioni cfr. R. CANTONE, *La confisca per sproporzione* e V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: i lineamenti generali*, AA. VV., *La legislazione penale cit.*, 121 s. e 313 ss.; V. POMPEO, *La confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà*, Milano, 2013, 16 ss.

Nell'ambito della confisca allargata, potrebbe porsi, semmai, il problema della perimetrazione cronologica, in relazione all'esercizio del diritto di difesa. Non essendoci - come nella fattispecie del codice antimafia - un periodo accertato di "pericolosità", infatti, diventa difficile comprendere quali acquisti possono essere ritenuti senza dubbio esclusi dalla presunzione

²⁸⁰ Ha ricostruito l'*onus probandi* in questi termini, pur partendo da premesse diverse, Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 4880.

²⁸¹ Se il giudizio sulla apprensione o meno di proventi illeciti è inserito nel procedimento penale, ben può seguirne le regole (e dunque gli standard probatori e di giudizio), analogamente a quanto visto per l'*an* della responsabilità civile (cfr. nota n. 151).

²⁸² A livello micro-economico, ogni ipotesi che incida, direttamente o indirettamente, sul patrimonio di un soggetto che non sia coinvolto in attività illecite comporta che anche egli, oltre a chi sia responsabile o comunque pericoloso, partecipi

L'obiettivo del presente lavoro, invece, è quello di analizzare il dato normativo vigente, per comprendere - *de lege lata* - quale sia l'assetto che il legislatore ha ritenuto di approntare, nell'ambito di quanto legittimamente possibile, nonché di denunciarne eventuali profili di criticità rispetto alla Costituzione ed alle fonti sovranazionali.

Il discorso sarà affrontato separatamente in base all'interesse giuridico che contraddistingue la posizione dei terzi rispetto alla confisca: in prima battuta sarà esaminata la situazione di chi intende mantenere le prerogative sul o sui beni oggetto di vincolo o espropriazione; in un secondo momento, si presterà attenzione ai creditori, nell'ottica dei quali sequestro e confisca rappresentano una riduzione della garanzia patrimoniale del proprio debitore; infine, il *focus* andrà alle situazioni in cui l'intervento dello Stato - incidendo negativamente su un'attività d'impresa - comporta effetti negativi anche nei confronti di tutta una serie di soggetti che orbitano attorno a tale attività.

al c.d. rischio-reato. In altre parole, se risulta accettabile (ed anzi auspicabile) una redistribuzione di una parte del patrimonio del reo a favore della collettività, ciò non sempre può valere con riferimento a soggetti diversi. A maggior ragione, ciò vale nelle ipotesi in cui all'intervento dello Stato non corrisponda un'effettiva redistribuzione sociale, ma al contrario una perdita secca delle risorse economiche in esame (come nelle ipotesi in cui l'impresa non venga proseguita) ovvero ripercussioni negative a livello macroeconomico (si pensi alla tematica dell'affidamento bancario). In questo senso, cfr. T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova, 2011, 136.

CAPITOLO 3

I terzi interessati alla cosa oggetto di sequestro o confisca

SOMMARIO: **3.1** *Le situazioni giuridiche soggettive di riferimento* - **3.1.1** *I titolari di diritto di proprietà* - **3.1.2** *I soggetti titolati al godimento del bene* - **3.1.3** *I soggetti titolari di un'aspettativa all'acquisto ed i beneficiari di un vincolo di destinazione* - **3.1.4** *Titolari apparenti e situazioni di fatto* - **3.1.5** *Riepilogo schematico* - **3.2** *La tutela sostanziale rispetto alla confisca diretta* - **3.2.1** *La nozione di "appartenenza": le situazioni di diritto* - **3.2.2** *segue: le situazioni di fatto* - **3.2.3** *segue: invalidità e titolarità apparente* - **3.2.4** *La nozione di "persona estranea al reato"* - **3.2.5** *segue: l'ipotesi dell'erede* - **3.3** *La tutela sostanziale rispetto alla confisca per equivalente* - **3.4** *La tutela generale nel procedimento penale* - **3.4.1** *I poteri di indagine nei confronti dei terzi* - **3.4.2** *Gli strumenti di difesa in fase di sequestro* - **3.4.3** *Gli strumenti di difesa rispetto ad una sentenza non definitiva* - **3.4.4** *Gli strumenti di difesa dopo il passaggio in giudicato della sentenza che dispone la confisca* - **3.4.5** *La ripartizione dell'onere della prova* - **3.5** *La tutela rispetto alla confisca "allargata" ed alle confische per reati ex art. 51, comma 3 bis c.p.p. e 603 bis c.p.* - **3.6** *La tutela rispetto alla confisca c.d. di prevenzione* - **3.6.1** *I requisiti oggettivi per sequestro e confisca* - **3.6.2** *Proprietari* - **3.6.3** *Comproprietari* - **3.6.4** *Diritti reali o personali di godimento* - **3.6.5** *Sorte dei contratti. Vincoli di destinazione ed aspettative di acquisto* - **3.6.6** *Azioni giudiziarie pendenti* - **3.6.7** *Aspetti di tutela procedimentale e disciplina intertemporale* - **3.7** *Brevi riflessioni di fine capitolo.*

3.1 Le situazioni giuridiche soggettive di riferimento

Soprattutto nel mondo degli affari, caratterizzato da continui scambi e fitte reti contrattuali, è frequente che il congelamento o la sottrazione del provento del reato o del suo equivalente valore leda anche un legittimo interesse di soggetti diversi dal destinatario della misura. In particolare, in questa sede rilevano i portatori di interessi riferiti alla cosa in sé e non anche correlati alla funzione di garanzia patrimoniale o di strumentalità all'esercizio dell'attività economica del destinatario assolta dal medesimo bene²⁸³.

Ai fini della riflessione sui rapporti tra i soggetti in esame ed i richiamati provvedimenti autoritativi reali, appare allora utile innanzitutto fornire un quadro essenziale delle situazioni giuridiche soggettive che possono venire in rilievo. Esse possono essere suddivise, secondo una schematica semplificazione funzionale alla presente disamina, nelle seguenti macro-categorie:

- a) proprietà;
- b) diritti al godimento del bene;

²⁸³ Le posizioni dei soggetti interessati ai beni in relazione alla funzione di garanzia patrimoniale specifica formeranno oggetto del quarto capitolo, in cui si analizzerà la situazione di tutti coloro i quali hanno interesse all'integrità del patrimonio del soggetto inciso da sequestro o confisca. Nel quinto capitolo, invece, l'attenzione sarà posta su coloro che sono interessati alla continuità dell'attività d'impresa ed in tale categoria rientreranno dunque coloro che guardano in questi termini al sequestro o confisca di azienda, di quote sociali o di qualche strumento strategico nell'attività produttiva dell'imputato/colpevole/soggetto pericoloso.

c) aspettative di diritto ad ottenere l'acquisto del bene e vincoli di destinazione;

d) titolari apparenti (simulazione) e situazioni di fatto.

Tali situazioni, invero, sono riferibili - seppur in maniera non del tutto propria - anche ad ipotesi peculiari in cui l'oggetto non è rappresentato da una "cosa" o da un "bene". Si tratta, ad esempio, della titolarità di crediti, la cui disciplina civilistica però ammette - come per le *res* - la possibilità di cessione, di costituzione di usufrutto, ecc. Analogamente, ciò avviene per situazioni complesse come la qualifica di socio: essa non implica un vero e proprio diritto dominicale sulla quota/azione, ma uno *status* all'interno dell'ente; nonostante ciò, la disciplina societaria prevede la possibilità che la quota societaria sia oggetto di istituti pensati in ottica reale.

Inoltre, profili di particolarità ha anche l'ipotesi dell'azienda: vi sono regole particolari in relazione a contratti, debiti e crediti legati al complesso produttivo e si discute se essa possa essere intesa come unico bene o come mera sommatoria di beni. Tuttavia, ciò che qui interessa è che essa possa costituire oggetto delle situazioni giuridiche soggettive in esame (proprietà, usufrutto, affitto, ecc.)²⁸⁴ e che possa essere oggetto di confisca²⁸⁵.

In questa sede, allora, avendo inteso la nozione di provento estendibile anche a casi connotati da queste specificità²⁸⁶, il riferimento alle cose si intenderà comprensivo anche di queste situazioni, pur nella consapevolezza della descritta differenza ontologica.

3.1.1 I titolari di diritto di proprietà

Un ruolo di primo piano è rivestito dai proprietari, i quali hanno il «*diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo*» (art. 832 c.c.), seppur nei «*limiti dell'ordinamento*» che nell'attuale sistema costituzionale sono rappresentati innanzitutto dalla *funzione sociale*²⁸⁷.

²⁸⁴ In maniera analoga, nel decidere sulla possibilità o meno di usucapire l'azienda, Cass. pen., Sez. Un., 28 gennaio-5 marzo 2014, n. 5087, in cui la Suprema Corte non ha preso posizione sulla natura giuridica dell'azienda ma ha concluso in senso affermativo in base al principale argomento per cui l'azienda può essere oggetto di proprietà (art. 2556, comma 1 c.c.) ed usufrutto (art. 2561 c.c.) e dunque è possibile esercitare nei suoi confronti analoghi poteri di fatto ex art. 1140 c.c.

Il problema che rimane aperto, tuttavia, è quello inerente allo statuto specifico da applicare nelle ipotesi in cui l'ordinamento preveda regole diverse per beni mobili, mobili registrati ed immobili.

²⁸⁵ Depone in questo senso, come già avuto modo di rilevare nel paragrafo 2.4.2, anche il tenore degli artt. 104 e 104 *bis* disp. att. c.p.p., i quali, tra le "cose" oggetto di sequestro preventivo includono i crediti, le azioni e quote sociali, l'azienda (che pure nell'art. 104 viene indicata in ottica non unitaria come "beni aziendali organizzati per l'esercizio dell'impresa", ma comunque disciplinata come un *unicum*) e gli strumenti finanziari dematerializzati. Analogamente, nel codice antimafia, nella relazione dell'amministratore giudiziario si prevede una disciplina per la vendita dei titoli e delle partecipazioni societarie e per il recupero dei crediti confiscati (art. 48, comma 1, lett. b e c); l'obbligo di indicare in una sezione specifica "i beni organizzati in azienda" (art. 36, comma 1, lett. d) e viene prevista una speciale disciplina per la gestione delle aziende sequestrate (art. 41) e confiscate (art. 48, comma 8).

²⁸⁶ Cfr. *retro* par. 2.4.2.

²⁸⁷ Si è avuto modo di analizzare l'ampiezza della tutela riconosciuta da Costituzione, Cedu e Carta di Nizza nel par. 1.5.3.

Per comprendere e leggere il riferimento dell'art. 832 c.c. ai limiti ordinamentali, inoltre, va ricordato che «*più di ogni istituto, la proprietà riflette, nelle sue strutture e nelle sue articolazioni, l'ambiente e il momento storico in cui si colloca una data disciplina*» (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, 147, come citato in M. NUZZO, *Proprietà e impresa nella Costituzione*, in F. SANTORO-PASSERELLI (a cura di), *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976, 25). Dalla sua affermazione senza limiti, espressione dello Stato liberale, si è passati alla concezione fascista contenuta nell'attuale art. 832 c.c., con limiti che in quel momento storico riguardavano

La pienezza e l'esclusività dei diritti di godimento e disposizione del bene, peraltro, possono in alcuni casi subire limitazioni, dando così vita ad ipotesi di proprietà non perfettamente coincidenti al modello "ordinario"²⁸⁸.

A. In primo luogo, occorre fare riferimento ai casi di contitolarità del bene, che può presentarsi in diverse forme.

La comunione ordinaria, c.d. *pro indiviso*, di stampo romanistico è disciplinata dagli artt. 1100 ss. c.c. e prevede un sistema di quote ideali e, secondo l'opinione prevalente, si presenta (non come unica situazione giuridica soggettiva, bensì) come un fascio di plurimi diritti di proprietà dei distinti soggetti titolari sull'intero bene. Un simile istituto non riceve il *favor* del legislatore, come si evince dalla disciplina dello scioglimento, che normalmente può essere deciso anche su richiesta di un solo comunista o in caso di esecuzione forzata su un bene comune²⁸⁹. L'utilizzo, di regola, è promiscuo (art. 1102 c.c.), seppur si possa invero suddividere il godimento in senso spaziale o, per l'opinione più accreditata, temporale. In quest'ultima ipotesi si parla di multiproprietà, istituto di dubbia collocazione ma che nella presente trattazione verrà poco in rilievo, considerato che è utilizzato prevalentemente per fini turistici e non imprenditoriali²⁹⁰. Invero, l'intero istituto della comunione si pone in attrito con l'esercizio di un'attività produttiva: come attenta dottrina ha avuto modo di evidenziare, infatti, la lettura in ottica sistematica dell'art. 2248 c.c. deve condurre a ritenere che il legislatore abbia voluto destinare l'apparato normativo degli artt. 1100 ss. alle attività di mero godimento²⁹¹.

la produzione nazionale. L'entrata in vigore della Costituzione ha comportato la prevalenza dello spirito solidaristico e tali limiti divengono riferibili alla "funzione sociale" (art. 42 Cost.), ossia ad un «*interesse diffuso della collettività dei cittadini, non all'interesse puntualizzato dell'organizzazione statutale della società*» (così F. SANTORO-PASSERELLI, *Presentazione*, in F. SANTORO-PASSERELLI (a cura di), *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976, XII; si vedano, inoltre, i riferimenti bibliografici contenuti nella nota n. 79 del par. 1.5.3). Peraltro un'idea di diritto fondamentale ed assoluto è assunto dall'istituto in esame nell'art. 1 del Primo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. E' proprio la giurisprudenza di Strasburgo, infatti, ad imporre allo Stato italiano le più importanti tutele in tale ambito (si pensi, tra le altre, alle vicende legate al giusto indennizzo per l'espropriazione di pubblica utilità: Corte Edu, 23 marzo 2006, Scordino, la quale è stato presupposto della nota sentenza "gemella" della Corte Costituzionale, 22 ottobre 2007, n. 348; l'art. del primo Prot. add. costituisce anche la base giuridica per la nota sentenza della Corte Edu, 20 gennaio 2009, Sud fondi s.r.l. relativa alla confisca urbanistica).

²⁸⁸ Sempre più spesso, in dottrina, si usa parlare delle proprietà, al plurale, anziché di un'unica nozione di proprietà. Cfr., tra gli altri, M. NUZZO, *Proprietà e impresa cit.*, 25.

²⁸⁹ E' noto il brocardo latino "*communio est mater discordiarum*". Lo scioglimento della comunione su richiesta di un solo comunista è impedita solamente nelle ipotesi di cose indivisibili per natura o di patto di indivisibilità, comunque di durata massima di dieci anni (artt. 1111 e 1112 c.c.). Sul tema della comunione, cfr. A. GIUSTI, *La comunione*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO, *Diritto civile*, vol. II, tomo II, *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, 258 ss.

²⁹⁰ Invero, potrebbe venire in rilievo l'ipotesi di multiproprietà azionaria, in cui il complesso immobiliare è intestato ad una società per azioni il cui capitale sociale è rappresentato, oltre che da azioni ordinarie, da azioni privilegiate in cui viene incorporato il diritto di godimento di un'unità immobiliare per un determinato periodo dell'anno. Su tale istituto e le ipotesi ricostruttive alternative a quelle di comproprietà con godimento turnario (ossia diritto reale atipico o nuova forma di proprietà): N. PARODI, *Multiproprietà* in A. GAMBARO-U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, 449 ss.; A. GIUSTI, *La multiproprietà*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO, *Diritto civile*, vol. II, tomo II, *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, 311 ss.

²⁹¹ Per un'approfondita disamina: A. CETRA, *Impresa, sistema e soggetti*, Torino, 2008, 1 ss.

Diversamente, per la principale ipotesi di comunione, c.d. germanica, senza quote²⁹², è espressamente prevista la possibilità di includervi il bene produttivo strumentale per eccellenza, ossia l'azienda. È il caso della comunione legale tra coniugi²⁹³, la quale ha molto impegnato la giurisprudenza civile anche con riguardo al profilo della modalità di espropriazione dei beni (se ognuno per metà o, come sembra essersi orientata la Suprema Corte, aggredendo beni per l'intero, fino al raggiungimento della metà del patrimonio comune²⁹⁴).

Meno problematica, invece, è la comunione impropria, c.d. *pro diviso*: in questi casi vi sono più diritti su altrettanti beni, distinti ma connessi (l'ipotesi classica è quella di un fondo diviso tra più soggetti).

B. Inoltre, possono esserci limiti al godimento del bene che derivano dal fatto che su di esso insistano diritti di altri soggetti: diritti reali di godimento e diritti personali di godimento.

In queste ipotesi il proprietario è tenuto, per la durata prevista, a lasciar godere il bene ai titolari di tali situazioni, nonché - in alcuni casi - egli subisce le iniziative dispositive nate dal diritto minore (come quella dell'usufruttario di concedere in locazione il bene oppure, nel caso di azioni, di esprimere il voto in assemblea). In ogni caso egli continua ad esser tutelato rispetto alle lesioni alle sue prerogative²⁹⁵, anche future (si pensi al dovere per l'usufruttario di non cambiare la destinazione economica del bene) e mantiene la piena disponibilità giuridica: ad esempio, può sicuramente alienare la cosa, tenendo però conto che quest'ultima rimarrà gravata dei diritti reali insistenti su essa, nonché, ad alcune condizioni, anche di diritti personali²⁹⁶.

C. Ancora, è possibile che la proprietà, in ragione di un vincolo reale o obbligatorio, certo o potenziale, sia destinata ad essere trasferita ad un altro soggetto e/o ad essere asservita ad uno scopo preciso. Il tema, pur essendo da tempo oggetto di studi ed approfondimenti²⁹⁷, è ancora attuale e di assoluta rilevanza nell'ottica dell'indagine che in questa sede si porta avanti.

²⁹² La comunione tra coniugi è qualificata in questi termini dalla prevalente giurisprudenza (tra cui Cass. civ., Sez. III, 14 marzo 2013, n. 6575). In senso contrario si esprime parte della dottrina, che ritiene che l'indisponibilità della quota discenda non dalla mancata titolarità di essa ma dalla mancanza di legittimazione del singolo coniuge a sciogliere la comunione rispetto ai singoli beni. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 2.1, *La famiglia*, Milano, 2014, 86 s.

²⁹³ Un'altra ipotesi riconducibile alla comunione senza quote è quella degli usi civici, che però esula dagli interessi di questa trattazione.

²⁹⁴ In questo senso Cass. civ., 14 marzo 2013, n. 6575; sul tema, cfr. A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2014, 450 ss.

²⁹⁵ Per un'analisi, soprattutto con riferimento all'usufrutto, G. MUSOLINO, *La nuda proprietà*, in *Rivista del Notariato*, 2016, 641 ss. e G. MUSOLINO, *I negozi di disposizione dell'usufruttario fra efficacia ultrattiva e tutela della proprietà*, in *Rivista del Notariato*, 2004, 1395 ss.

²⁹⁶ Il conduttore di una locazione, infatti, può opporre al terzo acquirente il suo diritto se ha data certa anteriore all'alienazione della cosa e comunque fermi restando le regole di opponibilità nella circolazione dei beni (acquisto in buona fede di bene mobile non registrato, trascrizioni; art. 1599 c.c.). Rimane ferma, qualora tali condizioni non ricorrano, la responsabilità dell'alienante per l'eventuale pregiudizio creato a chi aveva prerogative personali non opponibili all'acquirente (art. 1601 c.c.). Una disciplina analoga è prevista, nell'ambito dell'espropriazione forzata, dall'art. 2923 c.c., il quale però pone limiti maggiori all'opponibilità delle locazioni ultranovennali (per le quali è necessaria l'avvenuta trascrizione). Cfr. A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata cit.*, 685 ss.

Le norme richiamate sono ritenute di carattere eccezionale e pertanto non estendibili all'ipotesi di comodato (in questo senso, da ultimo, Cass. civ., 17 settembre 2015-18 gennaio 2016, n. 664).

²⁹⁷ Per un'accurata ricostruzione del dibattito dottrinale in materia, a partire dai primi anni del Novecento, fino alla codificazione dell'art. 2645 *ter* c.c.: S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, 37 ss.

Può, in primo luogo, accadere che vi sia un termine al verificarsi del quale il proprietario perderà il proprio diritto in favore di altri (c.d. proprietà temporanea²⁹⁸) oppure che tale trasferimento sia automaticamente connesso ad un evento futuro ed incerto (negozi condizionati) o, ancora che, nel momento in cui si decide il trasferimento, un soggetto possa esercitare un riscatto opponibile anche all'acquirente (prelazione legale o contenuta in atto costitutivo di società di capitali²⁹⁹).

Una situazione meno pregnante vi è quando non vi sia un effetto reale automatico, ma un obbligo per il proprietario attuale di trasferire il suo diritto di proprietà: è questo il caso del diritto potestativo di opzione (o, per quanto riguarda la preferenza, della prelazione convenzionale), del promissario alienante di un preliminare di vendita, del mandatario senza rappresentanza ad acquistare immobili³⁰⁰ e del fiduciario in senso "romanistico".

Quest'ultima ipotesi apre il discorso, ben più ampio, dell'istituto della fiducia, vale a dire della funzionalizzazione della proprietà di un soggetto (fiduciario) ad uno scopo impresso dall'originario titolare dante causa (fiduciante), a cui il bene va ritrasferito una volta concluso il compito previsto. Se crea relativamente pochi problemi la fiducia "romanistica" che, come accennato, imprime vincoli di natura meramente obbligatoria *inter partes*, si ritengono eccezionali nel nostro ordinamento le ipotesi di fiducia "germanica", tale da vincolare in maniera reale il bene allo scopo. Una tale proprietà fiduciaria, visto l'impatto con numerosi fondamentali principi dell'ordinamento³⁰¹, deve essere esplicitamente contemplata dalla legge: ciò accade per le società fiduciarie, per le società di gestione dei fondi comuni di investimento immobiliare e, in base ad un'autorevole opinione, per la fondazione fiduciaria³⁰². La tesi prevalente, inoltre, ritiene ammissibile questo particolare vincolo anche

²⁹⁸ Si discute, in dottrina, se la perpetuità sia un elemento essenziale della proprietà, in quanto collegato alla sua pienezza *ex art. 832 c.c.*, ovvero un carattere meramente "normale". In base all'angolo visuale assunto, si leggono le fattispecie di proprietà temporanea presente nel codice (quelle su cui c'è maggiore condivisione sono proprietà superficiaria a termine e legato a termine) quali ipotesi eccezionali ovvero espressive di un principio adoperabile anche in altri casi (ammettendo ad esempio la discussa ipotesi di vendita con termine finale). Per un'attenta disamina, cfr. A. SCACCHI, *La proprietà temporanea*, Milano, 2005.

²⁹⁹ Si ritiene abbia efficacia reale l'esercizio del diritto di prelazione laddove la legge lo preveda espressamente: ipotesi di retratto successorio (art. 732 c.c.), di prelazione nell'impresa familiare (art. 230 *bis*, comma 5 c.c.), di prelazione agraria (art. 8 l. 26 maggio 1965, n. 590) o relativa ad immobili urbani (art. 38 l. 27 luglio 1978, n. 392). Anche all'ipotesi di prelazione (convenzionale) contenuta nell'atto costitutivo di società di capitali (artt. 2354 e 2355 *bis* c.c.) si assegna efficacia reale, in virtù del principio generale dell'opponibilità ai terzi del contenuto dell'atto costitutivo rispetto al quale sono adempiuti gli obblighi pubblicitari.

³⁰⁰ Il riferimento è ai soli immobili in considerazione del diverso tenore dei due commi dell'art. 1706 c.c. Nel primo comma, si prevede per i beni mobili la possibilità del mandante di rivendicarne la proprietà (facendo presumere un passaggio automatico); nel secondo comma, invece, per gli immobili è sancito un mero obbligo. Per un approfondimento del tema, R. CALVO, *La proprietà del mandatario*, in R. CALVO-A. CIATTI (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, San Mauro Torinese, 2014, 71 ss.

³⁰¹ Tra tutti, a venire maggiormente in rilievo sono il principio di tipicità dei diritti reali, immanente al sistema, e la responsabilità patrimoniale sancita dall'art. 2740 c.c. Cfr. R. CALVO, *Libertà di disporre e tipicità dei diritti reali*, in R. CALVO-A. CIATTI (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, San Mauro Torinese, 2014, 10 s.

³⁰² Su queste ipotesi, cfr. F. GALGANO, *La fiducia*, in F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010, 465 ss. In base alla più recente dottrina, si deve invece escludere che abbia oggi natura fiduciaria l'istituto della sostituzione fedecommissaria: così, A. SCACCHI, *La proprietà temporanea cit.*, 32.

mediante l'istituzione di un *trust*, sebbene l'insidiosità di un simile strumento suggerisca la predisposizione di attenti presidi³⁰³.

Oltre alla fiducia, poi, l'ordinamento prevede altre tassative forme di separazione/segregazione patrimoniale e/o di destinazione di uno o più beni ad una finalità: dalle tradizionali ipotesi sviluppate in ambito familiare e successorio (fondo patrimoniale, separazione dei beni del defunto, accettazione con beneficio d'inventario), si è passati a quelle riferibili al mondo economico (cessione dei beni ai creditori, patrimoni destinati ad uno specifico affare, cartolarizzazione, fondo comune nel contratto di rete tra imprese)³⁰⁴.

Proprio per gli atti di destinazione, peraltro, nel 2005 è stata prevista la trascrivibilità con una norma - l'art. 2645 *ter* c.c. - che ancora desta discussioni sulla sua natura. Ci si chiede se sia una norma sugli atti (quale "negozio destinatorio" generale) o sugli effetti (ossia riferibile esclusivamente alle ipotesi tassative già codificate)³⁰⁵.

Oltre a tutti gli esposti limiti al diritto di proprietà, vanno segnalate anche forme particolari del *dominium*, non perché quantitativamente ridotte, ma perché peculiarmente diverse e non propriamente riconducibili all'istituto dell'art. 832 c.c. È il caso delle proprietà industriale ed intellettuale, aventi ad oggetto rispettivamente idee creative nel campo della tecnica ed opere dell'ingegno in campo culturale³⁰⁶.

3.1.2 I soggetti titolati al godimento del bene

Quando il diritto del proprietario viene limitato dall'insistenza sul bene di un diritto reale di godimento ovvero dall'esistenza di un obbligo per lo stesso *dominus* di far godere la cosa ad un altro soggetto, a venire in rilievo è anche la posizione dei titolari di tali situazioni giuridiche.

Nella prima ipotesi - a cui si estende la tutela costituzionale dell'art. 42 Cost.³⁰⁷ - ricadono i diritti di usufrutto, enfiteusi, superficie, servitù, uso o abitazione. Questi ultimi due, però, differiscono ontologicamente dall'area di indagine, rappresentata dall'attività d'impresa. L'enfiteusi, poi, è un istituto in disuso. Maggiore attenzione, dunque, va posta al diritto di superficie (rilevante nell'ambito delle costruzioni) e, soprattutto, all'usufrutto, istituto che più di tutti si è dimostrato duttile ed applicabile a contesti ben diversi da quelli originari (si pensi all'usufrutto di azioni/quote sociali, di azienda o anche riferito allo sfruttamento della proprietà industriale)³⁰⁸.

³⁰³ Dopo diverse pronunce di merito, anche la Corte di Cassazione (sent. 9 maggio 2014, n. 10105) ha sostanzialmente ammesso la possibilità di istituire *trust* di carattere puramente interni nel nostro ordinamento, chiarendo però che occorre indagarne la causa concreta e, laddove finisca per violare/eludere principi di ordine pubblico, ritenerlo giuridicamente inesistente. Per un commento a tale pronuncia, riferita al c.d. *trust* liquidatorio, M. PALAZZO, *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, in www.notariato.it, 3 marzo 2016. Contrario all'ammissibilità del *trust* interno, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 990 ss.

³⁰⁴ Per una panoramica, cfr. F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, 156 ss.; R. CALVO-A. CIATTI (a cura di), *I contratti di destinazione cit.*

³⁰⁵ Per un'analisi dell'istituto, S. MEUCCI, *La destinazione cit.*, 147 ss.;

³⁰⁶ Cfr. G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, San Mauro Torinese, 2015, 73 ss. ed 85 ss.

³⁰⁷ Cfr. *retro* par. 1.5.3.

³⁰⁸ Cfr. G. MUSOLINO, *Usufrutto e proprietà*, in *Rivista del Notariato*, 2011, 1321 ss.

L'usufruttario ha un diritto - che in quanto di natura reale, è immediato ed opponibile *erga omnes* - a godere del bene e dei suoi frutti, pur dovendone rispettare la destinazione economica. Egli ha anche una, seppur limitata, facoltà di negozi dispositivi, come quelli di locazione (art. 999 c.c.), comodato ed ipoteca (art. 2814, comma 1 c.c.). Tali rapporti - se in linea generale sono destinati a cessare alla scadenza dell'usufrutto - possono ad alcune condizioni proseguire ed essere opponibili al proprietario³⁰⁹.

Per quanto riguarda, poi, l'usufrutto di azioni o di partecipazioni sociali in s.r.l., va rilevato come l'usufruttario non si limiti a godere i frutti (ossia i dividendi), ma abbia anche il diritto di partecipare alle decisioni, mediante il voto in assemblea (art. 2352 e 2471 *bis* c.c.).

Per il diritto in esame, dunque, oltre alla forte tutela data dalla realtà, vi è un contenuto la cui rilevanza esorbita i confini della nozione di godimento in senso stretto. Ciò rende evidente la differenza rispetto ad i c.d. diritti personali di godimento, ossia alle meno incisive situazioni soggettive in base alle quali un soggetto ha un diritto nei confronti del proprietario (o, come visto, dell'usufruttario) al godimento del bene. Si tratta di comodato, diritto di abitazione conseguente all'assegnazione della casa familiare³¹⁰, locazione, *leasing*.

Il primo è un contratto a titolo gratuito che, in quanto tale, riceve una tutela limitata; il diritto dell'assegnatario della casa familiare, poi, riguarda un ambito diverso da quello d'impresa (almeno per quanto riguarda la prospettiva del titolare del diritto di godimento).

Maggior interesse, invece, suscita la posizione del conduttore di un contratto di locazione, specialmente nel caso in cui l'oggetto sia un bene produttivo e si discorra dunque di affitto (tra tutti, quello d'azienda, con la sua peculiare disciplina tesa a disciplinare anche i rapporti pregressi). Egli, pur non avendo un diritto di tipo assoluto, gode di un rapporto particolarmente diretto con la cosa ed ha, nei soli casi previsti dalla legge, la possibilità di opporlo anche a soggetti aventi causa dal locatore³¹¹.

Una situazione analoga si ha per l'utilizzatore di un bene in *leasing*, anche se in questi casi - trattandosi di contratto atipico, nato proprio dalla tendenza internazionale a preferire il godimento alla proprietà - si tende ad escludere effetti *erga omnes*, anche qualora la causa del contratto non sia di mero godimento, ma si versi nell'ipotesi di *leasing* c.d. traslativo³¹².

³⁰⁹ E' l'ipotesi contemplata dall'art. 999 c.c., riferita alle locazioni concluse dall'usufruttario risultanti da atto pubblico o scrittura privata con data certa anteriore. Cfr. G. MUSOLINO, *I negozi di disposizione cit.*, 1395 ss.

³¹⁰ E' ancora aperta, invece, la discussione inerente la natura del diritto di abitazione previsto dalla recente legge 20 maggio 2016 n. 76 riguardante la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze (c. d. legge Cirinnà).

³¹¹ Si è già fatto cenno alle ipotesi di opponibilità previste dagli artt. 999 (nei confronti del nudo proprietario: cfr. nota n. 27), 1599 e 2923 c.c. (nei confronti del terzo acquirente, rispettivamente, dal proprietario o nell'ambito dell'esecuzione forzata: cfr. nota n. 14). Analogamente, l'art. 1505 c.c. prevede che le locazioni di durata inferiori a tre anni, non frodatorie ed aventi data certa siano opponibili al venditore che abbia esercitato il riscatto riservatosi *ex artt.* 1500 ss. c.c. Inoltre, l'art. 80 l. fall. prevede la possibilità di continuazione del contratto anche in seguito al fallimento del locatore.

³¹² In questo senso, M. CENINI, *Iura ad rem e aspettative reali*, in A. GAMBARO-U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali cit.*, 437; si vedano, però, le recenti innovazioni di cui alla nota n. 34.

3.1.3 I soggetti titolari di un'aspettativa all'acquisto ed i beneficiari di un vincolo di destinazione

L'ultima tematica richiamata apre il discorso relativo alla posizione dei soggetti che abbiano un'aspettativa all'acquisto di un determinato bene³¹³. Come accennato in sede di analisi dei limiti al diritto di proprietà, tali situazioni possono presentarsi con carattere di realtà³¹⁴ o di obbligatorietà.

In base ad un'approfondita ed autorevole ricostruzione dottrinale, al primo più tutelato ambito è possibile ricondurre la posizione dell'acquirente con riserva di proprietà o di un contratto sospensivamente condizionato, del titolare di prelazione legale, come anche quella del venditore di un contratto risolutivamente condizionato; a maggior ragione, poi, andrebbe offerta tutela ampia a chi è destinato a divenire titolare di un bene in un momento futuro, ma non incerto (nei casi e limiti in cui si accolga la configurabilità della proprietà temporanea). Il loro titolo d'acquisto è opponibile *erga omnes*, seppur ovviamente entro i limiti derivanti dalle regole di circolazione dei beni³¹⁵.

Al contrario, hanno una tutela invocabile in linea di principio soltanto nei confronti del proprio creditore l'utilizzatore di un *leasing* traslativo, il fiduciante "romanistico", il mandante ad acquistare immobili, il promissario acquirente, così come i titolari di posizioni giuridiche derivanti da negozi preparatori quali opzioni e prelazioni convenzionali. Invero, va registrata una tutela sempre maggiore di tutti questi soggetti, sia mediante l'utilizzo dell'azione giudiziale costitutiva del contratto (prevista dall'art. 2932 c.c. e più forte della mera tutela risarcitoria, ma comunque pur sempre riferita al solo creditore), sia mediante forme di tutela anche nei confronti di soggetti terzi, come la massa dei creditori nelle procedure fallimentari³¹⁶ o, più in generale, mediante la trascrivibilità del contratto preliminare (art. 2645 *bis* c.c.)³¹⁷.

Una posizione di cui tenere conto è anche quella dei soggetti che, pur non ambendo a divenire proprietari del bene, siano comunque beneficiari della destinazione a cui tale bene è stato asservito. Anche in queste ipotesi, la tutela muta a seconda che la destinazione abbia una mera valenza *inter*

³¹³ A venire in rilievo, ovviamente, sono le sole aspettative di diritto, ossia quelle che ricorrono laddove si determini una «posizione idonea a produrre conseguenze giuridiche specifiche che normalmente si dicono preventive o preliminari o prodromi»; diversamente, le mere aspettative di fatto sono quelle correlate all'astratta possibilità di acquisto di un diritto, indeterminata o generale e senza possibilità alcuna di incidere giuridicamente (si pensi alla posizione di un soggetto che aspira a diventare erede, senza avere la qualifica di legittimario). Cfr. A. BOVA, *Aspettative reali e diritti edificatori*, Napoli, 2012, 10 ss.

³¹⁴ Si parla di "aspettativa reale" nei casi in cui la situazione di aspettativa prelude all'acquisto di un diritto reale su un bene, mobile o immobile ed è tutelata tramite rimedi esperibili *erga omnes* (M. CENINI, *Iura ad rem cit.*, 423).

³¹⁵ M. CENINI, *Iura ad rem cit.*, 431 ss.

³¹⁶ Il riferimento è all'ottavo comma dell'art. 72 l. fall. in relazione al preliminare di vendita avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato ad abitazione principale dell'acquirente o dei parenti più stretti ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'impresa dell'acquirente; al quarto comma dell'art. 72 *quater* l. fall., in base al quale «in caso di fallimento delle società autorizzate alla concessione di finanziamenti sotto forma di locazione finanziaria, il contratto prosegue; l'utilizzatore conserva la facoltà di acquistare, alla scadenza del contratto, la proprietà del bene, previo pagamento dei canoni e del prezzo pattuito»; all'art. 73 l. fall. in tema di vendita con riserva di proprietà.

³¹⁷ L'opinione prevalente nega invece la possibilità di trascrivere i patti di prelazione o opzione, così come la proposta irrevocabile. Si tratta infatti di negozi diversi dal contratto preliminare ed ai quali non si può estendere per analogia una norma (l'art. 2645 *bis* c.c.) di natura pacificamente eccezionale. In questo senso, in relazione al patto di prelazione, Cass. civ., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6597.

partes (quindi con tutela, tendenzialmente risarcitoria, nei soli confronti dell'obbligato inadempiente) ovvero sia dotata di realtà.

In quest'ultimo caso, in generale l'art. 2645 *ter* c.c. prevede una perduranza dell'opponibilità del vincolo di destinazione per un periodo comunque non superiore a 90 anni o alla vita del beneficiario. Secondo l'opinione prevalente ciò non esclude la possibilità traslativa, ma implica che il trasferimento dei diritti di proprietà (o usufrutto) sul bene non possa eluderne il vincolo "funzionale", nei limiti in cui esso continui a perdurare. Anche il nuovo titolare, dunque, se ne deve occupare. Occorre peraltro rilevare come lo statuto di tutela dei beneficiari sia poi ricostruito diversamente nella disciplina dell'istituto specifico³¹⁸.

È ovvio che il vincolo di destinazione vale solo se nei limiti in cui non sia configurabile, negli atti costitutivi, un'ipotesi di frode alla legge (che implicherebbe nullità *ex art.* 1344 c.c.), di violazione di norme imperative (nullità *ex art.* 1418 c.c., come nel caso di patto commissorio) o ai creditori (che permette l'esperimento dei relativi mezzi di tutela, come le diverse azioni revocatorie o l'avvio della procedura esecutiva in base al nuovo art. 2929 *bis* c.c.).

3.1.4 Titolari apparenti e situazioni di fatto

Analogamente, non può ricevere tutela chi sia divenuto titolare di una delle situazioni giuridiche fin qui analizzate in base ad un contratto simulato in via assoluta (ossia un contratto che le parti non volevano porre in essere) o relativa (ossia un contratto diverso da quello, dissimulato, che le parti volevano porre in essere).

Si tratta di una situazione giuridica meramente fittizia, priva di efficacia di per sé e dunque diversa dai casi di c.d. interposizione reale, che si è avuto modo di analizzare nel precedente paragrafo. La posizione simulata non può esser fatta valere né tra le parti, né nei confronti di altri soggetti (art. 1414 ss. c.c.).

Tuttavia, il legislatore ha predisposto un apparato di tutela per coloro che, estranei al patto simulatorio, abbiano fatto affidamento sulla situazione apparente acquisendo determinati diritti reali (art. 1415, comma 1 c.c.). Nel conflitto tra creditori (chirografari), invece, prevalgono quelli del simulato alienante (dunque effettivo titolare), se anteriori all'atto di simulazione (art. 1416 c.c.): d'altronde sono questi, nella maggior parte dei casi, i soggetti maggiormente danneggiati dall'operazione³¹⁹.

³¹⁸ Ad esempio, i beni del fondo patrimoniale sono vincolati allo scopo per la durata del matrimonio (art. 171 c.c.); prima di allora, salvo diversa previsione dell'atto costitutivo, non possono essere trasferiti senza il consenso di entrambi i coniugi o, in caso di figli minori, con l'autorizzazione del Giudice che accerta la necessità ed utilità evidente (art. 169 c.c.). Ancora, i patrimoni destinati ad uno specifico affare ne sono vincolati fino alla realizzazione o all'impossibilità dell'affare o fino alla diversa causa di cessazione prevista nella deliberazione costitutiva; in ogni caso, in tale momento occorre compiere un rendiconto finale per permettere ad i creditori dell'affare di ottenere la tutela su quei beni (art. 2447 *nonies* c.c.).

³¹⁹ Cfr. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, 2000, Milano, 695 ss.

Infine va ricordato che - anche a prescindere dall'esistenza di una situazione di diritto - l'ordinamento offre una tutela anche a situazioni di fatto, come il possesso e la detenzione (art. 1140 c.c.)³²⁰. Il primo consiste in un'attività corrispondente a quella di un diritto reale; la seconda ipotesi, invece, si riferisce alla disponibilità materiale della cosa nel rispetto dei diritti sul bene riconosciuti ad altri soggetti.

3.1.5 Riepilogo schematico

Alla luce della ricognizione appena esposta, allora, occorrerà interrogarsi sulla posizione di soggetti "terzi" rispetto al reato che siano legati ad un bene sottoposto ad uno dei sequestri/confische in esame da:

- un diritto di proprietà:
 - "ordinario" (pieno ed esclusivo);
 - in comune;
 - limitato da diritti reali di godimento (usufrutto, superficie, enfiteusi, servitù, uso, abitazione);
 - limitato da diritti personali di godimento (bene concesso in locazione, comodato o su cui insiste diritto di abitazione della casa familiare, *leasing*);
 - vincolato ad una specifica destinazione:
 - con effetti reali: aspettative reali (vendita con riserva di proprietà, sospensivamente condizionata o con termine iniziale, prelazione legale, acquisto risolutivamente condizionato), fiducia germanica (società fiduciarie, fondazioni fiduciarie, società di gestione di fondi di investimento immobiliare, trust) ed altre ipotesi di segregazione patrimoniale (fondo patrimoniale, separazione dei beni del defunto, accettazione con beneficio d'inventario, cessione dei beni ai creditori, patrimoni destinati ad uno specifico affare, cartolarizzazione, fondo comune nel contratto di rete tra imprese);
 - con effetti obbligatori: fiducia romanistica, contratto preliminare di vendita, *leasing* traslativo, mandato ad acquistare immobili, opzioni e prelazioni convenzionali;
- un diritto di godimento:
 - di natura reale: titolari di usufrutto, superficie, enfiteusi, servitù, uso, abitazione;
 - di natura obbligatoria: conduttore di locazione, comodatario, utilizzatore di bene in *leasing*, titolare del diritto di abitazione della casa familiare;
- un'aspettativa all'acquisto del bene:

³²⁰ Il possesso è titolo per l'acquisto dei frutti del bene posseduto e del rimborso delle spese effettuate (artt. 1149 e 1150 c.c.), possibile presupposto per l'acquisto della proprietà (possesso vale titolo o usucapione, artt. 1153 ss. c.c.) e la tutela nei confronti di altrui aggressione mediante le azioni possessorie (artt. 1168 ss. c.c., peraltro estese anche alla detenzione). Inoltre occorre rilevare come la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo abbia ritenuto che anche il possesso sia meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1 prot. add. 1 Cedu (cfr. nota 77 del par. 1.5.3).

- con effetti reali: fiducia germanica, acquisto con riserva di proprietà, sospensivamente condizionato o con termine iniziale, titolare di prelazione legale, vendita risolutivamente condizionata;
- con effetti obbligatori: fiducia romanistica, contratto preliminare di acquisto, utilizzatore di leasing traslativo, mandatario ad acquistare immobili, titolare di opzioni e prelazioni convenzionali;
- un diritto ad essere beneficiario di un vincolo di destinazione funzionale (rispetto a beni in gestione fiduciaria, fondo patrimoniale, asse ereditario separato, patrimonio ceduto dal debitore, patrimoni destinati a specifico affare, patrimonio comune nel contratto di rete);
- una situazione giuridica simulata, in senso assoluto o relativo;
- un potere di fatto di possesso o detenzione.

Una volta chiarita la cornice costituzionale di riferimento, anche in base alla natura giuridica delle diverse ipotesi delle confische dei proventi, e le situazioni di fatto e diritto che possono presentarsi, la trattazione è matura per compiere la disamina del dato normativo sul punto.

Il legislatore, invero, non ha un approccio unitario per tutte le ipotesi di confisca dei proventi criminosi e dunque il discorso va diversificato.

3.2 La tutela sostanziale rispetto alla confisca diretta

La disposizione di riferimento relativamente alla confisca diretta (anche) dei proventi del reato è quella dell'art. 240 c.p. Il terzo comma di tale articolo prevede l'impossibilità dell'ablazione di "*cose appartenenti a persona estranea al reato*" con un ambiguo rinvio che sembra essere riferibile, a livello strettamente letterale, alla sola ipotesi di prezzo del reato³²¹. Invero, la norma va letta ancora una volta tenendo conto dell'evoluzione ontologica della fattispecie in esame.

Nell'originario disegno codicistico, in cui vi era una funzione prioritariamente preventiva, l'appartenenza ad una persona estranea al reato rappresentava una condizione tale da far venire meno il giudizio di pericolosità sulla cosa: se l'oggetto non è pericoloso in sé e non è a disposizione di soggetti legati al reato, infatti, esso perde la sua carica criminogena. Ebbene, nelle ipotesi facoltative non era necessario specificare la circostanza in esame, in quanto evidentemente entrava nella valutazione concreta del Giudice sulla pericolosità. Laddove invece la confisca era un provvedimento obbligatorio, spettava al legislatore delimitare il giudizio astratto di pericolosità, escludendo espressamente i casi di appartenenza a persona estranea.

Nell'ottica odierna e preferita in questa trattazione, in cui la confisca dei proventi è qualificata in termini di misura ripristinatoria, cambiano le premesse ma si arriva ad analoghe conclusioni. Il limite dell'appartenenza a persone estranee al reato, infatti, è un carattere connaturato anche alla funzione

³²¹ La norma, infatti, discorre di «*disposizioni della prima parte e dei numeri 1 e 1 bis del capoverso precedente*», senza mai far riferimento al primo comma o all'intero articolo 240 c.p. Il quarto comma, poi, prevede una clausola analoga per l'ipotesi di cui al n. 2 (cose intrinsecamente criminosi), a condizione che vi sia stata regolarizzazione amministrativa.

ripristinatoria della confisca. Se lo scopo è elidere un arricchimento con causa illecita, esorbiterebbe da esso la sottrazione di beni a soggetti che a quella causa illecita siano “estranei”.

Il fatto che il terzo comma dell’art. 240 c.p. faccia riferimento alla sola confisca obbligatoria si spiega, anche nella presente prospettiva, con la preoccupazione legislativa di evitare che la perentorietà dell’avverbio “sempre” conduca ad irrogare gli effetti ablativi anche ad arricchimenti di terzi privi di un collegamento³²². A conferma di ciò, numerose altre disposizioni speciali che prevedono la confisca obbligatoria contengono un’analogia previsione³²³, seppur talvolta con limitazioni oggettive o soggettive dell’ambito di tutela, legate alle peculiarità del settore disciplinato³²⁴.

Si tratta, allora, di un principio generale³²⁵ legato, con premesse e motivazioni diverse, allo scopo della misura (ripristinatoria nel caso dei proventi, preventiva o punitiva nei casi degli strumenti del reato, preventiva per le cose intrinsecamente criminose). E’ in quest’ottica che va impostata la questione relativa all’estendibilità della clausola in esame alle disposizioni in cui non è presente. Così, per la confisca facoltativa l’estensione è basata sull’esposta caratterizzazione del giudizio concreto del giudice; per le confische obbligatorie in cui vi sia un vuoto normativo sul punto, un’interpretazione costituzionalmente orientata permette di applicare analogicamente la tutela che l’art. 240 c.p. pone ad ipotesi con *eadem ratio*; per le confische obbligatorie in cui la tutela del terzo è limitata oggettivamente o soggettivamente, essendosi espresso il legislatore, sono precluse interpretazioni correttive estensive o analogiche, potendo semmai porsi una questione di legittimità costituzionale nei casi in cui il *vulnus* di tutela risulti contrario alla Carta fondamentale³²⁶.

³²² Il recupero di arricchimenti non giustificati, come visto nel par. 2.3.5, non può essere concretamente effettuato in via generalizzata e perciò il legislatore lo ha limitato alle ipotesi in cui ciò è socialmente intollerabile in astratto per il tipo di causa illecita (confisca obbligatoria) o in concreto per il pericolo derivante dalla disponibilità (confisca facoltativa).

³²³ Utilizzano la medesima formula dell’art. 240 c.p., tra gli altri, l’art. 322 *ter*, commi 1 e 2 c.p. (richiamato integralmente anche dall’art. 640 quater c.p.), l’art. 648 *quater*, comma 1 c.p., l’art. 12 *bis* d. lgs. 74/2000. Vi è un rinvio normativo alla disciplina dell’art. 240 c.p., invece, nell’art. 2641, comma 3 c.c.

³²⁴ In questo senso, vengono in rilievo, per un verso, l’ipotesi di confisca prevista in materia di reati doganali (art. 301 d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43), che, in una logica di particolare rigore nella lotta alla criminalità da contrabbando, originariamente limitava la tutela delle persone estranee al reato ai soli casi di mezzi di trasporto appartenenti ad essi, sempre che fossero omologati e non modificati per il trasporto fraudolento ai fini di contrabbando (sui successivi interventi costituzionali cfr. la prossima nota n. 44).

Per altro verso, occorre far riferimento a quelle norme con un riferimento diretto - non genericamente alle persone estranee al reato - ma in maniera particolare a persona offesa e/o ai danneggiati dal reato (art. 600 *septies* ed art. 644, comma 6 c.p., art. 19, comma 1 d. lgs. 231/2001, il quale però fa anche un riferimento più ampio ai diritti dei terzi acquisiti in buona fede, così articolando ma non limitando la tutela). In maniera più ampia, cfr. T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova, 2011, 142 ss., in cui poi si evidenzia anche il diverso riferimento legislativo alle restituzioni ed al risarcimento del danno alla persona offesa: nel primo caso, si evita l’acquisizione coattiva dello Stato di beni di cui è proprietaria (o titolare di diverso diritto) la vittima del reato; nella seconda ipotesi - che verrà esaminata meglio nel Terzo Capitolo relativo ai creditori - la tutela è incentrata sul patrimonio del reo utile a risarcire il danno cagionato alla stessa persona offesa.

³²⁵ In questo senso R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Roma, 2012, 141.

³²⁶ La Corte Costituzionale, ad esempio, si è pronunciata con tre sentenze additive in relazione alla confisca di cui all’art. 301 t.u. dog., dichiarando la disposizione illegittima nella parte in cui consentiva la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato a persone estranee allo stesso e alle quali non sia imputabile un difetto di vigilanza (sent. 9-17 luglio 1974, n. 229), nella parte in cui consentiva la confisca di cose oggetto del reato di contrabbando che

Ciò chiarito, e rinviando al paragrafo 3.5 per le ipotesi di sequestri/confische disposte in relazione a reati *ex art. 51, comma 3 bis c.p.p.*, rimane il problema della concreta enucleazione del significato di una locuzione semanticamente ampia: l'“*appartenenza a persona estranea al reato*” può essere declinata in modalità molto diverse e ciò potrebbe disorientare l'interprete.

La lettera della norma deve essere sicuramente il punto di partenza ed il limite invalicabile. Tuttavia, all'interno della gamma semantica, i canoni ermeneutici da seguire vanno ricercati proprio nella cornice costituzionale di tutela generica dell'individuo³²⁷ di cui è espressione la clausola legislativa in esame.

In particolare, con lo scopo di offrire l'interpretazione maggiormente conforme a Costituzione, principale rilievo hanno: il “collegamento razionale tra mezzi e fini” proprio del giudizio di proporzionalità, che nella confisca dei proventi inerisce alla sua natura ripristinatoria; i singoli caratteri delle situazioni giuridiche soggettive interessate; la tutela dell'affidamento nella circolazione giuridica, anche in base alle indicazioni che emergono in merito dagli strumenti internazionali sulla confisca dei proventi.

3.2.1 La nozione di “appartenenza”: le situazioni di diritto

In primo luogo, allora, occorre comprendere a cosa faccia riferimento il legislatore quando discorre di “appartenenza”. In giurisprudenza se ne predica una nozione ampia, comprensiva di tutte le situazioni giuridiche aventi natura reale e delle correlative situazioni di fatto.

In relazione al primo profilo, infatti, viene costantemente ribadito che nel concetto di appartenenza non rientra il solo diritto di proprietà, ma anche tutti gli altri diritti reali, di godimento o di garanzia³²⁸. Al contempo, però, le principali sentenze in materia hanno specificato che nei casi dei diritti reali minori il divieto di confisca non si presenta assoluto e definitivo, ma temporaneo e relativo, ossia condizionato al finale soddisfacimento dei terzi titolari di tali situazioni giuridiche. Le motivazioni della Suprema Corte sono legate alla ritenuta *ratio* preventiva della confisca diretta, che può ritenersi soddisfatta anche solo con l'interruzione della relazione tra bene ed autore del reato. Per gli stessi

siano state illegittimamente sottratte a terzi quando tale sottrazione risulti giudizialmente accertata (sent. 21-29 dicembre 1976, n. 259) e, dopo le modifiche correttive della l. 30 dicembre 1991 n. 413, più in generale nella parte in cui non consente alle persone estranee al reato di provare di avere acquistato la proprietà delle cose ignorando senza colpa l'illecita immissione nel mercato (sent. 9-10 gennaio 1997, n. 1). Proprio quest'ultimo intervento evidenzia come legittimo affidamento e buona fede siano un limite generale costituzionale per la tutela dell'individuo non superabile neanche dal particolare rigore dovuto alla lotta al contrabbando: può risultare ragionevole un'inversione dell'onere probatorio rispetto alla disciplina civilistica (*ex art. 1153 c.c.*), ma non anche una preclusione assoluta delle prerogative difensive.

A questo argomento, nelle prime due pronunce (comunque richiamate anche dalla sentenza del 1997), la Corte Costituzionale ha accompagnato anche il limite di cui all'art. 27 Cost. A parere di chi scrive, però, un simile fondamento potrebbe essere invocato unicamente per istituti aventi natura penale e comunque implicherebbe una tutela decisamente più rigida, comprensiva ad esempio della presunzione di innocenza e quindi dell'onere probatorio a carico dell'accusa (cfr. par. 1.5.4 ed *infra* 3.2.4). Sulle pronunce ed i principi in esame, cfr. T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale cit.*, 143 s.; R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita cit.*, 153 s.

³²⁷ Si rinvia, ancora una volta, alla ricostruzione offerta al par. 1.5.

³²⁸ L'analisi specifica relativa alla tutela dei diritti di garanzia, investendo l'interesse all'integrità del patrimonio ed in particolare della garanzia specifica per l'adempimento di obbligazioni, sarà oggetto di analisi nel Quarto Capitolo. Tuttavia, già in questa sede saranno affrontati punti in comune tra le varie fattispecie a carattere reale.

motivi, probabilmente, si è preferito affrontare la tematica dei terzi in base al concetto di “appartenenza a persona estranea” e non a quello civilistico di opponibilità, legato alla natura, originaria o derivativa, dell’acquisto³²⁹.

Invero, un opposto orientamento dottrinale ritiene che l’appartenenza sia riferibile esclusivamente al diritto di proprietà. Per un verso, il valore semantico del termine “appartenenza” richiama una titolarità piena ed esclusiva, che invece i diritti reali minori non hanno. Per altro verso, le specificazioni della differenza tra divieto assoluto o relativo della confisca fanno emergere come anche la giurisprudenza, nella sostanza, delimiti l’ambito della clausola dell’art. 240, comma 3 c. p. (che prevede che le disposizioni sulla confisca “non si applicano” *tout court*) al solo diritto di proprietà³³⁰. Il problema degli altri diritti che insistono sulla cosa oggetto di confisca, allora, dovrebbe essere ricondotto alla diversa tematica della natura da dare all’acquisto coattivo che lo Stato compie mediante la confisca. Sul punto, la giurisprudenza civile si è attestata nel senso di ritenere che la confisca comporti un acquisto a titolo derivativo da parte dello Stato, mantenendo salvi i diritti dei terzi. L’acquisto, infatti, non prescinde, ma anzi presuppone il precedente rapporto con il titolare del bene³³¹.

³²⁹ Le principali sentenze di riferimento per il tema in esame sono, seppur datate, Cass. pen., Sez. Un., 18 maggio-3 dicembre 1994, n. 9 e Cass. pen., Sez. un, 28 aprile-8 giugno 1999, n. 9 (entrambi, invero, attinenti ad i ipotesi di diritti reali di garanzia).

La prima pronuncia, dopo aver ribadito il già presente orientamento in senso estensivo della nozione di appartenenza, specifica che *«l'estensione in tal modo operata, per ragioni connesse alla titolarità del potere di disponibilità effettiva del bene, si traduce in definitiva in un divieto per così dire temporaneo, e comunque non irrevocabile, di confisca, siccome valevole "sino al soddisfacimento delle ragioni creditorie per le quali la garanzia risulta costituita»* ed in relazione al pegno ritiene che *«non sia precluso e che anzi sia consentito il sequestro finalizzato alla confisca delle cose costituite in pegno regolare limitatamente alle facoltà inerenti alla posizione del debitore garante, indagato o imputato: impregiudicate, anche qui, le facoltà correlativamente spettanti sulle stesse cose al creditore pignoratizio estraneo all'illecito penale. In questo quadro che si traduce anche in un correttivo dalla linea interpretativa della citata pronuncia n. 2286 (Cass. II, mass. 190.289) la quale sembra voler paralizzare e postergare fino alla fase della decisione sulla confisca la tutela delle ragioni del creditore pignoratizio: così sacrificando oltre il necessario gli interessi dei privati estranei al reato e non considerando che l'oggetto del pegno normalmente è costituito da beni (compresi i titoli di Stato) che abbisognano di gestione e di amministrazione (si pensi ai titoli in scadenza da rinnovare in costanza di pegno, all'esercizio del voto nel pegno delle azioni di società, ecc.) spetta al giudice di merito, attingendo dai poteri conferitigli dall'art. 259 co. 1 c.p.p., espressamente richiamato dall'art. 81 att., cui si riferisce il successivo art. 104, adottare gli accorgimenti opportuni per assicurare, con equilibrio degli opposti interessi, la corretta custodia e amministrazione delle cose sequestrate: procedendo, se del caso, a designare come custode lo stesso creditore pignoratizio, con le facoltà che gli derivano dal diritto di garanzia, fino alla vendita e all'assegnazione della cosa o del credito dato in pegno, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria penale»*.

La seconda sentenza citata, poi, pur palesando una maggiore aderenza alla tesi dell’acquisto a titolo derivativo (rinviando in questo senso alle elaborazioni delle sezioni civili), ritiene irrilevante una qualificazione in termini di acquisto a titolo originario, in ragione dell’impossibilità di apprendere un diritto più ampio di quello facente capo al precedente titolare ed in ogni caso di provocare *«ingiustificati sacrifici delle posizioni giuridiche di chi sia rimasto estraneo all'illecito»*, principio che la Corte richiama anche in quanto condiviso nell’ambito della confisca per illeciti amministrativi. In questo modo, appunto, le Sezioni Unite spostano il baricentro del discorso dal tema civilistico dell’opponibilità a quello più “para-penalistico” dell’appartenenza a persona estranea al reato.

³³⁰ Ciò conduce ad affermare che, nonostante usualmente si ritenga che la giurisprudenza aderisca a questo orientamento, in realtà spesso il tema non è approfondito. Cfr. T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale cit.*, 156 ss.

³³¹ In questo senso, *ex multis*, Cass. Civ., 3 luglio 1997, n. 5988 e, seppur in un *obiter dictum*, sembra esprimersi anche Cass. Pen., Sez. un., 28 aprile-8 giugno 1999, n. 9 (cfr. secondo capoverso della nota 47). Si tratta di un discorso affrontato in relazione alla confisca in tutte le sue estrinsecazioni: *«quale misura di sicurezza, sia quella disciplinata come vera e*

Entrambi gli orientamenti presentano istanze ermeneutiche meritevoli di considerazione. Il primo si preoccupa che la confisca raggiunga la sua *ratio* (ritenuta preventiva) nei confronti dell'autore del reato e di tutti i soggetti non estranei (a prescindere dall'opponibilità civilistica), ma che al contempo non travalichi tale causa giustificativa incidendo su soggetti che invece risultino estranei. La seconda impostazione, invece, vuole evitare l'incoerenza che deriverebbe dal ritenere che la medesima formula "non si applicano" dell'art. 240, comma 3 c.p. assuma un significato diverso rispetto al medesimo concetto di "appartenenza", a seconda dell'intensità delle situazioni giuridiche ad esso ricondotte³³².

Ebbene, una sintesi tra tali istanze ermeneutiche appare possibile e può risultare compatibile anche con la tesi sostenuta nella presente trattazione di una *ratio* ripristinatoria della confisca dei proventi. In prima battuta, è condivisibile l'assunto giurisprudenziale che esclude che il termine "appartenenza" richiami univocamente il concetto giuridico di proprietà. Anzi, probabilmente l'utilizzo di tale termine fa emergere una volontà legislativa di riferirsi a qualcosa di maggiormente ampio. Un tale approccio si presenta peraltro maggiormente tutelante per l'individuo, attenendo ad una clausola impeditiva dell'ablazione.

Occorre, però, delimitarne l'ampiezza in base a criteri legali ben definiti. In questo senso, può essere dato rilievo all'oggetto della confisca: si è già detto che nella nozione di "cosa" possono rientrare, oltre al pieno diritto di proprietà, anche situazioni giuridiche soggettive minori, se integranti le nozioni di prezzo, prodotto o profitto³³³. Proprio tali nozioni, allora, possono servire a perimetrare anche il concetto di "appartenenza": esso deve ritenersi riferito alla "titolarità" di ogni situazione giuridica soggettiva che, anche indirettamente, deriva dal reato.

Quando l'art. 240, comma 3 c.p. prevede che le disposizioni dei precedenti commi "non si applicano", allora, deve intendersi che sia impedita l'ablazione di quella specifica parte di provento di cui risulti essere titolare ("appartiene" a) una persona estranea al reato. Così, se il reato ha portato l'autore ad acquistare la proprietà di un bene e successivamente un terzo soggetto abbia acquistato un diritto di godimento su quel bene, si può dire che - seppur parzialmente - il profitto del reato "appartenga" al terzo. Se egli si dimostrerà estraneo, la confisca non potrà essere applicata per intero, ma solo per la parte di nuda proprietà.

*propria sanzione o surrogato di sanzione da alcune leggi speciali e sia quella avente - infine - duplice carattere preventivo e repressivo». Cfr. anche T. E. EPIDENDIO, La confisca nel diritto penale cit., 157 ss. Tuttavia, occorre dare atto sin d'ora che in relazione alla confisca contenuta nel codice antimafia vi è stata un'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha condotto a ritenere che il legislatore abbia preferito dare natura di acquisto a titolo originario, pur dopo una procedura tesa a tutelare i diritti dei terzi. Cfr. *infra* 3.6.*

³³² Ponendosi in ottica ortodossa e letterale, infatti, un'estensione del termine appartenenza comporterebbe che se, ad esempio, provento di un'estorsione sono delle quote sociali e su tali quote sociali vi sia il diritto di usufrutto di un soggetto estraneo, lo Stato non potrebbe in alcun modo sottrarle, con l'incongruo risultato che - al momento dell'estinzione del diritto di usufrutto - tali quote tornerebbero nella disponibilità del reo.

³³³ Sul punto, si veda retro il par. 2.4.2, in cui si è evidenziato come il riferimento letterale alle "cose" o ad i "beni" vada invero letto in ottica estensiva, correlandolo al significato di prodotto, profitto e prezzo, anche in ottica europea (e, seppur non esplicitando il ragionamento, in questo modo si comportano costantemente gli interpreti).

Al contrario, se il reato ha fatto ottenere soltanto la nuda proprietà di un bene già gravato da precedente diritto di godimento, non verrà in rilievo la clausola dell' "appartenenza a persona estranea al reato", ma le generali regole civilistiche dell'opponibilità. Analogamente, se lo stesso provento si sostanzia, ad esempio, in un diritto reale minore sul bene, il rispettivo proprietario del bene manterrà il suo preesistente diritto, se ne ricorrono i requisiti di opponibilità *erga omnes*³³⁴.

L'interpretazione proposta implicherebbe anche una maggiore aderenza alla *ratio* ripristinatoria, in quanto lo Stato non andrebbe ad intaccare diritti non acquisiti in conseguenza del reato. In altre parole, limitare la nozione di provento ad i soli "vantaggi" di derivazione criminosa implica che non vi rientrino le altre situazioni giuridiche soggettive legate al medesimo bene, se esistenti a prescindere dal reato. Tali situazioni giuridiche vanno escluse dall'oggetto della confisca in quanto non costituiscono provento, a prescindere dalla situazione di titolarità soggettiva di esse.

Per i soggetti che ne sono titolari, dunque, la tutela non è tanto rappresentata dalla verifica della "appartenenza" o della "estraneità", quanto dalla verifica della sussistenza delle condizioni di opponibilità del proprio diritto allo Stato, il quale subentra nella situazione giuridica di vantaggio proveniente dal reato. In base alle regole civilistiche dei traffici giuridici, infatti, l'opponibilità non sussiste in ogni caso, ma occorre indagare la tutela riconosciuta allo specifico diritto interessato³³⁵.

E' abbastanza pacifico che i diritti aventi natura reale sopravvivano all'acquisto a titolo derivativo, in ragione della tutela costituzionale rafforzata che li rende opponibili *erga omnes*³³⁶. Così, se viene confiscato il diritto di proprietà su un bene su cui insistevano diritti reali di godimento, questi ultimi sono opponibili allo Stato; viceversa, se oggetto di confisca è un diritto reale (o anche personale) di godimento, il proprietario del medesimo bene rimarrà tale e potrà esercitare nei confronti dello Stato i poteri che aveva nei confronti del precedente titolare³³⁷.

³³⁴ Si pensi al caso in cui un corrispettivo usurario sia una comproprietà o un diritto di godimento. In queste ipotesi, sebbene il bene sia di proprietà (anche o totalmente) di un soggetto diverso (e magari estraneo al patto usurario), non avrebbe senso impedire totalmente la confisca, ma essa andrà limitata all'effettivo provento e non all'intero diritto di proprietà. In questo senso, appare opportuno richiamare nuovamente la sentenza Cass. pen., sez. VI, 3 dicembre 1993-22 aprile 1994, n. 3781, in cui si afferma che «*deve ammettersi la possibilità di confisca del diritto dell'enfiteuta stante la riferibilità dei concetti di appartenenza e disponibilità anche al bene oggetto di tale diritto: ciò alla luce della pienezza del diritto del concessionario (che può costituire diritti reali a favore di terzi e disporre per atto tra vivi o mortis causa), della sua potestà espansiva (diritto-potestativo di affrancazione), della possibilità di sottoporlo ad esecuzione forzata e ad ipoteca [...] la confisca [...] coinvolge soltanto la posizione patrimoniale di godimento del fondo spettante al concessionario e non pregiudica la diversa posizione del concedente, il quale conserva ogni suo diritto e facoltà nei confronti del nuovo titolare del diritto reale*».

³³⁵ Si ritiene inopponibile il fatto che non può essere invocato in caso di conflitto per giustificare un acquisto. Quando il fatto è inopponibile, le situazioni giuridiche soggettive non sono esercitabili in pregiudizio dei titolari delle situazioni fondate sul fatto opponibile. Sul tema cfr. P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, 104 ss. Per una ricostruzione dei termini della questione relativa all'opponibilità di un contratto ai terzi, cfr. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, 2000, Milano, 564 ss. (in generale), 578 ss. (sulla trascrizione) e 601 ss. (sugli altri regimi di opponibilità).

³³⁶ Il tema è stato già affrontato nel par. 1.5.3 (cornice costituzionale di tutela) e nel par. 3.1.1 (analisi della disciplina normativa vigente).

³³⁷ Si pensi, ad esempio, all'obbligo dell'usufruttario di non cambiare la destinazione d'uso del bene, che può essere fatto valere dal proprietario. Si vedano, per approfondimenti più specifici, i riferimenti bibliografici di cui alla nota n. 13 del presente Capitolo.

Ciò vale anche nelle ipotesi dinamiche, in cui vi sia un vincolo funzionale ovvero un'aspettativa reale all'acquisto del bene da parte di un terzo o, viceversa, del titolare destinatario di confisca. Nella prima ipotesi, lo Stato dovrà cedere il bene al verificarsi dei presupposti del trasferimento o rispettarne la destinazione funzionale; nel secondo caso potrà pretendere l'acquisto o il rispetto della destinazione a proprio favore³³⁸.

Va però ribadito che ai fini dell'opponibilità, per aversi una maggiore certezza dei traffici giuridici, non basta la mera titolarità del diritto ma vi sono apposite regole³³⁹.

Più problematica appare invece la vicenda dei diritti aventi natura relativa. Di base, essendo legati al rapporto tra due soggetti, non possono essere opposti ad altre persone che non ne abbiano acconsentito (e dunque non vincolate all'obbligo di adempimento che trova fondamento costituzionale nella solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost).

Tuttavia, si è visto come talvolta il particolare legame al bene abbia condotto il legislatore a prevedere una diversa disciplina. Così il conduttore, se ricorrono determinate e specifiche condizioni, può opporre il proprio diritto nei confronti del nudo proprietario (art. 999 c.c.), del terzo acquirente (artt. 1599 e 2923 c.c.), del venditore che abbia esercitato il diritto di riscatto (artt. 1500 ss. c.c.) o del fallimento (art. 80 l. fall.)³⁴⁰. Meno tutele, invece, si hanno per l'utilizzatore di un bene in *leasing*, non potendosi estendere analogicamente le citate disposizioni aventi natura eccezionale³⁴¹.

Per quanto riguarda l'ipotesi in cui sia confiscata un'azienda, poi, eventuali diritti personali di godimento sui beni potrebbero inerire a contratti aziendali in essere, che ai sensi dell'art. 2558 c.c. sono trasferiti *ex lege* all'acquirente, salva la possibilità di recedere da parte del terzo contraente ceduto entro tre mesi se vi è giusta causa³⁴².

³³⁸ Ovviamente occorre che si verifichino i presupposti temporali, fattuali e/o potestativi alla base dell'aspettativa all'acquisto o relativi alla destinazione. Sul punto, cfr. retro i parr. 3.1.1 (dal punto di vista dell'attuale proprietario) e 3.1.3 (dalla prospettiva di chi ha l'aspettativa o è beneficiario della destinazione vincolata).

³³⁹ Il caso che maggiormente collima con i conflitti tra Stato che confisca e terzi titolari di diritti è quello della doppia alienazione, per il quale i criteri normativi variano in base alla situazione giuridica coinvolta. In caso oggetto sia un diritto di credito, a prevalere è chi per prima ha notificato la cessione al debitore ceduto o chi per primo abbia ricevuto l'accettazione del debitore con atto di data certa (art. 1265 c.c.). Nelle ipotesi inerenti i diritti personali di godimento, prevale chi per primo ha conseguito il godimento o, se nessuno lo ha conseguito, chi ha una fonte in atto di data certa anteriore (art. 1380). Nelle ipotesi di doppia alienazione di diritti reali su beni mobili non registrati prevale chi ha conseguito il possesso in buona fede in base ad un atto astrattamente idoneo al trasferimento (art. 1155 c.c.). Infine, per gli atti soggetti a trascrizione prevale chi ha trascritto per primo l'atto traslativo (artt. 2644 ss.). Cfr., ancora, P. PERLINGIERI, *Manuale cit.*, 104 ss. e C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, 2000, Milano, 578 ss. e 601 ss.

³⁴⁰ Sui requisiti necessari, cfr. le note nn. 14 e 29 del presente Capitolo.

³⁴¹ Si veda, anche per tale tematica, i paragrafi 3.1.2 e 3.1.3, con relativi riferimenti bibliografici.

³⁴² Una disciplina peculiare, poi, hanno i contratti di lavoro subordinato (art. 2112 c.c.) ed il trasferimento di debiti e crediti aziendali. Nel primo caso, l'art. 2560 c.c. prevede, come per il diritto comune, la necessità di un accordo per l'accollo del debito da parte dell'avente causa; tuttavia, è prevista una responsabilità solidale dell'acquirente di tutti quelli risultanti dalle scritture contabili ed è inoltre prevista una disciplina speciale per la vendita fallimentare e per i debiti di lavoro. Riguardo ad i crediti, la deroga al diritto comune riguarda l'efficacia verso i terzi, che avviene con l'iscrizione nel registro delle imprese (se l'impresa è soggetta a tale pubblicità, art. 2559 c.c.) e non con la notifica al debitore ceduto, ma non vi è alcun automatismo nel trasferimento.

Nelle ipotesi in cui il diritto sussista, ma non sia opponibile allo Stato subentrante nella situazione giuridica costituente provento, il terzo potrà ottenere tutela risarcitoria nei confronti del precedente titolare, come di norma avviene in ambito civile.

Vale la pena precisare, infine, che sia l'appartenenza che l'opponibilità possono anche derivare da situazioni giuridiche oggetto di accertamento giudiziale ancora in corso al momento del sequestro e successivamente rivelatosi favorevole al terzo, sempre che la relativa domanda sia trascritta prima del vincolo derivante dal sequestro³⁴³. In questi casi, peraltro, per evitare collusioni fraudolente³⁴⁴, il Pubblico Ministero ha a disposizione il rimedio della revocazione *ex art. 397 c.p.c.*, mentre gli altri terzi pregiudicati (ad esempio la persona offesa) potrebbero impugnare mediante l'opposizione revocatoria *ex art. 404, comma 2 c.p.c.*: si tratta, tuttavia, di rimedi non immediati e che implicano un altro giudizio, esterno a quello inerente al procedimento penale.

3.2.2 segue: le situazioni di fatto

La seconda direttrice con cui è costantemente interpretata la nozione di "appartenenza" attiene alle situazioni di fatto. La giurisprudenza infatti suole ripetere che «*la nozione di "appartenenza" del veicolo a persona estranea al reato non va intesa in senso tecnico, come proprietà od intestazione nei pubblici registri, ma quale effettivo e concreto dominio sulla cosa, che può assumere la forma del possesso o della detenzione, purché non occasionali*»³⁴⁵.

Sebbene apparentemente estensiva, si tratta di una specificazione che restringe la clausola impeditiva della confisca e che dunque si pone in ottica di compressione della sfera del terzo. Il requisito della situazione di fatto (possesso o detenzione), infatti, pare che venga richiesto in aggiunta (e non in alternativa) a quello della titolarità formale ed infatti spesso la giurisprudenza vi ha fatto riferimento proprio per applicare la confisca ed escludere la clausola dell'art. 240, comma 3 c.p.³⁴⁶.

Anche in ragione di questi riflessi negativi sembra preferibile intendere il termine "appartenenza" - che pure non può essere ristretto a mero sinonimo di proprietà - alla titolarità della situazione di

³⁴³ Cfr. F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015, 616 s.

³⁴⁴ Si pensi alle ipotesi in cui vi sia una domanda di accertamento dell'usucapione in cui il reo partecipi passivamente al processo, subendone volontariamente la decisione. Va ricordata, infatti, la regola processualciviltistica in base alla quale, oltre ad i fatti notori (art. 115, comma 2 c.p.c.), il Giudice Civile può porre a fondamento della sua decisione i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita (art. 115, comma 1 c.p.c.) e, in base ad un orientamento consolidato, i fatti non controversi (limitando tale regola, tuttavia, ai giudizi aventi ad oggetti diritti disponibili, come d'altronde lo sono quelli relativi a diritti patrimoniali presi in considerazione in questa sede).

³⁴⁵ Cfr., in questo senso, tra le altre, Cass. Pen., sez. IV, 26 febbraio-1 giugno 2010, n. 20610.

³⁴⁶ La giurisprudenza più cospicua sul punto riguarda (non casi di provento del reato, bensì) l'ipotesi di confisca del veicolo costituente bene strumentale del reato di guida in stato di ebbrezza: spesso accade, infatti, che la proprietà formale sia di un soggetto familiare del conducente. Talvolta, allora, la giurisprudenza valorizza la situazione di fatto di possesso o detenzione qualificata del conducente, per escludere l'appartenenza al familiare (cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 29 marzo 2013, n. 36425; più corretto appare invece l'approccio, pure fatto proprio da diverse sentenze, di centrare l'attenzione sull'estraneità o meno al reato (ad esempio in tema di *culpa in vigilando*: Cass. pen., sez. I, 20 gennaio 2011, n. 13751). Sebbene si tratti di pronunce perlopiù afferenti ad un tipo di confisca dai tratti più spiccatamente punitivi (e dunque diversa da quella esaminata nel presente elaborato), vale la pena questo richiamo in ragione dell'identico tenore della disposizione normativa e della valenza di principio che spesso la giurisprudenza dà a queste affermazioni, che così possono acquistare una capacità espansiva anche ad altre ipotesi ablatorie. Cfr. R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita cit.*, 152.

diritto, senza invece invocare i profili fattuali della vicenda (come invece accade quando il legislatore discorre di “disponibilità”). Altrimenti, si correrebbe il rischio di estendere gli effetti negativi della confisca anche a soggetti che nulla hanno a che vedere con la vicenda criminosa³⁴⁷.

In questo senso, peraltro, depono l’argomento sistematico che può ricavarsi dal tenore della clausola di salvaguardia prevista per la confisca nei confronti degli enti: l’art. 19 d. lgs. 231/2001, infatti, fa salvi i “*diritti*” acquisiti dai terzi (in buona fede) su quanto è stato oggetto di confisca.

Ciò non significa, si badi bene, prestare il fianco a facili elusioni della norma mediante trasferimenti o intestazioni di “comodo” o comunque a beneficio di soggetti compiacenti. Rispetto a questi ultimi, infatti, può essere valorizzata l’assenza del secondo requisito richiesto per cauterizzare la confisca: l’estraneità al reato. Inoltre, prima ancora di analizzarne il significato, è importante rilevare come tutto quanto detto finora, in relazione alla delimitazione dell’appartenenza ed alla possibilità civilistica di opporre diritti non costituenti proventi del reato, vale ovviamente se le situazioni giuridiche in gioco siano effettive ed efficaci.

3.2.3 segue: invalidità e titolarità apparente

Non sussiste appartenenza e non vi è opponibilità di situazioni giuridiche soggettive prive di efficacia in ragione della nullità dell’atto che ne costituisce fonte attributiva³⁴⁸ o che siano mere apparenze derivanti da negozi simulati.

Non si può far valere, ad esempio, un’attribuzione compiuta in frode alla legge (nulla *ex art.* 1344 c.c.) o avente una causa di per sé illecita (art. 1418 c.c.), né un’interposizione fittizia (che costituisce simulazione assoluta)³⁴⁹. Se la simulazione è solo relativa, è possibile dare rilievo alla sola situazione giuridica reale dissimulata, non a quella apparente simulata.

Particolare rilievo, in questo senso, assumono alcuni istituti che più di altri si prestano ad abusi: fondo patrimoniale, ipotesi fiduciarie, società.

Il fondo patrimoniale è una segregazione patrimoniale con un vincolo di destinazione ai bisogni della famiglia, ritenuto dal legislatore particolarmente meritevole di tutela, al punto da derogare al principio di responsabilità patrimoniale *ex art.* 2740 c.c. Visto che il suo scopo istitutivo è proprio quello di

³⁴⁷ Emblema di questa considerazione è il riferimento ad esempio all’ipotesi di veicolo concesso in *leasing* all’autore del reato: è indubbio che quest’ultimo ne abbia un effettivo dominio quale detentore qualificato, ma la giurisprudenza non sempre ha ritenuto che la confisca potesse operare nei confronti del concedente (cfr., in senso positivo, con evidenti riflessi pregiudizievoli ingiustificati nei confronti del terzo, Cass. pen., 7 luglio-23 settembre 2011; in senso negativo, così smentendo il principio di diritto affermato ad esempio nei confronti dei familiari, Cass. pen., 10 luglio 2013, n. 4297). E’ evidente, allora, che il punto principale della questione non attenga al valore da dare alla legittima situazione di fatto (se giuridicamente efficace e non fittizia), ma invece al secondo requisito dell’estraneità o meno al reato.

³⁴⁸ Il ragionamento può essere esteso solo parzialmente all’ipotesi di annullamento dell’atto. Sebbene, infatti, la sentenza di annullamento (che, al contrario di quella di nullità, ha carattere costitutivo) comporti l’eliminazione retroattiva degli effetti dell’atto, l’art. 1445 fa salvi i diritti dei terzi acquistati in buona fede ed a titolo oneroso o anche di quelli privi di tali caratteri se la domanda di annullamento è stata trascritta 5 anni dopo la trascrizione dell’atto impugnato (artt. 2652, n. 6 e 2690 c.c.); nel caso di annullamento di incapacità legale, tali requisiti pubblicitari di opponibilità sono invece l’unico modo per far valere il diritto da parte del terzo. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, 2000, Milano, 673 ss.

³⁴⁹ Sul tema applicato all’ambito della confisca: R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita cit.*, 143 ss.

sottrarre i beni ai creditori diversi da quelli relativi ai bisogni della famiglia (art. 170 c.c.), è difficile predicarne la nullità o la simulazione nei casi in cui venga conferito un provento del reato: si tratta di un bene che continua ad appartenere al reo, tuttavia di regola *pro quota* (art. 168 c.c.) e con un vincolo di destinazione funzionale. Si può dunque parlare di appartenenza parziale (nel senso di contitolarità e di beneficio della destinazione) a persone diverse dal condannato: risulta integrato il primo requisito necessario ad evitare l'ablazione. Ciò non esaurisce la questione, in quanto a tal fine occorrerà che esse risultino estranee al reato, nel senso che si avrà modo di analizzare.

Nell'ambito delle ipotesi fiduciarie, sia germanica che romanistica, occorrerà verificare che il trasferimento da fiduciante a fiduciario sia effettivo (e non una mera apparenza giuridica, che dissimula la titolarità reale del fiduciante) e che il negozio sia valido ed efficace.

Su tale secondo aspetto, i maggiori problemi interpretativi sono sorti in relazione al *trust*: i motivi vanno ricercati sia nell'assenza di un'apposita disciplina normativa interna³⁵⁰, sia nella sua particolare frequenza applicativa per evitare l'aggressione dei propri beni. Secondo la giurisprudenza prevalente, non è possibile compiere una valutazione assoluta ed in astratto, ma è necessaria un'analisi della fattispecie concreta. In primo luogo, occorre individuare la legge applicabile (essendo spesso richiamata una legge straniera) e verificare se rispetto alla stessa vi siano profili di invalidità. Successivamente, va condotto il vaglio di ingresso della fattispecie nel nostro ordinamento che, secondo diverse sentenze, si concretizza anche nel giudizio di meritevolezza *ex art. 1322*, comma 2 c.c. degli interessi che con il *trust* si intendono realizzare. Tale criterio viene così ritenuto sia parte integrante della nozione di "ordine pubblico" di diritto internazionale privato, sia preciso riferimento per la verifica della sussistenza di una "causa concreta" e dunque di validità ai sensi dell'art. 1418 c.c.³⁵¹

Soprattutto in relazione alla confisca, un'ipotesi particolarmente problematica è costituita dal *trust* c.d. autodichiarato, in cui non vi è un atto traslativo dal *settlor* al *trustee*, ma le figure coincidono in un'unica persona. Secondo una parte della giurisprudenza, si tratterebbe sempre di *trust* nullo, in quanto caratteristica fondamentale del suddetto istituto giuridico sarebbe il trasferimento di beni ad

³⁵⁰ L'unica fonte di riferimento è la Convenzione de L'Aja del 1985, ratificata in Italia con legge 16 ottobre 1989, n. 364: essa tuttavia contiene una disciplina di diritto internazionale privato ed infatti, come accennato in nota n. 21, l'ammissibilità nel diritto interno è ormai condivisa dalla giurisprudenza, ma ancora messa in discussione da una parte della dottrina.

³⁵¹ In questo senso, tra le altre, cfr. Corte App. Milano, 1 dicembre 2016-30 gennaio 2017 e Cass. civ. 9 maggio 2014, n. 10105, in materia di *trust* liquidatorio, ritenuto non riconoscibile nell'ordinamento interno nei casi in cui sia volto ad eludere la procedura concorsuale pubblicistica di risoluzione della crisi dell'impresa e quindi sia posto in essere da imprese già insolventi (*trust* c.d. falsamente liquidatorio). Si ritengono invece meritevoli di tutela i *trust* protettivi, ossia rivolti ad evitare l'aggressione di creditori particolarmente "pericolosi", sostanzialmente creando nei loro confronti una prelazione atipica; i *trust* di salvataggio, ossia volti a scongiurare un'istanza di fallimento mediante una soluzione negoziale con tutti i creditori (ad esempio inserendo nel *trust* beni personali); *trust* puramente liquidatori, volti a realizzare in maniera alternativa la liquidazione di cui agli artt. 2487 ss. c.c. (cfr. sul punto M. PALAZZO, *Il trust liquidatorio ed il trust a supporto di procedure concorsuali*, in *www.notariato.it*, 3 marzo 2016; in giurisprudenza, Trib. Pescara, 5 maggio 2016, n. 758, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2017, 5, 309 ss.). Per l'approccio statunitense, cfr. A. A. BONI-SAENZ- R. KRESS WEISBORD, *Lo sham trust negli USA*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2017, 5, 229 ss.

un soggetto terzo, il *trustee*, pur potendo il disponente mantenere alcuni poteri: se così non fosse, si tratterebbe di un istituto inutile, in quanto già ogni soggetto può usare i propri beni come vuole e quindi anche destinarli ad una specifica finalità³⁵². Anzi, talvolta - anche valorizzando la differenza tra ambito civile e penale - ci si è spinti a ritenere che vi sarebbe nullità anche qualora sia istituito un *trustee*, ma nella sostanza il *settlor* non abbia perso la disponibilità dei beni (c.d. *sham trust*)³⁵³. Un altro orientamento, invece, ritiene che non possa affermarsi la nullità in via generale ed astratta, ma occorre anche in questi casi verificare cosa prevede la legge applicabile e vagliare la meritevolezza degli interessi presi di mira: da un lato, l'esistenza di altri atti di destinazione autointestati (come il fondo patrimoniale) ne esclude l'inutilità; dall'altro, il giudizio di meritevolezza non può fermarsi al mero effetto segregativo (che in più occasioni il nostro ordinamento riconosce meritevole di tutela), ma occorre valutare l'interesse di volta in volta perseguito e quindi indagare la causa in concreto³⁵⁴. Peraltro, vi è chi fa ulteriormente notare come non bisogna confondere le ipotesi di causa illecita, frode alla legge o contrarietà a norme imperative (in cui la nullità sarebbe il rimedio senza dubbio applicabile) da quelle in cui si tratti di un espediente contro i creditori (i quali hanno diversi strumenti di tutela, come l'azione revocatoria o il recente art. 2929 *bis* c.c.)³⁵⁵.

A parere di chi scrive, è maggiormente condivisibile la seconda posizione e, più in generale, per individuare la nozione di appartenenza ai negozi fiduciari (ed al *trust* in particolare), conviene applicare i citati principi civilistici. Anche in questo caso, non si tratta di una "resa" della pretesa ablatoria dello Stato, ma di un'applicazione dello strumento della confisca più aderente alla *ratio* ripristinatoria. Senza invocare necessariamente la nullità (la quale rischierebbe di ledere anche ulteriori terzi, che possono essere aventi causa dal fiduciario), è comunque possibile perseguire lo scopo di recupero del provento: quando un *trust* sia stato istituito con l'intenzione di non vincolare i beni alla destinazione, si potrebbe più correttamente far valere la simulazione³⁵⁶; nei casi di fiduciario

³⁵² In questo senso, tra le altre, Cass. Civ., sez. VI, 25 febbraio 2015, n. 3886, Cass. pen., sez. V, 28 settembre 2016-20 febbraio 2017, n. 8041 e Cass. pen., sez. II, 25 marzo 2015, n. 15804.

³⁵³ Cfr. Cass. pen., 24 gennaio 2011, n. 13276; R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita cit.*, 146 ss. Riguardo al tema di una differenziazione tra principi civilistici e confisca nel procedimento penale, si veda T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale cit.*, 188 ss., in cui l'A. rileva come - mentre per il sequestro conservativo abbia senso compiere una tale estensione - la confisca in ambito penale necessita di un trattamento differenziato, seppur non possa considerarsi del tutto irrilevante la tematica della circolazione dei beni (che però riguarderebbe gli aventi causa dal fiduciante e non invece i soggetti interni) e comunque ponendosi interrogativi sulla situazione in cui la particolare meritorietà della destinazione impressa al patrimonio possa prevalere sulle ragioni della confisca.

³⁵⁴ In questo senso le già citate pronunce Corte App. Milano, 1 dicembre 2016-30 gennaio 2017 e Trib. Pescara, 5 maggio 2016, n. 758, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2017, 5, 309 ss. Quest'ultima, in particolare, evidenzia la differenza tra atti idonei a limitare il patrimonio del debitore (riguardo ai quali il riferimento è, appunto, il solo effetto segregativo ed il rimedio l'azione revocatoria) ed atti idonei a limitare illegittimamente la responsabilità del debitore (che invece sono nulli in quanto incidono sulla norma imperativa dell'art. 2740 c.c.).

³⁵⁵ Si veda, per una ricognizione delle posizioni in campo, S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata, trust liquidatorio e tutela dei creditori*, in *Libro dell'anno del diritto*, in www.treccani.it, 2015.

³⁵⁶ In questo senso, d'altronde, la stessa giurisprudenza ha valorizzato (non veri e propri elementi costitutivi aggiuntivi), bensì una serie di "indici di sospetto" sicuramente valorizzabili in ottica ablatoria, ma rispetto ai quali è sempre possibile verificarne la giustificabilità nella situazione concreta. Sul punto, effettua una ricognizione e qualche riflessione critica P. SILVESTRE, *Il sequestro penale del fondo in trust nella recente giurisprudenza*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2016, n. 2, 138 ss.: «gli indici de quo sono: 1) l'identità di disponente e trustee; 2) l'identità di disponente e beneficiario; 3) la

e/o beneficiario non estranei al reato, la confisca potrà basarsi proprio sull'assenza di tale secondo requisito di esclusione; se invece essi sono estranei, lo Stato comunque potrebbe subentrare nella posizione giuridica del fiduciante (con i relativi eventuali poteri e/o con la possibilità della restituzione del bene alla scadenza) o, se è autointestato, anche del *trustee*.

Altra ipotesi particolarmente ricorrente è quella del conferimento di beni in società. Invero, la disciplina della nullità delle società di capitali - che maggiormente si prestano ad interposizioni in ragione del più rigido regime di separazione patrimoniale - è particolarmente stringente, prevedendo tassative ipotesi, peraltro di scarsa frequenza³⁵⁷. Anche qui, dunque, le modalità per far valere distorsioni patologiche devono essere altre: se una struttura societaria è utilizzata come mero schermo, è comunque possibile provare la simulazione (che dissimula la titolarità diretta); se invece la società abbia una ragion d'essere ulteriore, non si può negare l'appartenenza di beni alla stessa e risulterà decisiva, ancora una volta, la verifica del secondo requisito, relativo all'estraneità al reato³⁵⁸. In definitiva, è possibile tirare le fila del discorso compiuto nei seguenti termini.

Le situazioni giuridiche che non possono essere fatte valere nei confronti dello Stato sono quelle affette da vizi di validità o che si presentino meramente apparenti.

Nel caso in cui, invece, vi siano interposizioni effettive ed in generale ove vi siano situazioni di diritto efficaci, sussisteranno senza dubbio gli estremi, a seconda dei casi, dell'opponibilità o dell'appartenenza.

Così, un diritto valido ed efficace che non costituisca provento del reato potrà sempre essere fatto valere nei confronti dello Stato, seppur negli esposti limiti delle condizioni di opponibilità. Per tali situazioni, come visto, si prescinde da ulteriori considerazioni soggettive: non essendo un

familiarità del disponente con il trustee o con il guardiano; 4) la costituzione di un trust che vede come beneficiari stretti famigliari del disponente ed il permanere dei beni in ambito familiare; 5) la usufruibilità di alcuni beni del trust da parte del disponente; 6) l'esistenza di vicende commerciali o contrattuali tra il trustee e il disponente; 7) la comunanza di interessi economici di società del trustee con società del disponente; 8) la immotivata revocabilità del trust e del trustee; 9) il fatto che i disponenti continuassero ad essere dipendenti della società ceduta al trust, mantenendone il controllo interno; 10) l'influenza del disponente sulla gestione del trust e dei beni dopo la segregazione; 11) la pertinenzialità dei beni all'attività delinquenziale; 12) la costituzione del trust e il conferimento dei beni in costanza di attività criminosa; 13) la non meritevolezza della tutela degli interessi che l'atto di destinazione dei beni in trust intende realizzare; 14) l'immediato reimpiego da parte degli imputati delle somme ricavate dal reato attraverso la segregazione in trust; 15) il periodo sospetto in cui venne effettuata la modifica rilevante per escludere ogni potere di ingerenza del disponente; la natura gratuita dell'atto; 16) la natura di atto unilaterale non recettizio e la natura di negozio fiduciario del trust, che lo assimila all'interposizione reale. Elenco che si rileva particolarmente prossimo a quello formulato dall'Agenzia delle entrate nel 2010 (circolare Agenzia delle entrate n. 61/E del 27 dicembre 2010) e dalla Banca d'Italia nel 2013 (Banca d'Italia, schema rappresentativo di comportamenti anomali 2 dicembre 2013)».

³⁵⁷ L'art. 2332 c.c. prevede un elenco tassativo che, in ragione del principio di conservazione dei complessi produttivi, va interpretato in senso stretto (in questo senso, Corte Giustizia, 13 novembre 2000, *Marleasing*): difetto di forma (quindi mancanza dell'atto pubblico), illiceità dell'oggetto sociale (ma deve essere quello risultante dal contratto costitutivo, non quello effettivamente realizzato), mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardo denominazione sociale, conferimenti, ammontare del capitale sociale e oggetto sociale.

³⁵⁸ R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita cit.*, 145 ss.; sulla difficoltà di provare la simulazione in generale e sulla necessità di rigore nel ricercare la differenza tra la società-schermo e la società reale, T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale cit.*, 201 ss.

vantaggio derivante dal reato, non può essere preso di mira dallo Stato (quantomeno nell'ottica della confisca diretta dei proventi).

Se invece si discorre di vantaggio patrimoniale di derivazione criminosa - e dunque di (anche solo parte del) provento - la sua titolarità effettiva ed efficace comporta la sussistenza della nozione di "appartenenza", ma entra in gioco il secondo requisito richiesto dal legislatore, vale a dire l'estraneità al reato³⁵⁹.

3.2.4 La nozione di "persona estranea al reato"

Per escludere l'applicazione della confisca nei confronti di soggetti titolari di una situazione giuridica costituente (o afferente ad un) provento del reato, infatti, occorre che si tratti di "persone estranee al reato".

Il riferimento soggettivo appare pacificamente riferibile sia a persone fisiche, che a persone giuridiche. In relazione al termine "estraneità", invece, non emerge un significato univoco. Occorre allora fare riferimento alla *ratio* della norma, che intende limitare il recupero dei proventi criminosi rispetto ai terzi che siano meritevoli di tutela.

Muovendo dall'interpretazione della confisca dei proventi quale misura extrapenale, è ben possibile che anche soggetti non condannati in via definitiva per il reato possano subire gli effetti della misura recuperatoria. Ciò permette di dare all'accezione in esame una valenza sostanziale: l'estraneità è riferita al reato e non solo al procedimento penale. Non basta il fatto di non essere stato indagato, imputato o condannato per essere qualificati in termini di "persona estranea".

Per integrare quest'ultimo concetto - e dunque paralizzare la confisca - la giurisprudenza ha elaborato due diversi indici, che devono essere presenti cumulativamente: l'assenza di partecipazione attiva al reato e l'assenza di utilità economiche derivanti dal reato, salvo che queste ultime siano state conseguite in buona fede³⁶⁰.

Il primo requisito implica la mancanza di qualsiasi collegamento con il fatto di reato: per essere "estraneo", il terzo non deve aver contribuito o partecipato in alcun modo alla fattispecie criminosa, neanche con contributi non punibili. E' abbastanza pacifico, allo stesso tempo, che risulta estraneo anche chi risulta coinvolto nel reato in maniera passiva, quali sono la persona offesa ed i danneggiati dal reato. Anzi, tali soggetti sono meritevoli di una considerazione e tutela anche superiore, tanto è vero che in diverse norme il legislatore si preoccupa di escludere in maniera specifica dalla confisca ciò che può essere ad essi restituito³⁶¹.

³⁵⁹ In questo senso, ad esempio, il Tribunale di Trapani, con l'ordinanza del 3 marzo 2011, in www.penalecontemporaneo.it, 11 marzo 2011, ha valorizzato la non estraneità di una società che, pur non avendo partecipato al procedimento, aveva subito la confisca di uno stabilimento industriale. In particolare, si trattava di una società partecipata al 50 % da un soggetto condannato per il reato di associazione mafiosa, a cui era stata confiscata proprio tale quota di partecipazione sociale; determinante, però, erano i vantaggi ottenuti dalla società - nella diretta disponibilità della consorterìa mafiosa - dall'utilizzo del metodo mafioso anche all'interno del tessuto economico.

³⁶⁰ Cfr. T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale cit.*, 159 ss.

³⁶¹ Prevedono una tale specificazione, tra gli altri, gli artt. 600 *septies*, 644, comma 6 c.p. e 19, comma 1 d. lgs. 231/2001. Si tratta di un riferimento che, come visto nel par. 2.3.4 (ed in particolare alla relativa nota n. 58), può assumere una valenza anche con riferimento alla sussistenza o meno di un principio di sussidiarietà della confisca dei proventi rispetto

Invero, un siffatto requisito del coinvolgimento attivo nell'azione criminosa è astrattamente corretto e sostenibile, ma con riferimento alla confisca diretta dei proventi ha in concreto un'importanza limitata. Muovendo dalla ricostruzione del provento in termini di vantaggio economico netto, se un terzo ha pure contribuito al reato ma non ha conseguito un simile vantaggio, è difficile sostenere che abbia incamerato il provento da sottoporre ad ablazione.

Diventa allora decisivo il secondo requisito, che riconduce l'estraneità proprio all'assenza di vantaggi economici derivanti dal reato³⁶² o, qualora tali vantaggi siano stati conseguiti, alla sussistenza di un legittimo affidamento del terzo sulla provenienza lecita dell'introito patrimoniale³⁶³.

Una tale connotazione soggettiva (la c.d. "buona fede") è stata ricostruita dalla giurisprudenza in termini di «*non conoscibilità - con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta - del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato*»³⁶⁴. Ulteriore specificazione è contenuta nella direttiva UE n. 42 del 2014, in cui vengono indicati, come ipotesi esemplificative di assenza di buona fede, i casi in cui il terzo sapeva o avrebbe dovuto sapere che «*il trasferimento o l'acquisizione dei beni aveva lo scopo di evitare la confisca, sulla base di fatti e circostanze concreti, ivi compreso il fatto che il trasferimento o l'acquisto sia stato effettuato a titolo gratuito o contro il pagamento di un importo significativamente inferiore al valore di mercato*»³⁶⁵.

La buona fede è un requisito di contegno soggettivo che viene spesso ricondotto sia al generale e pubblico interesse alla certezza della circolazione giuridica, sia al principio di colpevolezza *ex art. 27 Cost.*

Il primo fondamento è sicuramente corretto, in quanto limitare l'ingerenza statale alle sole ipotesi in cui il soggetto sapesse o dovesse diligentemente sapere la provenienza criminosa trova giustificazione nella generale esigenza di certezza e celerità della circolazione giuridica. Andare a sottrarre beni ad

ad altri meccanismi restitutori e risarcitori. Tuttavia non vi è dubbio che si tratti quantomeno di un livello rafforzato di tutela di queste particolari categorie di terzi.

Per quanto riguarda in particolare le restituzioni dei beni sequestrati la direttiva 2012/12/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato all'art. 15 prevede che «*gli Stati membri provvedono a che, in seguito a una decisione di un'autorità competente, i beni restituibili sequestrati nell'ambito del procedimento penale siano resi senza ritardo alle vittime, tranne quando il procedimento penale imponga altrimenti. Le condizioni o le norme procedurali in base alle quali tali beni sono restituiti alle vittime sono stabilite dal diritto nazionale*», disposizione esplicita meglio dal considerando n. 48, in base al quale «*i beni restituibili sequestrati nell'ambito del procedimento penale dovrebbero essere restituiti il più presto possibile alla vittima del reato, salvo che ricorrano circostanze eccezionali, quali una controversia riguardante la proprietà o laddove il possesso dei beni o il bene stesso siano illegali. Il diritto alla restituzione dei beni non dovrebbe ostacolare il legittimo mantenimento del sequestro ai fini di altri procedimenti giudiziari*». Per il resto, la direttiva non si occupa del rapporto tra sequestro/confisca e risarcimento, premurandosi genericamente che quest'ultimo sia assicurato alla vittima dal sistema nazionale.

³⁶² In questo senso si è espressa precipuamente la Corte Costituzionale nella sentenza 14-19 gennaio 1987, n. 2.

³⁶³ Cfr. Corte Costituzionale 9-10 gennaio 1997, n. 1.

³⁶⁴ In questi termini Cass. pen., Sez. Un., 28 aprile-8 giugno 1999, n. 9; in dottrina T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale cit.*, 161ss.

³⁶⁵ Così recita l'art. 6 della Direttiva (UE), n. 42 del 3 aprile 2014. Per un commento, A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti dei proventi da reato nell'Unione Europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 settembre 2014, 19 ss.

un soggetto che invece aveva confidato senza colpe nella legittima provenienza significherebbe paralizzare i traffici giuridici, in quanto nessuno andrebbe a compiere acquisti senza aver compiuto una rigorosa ed approfondita verifica sulla provenienza. In alcuni casi ciò non sarebbe possibile e comporterebbe addirittura scelte di non acquisto, con effetti micro e macroeconomici a catena non auspicabili³⁶⁶.

Per converso, il riferimento all'art. 27 Cost. non si attaglia all'istituto della confisca dei proventi e la stessa analisi dell'elaborazione giurisprudenziale ne fa emergere due punti critici.

In primo luogo, il requisito della colpevolezza è un rigido ed irrinunciabile baluardo della responsabilità penale e dunque potrebbe essere invocato solo qualora si desse alla confisca una tale natura. Come visto, a tale conclusione non è mai giunta la giurisprudenza, né costituzionale, né di legittimità, almeno per la confisca diretta dei proventi.

Nel solco di tale ragionamento, poi, è possibile rilevare come la Corte Costituzionale abbia compiuto un più netto ed espresso riferimento alla colpevolezza nelle ipotesi in cui oggetto di scrutinio era la confisca obbligatoria di beni strumentali³⁶⁷. Quando invece oggetto di ablazione erano beni di derivazione criminosa il percorso argomentativo della giurisprudenza si è concentrato maggiormente sull'assenza di vantaggi economici o di un legittimo affidamento³⁶⁸. Pur non trattandosi di una scelta espressamente motivata, appare significativo evidenziare come probabilmente un maggiore "bisogno di colpevolezza" si sia manifestato proprio in quei casi in cui la fattispecie aveva tratti maggiormente punitivi³⁶⁹.

In secondo luogo, una corretta applicazione delle garanzie penalistiche implicherebbe anche la necessità di determinatezza nella tipizzazione dell'illecito e la presunzione di innocenza fino a condanna definitiva. In altre parole, se la confisca fosse una pena non sarebbe in nessun caso possibile

³⁶⁶ Cfr., *retro*, 1.5.4 e relativi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

³⁶⁷ Così, ad esempio, nella citata sentenza n. 229/1974.

³⁶⁸ Ad esempio, nella citata sentenza n. 1/1997 (in tema di proventi del reato di contrabbando) - pur dando atto dei precedenti giurisprudenziali in tema di art. 27 Cost. ed inserendo nel discorso il tema della personalità della responsabilità penale - la Corte Costituzionale ha portato avanti affermazioni che sembrano più prossime a discorsi extrapenalistici: *«altro sono le attività illecite dell'autore del contrabbando, dei suoi eventuali concorrenti, di coloro che siano incorsi nei reati di ricettazione o di incauto acquisto, altra la posizione del terzo che abbia compiuto il suo acquisto in buona fede e senza che esistessero elementi idonei a far sorgere sospetti circa la provenienza del bene. Tale posizione è da ritenere protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole, che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico e dal quale scaturisce anche la regola generale di circolazione dei beni mobili nel nostro sistema di mercato (cfr. art. 1153 del codice civile). Si può anzi dire che, secondo l'ordinamento civilistico, lo stato di buona fede nell'acquisto di beni mobili, salve le deroghe positivamente previste, possiede una così accentuata rilevanza da interrompere qualunque legame del bene con i precedenti possessori e da determinare un acquisto a titolo originario [...] Un più ragionevole equilibrio degli interessi che in simili casi vengono in considerazione (quelli dello Stato connessi all'esercizio della potestà tributaria, quelli del privato derivanti dal principio dell'affidamento incolpevole) porta a ritenere che l'interesse finanziario dello Stato possa certo ricevere un ambito di tutela privilegiata anche nei confronti del terzo sul piano processuale. Può quindi risultare non irragionevole una deroga al principio vigente in materia di acquisti di beni mobili secondo il quale la buona fede è generalmente presunta; ma la tutela di tale interesse non può spingersi sino al punto di impedire al terzo estraneo al reato di essere ammesso a provare che non sussistevano al momento dell'acquisto circostanze tali da far sorgere sospetti circa la provenienza del bene da contrabbando».*

³⁶⁹ Come avuto modo di esaminare, infatti, la confisca obbligatoria dei beni strumentali tende ad assumere la natura di punizione: cfr. *retro* il par. 2.6.3.

applicarla a soggetti che non siano stati condannati in via definitiva per un reato legalmente predeterminato. L'estraneità, dunque, andrebbe letta in questo senso e la tutela andrebbe estesa a tutti i soggetti diversi dal condannato.

A tali conclusioni, evidentemente, non è mai arrivata la giurisprudenza che pure richiama l'art. 27 Cost. Anzi, come si avrà modo di esporre più avanti, è stata anche ritenuta legittima e ragionevole l'inversione dell'onere probatorio a carico del terzo, ai fini della dimostrazione dell'estraneità.

Appare allora più lineare e coerente ritenere che l'unico fondamento della lettura dell'estraneità anche in base al parametro della "buona fede" vada ricercata nel principio generale di certezza del diritto e legittimo affidamento, che peraltro con riferimento alla confisca è stato anche tipizzato da diversi strumenti internazionali³⁷⁰. Si tratta, allora, di un elemento non proprio del rigido statuto penalistico, ma che si innesta nel regime di protezione dell'individuo di tipo generico.

In base ad una tale cornice costituzionale, è possibile in definitiva affermare l'interpretazione dell'estraneità al reato nel senso di assenza sia di coinvolgimento attivo nella condotta criminosa, sia (soprattutto) di ottenimento di vantaggi in assenza di "buona fede".

Ciò permette, inoltre, di ritenere che anche la clausola di salvaguardia dei terzi contenuta nell'art. 19, comma 1 d. lgs. 231/2001 abbia un senso analogo a quella, appena analizzata, di "appartenenza a persona estranea al reato".

3.2.5 segue: l'ipotesi dell'erede

Alcuni problemi applicativi sorgono nell'ipotesi in cui il provento venga acquisito quale cespite ereditario. Si tratta, in altre parole, del caso in cui alcuni *assets* di derivazione criminosa che erano nel patrimonio di un soggetto (reo o terzo) siano trasferiti *mortis causa* a suoi eredi prima che venga disposta la confisca³⁷¹.

Occorre premettere che non pare vi siano ostacoli assoluti di tipo costituzionale all'ablazione di tali vantaggi patrimoniali, in quanto si tratterebbe anche in questo caso di recupero di un arricchimento patrimoniale privo di una causa giustificativa lecita.

Peraltro, nel caso assai frequente in cui al momento della morte il bene fosse già vincolato con un sequestro preventivo, sarebbe agevole affermare la conoscenza o conoscibilità della provenienza criminosa dei beni da parte degli eredi.

³⁷⁰ Vale la pena fare nuovamente cenno dei principali strumenti in materia: Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope, adottata a Vienna il 20 dicembre 1988 (ratificata in Italia con legge 5 novembre 1990, n. 328), che all'art. 8, comma 5 prevede che dall'applicazione della confisca non debbano essere pregiudicati i diritti dei terzi in buona fede; Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato conclusa a Strasburgo l'8 novembre 1990 (ratificata in Italia con legge 9 agosto 1993, n. 328) che all'art. 21 relativo al reciproco riconoscimento di decisioni giudiziarie fa espresso riferimento alla tutela, anche processuale, dei diritti dei terzi; Direttiva (UE), n. 42 del 3 aprile 2014 relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi del reato nell'Unione Europea (si vedano l'art. 6 ed i considerando nn. 33 e 34).

³⁷¹ Se la successione ereditaria fosse successiva all'acquisto coattivo dello Stato, infatti, il problema non si potrebbe porre in quanto il provento non sarebbe più parte dell'asse ereditario.

Se a morire sia un terzo a cui erano stati sequestrati proventi in quanto non ritenuto estraneo, allora, non pare sorgano grossi problemi, visto che la circostanza della morte di un terzo non ha effetti processuali o sostanziali sul procedimento penale.

Se invece a morire sia il reo, verrebbe integrata una causa di estinzione del reato (art. 150 c.p.), a cui conseguirebbe necessariamente una sentenza di proscioglimento. Si tratta allora di comprendere se la confisca possa essere o meno disposta anche in assenza di una condanna ed in particolare nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato.

Il dato letterale sembrerebbe escludere questa possibilità³⁷², visto che le principali norme in materia di confisca diretta di prezzo, prodotto o profitto del reato prevedono che la confisca venga disposta “nel caso di condanna o di applicazione di pena su richiesta delle parti”. Soltanto il secondo comma dell’art. 240 c.p. non contiene una clausola così esplicita, ma in realtà la necessità della condanna per la confisca del prezzo (n. 1) può essere desunta *a contrario* dalla specificazione che viene compiuta per le cose intrinsecamente criminose (collocate al successivo n. 2), per le quale quali si prevede che venga disposta confisca «*anche se non è stata pronunciata condanna*».

Tuttavia, almeno con riferimento alle ipotesi di confisca obbligatoria, la più recente giurisprudenza di legittimità ha ridimensionato la portata di tale requisito normativo. Infatti - valorizzando l’avverbio “sempre” ed anche alla luce del quadro sovranazionale e costituzionale - le Sezioni Unite hanno ritenuto preferibile un’interpretazione sostanziale del termine “condanna”. Non occorre, a parere della Suprema Corte, un vero e proprio giudicato sulla colpevolezza, ma è sufficiente che il giudizio di reità sia contenuto in una pronuncia giurisdizionale, anche non definitiva, non smentita dai successivi gradi di giudizio. In altre parole, se un soggetto è stato dichiarato colpevole e condannato in primo grado e poi, successivamente, sia prosciolto esclusivamente per il verificarsi di una causa di estinzione del reato e senza invece censure sul merito della prima sentenza, allora si consolida anche la confisca del provento del reato³⁷³.

Il tema, in realtà, è più vasto e complesso e non è possibile affrontarlo in maniera esauriente in questa sede. Si può solo brevemente accennare al fatto che, aderendo alla tesi della confisca dei proventi quale misura extrapenale, non pare vi siano ostacoli di legittimità costituzionale all’applicazione della stessa anche in assenza di condanna penale definitiva (come ad esempio avviene per l’ipotesi di cui all’art. 24 Cod. Ant.). Tuttavia, l’opzione ermeneutica adottata dalle Sezioni Unite presenta evidenti criticità sistematiche, visto che il termine “condanna” presente in altre disposizioni codicistiche è costantemente interpretato nel senso di condanna definitiva. Un’impostazione maggiormente

³⁷² In questo senso si era espressa la giurisprudenza, seppur non unanimemente, in epoca precedente al 2015 (in sede di legittimità, con riferimento ad ipotesi di estinzione per prescrizione: Cass. pen., Sez. Un., 15 ottobre 2008, n. 38834; Cass. pen., sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 8382; in sede di merito, con precipuo riferimento all’estinzione per morte del reo: Trib. Trapani, 7 gennaio 2013, n. 998).

³⁷³ Ad un tale esito è arrivata la sentenza Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno-21 luglio 2015, n. 31617 (ricorrente Lucci), facendo anche riferimento agli arresti della Corte Costituzionale sul tema della confisca senza condanna in tema di confisca urbanistica (sent. 14 gennaio-26 marzo 2015, n. 49; cfr. par. 2.6.4 e relativi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali).

garantista, dunque, richiederebbe una specificazione legislativa in tal senso, di recente compiuta con riferimento alla confisca allargata³⁷⁴.

3.3 La tutela sostanziale rispetto alla confisca per equivalente

Riguardo alla confisca per equivalente, il legislatore non si è preoccupato di ribadire la clausola di salvaguardia dei terzi appena analizzata con riferimento alla confisca diretta dei proventi. Ciò, evidentemente, è legato alla diversa modalità con cui tale strumento permette di raggiungere la medesima *ratio* ripristinatoria. Non essendo possibile rintracciare il nesso di derivazione dal reato del provento, infatti, la *value confiscation* prende di mira altre utilità del reo. Chi ha commesso il reato diviene garante, eventualmente in solido con i concorrenti³⁷⁵, di quanto il reato ha indebitamente fatto guadagnare, a prescindere dal fatto che il provento si sia poi consolidato altrove (ad esempio mediante cessioni a titolo gratuito).

Le norme in materia, infatti, prevedono che siano confiscati beni, denaro o altre utilità di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a prodotto, prezzo o profitto. Spesso, inoltre, viene specificato che la disponibilità può esserci anche “per interposta persona”³⁷⁶.

Così, il punto di riferimento per realizzare la finalità di elisione dell’ingiusto arricchimento diventa da oggettivo (provento) a soggettivo (reo). Conseguentemente, cambia anche la prospettiva ricostruttiva della posizione dei terzi: non si tratterà più di comprendere se siano divenuti titolari di situazioni giuridiche in qualche modo derivanti dal reato e se lo abbiano fatto o meno in buona fede; occorrerà, invece, verificare se eventuali situazioni giuridiche di cui sono titolari soggetti terzi costituiscano comunque un’utilità per il reo.

Il concetto chiave a cui fare riferimento, allora, è proprio quello di “disponibilità”. La giurisprudenza ha ritenuto che esso sia più ampio del diritto di proprietà e comprenda anche situazioni giuridiche o fattuali diverse e sottordinate, purché idonee a garantire il pieno godimento del bene³⁷⁷.

³⁷⁴ La legge 17 ottobre 2017, n. 161 ha introdotto (art. 31, comma 1, lett. f) il nuovo comma 4 *octies* all’art. 12 *sexies*) «in caso di morte del soggetto nei cui confronti è stata disposta la confisca con sentenza di condanna passata in giudicato, il relativo procedimento inizia o prosegue, a norma dell’articolo 666 del codice di procedura penale, nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa». Inoltre, l’applicazione della confisca senza condanna (definitiva), è prevista per quelle ipotesi in cui sopravvenga l’estinzione del reato per prescrizione o amnistia dopo che comunque vi sia stata una pronuncia formale, seppur non definitiva, di accertamento della responsabilità dell’imputato (nuovo comma 4 *septies*, introdotto dalla già citata lett. f) del comma 1 dell’art. 31 legge 17 ottobre 2017, n. 161). Cfr. F. MENDITTO, *Verso la riforma del d. lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia) e della confisca allargata*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2015, 69 ss.

³⁷⁵ Come già esposto brevemente nella nota 154 del par. 2.7.1 (a cui si rinvia) la giurisprudenza prevalente ritiene applicabile il principio solidale, ferma restando l’impossibilità di eccedere il *quantum* del provento. Si registrano, però, anche orientamenti che sostengono la tesi *pro quota* (salvi i casi di particolari rapporti personali o economici, in relazione alla situazione concreta: Cass. pen., sez. VI, 11 luglio 2007, n. 34878) o comunque la possibilità di applicazione solidale solo laddove il soggetto che ha percepito il profitto non sia capiente (Cass. pen., sez. V, 3 ottobre 2008, n. 376933). Qualche recente sentenza, poi, differenzia il sequestro (che potrebbe anche riguardare l’intera entità per un solo concorrente) dalla confisca (che deve evitare l’eccedenza: Cass. pen., Sez. II, 20 gennaio 2015, n. 2488).

³⁷⁶ Invero, la formula legislativa cambia nelle diverse disposizioni, ma si ritiene possa essere ricondotta ad un significato comune: ad esempio, l’art. 19 comma 2 d. lgs. 231/01 fa riferimento solo al valore equivalente, l’art. 322 *ter* c.p. discorre di “disponibilità”, gli artt. 646 e 648 *quater* c.p. aggiunge la locuzione “anche per interposta persona”.

³⁷⁷ In questo senso, da ultimo, Cass. pen., sez. VI, 29 marzo-19 maggio 2017, n. 25274, per la quale «nella nozione di disponibilità dell’indagato rientrano tutte quelle situazioni nelle quali i beni che s’intendono sottoporre al vincolo

Una tale interpretazione appare condivisibile. Dal punto di vista letterale, è il legislatore ad utilizzare una nozione più ampia di quella di appartenenza e tendente a far rientrare ogni situazione giuridica o fattuale esercitata nell'interesse del reo. Sul piano teleologico, poi, si tratta di un risultato ermeneutico che permette di valorizzare la finalità di recupero del valore dei vantaggi derivati dal reato andando ad attingere all'intera sfera di utilità del soggetto colpevole.

Ciò significa, in primo luogo, che sono estendibili alla confisca per equivalente le conclusioni relative all'inefficacia di eventuali atti traslativi o segregativi affetti da invalidità e di negozi simulati.

Inoltre, la pretesa ablatoria potrà essere estesa anche oltre ed andare a comprendere tutti quei casi in cui vi sono situazioni che, pur legittime ed espressione di interessi meritevoli di tutela, siano esercitate nell'interesse patrimoniale del reo³⁷⁸. Vengono meno, rispetto alla confisca diretta, i limiti relativi alla pertinenzialità al reato ed all'estraneità al reato della persona terza.

In altre parole, la "buona fede" che permette di tutelare il terzo non deve inerire alla conoscenza o conoscibilità della derivazione criminosa del bene, ma - da un'ottica soggettiva - riguarda la ragionevole consapevolezza di essere titolari di una situazione giuridica esercitata a favore del reo.

Da questa prospettiva, allora, c'è sicuramente uno spazio più ampio di aggredibilità di beni oggetto di intestazioni fiduciarie, se il vincolo funzionale di destinazione è in qualche modo volto a soddisfare interessi, patrimoniali o non patrimoniali, del reo.

Per contraltare, però, non essendo beni di diretta o indiretta provenienza criminosa, non potranno essere incisi cespiti patrimoniali di persone diverse dal condannato, che ne godano direttamente o a favore di altre persone. Ciò, chiaramente, a condizione che non si tratti di trasferimenti fraudolenti, volti ad evitare la confisca, se il terzo conosceva o poteva conoscere un simile scopo «*sulla base di fatti e circostanze concreti, ivi compreso il fatto che il trasferimento o l'acquisto sia stato effettuato a titolo gratuito o contro il pagamento di un importo significativamente inferiore al valore di mercato*»³⁷⁹.

Maggiori problemi creano il fondo patrimoniale e più in generale le situazioni di contitolarità³⁸⁰: occorrerà valutare, in concreto, la quota di disponibilità diretta del reo e quella degli altri soggetti. Ad

ricadano nella sfera degli interessi economici del reo, ancorché il potere dispositivo su di essi venga esercitato per il tramite di terzi». Si veda anche S. EUSEPI, *Reati tributari, sequestro preventivo e fondo patrimoniale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2014, n. 9, 359.

³⁷⁸ In questo senso, rientra nella nozione in esame anche l' «*interposizione "reale" o fiduciaria, atteso che anche in quest'ultima ipotesi, nonostante il bene sia effettivamente alienato, titolare del potere sulla "res", per effetto del negozio fiduciario sottostante, è l'alienante interponente*» (Cass. pen., sez. VI, 29 marzo-19 maggio 2017, n. 25274). Invero, talvolta la giurisprudenza ha adottato altre strade per far valere queste ipotesi, come ad esempio la verifica dei requisiti di validità del trust: sul tema, cfr. S. GIANGRANDE, *Permanente disponibilità dei beni in trust e sequestro preventivo*, in *Trust e attività fiduciarie*, marzo 2017, 142 ss.; R. M. NATALE, *Trust e sequestro penale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, settembre 2016, 503 ss.; R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita cit.*, 146 ss.

³⁷⁹ Così recita l'art. 6 della Direttiva (UE), n. 42 del 3 aprile 2014. Per un commento, A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti dei proventi da reato nell'Unione Europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 settembre 2014, 19 ss.

³⁸⁰ Ad esempio in tema di beni in comunione, la Cassazione ha avuto modo di statuire che «*la misura può riguardare il bene nella sua interezza quando risulti dimostrato che lo stesso sia comunque nella disponibilità dell'indagato ovvero quando si tratti di cose indivisibili o sussistano comprovate esigenze di conservazione del bene medesimo, tanto per*

esempio, se l'utilizzazione dei beni del fondo siano destinati prevalentemente a soddisfare utilità del reo (che è ad esempio il conduttore abituale dell'automobile o l'utilizzatore esclusivo di alcuni beni, ecc.), ciò dovrà chiaramente essere valorizzato nell'ottica della confisca; qualora invece si tratti di beni destinati alla formazione dei figli o allo sviluppo della personalità del coniuge non potranno essere aggrediti con la confisca per equivalente (occorrerà, invece, che risultino essere un provento diretto del reato e che sia assente la "buona fede" dei beneficiari)³⁸¹.

Infine, si presentano problematiche le ipotesi dei beni conferiti in società che non siano un mero schermo. Quando si verifica una situazione concreta per cui il reo ne dispone in maniera diretta, potrebbe farsi valere la situazione riguardo ai singoli beni di utilità personale e non sociale. Se, invece, si tratta di una conduzione d'impresa nel mercato condotta però nel proprio interesse (ad esempio incamerando gli utili), si potrebbe far valere la sua partecipazione occulta ed eventualmente aggredire le quote sociali corrispondenti all'esercizio di un tale potere.

Qualche riflessione in più deve farsi per le ipotesi in cui i sequestri/confische per equivalente siano disposti nell'ambito di procedimenti penali per reati *ex art. 51, comma 3 bis c.p.p.*, come si avrà modo di esporre nel paragrafo 3.5.

3.4 La tutela generale nel procedimento penale

Così delineati gli aspetti sostanziali di tutela del terzo interessato ad uno specifico bene oggetto di sequestro/confisca disposta nei confronti dell'indagato/imputato/condannato, occorre chiedersi quale sia la sua posizione nell'ambito del procedimento penale.

Il tema crea non pochi problemi, visto che il processo penale - pensato per accertare la sussistenza della responsabilità penale di uno/più soggetti - è essenzialmente costruito sulla figura del reo e dunque in una dialettica tra pubblica accusa e difesa. La partecipazione di altri soggetti non è essenziale e, sebbene si debba ravvisare un recente *trend* di coinvolgimento della persona offesa³⁸², ad essi è riservata una posizione collaterale.

Ciò è particolarmente evidente in relazione a coloro che siano interessati (non alla sorte processuale del reo, bensì) ad un bene in qualche modo correlato alla propria situazione giuridica soggettiva. Si

impedirne la dispersione quanto per assicurarne l'integrità del valore. Negli altri casi la misura reale può invece essere contenuta entro la quota di proprietà di pertinenza dell'indagato sulla quale opererà poi la successiva confisca» (Cass. pen., 27 gennaio-23 febbraio 2011, n. 6894).

³⁸¹ Sul rapporto tra confisca per equivalente e l'istituto del fondo patrimoniale, cfr. S. EUSEPI, *Reati tributari cit.*, 347 ss.

³⁸² Ciò è avvenuto negli ultimi anni soprattutto su *input* sovranazionale: si pensi, tra le altre, alle modifiche introdotte dalla legge l. 1 ottobre 2012, n. 172 di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2007 per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale (Convenzione di Lanzarote) e dal d. lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, di attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI (cfr. F. DEL VECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 aprile 2016).

ritiene che la loro posizione abbia carattere civilistico, con tutte le relative conseguenze processuali³⁸³.

Aspetti problematici vengono in rilievo sia, a monte, con riferimento agli strumenti d'indagine a cui possono essere sottoposti; sia, a valle, in relazione ad i rimedi esperibili nelle varie fasi processuali ed alle regole probatorie e di giudizio che reggono la decisione sulla loro posizione.

3.4.1 I poteri di indagine nei confronti dei terzi

Il primo problema attiene alla possibilità per il Pubblico Ministero di svolgere indagini patrimoniali nei confronti di soggetti diversi dall'indagato, soprattutto con mezzi invasivi che comprimono alcuni diritti costituzionali, come quello alla riservatezza³⁸⁴.

Non vi sono problemi se la qualifica di "terzo" derivi da una separazione della posizione processuale di un soggetto originariamente iscritto nel registro *ex* 335 c.p.p. come concorrente nel reato, in quanto si tratterebbe di indagini compiute direttamente nei suoi confronti, con tutte le relative garanzie.

Non pare possano esservi particolari preclusioni neanche nei casi in cui alle informazioni patrimoniali sul terzo si arrivi seguendo le tracce del provento o comunque di beni che dalle indagini (ad esempio i servizi di osservazione della p.g., sommarie informazioni, ecc.) risultino essere nella disponibilità dell'indagato. Si tratterebbe di accertamenti necessari per «*le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale*» (art. 326 c.p.p.), locuzione che va letta pacificamente in maniera estensiva, per comprendere anche gli elementi necessari alle richieste che il Pubblico Ministero può compiere nel corso del procedimento (come, appunto, quelle di misure cautelari al giudice procedente)³⁸⁵.

Occorre invece chiedersi se, ai fini dell'individuazione di beni da sottoporre a confisca, sia possibile compiere indagini (non mirate nel senso appena descritto, bensì) esplorative nei confronti dell'intero patrimonio di "terzi". Ciò può accadere nel caso in cui alcuni soggetti - per il legame con l'indagato o altri elementi che emergono dalle indagini - potrebbero aver ricevuto proventi o essere intestatari fittizi di *assets* nella disponibilità dell'indagato. Una risposta affermativa potrebbe derivare dalla funzionalità di tali indagini alla richiesta di un sequestro preventivo finalizzato alla confisca e, dunque, ad una richiesta che il Pubblico Ministero ha facoltà di adottare nel corso delle indagini (che costituirebbe, tra l'altro, una delle finalità di giustizia previste dal Codice della Privacy quali

³⁸³ Ad esempio, si ritiene applicabile analogicamente l'art. 100 c.p.p. ma - collocandosi nell'ambito del procedimento penale - si discute se l'assenza di procura speciale sia sanabile *ex* art. 182, comma 2 c.p.c. Sul punto, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 467.

³⁸⁴ In senso ampio, la riservatezza tutela l'interesse dell'essere umano all'intimità della propria persona e delle proprie azioni. Il suo rispetto è condizione essenziale del rispetto della persona e trova fondamento negli artt. 2, 14 e 15 Cost., 7, 8 ed 11 Carta UE, 8 Cedu. Il generale diritto all'intimità, poi, si esplica nel: diritto al segreto (ossia ad una sfera inviolabile sottratta all'ingerenza dei privati e dello Stato), che trova i suoi limiti nei fatti resi volontariamente pubblici, o in interessi pubblicistici preminenti, come quello della giustizia penale, ma con le dovute specifiche garanzie *ex lege*; diritto alla riservatezza in senso stretto (ossia l'esigenza che i fatti della propria vita privata non siano pubblicamente divulgati), che si differenzia dal primo perché implica la non divulgazione e dall'integrità morale perché afferisce a dati non necessariamente offensivi, ma comunque riservati e che trova tutela specifica nel d. lgs. 196 del 2003; diritto all'immagine (interesse del soggetto che il suo ritratto non venga diffuso pubblicamente), che trova la sua disciplina nell'art. 10 c.c. e negli artt. 96 e 97 l.d.a. Sul tema, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002.

³⁸⁵ Cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015, 498 s.

giustificazione della deroga alla disciplina sui dati personali). Una risposta negativa, invece, potrebbe trovare fondamento in una lettura più ristretta dell'art. 326 c.p.p., bilanciata con il diritto di riservatezza tutelato a livello costituzionale ed, in modo più specifico, a livello europeo. A tal proposito, la Corte di Giustizia, nel censurare la direttiva 2006/24/CE in tema di conservazione di dati telefonici, ha evidenziato come alcune delle ragioni di violazione degli articoli 7 e 8 della Carta di Nizza dovessero rinvenirsi nell'assenza di una disciplina dettagliata di presupposti e limiti e nella previsione di un'applicazione generalizzata *«anche a persone per le quali non esiste alcun indizio tale da far credere che il loro comportamento possa avere un nesso, ancorché indiretto o lontano, con reati gravi»*³⁸⁶.

In un'ottica di maggiori garanzie, allora, occorre che le indagini patrimoniali nei confronti dei terzi siano fondate su effettivi elementi di fatto che facciano desumere un tale nesso, anche indiretto o lontano. Nell'ambito in esame, peraltro, ciò spesso finisce per sostanziarsi in un'apposita notizia di reato che, a seconda dei casi, può essere riferibile alle fattispecie di favoreggiamento reale, ricettazione, riciclaggio, impiego di beni di provenienza illecita, acquisto di cose di sospetta

³⁸⁶ Nell'ambito della verifica del rispetto del principio di proporzionalità, la Corte di Giustizia ha proceduto al vaglio dei diversi *step* (legittimità dello scopo, sussistenza di una "connessione razionale" tra i mezzi e i fini, "necessità", "proporzionalità in senso stretto"). Dopo aver ritenuto rispettati i primi tre parametri, i giudici di Lussemburgo hanno invece concluso per l'invalidità della direttiva in relazione ad i suoi effetti concreti, non limitati allo stretto necessario: *«[...] essa concerne tutti i mezzi di comunicazione elettronica il cui uso è estremamente diffuso e di importanza crescente nella vita quotidiana di ciascuno. Inoltre, conformemente all'articolo 3, la direttiva riguarda tutti gli abbonati e gli utenti registrati. Essa implica pertanto un'ingerenza nei diritti fondamentali della quasi totalità della popolazione europea [...] senza alcuna distinzione, limitazione o eccezione a seconda dell'obiettivo di lotta contro i reati gravi. Infatti, da un lato, la direttiva 2006/24 riguarda in maniera globale l'insieme delle persone che fanno uso dei mezzi di comunicazione elettronica, senza tuttavia che le persone i cui dati vengono conservati debbano trovarsi, anche indirettamente, in una situazione che possa dar luogo a indagini penali. Essa pertanto si applica anche a persone per le quali non esiste alcun indizio tale da far credere che il loro comportamento possa avere un nesso, ancorché indiretto o lontano, con reati gravi. Inoltre, essa non prevede alcuna deroga, e pertanto si applica anche a persone le cui comunicazioni sono soggette, in base alle norme del diritto nazionale, al segreto professionale. Dall'altro lato, pur mirando a contribuire alla lotta contro la criminalità grave, la suddetta direttiva non impone alcuna relazione tra i dati di cui prevede la conservazione e una minaccia per la sicurezza pubblica e, in particolare, non limita la conservazione dei dati a quelli relativi a un determinato periodo di tempo e/o a un'area geografica determinata e/o a una cerchia di persone determinate che possano essere coinvolte, in un modo o nell'altro, in un reato grave, né alle persone la conservazione dei cui dati, per altri motivi, potrebbe contribuire alla prevenzione, all'accertamento o al perseguimento di reati gravi. In secondo luogo, alla suddetta mancanza generale di limiti si aggiunge il fatto che la direttiva 2006/24 non prevede alcun criterio oggettivo che permetta di delimitare l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati e il loro uso ulteriore a fini di prevenzione, di accertamento o di indagini penali riguardanti reati che possano, con riguardo alla portata e alla gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali sanciti agli articoli 7 e 8 della Carta, essere considerati sufficientemente gravi da giustificare siffatta ingerenza. Al contrario, la direttiva 2006/24 si limita a rinviare, all'articolo 1, paragrafo 1, in maniera generale ai reati gravi come definiti da ciascuno Stato membro nel proprio diritto interno. Inoltre, per quanto riguarda l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati e al loro uso ulteriore, la direttiva 2006/24 non contiene le condizioni sostanziali e procedurali ad esso relative. L'articolo 4 della direttiva, che regola l'accesso di tali autorità ai dati conservati, non stabilisce espressamente che tale accesso e l'uso ulteriore dei dati di cui trattasi debbano essere strettamente limitati a fini di prevenzione e di accertamento di reati gravi delimitati con precisione o di indagini penali ad essi relative, ma si limita a prevedere che ciascuno Stato membro definisca le procedure da seguire e le condizioni da rispettare per avere accesso ai dati conservati in conformità dei criteri di necessità e di proporzionalità. [...] Pertanto, è giocoforza constatare che tale direttiva comporta un'ingerenza nei suddetti diritti fondamentali di vasta portata e di particolare gravità nell'ordinamento giuridico dell'Unione, senza che siffatta ingerenza sia regolamentata con precisione da disposizioni che permettano di garantire che essa sia effettivamente limitata a quanto strettamente necessario».*

provenienza o di intestazione fittizia. Sorge, allora, un obbligo di immediata iscrizione della notizia nell'apposito registro, ai sensi dell'art. 335 c.p.p., ed una conseguente specifica regolamentazione dei presupposti e limiti dell'azione pubblica nei confronti dell'individuo.

3.4.2 Gli strumenti di difesa in fase di sequestro

In relazione alla fase del sequestro, è espressamente prevista la possibilità di impugnazione del decreto di sequestro (riesame *ex art. 322 c.p.p.*) o contro altre ordinanze in materia (appello cautelare *ex art. 322 bis c.p.p.*) anche per «*la persona a cui le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione*». Gli stessi soggetti, poi, possono ricorrere per cassazione nei casi in cui ravvisino nelle decisioni così scaturite una violazione di legge (art. 325 c.p.p.), sempre che abbiano partecipato a tale giudizio di impugnazione o che in sede di appello cautelare sia stato per la prima volta disposto il sequestro³⁸⁷. Si tratta di rimedi che si reputano esperibili unicamente dal soggetto che afferma essere proprietario del bene, in quanto solo una tale situazione giuridica soggettiva è assolutamente incompatibile con il subentro dello Stato nella piena titolarità del bene³⁸⁸. In base alle conclusioni cui si è arrivati in questa trattazione, una simile affermazione vale per i casi in cui oggetto di sequestro sia l'intero diritto di proprietà; più in generale, il principio può essere espresso nel senso che i rimedi spettino al titolare della situazione giuridica sottoposta a vincolo cautelare.

Nei casi in cui, invece, il terzo assuma di essere titolare di altri diritti che insistono sul bene sequestrato, si ritiene che la sua tutela avvenga relazionandosi con l'amministratore giudiziario ed impugnando le relative determinazioni³⁸⁹.

3.4.3 Gli strumenti di difesa rispetto ad una sentenza non definitiva

I problemi maggiori sorgono nel momento in cui venga disposta la confisca con una sentenza non ancora definitiva. In questi casi, pur rimanendo in vita la vicenda cautelare (e dunque i già visti rimedi), è evidente la sussistenza di un interesse per il terzo che voglia tutelare i propri diritti ad evitare che la decisione di merito si consolidi passando in giudicato.

E' orientamento consolidato quello per cui non sussiste il potere di impugnare direttamente la sentenza. Ciò deriva dalla tassatività delle impugnazioni anche sotto il profilo della legittimazione attiva (art. 568, comma 3 c.p.p.), in combinato con l'assenza della menzione del terzo tra i soggetti individuati dalla legge quali titolari a proporre impugnazione. L'unica ipotesi in cui potrebbe avere una tale facoltà sarebbe quella in cui egli sia co-imputato per uno dei già esaminati reati in materia (artt. 379, 648, 648 *bis*, 648 *ter*, 712 c.p., 12 *quinquies* d.l.306/1992) e sia dunque una parte del processo: si tratta, tuttavia, di un'eventualità tutt'altro che scontata e che comunque non attiene alla tutela del terzo in quanto tale.

³⁸⁷ In questo senso, tra le altre, Cass. pen., sez. III, 16 gennaio-6 marzo 2015, n. 9796.

³⁸⁸ Un tale assetto è stato ritenuto, in relazione alla fase del sequestro, conforme al diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. sia dalla giurisprudenza costituzionale (Corte Cost., 22-29 gennaio 1996, n. 18) sia dalla giurisprudenza di legittimità (di recente, Cass. pen., sez. I, 14 gennaio-1 marzo 2016, n. 8317).

³⁸⁹ F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 472.

Ciò posto, il tema della tutela da accordare al terzo è stato di recente oggetto di esame da parte delle Sezioni Unite e della Corte Costituzionale, entrambe interpellate dalla Prima Sezione della Corte di Cassazione.

Le Sezioni Unite³⁹⁰, interpellate per dirimere il contrasto di orientamenti sulla possibilità per il terzo di attivare lo strumento dell'incidente di esecuzione prima del passaggio in giudicato³⁹¹, hanno ritenuto inapplicabile tale rimedio alle sentenze non definitive: si tratterebbe di un'estensione analogica inammissibile, venendosi a creare un anomalo procedimento "parallelo" di matrice giurisprudenziale ed evidenti corti circuito sistematici³⁹². Per il collegio nomofilattico, tuttavia, ciò non comporta un *vulnus* di tutela per il terzo: la sentenza non definitiva che dispone la confisca, infatti, non è il titolo giuridico in base al quale il bene è vincolato, trattandosi appunto di provvedimento irrevocabile e non esecutivo. Ciò che rende indisponibile il bene è, ancora, l'originaria misura cautelare del sequestro e dunque deve ritenersi possibile la richiesta di restituzione *ex art. 263 c.p.p.* al giudice della cognizione precedente; a fronte di un diniego, poi, è possibile esperire l'appello cautelare *ex art. 322 bis c.p.p.* In virtù del generale potere-dovere del giudice di riqualificare i mezzi d'impugnazione (art. 568, comma 2 c.p.p.), i giudici di legittimità hanno ulteriormente specificato che *«qualora sia stata erroneamente proposta opposizione mediante incidente di esecuzione, questa va qualificata come appello e trasmessa al tribunale del riesame»*.

³⁹⁰ Si tratta della sentenza Cass. pen., Sez. Un., 20 luglio-19 ottobre 2017, n. 48126.

³⁹¹ L'ordinanza di rimessione (Cass. pen., 21 febbraio-11 maggio 2017, n. 23322) aveva evidenziato il contrasto tra orientamenti di legittimità: in alcune sentenze si è affermato che l'esperibilità dell'incidente di esecuzione per il terzo è possibile soltanto dopo il passaggio in giudicato della sentenza, considerati anche i rischi di un procedimento parallelo (e non meramente incidentale) a quello principale, potenzialmente fondato anche su elementi diversi e senza la partecipazione degli imputati (da ultimo, Cass. pen., sez. II, 18 gennaio-8 febbraio 2017, n. 5806); in altre sentenze, invece, si è ritenuto consolidato il principio in base al quale *«il terzo estraneo al giudizio non ha diritto di impugnare la sentenza nella quale sia stata disposta la confisca di un bene sottoposto a sequestro preventivo, ma può chiederne la restituzione, sperando incidente d'esecuzione, sia nel corso del procedimento, sia dopo la sua definizione e, avverso eventuali decisioni negative del giudice di merito, può proporre opposizione e, successivamente, ricorso per cassazione (in particolare, di recente, Cass. pen., sez. III, 27 settembre-20 dicembre 2016, n. 53925)*. In alcune sentenze, la possibilità della richiesta di restituzione è stata fondata sul disposto dell'art. 263 c.p.p., ma con applicazione analogica delle norme sul procedimento di esecuzione (e quindi la non esperibilità dell'appello *ex art. 322 bis c.p.p.*, ma solo l'opposizione nei confronti del medesimo giudice (Cass. Pen., sez. I, 30 ottobre 2008, n. 42107 del 30/10/2008).

³⁹² La Corte, ha rilevato come *«il possibile esito di decisioni contrastanti (assunte, oltretutto, dal medesimo giudice) è innegabile. E già tale considerazione dovrebbe orientare l'interprete che voglia essere rispettoso della coerenza del "sistema". Va poi rimarcato che la competenza del giudice dell'esecuzione è competenza funzionale, non esercitabile, quindi, da chi non è chiamato a svolgere quello specifico ruolo. Ma a tale argomento se ne aggiunge un altro, per così dire, di carattere strutturale. Non si vede invero perché e come possa essere affidata al giudice della cognizione la procedura che il legislatore prevede per l'incidente di esecuzione; non si vede in qual modo chi ancora deve emettere una sentenza, ovvero ha già emesso una sentenza che non ha il carattere della definitività, possa comportarsi come se tale sentenza fosse venuta ad esistenza e fosse divenuta irrevocabile. L'incidente di esecuzione consente infatti la verifica del titolo esecutivo derivante dalla sentenza di condanna, si colloca nell'ambito del c.d. "rapporto punitivo" e viene attivato per l'esecuzione e nell'esecuzione della sentenza irrevocabile. [...] L'interprete non può creare ex nihilo percorsi procedurali anomali, operando un "trapianto" da una procedura all'altra e snaturando, in tal modo, la funzione e la natura del giudice della cognizione»*.

Si è ancora in attesa, invece, del deposito della decisione presa dalla Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità inerente all'assenza del potere di impugnazione della sentenza non definitiva da parte del terzo³⁹³, all'esito dell'apposita udienza del 24 ottobre 2017.

3.4.4 Gli strumenti di difesa dopo il passaggio in giudicato della sentenza che dispone la confisca

E' successivamente al passaggio in giudicato della sentenza che tradizionalmente si è dato maggiore spazio alle prerogative difensive del terzo, rimarcando come proprio a garanzia di quest'ultimo sia principalmente posto il procedimento di esecuzione in materia di confisca: il condannato, al contrario, ha già potuto far valere le sue pretese in giudizio e deve subire la preclusione del giudicato³⁹⁴.

Il terzo può proporre incidente di esecuzione in relazione ad i presupposti applicativi della confisca, ma se sorgono questioni sulla proprietà delle cose confiscate la decisione in proposito va devoluta al giudice civile³⁹⁵.

A livello procedurale, è previsto che sull'istanza del terzo il giudice decida senza formalità, con la successiva possibilità di presentare opposizione nei confronti della pronuncia (667, comma 4 c.p.p.). In base ad una recente sentenza additiva della Corte Costituzionale, il procedimento deve seguire le forme dell'udienza pubblica nei casi in cui il terzo ne abbia fatto richiesta nell'opposizione³⁹⁶: è stato ritenuto contrario all'art. 117 Cost., con riferimento all'art. 6, par. 1 Cedu l'esclusione di questa possibilità, in quanto - pur potendo il procedimento presentare un elevato grado di tecnicità - *«l'entità della “posta in gioco” [...] e gli effetti che la procedura stessa può produrre sulle persone non consentono di affermare “che il controllo del pubblico” - almeno su sollecitazione del soggetto coinvolto - “non sia una condizione necessaria alla garanzia del rispetto dei diritti dell'interessato”»*³⁹⁷. Si discute invece se, nel caso in cui il terzo non richieda le forme dell'udienza

³⁹³ L'ordinanza che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale (Cass. pen., sez. I, 14 gennaio-1 marzo 2016, n. 8317) ha individuato i parametri costituzionali degli artt. 3 (ritenendo irragionevole la discriminazione tra la posizione del terzo rispetto alla confisca di cui all'art. 24 Cod. Ant. ed il terzo rispetto alla confisca “allargata”, accomunate dalla medesima radice funzionale e finalistica), 24 e 117 con riferimento all'art. 6, comma 1 Cedu (visto che la mera possibilità di difendersi in sede di esecuzione, oltre a rendere frammentario il sistema, non assicura la pienezza dei diritti), 42 e 117 Cost., con riferimento all'art. 1 del primo prot. add. Cedu (visto che rimarrebbe privo di tutela il diritto di proprietà).

³⁹⁴ In questo senso, cfr. Trib. Trapani, ord. 3 marzo 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 marzo 2011 e relativi riferimenti giurisprudenziali.

³⁹⁵ In questo senso l'art. 676, comma 3 c.p.p., che rinvia all'art. 263, comma 4 c.p.p. in materia di sequestro probatorio. E' stato escluso, inoltre, che oggetto della richiesta possa essere la sostituzione del bene confiscato con il corrispondente valore monetario, in considerazione dell'assenza di una tale facoltà di “riscatto” nell'ordinamento e della possibilità di procedere a confisca per equivalente solo qualora non si sia individuato il profitto diretto (Cass. pen., 15 settembre-4 novembre 2016, n. 46559).

³⁹⁶ La violazione di tale norma integra una nullità di tipo relativo (Cass. pen., sez. I, 10 giugno 2016-14 aprile 2017, n. 18691).

³⁹⁷ In questi termini Corte Cost., 15 aprile-15 giugno 2015, n. 109 che - sulla scia delle sue precedenti decisioni in materia di procedimento di prevenzione, esecuzione di misure di sicurezza e procedimento di sorveglianza (sentenze n. 93 del 2010, n. 135 del 2014 e n. 97 del 2015), nonché della giurisprudenza di Strasburgo sulla necessità della pubblica udienza quale garanzia di controllo dell'operato dei Giudici, derogabile solo per ragionevoli motivi legati alle questioni da trattare (Corte Edu, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia; Corte Edu, 26 luglio 2011, Paleari contro Italia; Corte Edu, 17 maggio 2011, Capitani e Campanella contro Italia; Corte Edu, 2 febbraio 2010, Leone contro Italia; Corte Edu, 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri contro Italia; Corte Edu, 10 aprile 2012, Lorenzetti contro Italia) - ha ribadito il valore costituzionale del principio di pubblicità delle udienze giudiziarie, consacrato anche in altre carte internazionali dei diritti fondamentali e connaturato ad un ordinamento democratico e la possibilità di deroghe solo in presenza di *«particolari*

pubblica, debba applicarsi il procedimento camerale o sia anche possibile - in virtù del rinvio all'intero art. 666 c.p.p. (e quindi anche alle forme semplificate del comma 2) - una nuova decisione *de plano*³⁹⁸.

3.4.5 La ripartizione dell'onere della prova

Una volta attivati gli strumenti appena descritti, occorre comprendere quali siano le regole processuali in tema di prova. Sebbene di recente le Sezioni Unite abbiano ritenuto sussistere a carico del terzo un mero onere di allegazione³⁹⁹, la consolidata giurisprudenza applica uno schema di ripartizione dell'*onus probandi* tipicamente civilistico, ad ulteriore conferma della natura extrapenale della misura in esame⁴⁰⁰. Vengono applicati i concetti di fatti costitutivi (che in genere gravano sull'attore) e di fatti impeditivi, estintivi o modificativi (che gravano su chi si oppone alla pretesa invocata in giudizio), in conformità all'art. 2697 c.c.⁴⁰¹.

A. In particolare, per la confisca diretta è onere del Pubblico Ministero dimostrare i fatti costitutivi dell'istituto ablativo, vale a dire la riconducibilità ad una delle categorie di proventi codificate: prezzo, prodotto, profitto. In altre parole, il Pubblico Ministero deve dimostrare la diretta derivazione dal reato della situazione giuridica che lo Stato vuole espropriare. Inoltre, nei casi della confisca facoltativa occorre dare la non facile prova della pericolosità derivante dal possibile nuovo utilizzo della cosa, se rimasta nella libera disponibilità.

ragioni giustificative, purché, tuttavia, obiettive e razionali (sentenza n. 212 del 1986), e, nel caso del dibattimento penale, collegate ad esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale (sentenza n. 12 del 1971)» (ad esempio, è stata ritenuta legittima la procedura camerale in Cassazione su questioni di diritto: Corte Cost., 7-11 marzo 2011, n. 80).

³⁹⁸ Nel senso della necessità del procedimento camerale, in ragione dell'incompatibilità tra decisione senza formalità ex art. 666, comma 2 c.p.p. (in cui si fa riferimento alla decisione sulla richiesta del comma 1 e non all'opposizione), Cass. pen., sez. I, 10 giugno 2016-14 aprile 2017, n. 18691 (che ritiene che una tale violazione integri una nullità di tipo assoluto). Nel senso contrario, invece, Cass. pen., sez. I, 6 marzo 2015, n. 12572).

³⁹⁹ Si tratta di Cass. pen., Sez. Un., 25 settembre 2014-17 marzo 2015, n. 11170, Uniland, in cui si afferma che «l'inversione dell'onere della prova nella materia in discussione non trova fondamento in norme giuridiche; ciò che, invece, sembra del tutto ragionevole pretendere è un onere di allegazione a carico del terzo che voglia far valere un diritto acquisito sul bene in odine agli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di appartenenza del bene e di estraneità al reato dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato». Invero, un tale principio non appare condivisibile: da un lato si ritiene privo di base giuridica un onere probatorio di impronta civilistica, dall'altro si utilizza proprio un ragionamento civilistico (situazione impeditiva) per affermare un onere di allegazione, analogamente privo di norma giuridica di riferimento (ma invocato in quanto "del tutto ragionevole").

⁴⁰⁰ La sentenza di riferimento è la n. 9 del 28 aprile 1999 delle Sezioni Unite che, seppur datata, è ancora condivisa e seguita dalla giurisprudenza (cfr., ad esempio, Cass. pen., 11 febbraio 2005, n. 12317; Cass. pen. Sez. III, 17 gennaio 2013, n. 9579; sebbene in tema di confisca di beni strumentali, Cass. pen., sez. III, 02 dicembre 2015-24 marzo 2016, n. 12473) e da buona parte della dottrina. Per un'analisi di tale punto della decisione, T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale cit.*, 165 ss.; A. BALSAMO-V. CONTRAFATO-G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, 186 ss.

⁴⁰¹ Nel processo civile si distingue tra fatti principali (che rilevano in via diretta per l'accertamento dell'esistenza o inesistenza del diritto dedotto in giudizio, poiché appartengono alla fattispecie legale ed astratta cui la domanda fa riferimento) ed i fatti secondari (che rilevano solo in via indiretta, in quanto permettono al Giudice di affermare, mediante un processo logico-deduttivo, l'esistenza o inesistenza di un fatto principale). I fatti principali, poi, si distinguono - in base ad una classificazione fondata sul 2697 c.c. - in fatti costitutivi (quelli dal cui concorso la disciplina fa dipendere la nascita del diritto dedotto in giudizio), i fatti impeditivi (che paralizzano l'efficacia dei fatti costitutivi), i fatti estintivi (idonei a determinare l'estinzione di un diritto anteriormente nato) ed i fatti modificativi (che producono la modificazione di un diritto già sorto). Cfr. A. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. Volume I. I principi*, Bari, 2015, 73 ss.

Il terzo, oltre a poter eccepire rispetto agli elementi a sostegno della pertinenzialità, per evitare l'ablazione ha l'onere di provare i fatti impeditivi della confisca diretta, vale a dire la sussistenza dei già esaminati requisiti di "appartenenza" ed "estraneità al reato".

Riguardo al primo profilo, il terzo potrà provare la titolarità se in possesso di un titolo con data certa anteriore al sequestro o, se non è intervenuta la misura cautelare reale, alla confisca. Il Pubblico Ministero, se ritiene che vadano fatti valere vizi di invalidità o situazioni meramente apparenti dovrà provarle (ferma restando la rilevabilità d'ufficio della nullità).

In relazione all'estraneità, invero, occorre distinguere: non vi sono dubbi che la prova della diligenza spetti al terzo, che in questo modo potrà giustificare la sua ignoranza sull'origine del bene. Rispetto al suo coinvolgimento, anche non punibile, nell'azione criminosa vi sono maggiori dubbi, trattandosi di una prova negativa: a coloro che ritengono che spetti comunque al terzo, attenendo al fatto impeditivo dell'estraneità si contrappone chi invece sostiene l'onere a carico del PM, il quale può più agevolmente fornire la prova di un fatto positivo⁴⁰².

Il riparto così delineato in via pretoria appare conforme al dato normativo e rispettoso dei precetti costituzionali: in particolare, una siffatta ripartizione degli oneri della prova appare in linea con l'esigenza di garantire un'effettiva e sostanziale parità delle armi processuali⁴⁰³.

Occorre però sottolineare che, in coerenza con quanto detto rispetto alla differenza tra "appartenenza" ed "opponibilità", il discorso vale solo in relazione al primo concetto, che è effettivamente un fatto impeditivo della confisca. Rispetto, invece, ad i casi di situazioni giuridiche soggettive diverse da quella derivante dal reato, ma afferenti allo stesso bene, il terzo potrà far valere la sua posizione nei confronti dello Stato subentrante, provandone i fatti costitutivi (titolarità, opponibilità); sarà la parte

⁴⁰² Sul punto la citata sentenza delle Sezioni Unite sembra addossare l'onere al terzo, quando parla di «*manca di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa*». Ritiene che invece il coinvolgimento nel reato vada provato dalla Pubblica Accusa. T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale cit.*, 170 s. Invero, in tema di confisca di proventi, un simile tema perde di rilevanza, come rilevato *supra* al par. 3.2.4.

⁴⁰³ Se si conclude, come nella presente trattazione, per la natura extrapenale della confisca, lo statuto, anche processuale, a cui è attenersi è quello di tutela generica dell'individuo. Ad ognuno deve essere garantita una ragionevole opportunità di presentare la propria causa - ivi comprese le proprie prove - in condizioni che non lo pongano in situazione di netto svantaggio rispetto all'avversario (cfr., in maniera più ampia, il par. 1.5.5). Ebbene, nel caso in esame è pienamente rispettata la regola generale prevista per il processo civile dall'art. 2697 c.c. e non sussistono invece limitazioni particolari del diritto di difesa o oneri probatori insostenibili: è sicuramente agevole per il terzo dimostrare la titolarità della propria situazione giuridica soggettiva, come anche la diligenza della propria condotta nel compiere l'acquisto. Il coinvolgimento nel reato, inoltre, assume una rilevanza davvero limitata nell'ipotesi di confisca dei proventi, come rilevato *supra* nella nota precedente ed al par. 3.2.4.

Della stessa opinione, commentando la sentenza n. 9/1999, T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale cit.*, 168 e 172, in cui si apprezza «*la raffinatezza e l'equilibrio del complesso di riparti di oneri stabilito dalle Sezioni Unite*», che evita «*una diabolica prova negativa di fatti accidentali, addossando invece a chi ne ha l'interesse e l'effettiva possibilità dimostrativa l'onere della prova del fatto opposto*»; si realizza così un «*acuto temperamento delle esigenze di garanzia costituzionale dei diritti e la contestuale necessità di assicurare efficienza e significato alla confisca, nonché agli interessi della collettività che sono a questa sottesi, nel pieno rispetto dei dati normativi positivi*». Ancora sulla legittimità degli oneri probatori a carico del terzo, sebbene con riferimento alla confisca c.d. di prevenzione, Cass. civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532; Cass. pen., Sez. I., 12 dicembre 2014-23 aprile 2015, n. 17015; F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 243 ss.

pubblica, invece, a poter eccepire fatti impeditivi o estintivi della pretesa, al pari di quanto avrebbe potuto fare l'originario titolare espropriato.

B. Con riguardo alle ipotesi di confisca per equivalente, i fatti da provare sono diversi e, come visto, non vi è una vera e propria clausola impeditiva della misura.

Spetta dunque al Pubblico Ministero provare, oltre al requisito del valore del provento (che è riferibile al reo e non interessa il terzo), il presupposto della disponibilità, nel senso pocanzi ricostruito⁴⁰⁴.

Ciò appare semplice, evidentemente, nei casi in cui il reo sia anche il proprietario formale.

Quando, invece, vi sia una dissociazione soggettiva - dinanzi a terzi che risultano titolari della situazione giuridica soggettiva - il Pubblico Ministero dovrà fornire la prova positiva dell'esercizio di essa in favore del reo.

Gli elementi che possono essere valorizzati sono il potere di fatto sul bene esercitato dal reo o la destinazione a suo favore dei frutti del bene; il particolare legame di parentela, affinità, amicizia, lavoro tra reo e terzo; la gratuità o l'esiguità del prezzo dell'atto traslativo (o l'assenza di riscontri documentali di tale pagamento, nei casi in cui ordinariamente rimanga prova di ciò); la tempistica o altri caratteri anomali dell'atto traslativo; l'incongruità della titolarità del bene in capo al terzo rispetto al suo reddito e/o alle sue ordinarie disponibilità economiche; la natura fiduciaria del rapporto⁴⁰⁵.

Una volta forniti tali elementi positivi, in grado di ritenere più probabile che non la sussistenza del requisito della disponibilità, il terzo potrà chiaramente fornire elementi contrari nella dialettica processuale⁴⁰⁶.

3.5 La tutela rispetto alla confisca "allargata" ed alle confische per reati *ex art. 51, comma 3 bis c.p.p. e 603 bis c.p.*

In virtù delle recenti modifiche apportate dalla legge 17 ottobre 2017, n. 161, è ormai pacifico che per la confisca prevista dall'art. 12 *sexies* d.l. 306/1992 e per quelle (anche dirette o per equivalente) disposte nell'ambito di procedimenti penali per reati del catalogo *ex art. 51, comma 3 bis c.p.p.*, in tema di terzi vada seguita la regolamentazione prevista dal Codice Antimafia per la confisca c.d. di prevenzione (esaminata nel prossimo paragrafo). Se infatti la precedente formulazione aveva dato impulso ad un dibattito giurisprudenziale sul tema⁴⁰⁷, l'attuale comma 4 *bis* dell'art. 12 *sexies* è

⁴⁰⁴ Sul punto, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 540.

⁴⁰⁵ Per un approfondimento del tema, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 540 ss.

⁴⁰⁶ Ad esempio, in tema di confisca per sproporzione, è emersa la possibilità di prova di redditi non dichiarati al Fisco (in questo caso ritenuti dalla giurisprudenza valutabili) o provenienti da vincite al gioco, sempre che non si sia in presenza di anomalie tali da far dubitare di tale effettiva derivazione (come ad esempio l'eccessiva frequenza delle vincite). Nel senso della possibilità di eccepire anche redditi sottratti all'imposizione fiscale, tra le altre, Cass. pen., sez. VI, 28 novembre-21 dicembre 2012, n. 49876, che evidenzia come in relazione alla posizione del terzo «*la sperequazione tra accumulazioni patrimoniali e disponibilità finanziarie, lungi dal sancire presunzioni di legge quanto alla liceità della accumulazione stessa, costituisce uno dei possibili momenti logici da porre a conforto dell'asserto accusatorio che ira a contestare la natura fittizia di tale imputazione patrimoniale a fronte della disponibilità sostanziale del bene siccome riferibile all'indagato o all'imputato [...]; o, in alternativa, ed in contrapposizione a siffatta ipotesi, costituisce spunto difensivo di segno opposto per superare l'asserto accusatorio [...]*». Cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 171 e 544 s.

⁴⁰⁷ Il punto centrale del dibattito era il significato da attribuire al rinvio che i commi 2 *bis* (oggi abrogato) e, soprattutto, 4 *bis* (oggi riscritto) dell'art. 12 *sexies* compivano, anche per sequestri/confische inerenti ai reati di cui all'art. 51, comma

esplicito nel rinviare (oltre alle norme in tema di amministrazione e gestione dei beni) anche a quelle “in tema di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro”⁴⁰⁸.

Al comma 4 *bis* fa rinvio anche l'ultimo comma dell'art. 3 l. 29 ottobre 2016, n. 199 per i sequestri finalizzati alle confische per il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (c.d. “caporalato”, art. 603 *bis* c.p.). Anche per tali ipotesi di sequestro/confisca, allora, il rinvio deve oggi essere inteso in maniera più estesa.

Peraltro, le ontologiche diversità tra procedimento penale (costruito attorno al giudizio di responsabilità individuale ed in modo da offrire un rigido statuto di garanzie sostanziali e processuali) e procedimento di prevenzione patrimoniale (nato per una snella azione di contrasto a situazioni pericolose ed oggi costituente un'*actio in rem* ripristinatoria) impongono alcuni adattamenti e

3 *bis* c.p.p., alla normativa prevista dal Codice Antimafia (ed in precedenza dalla l. 575/1965) in tema di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati.

Una parte della giurisprudenza di legittimità dava una lettura estensiva: esso avrebbe compreso l'intera disciplina dei terzi contenuta nel d. lgs. 159/2011, la quale affronta ogni specifica situazione giuridica soggettiva coinvolta, prevede particolari regole di giudizio e si articola in un procedimento volto a definire le posizioni di tutti i terzi. Secondo questo orientamento, infatti, nonostante il riferimento letterale fosse unicamente alle norme di “amministrazione e destinazione”, vi erano ragioni logiche e sistematiche per ampliare la portata della disposizione. In primo luogo, non vi è gestione senza prima una risoluzione dei conflitti, che dunque si presenta quale attività connessa e prodromica. In secondo luogo, i continui rinvii tra III e IV libro del Codice Antimafia ne denotano un'unità sistematica. Infine, era doveroso dare rilievo all'esigenza di uguaglianza tra terzi, che altrimenti avrebbero ricevuto un trattamento differenziato in base ad una scelta discrezionale del Pubblico Ministero, tra l'azione in sede di procedimento penale ovvero nell'ambito del procedimento di prevenzione. Sebbene, infatti, vi siano diversi presupposti applicativi, i due istituti avrebbero una comunanza strutturale, ontologica e funzionale. In questo senso sia la Cass. Civ., sez. III, 7 ottobre 2013, n. 22814, sia la Cass. pen., sez. I, 20 maggio-19 giugno 2014, n. 26527 (seguita poi da altre sentenze di legittimità penale: Cass. pen., 15 febbraio-23 marzo 2016, n. 12362 e, da ultimo, Cass. pen., sez. I, 13 dicembre 2016—28 febbraio 2017, n. 9758). Aderiva a questa impostazione anche F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015, 567 ss., il quale dava atto - nelle precedenti pagine 564 ss. - di come tale orientamento si fosse sviluppato in due diverse posizioni: secondo alcuni la disciplina sarebbe stata estendibile senza limiti temporali, secondo altri occorreva applicare la medesima impostazione prevista per i procedimenti di prevenzione, prendendo come riferimento la data di iscrizione della notizia di reato nel registro *ex art.* 335 c.p.p.

Secondo una diversa posizione interpretativa, il rinvio del comma 4 *bis* andava letto secondo il significato più immediato della disposizione. Primo punto di riferimento per l'interprete, infatti, è il dato letterale: se il legislatore aveva espressamente compiuto un rinvio alle sole norme di “amministrazione e destinazione”, sembrava implicitamente aver escluso il resto della disciplina; altrimenti, sarebbe bastato un più ampio o generico rinvio alla disciplina del Codice Antimafia (come d'altronde poi effettuata con la citata legge 17 ottobre 2017, n. 161). Inoltre, non appariva necessitato che le norme di tutela dei terzi “in senso stretto” e quelle relative alle modalità di gestione del bene sequestrato/confiscato fossero quelle del d. lgs. 159/2011. La *ratio* del rinvio limitato poteva essere compresa in ragione del fatto che il catalogo di reati presupposto per la confisca allargata ed il 51 comma 3 *bis* c.p.p. hanno in comune con quelli del Codice Antimafia l'esigenza di una destinazione sociale direttamente percepibile sul territorio. Lo Stato, in altri termini, si sarebbe preoccupato dell'esigenza di restituire in maniera immediata e diretta alla società ciò che il crimine (soprattutto quello organizzato) ha tolto, senza passare dal procedimento di vendita dei beni e quindi poi di disponibilità di denaro nelle casse pubbliche. Il trattamento differenziato sulla posizione dei terzi invece, poteva trovare una sua ragione nella diversa natura del procedimento in cui gli istituti si collocano: la confisca allargata è disposta nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto principalmente la responsabilità penale e, accessoriamente, si occupa dei profili di recupero dell'arricchimento patrimoniale; la confisca c.d. di prevenzione, invece, è tutta improntata al fine di elisione dei vantaggi illeciti e dunque prevede una più articolata definizione di tali profili, in modo da arrivare ad una definizione finale delle diverse posizioni soggettive e ad un acquisto a titolo originario. In questo senso, dapprima, Cass. civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532 (seguita, tra le altre, da Cass. Civ., Sez. III, 18 agosto 2013, n. 18909) e Cass. pen., 12 febbraio-5 marzo 2014, n. 10471; più di recente, Cass. pen., sez. V, 20 gennaio-3 marzo 2016, n. 8935.

⁴⁰⁸ Per un approfondimento, cfr. F. MENDITTO, *Verso la riforma del d. lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia) e della confisca allargata*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2015, 72 s.

chiarimenti. In questo senso, il legislatore del 2017 si è preoccupato di prevedere la citazione nel processo di cognizione dei terzi titolari di diritti personali o reali in sequestro (nuovo comma 4 *quinquies*) e, confermando la precedente interpretazione giurisprudenziale, la competenza del giudice dell'esecuzione per i casi di confisca allargata disposta dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna (nuovo comma 4 *sexies*).

Inoltre, in relazione alla tematica dell'erede, il nuovo comma 4 *octies* prevede che «*in caso di morte del soggetto nei cui confronti è stata disposta la confisca con sentenza di condanna passata in giudicato, il relativo procedimento inizia o prosegue, a norma dell'articolo 666 del codice di procedura penale, nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa*».

3.6 La tutela rispetto alla confisca c.d. di prevenzione

L'accennata diversità del procedimento di prevenzione rispetto a quello penale comporta una sensibile differenza delle modalità di tutela dei terzi.

Invero l'istituto in esame presenta, come visto, tre forme di ablazione corrispondenti a quelle possibili nell'ambito del procedimento penale: la confisca diretta dei beni «*che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego*»; la confisca allargata dei beni di cui l'inciso ha la disponibilità in maniera sproporzionata al proprio reddito/attività; la confisca per equivalente di beni del valore equivalente ad *assets* che rientravano nelle prime due categorie (specialmente nella prima) e sono stati alienati, dispersi, occultati, svalutati.

Ciò che, in maniera decisiva, è diverso attiene a due profili. In primo luogo, collocandosi in una procedura extrapenale, gli standard di giudizio sono più *soft* già in punto di individuazione dei soggetti destinatari della misura: sono sufficienti “indizi” o “elementi di fatto”⁴⁰⁹. Inoltre, nel 2011 il legislatore ha predisposto un articolato sistema di definizione dei rapporti, tenendo conto dei problemi sorti in passato e compiendo un'operazione di bilanciamento tra l'interesse dello Stato ad una celere ed efficace azione di recupero dell'ingiustificato arricchimento particolarmente antisociale e l'interesse dei terzi coinvolti ad una tutela della propria posizione individuale.

Il risultato è un procedimento in cui si dà previamente ai terzi la possibilità di partecipazione e difesa, sia che essi siano interessati allo specifico bene, sia che aspirino ad una mera soddisfazione per equivalente⁴¹⁰. Il livello di tutela, sostanziale e processuale, di tali soggetti è bilanciato con quello ablatorio dello Stato, in maniera graduata anche rispetto alla situazione giuridica soggettiva incisa. In

⁴⁰⁹ L'art. 4, nell'individuare le categorie di soggetti pericolosi, fa costantemente riferimento agli “indiziati” dei delitti previsti nel catalogo; l'art. 1, che specifica la categoria di cui all'art. 4, lett. c), individua come parametro probatorio quello degli “elementi di fatto”.

⁴¹⁰ Il sistema sembra delineato in due momenti distinti: da un lato, l'udienza in camera di consiglio a cui fa riferimento l'art. 23, in cui vagliare le difese del proposto e degli altri soggetti con un interesse allo specifico bene; dall'altro, il subprocedimento di cui agli articoli 52 ss., che si occupa della soddisfazione per equivalente e sembra ricalcare lo schema della procedura fallimentare: maggiore rilievo, infatti, si dà alla risoluzione delle pretese creditorie (per le quali si rinvia al Quarto Capitolo), ma nell'ambito del quale vi è anche la liquidazione (peraltro in prededuzione) della quota dei comproprietari e degli indennizzati dei titolari di diritti, reali o personali, di godimento (cfr. i prossimi sottoparagrafi).

linea di principio, una maggiore soddisfazione possono avere i proprietari e comproprietari, mentre un livello inferiore spetta ad i titolari di altri diritti minori.

Un simile approccio concorsuale è funzionale all'obiettivo del legislatore di acquistare i beni al patrimonio dello Stato «*liberi da oneri e pesi*» (art. 45 Cod. Ant.). Si tratta di una scelta molto importante, in quanto sancisce la natura di acquisto a titolo originario della confisca c.d. di prevenzione, superando i precedenti arresti giurisprudenziali⁴¹¹ e differenziandone così sensibilmente i tratti rispetto alle confische disposte nel procedimento penale⁴¹². E' un'opzione giustificata dai problemi del passato⁴¹³ e che permette di far ottenere allo Stato un risultato patrimoniale significativo e certo, senza però omettere del tutto l'attenzione rispetto ai terzi in buona fede coinvolti. Questi ultimi, anche nel caso in cui subiscano "falcidie" quantitative o qualitative, hanno maggiori certezze sostanziali e processuali.

Con l'acquisto a titolo originario, peraltro, lo Stato ha anche una maggiore agilità ed efficacia nella gestione e destinazione dei beni: ciò, nel caso di beni strategici per l'impresa, permette una considerazione anche degli interessi degli *stakeholder*, vista la minore dispersione delle capacità produttive e dunque il minor impatto sociale della confisca.

Ciò premesso, si rinvia ai successivi capitoli gli accennati profili relativi alla posizione di creditori e *stakeholder*, concentrandosi in questa sede sulla posizione dei terzi titolari di situazioni giuridiche soggettive specificamente legate al bene.

3.6.1 I requisiti oggettivi per sequestro e confisca

Si è già evidenziato come, una volta che vi sia il requisito soggettivo di pericolosità del soggetto proposto, nei suoi confronti è possibile procedere a sequestro e, successivamente, confisca in presenza di condizioni oggettive speculari a quelle delle confische penali.

In particolare, si presenta del tutto analogo a quello della confisca per equivalente e della confisca allargata il riferimento alla «*disponibilità a qualsiasi titolo, anche per interposta persona fisica o giuridica*»: il punto di riferimento, anche qui, è la sfera di utilità economico-patrimoniali del soggetto ritenuto socialmente pericoloso. E' possibile allora trasporre le medesime considerazioni compiute per le confische penali. Nei casi in cui, dunque, altre persone - che pure ne sono formalmente titolari

⁴¹¹ Una tale lettura appare oramai consolidata nella giurisprudenza di legittimità, a partire dalla sentenza Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532 (che si riferisce alla disciplina intertemporale della legge 228/2012, ma che appare estendibile anche ai procedimenti disciplinati dal Codice Antimafia).

⁴¹² Una tale affermazione, dopo la citata riforma del 2017, va limitata alle confische disposte nel procedimento penale solo quando non si tratti di reati ex art. 51, comma 2 bis c.p.p. o di confisca allargata (cfr. quanto detto nel paragrafo 3.5). Per i rapporti con sequestri e confische disposte nel procedimento penale, si veda l'art. 30 Cod. Ant., il quale - pur lasciando un'autonomia dei procedimenti - fa prevalere l'amministrazione del bene in seno al procedimento di prevenzione.

⁴¹³ I problemi si sono sviluppati soprattutto con riferimento alla posizione dei creditori: per una ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali precedenti alla riforma, si veda A. BALSAMO-V. CONTRAFATO-G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali cit.*, 182 ss.; V. MAIELLO-L. DELLA RAGIONE, *Misure di prevenzione, tutela dei terzi e procedure concorsuali*, in AA. VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, 575 ss.; F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 204 ss.

- permettano un godimento, anche di fatto, al proposto, subiscono la medesima presunzione (relativa e dunque ribaltabile) di provenienza illecita e le medesime conseguenze ablatorie⁴¹⁴. Resta fermo, chiaramente, l'onere della parte pubblica di provare tale stato di disponibilità, anche in base agli indici giurisprudenziali già analizzati nell'ambito del procedimento penale⁴¹⁵.

Un discorso parzialmente diverso va compiuto in relazione all'ipotesi in cui oggetto di confisca siano beni che risultino, da una prova diretta, di provenienza criminosa. Per essi, nell'ambito del procedimento penale, a tutela dei terzi vi è la clausola "salvo che appartengano a persona estranea al reato", da interpretarsi nel senso che si è esposto nei precedenti paragrafi. Nell'ambito del procedimento di prevenzione, vi sono due sostanziali differenze: in primo luogo, la nozione di disponibilità - più ampia rispetto a quella di "appartenenza" - sembra essere riferibile anche a questi casi⁴¹⁶. Inoltre, non vi è un riferimento generale ad "estraneità" o "buona fede", concetto invero richiamato unicamente con riferimento ad i comproprietari ed alla categoria dei terzi creditori.

Tuttavia, il d. lgs. 159/2011 - sempre nell'ottica di arrivare ad un acquisto a titolo originario, dopo una ponderazione degli interessi in gioco - si preoccupa di disciplinare specificamente le principali situazioni giuridiche soggettive coinvolte, togliendo molti dubbi in proposito.

3.6.2 Proprietari

Il diritto di proprietà, vista la sua particolare pregnanza è quello maggiormente tutelato.

Sebbene non sia prevista la notifica del decreto di sequestro, ai sensi dell'art. 23, commi 2 e 3 Cod. Ant., coloro che risultino proprietari dei beni sequestrati (o di cui siano stati sequestrati diritti di godimento)⁴¹⁷ sono chiamati dal Tribunale nei 30 giorni successivi all'esecuzione del sequestro, per intervenire nell'udienza in camera di consiglio. In tale sede, essi possono difendersi e richiedere l'eventuale acquisizione di elementi utili alla decisione.

La restituzione dei beni è disposta dal Tribunale se «*non ricorre l'ipotesi di cui all'art. 24 Cod. Ant.*». In altre parole, il terzo proprietario è tutelato nella misura in cui non sia provata, quantomeno a livello di serietà indiziaria, la provenienza illecita o la disponibilità del bene da parte del proposto.

Si ritiene che, nonostante non vi sia un'espressa previsione sul punto, sia necessaria la sussistenza della buona fede del terzo, il quale per essere tutelato dovrà aver ricevuto il bene in maniera valida ed effettiva nella incolpevole ignoranza sull'origine illecita; inoltre, come visto, non potrà essere fatta valere la proprietà di un bene nella sostanziale disponibilità del proposto⁴¹⁸.

In relazione alla ripartizione dell'onere probatorio, come già visto per la confisca nel procedimento penale, il terzo deve provare la titolarità del diritto, anche mediante risultanze meramente formali.

⁴¹⁴ Sul punto, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 146 ss.

⁴¹⁵ Cfr., *supra*, par. 3.4.5.

⁴¹⁶ Una lettura singola dell'art. 24 Cod. Ant. potrebbe far pensare che la nozione di disponibilità sia riferibile ai soli beni sproporzionati, mentre quelli che risultano essere proventi illeciti siano considerati autonomamente. Tuttavia, l'ambiguità della disposizione viene meno se la si pone in rapporto con l'art. 20 (in tema di sequestro), il cui tenore rende più univocamente riferibile il concetto di disponibilità anche ai beni di cui vi è diretta prova di provenienza illecita.

⁴¹⁷ Sull'estensione del riferimento ai proprietari, si veda in questo senso, F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 393.

⁴¹⁸ In relazione agli aventi causa, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 137 ss.

Tuttavia, il Pubblico Ministero potrà dimostrarne l'invalidità o la fittizietà in base a svariati elementi di fatto (risultanze delle indagini, particolare legame tra i soggetti, incapacità patrimoniale del terzo, commistione con il patrimonio del proposto, ecc.)⁴¹⁹.

Nel codice antimafia, peraltro, il legislatore ha previsto due importanti specificazioni.

In primo luogo, viene espressamente esclusa la rilevanza della morte del soggetto rientrante in una delle categorie di pericolosità dell'art. 4 Cod. Ant.: l'azione di prevenzione può essere iniziata o proseguita anche nei confronti di eredi, legatari o comunque aventi causa (art. 18)⁴²⁰. Si tratta di una conferma della natura di recupero dell'ingiustificato arricchimento (e dunque né punitiva, né preventiva) dell'istituto in esame: l'assenza di causa lecita, infatti, rende ingiustificata la presenza di quei beni nell'asse ereditario, anche qualora i soggetti che ne andrebbero a beneficiare non siano colpevoli o pericolosi ed a prescindere dal loro stato di buona fede⁴²¹.

In secondo luogo, vi è una disciplina specifica per le ipotesi di trasferimenti o intestazioni fittizie (art. 26). Il legislatore ha infatti previsto la declaratoria di nullità di tali atti ad opera del Tribunale nel decreto che dispone la confisca⁴²². Inoltre, è prevista una presunzione relativa di fittizietà per i trasferimenti e le intestazioni effettuati nei due anni antecedenti alla proposta della misura⁴²³ a titolo gratuito o fiduciario, nonché quelli effettuati, anche a titolo oneroso, nei confronti di ascendente, discendente, coniuge, persona stabilmente convivente, parenti entro il sesto grado ed affini entro il quarto grado. Sebbene siano elementi valorizzati anche dalla giurisprudenza in materia di confische penali, è evidente la maggiore forza che è data da una presunzione legale. Essa si presenta anche rispettosa del diritto di difesa, fondandosi su ipotesi di verificata frequenza probabilistica e prevedendo la possibilità di prova contraria da parte di coloro che, essendo parte dell'atto traslativo,

⁴¹⁹ Cfr., *supra*, par. 3.4.5 e, per un approfondimento più ampio del tema, F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 149 ss. e, per gli indici rivelatori, 157 ss. e 168 ss.

⁴²⁰ Di recente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. pen., Sez. Un., 22 dicembre 2016-16 marzo 2017, n. 12621) hanno avuto modo di ribadire e specificare che le nozioni di erede e di successore a titolo universale o particolare sono quelle proprie del codice civile, senza possibilità di dare rilievo all'anomala figura del successore "di fatto": quindi eredi e legatari, per la successione *mortis causa* ed in generale agli aventi causa per gli atti *inter vivos*. Si tratta di soggetti che, tuttavia, hanno una situazione processuale diversa, in quanto solo i successori *mortis causa* subentrano nei diritti di difesa del *de cuius*, ma anche gli altri possono essere coinvolti, eventualmente facendo valere le presunzioni di fittizietà dell'art. 26 Cod. Ant. Per un commento alla sentenza, C. FORTE, *Il "dialogo col morto" spiegato ai suoi eredi. La confisca di prevenzione in caso di decesso del soggetto pericoloso tra successione ereditaria, intestazione fittizia di beni e nullità degli atti di disposizione: dalle Sezioni Unite una soluzione equilibrata che assicura l'efficienza del sistema*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 aprile 2017. Sul tema degli eredi, cfr. R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita cit.*, 156 ss.

⁴²¹ In questo senso anche la giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. pen., sez VI, 20 ottobre 2011-10 gennaio 2012, n. 484) e F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 121. A garanzia della certezza dei rapporti giuridici vi è, per l'ipotesi di inizio del procedimento di prevenzione successivo alla morte del soggetto pericoloso, il termine di 5 anni dal decesso (per il calcolo del *dies a quo*, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 124 ss.).

⁴²² Nella citata sentenza n. 12621/2017, le Sezioni Unite, peraltro, hanno ritenuto che l'omissione di una pronuncia espressa sul punto non integri vizi processuali, ma una mera omissione rimediabile d'ufficio (sempre che, chiaramente, un accertamento vi sia effettivamente stato). Cfr. anche C. FORTE, *Il "dialogo col morto" cit.*, 14 ss.

⁴²³ Per un approfondimento sul punto (tra le altre cose, sul calcolo del *dies a quo* e sull'esame della posizione dei soggetti richiamati dalla norma), cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 150 ss.

hanno sicuramente un'agevole disponibilità della prova (ad esempio del pagamento effettivo e del godimento del bene)⁴²⁴.

3.6.3 Comproprietari

In relazione ad titolari di diritto di proprietà in comunione con il soggetto proposto, è prevista una convocazione all'udienza in camera di consiglio, analoga a quella vista per i proprietari. Inoltre, visto che oggetto di successione ereditaria, trasferimento o intestazione può essere anche la quota di un bene, ad essi si applica anche la descritta disciplina relativa alla morte del proposto ed alla nullità degli atti traslativi fittizi.

Peraltro, con riferimento alla quota di contitolarità il legislatore ha espressamente previsto la necessità della "buona fede", ai fini della tutelabilità (art. 52, comma 7). Ciò rende ancora più evidente come si tratti di un requisito che, con riferimento ad i beni costituenti provento diretto o trasferiti per eludere l'ablazione dello Stato, deve sussistere ai fini dell'invocabilità della tutela da parte del terzo. Se, invece, il bene era comunque nella disponibilità del proposto, la confisca è giustificata dalla necessità di sottrarre lo stesso da coloro che comunque ne permettevano il godimento, diretto o indiretto.

Una volta ritenuti sussistenti i requisiti per la tutela del terzo, il rimedio non è necessariamente la restituzione del bene, né la contitolarità con lo Stato.

Il legislatore sembrerebbe privilegiare l'ipotesi della divisione del bene, ove possibile: in questo senso depone, seppur indirettamente, la formulazione del comma 7 dell'art. 52⁴²⁵. Peraltro durante la procedura l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, può chiedere al giudice civile di essere nominato amministratore della comunione.

Nel caso si tratti di beni indivisibili, il contitolare del bene ha un diritto di prelazione per l'acquisto della quota confiscata al valore di mercato, salvo che manchi l'autorizzazione ministeriale per i beni appartenenti al demanio culturale⁴²⁶ o che ricorra il pericolo che la cosa torni nella disponibilità di un'associazione mafiosa o di suoi sodali. In ogni caso, se si tratta di beni immobili sussiste un divieto di alienazione per cinque anni dalla data di trascrizione della vendita ed un obbligo di comunicazione di eventuali locazioni o comunque uso a qualunque titolo del bene da parte di altri soggetti⁴²⁷.

⁴²⁴ Si rinvia alle riflessioni del paragrafo 1.5.5 ed in particolare alla considerazione per cui le presunzioni legali relative possono essere ritenute conformi a Costituzione se non rendano impossibile o irragionevolmente difficile l'esercizio del diritto di parte. Ciò avviene, essenzialmente, in due casi: quando il fatto presunto si possa ritenere probabile, secondo canoni

di normale statistica, ogni volta che si verifica il fatto noto; quando la parte su cui viene fatto gravare l'onere probatorio sia quella che può assolverlo più agevolmente (e sempre che il fatto presunto non si presenti già *ex ante* come improbabile).

⁴²⁵ Il riferimento è all'inciso «*se il bene è indivisibile*», contenuto al comma 7 dell'art. 52, relativo alle possibilità di esercizio del diritto di prelazione da parte del comproprietario. In questo senso anche F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 381 s.

⁴²⁶ Cfr. artt. 53 ss d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

⁴²⁷ Una tale regola è sancita dal comma 7 dell'art. 52, che prevede espressamente il divieto di alienazione ed estende gli obblighi di comunicazione a tutti gli immobili, quando di norma valgono per i soli fabbricati (art. 12 d.l. 21 marzo 1978, n. 59).

Se non vi è esercizio di prelazione o comunque non sia possibile la vendita, il bene è acquisito al patrimonio dello Stato ed il contitolare ha diritto alla corresponsione di una somma equivalente al valore di mercato della propria quota. La liquidazione avviene, ad opera dell’Agenzia Nazionale per la gestione dei beni sequestrati e confiscati, all’esito dello specifico subprocedimento previsto per i crediti, ma si ritiene che non si debba applicare la relativa limitazione al 60%⁴²⁸.

In definitiva, la disciplina esaminata conferma l’opera di bilanciamento del legislatore tra le opposte esigenze e posizioni, individuali e collettive. Si tratta ancora di una tutela integrale, seppur non sempre in forma specifica.

3.6.4 Diritti reali o personali di godimento

I titolari diritti reali o personali di godimento sul bene sono considerati unitariamente dal Codice Antimafia, sebbene vi siano poi alcune peculiarità legate alla natura del vincolo. Ad essi non è notificato il decreto di sequestro, ma vengono a conoscenza del procedimento in base a due atti.

In sede di esecuzione del sequestro, l’ufficiale giudiziario procede all’apprensione materiale dei beni ed all’immissione dell’amministratore giudiziario nel possesso degli stessi «*anche se gravati da diritti reali o personali di godimento*» (art. 21, comma 1): da quel momento, dunque, i titolari di tali prerogative dovranno interfacciarsi con l’amministratore giudiziario, il quale potrà esercitare - seppur “per conto di chi spetta” - tutte le facoltà del proprietario⁴²⁹.

Inoltre, i titolari di diritti di godimento sul bene vengono convocati all’udienza in camera di consiglio in cui poter far valere la propria posizione, al pari di quanto visto per proprietari e comproprietari (art. 23, comma 4).

A livello sostanziale, è significativo che il legislatore comprenda in maniera estensiva tutti i diritti di godimento, estendendo così la tutela anche alle ipotesi di comodato e *leasing*. Come visto, questi rapporti, in relazione alle confische nel procedimento penale, pagano l’assenza di una norma civilistica che li renda opponibili a soggetti aventi causa dal concedente⁴³⁰. A livello probatorio, un’utile indicazione deriva dall’art. 21, comma 2, il quale richiede - per evitare lo sgombero di immobile - la sussistenza di un titolo avente data certa anteriore al sequestro: la disposizione ricalca quanto previsto per l’opponibilità della locazione a soggetto diverso dal locatore e si pone in armonia con il sistema pubblicitario della trascrizione, che in relazione ai diritti reali di godimento presenta un superiore grado di certezza.

⁴²⁸ Una tale riduzione è prevista espressamente per i crediti e sarà affrontata nel Quarto Capitolo. Nel senso della non estendibilità cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 382.

⁴²⁹ Occorre infatti ricordare come il possesso non implichi necessariamente la disponibilità materiale diretta, potendo le facoltà del proprietario essere esercitate anche in concomitanza con la detenzione qualificata di un altro soggetto. Si pensi alla riscossione del canone di locazione o *leasing* o alla possibilità chiedere la restituzione della cosa in comodato in qualsiasi momento se sopravviene un imprevisto ed urgente bisogno o, in ogni caso, qualora non vi fosse un termine determinato o determinabile (artt. 1809 e 1810 c.c.). Sulla posizione del proprietario rispetto ad i diritti di godimento che insistono sul bene, in maniera più sistematica, cfr. *retro* 3.1.1.

⁴³⁰ Si vedano, *retro*, le riflessioni del paragrafo 3.2.1.

Anche in questa sede, non essendoci un riferimento legislativo espresso, si pongono i dubbi relativi alla necessità della buona fede, ma è possibile ribadire quanto detto per i proprietari.

La modalità di tutela, tuttavia, non è mai in forma specifica (ossia lasciando la possibilità di esercitare il diritto), in quanto - come già evidenziato - lo Stato mira ad acquisire la proprietà del bene senza alcun vincolo. Il diritto personale o reale di godimento, che pure sopravvive in fase di sequestro, si estingue con la confisca ed è tutelato mediante la corresponsione di un "equo indennizzo", in base alla durata residua del diritto reale o del contratto alla base del diritto personale ed a specifici criteri da determinarsi con decreto ministeriale⁴³¹.

3.6.5 Sorte dei contratti. Vincoli di destinazione ed aspettative di acquisto

Il legislatore si preoccupa di disciplinare anche la sorte dei contratti legati al bene (o all'azienda) ed ancora non compiutamente eseguiti al momento dell'esecuzione del sequestro, mediante le previsioni contenute all'art. 56 Cod. Ant⁴³².

Rinviando al Quinto Capitolo le problematiche di gestione dell'azienda, le principali ipotesi sono quella già esaminata di contratti che hanno costituito diritti personali di godimento, quella di contratti costituenti vincoli di destinazione e/o rapporti fiduciari e quella di contratti a effetti reali in cui non sia ancora avvenuto l'effetto traslativo

In questi casi - in maniera analoga a quanto accade nell'ambito del fallimento - *«l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del proposto, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di risolvere il contratto»*.

Nel primo caso, dunque, i titolari di aspettative all'acquisto potranno vedere soddisfatta la loro pretesa in forma specifica, pagando l'eventuale parte di prezzo ancora da corrispondere nel rispetto delle previsioni contrattuali.

Se, invece, l'amministratore giudiziario ritiene di esercitare il diritto potestativo di risoluzione del contratto, il contraente diviene un creditore pecuniario per il mancato adempimento e può far valere il suo diritto nell'ambito dell'apposito subprocedimento ed in concorrenza con gli altri, alle medesime condizioni. Nel caso si tratti di promissario acquirente ed il contratto preliminare sia stato trascritto, egli gode anche del privilegio *ex art. 2775 bis c.c.*, ma non può vantare pretese risarcitorie o indennitarie per la mancata conclusione del contratto definitivo.

A livello processuale, peraltro, il contraente può reagire all'inerzia dell'amministratore giudiziario mettendolo in mora ed ottenendo dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende risolto⁴³³.

⁴³¹ Allo stato i decreti ministeriali non risultano ancora emanati e si è sostenuta l'estendibilità di quelli previsti in materia di espropriazione per pubblica utilità (F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 384 e 388).

⁴³² Per un approfondimento, F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 290 ss.; il discorso verrà ripreso e approfondito nei capitoli Quarto e Quinto, in relazione alla posizione di contraenti che hanno interesse ad un adempimento di valore o alla continuazione del rapporto relativo all'impresa.

⁴³³ Va rilevato come tutto quanto detto valga in relazione all'esistenza dinamica di un rapporto contrattuale, mentre risulta priva di disciplina l'ipotesi di esistenza statica di un vincolo di destinazione su un bene. L'unico riferimento è contenuto

Con il nuovo comma 4 dell'art. 52, recentemente riscritto dalla legge 17 ottobre 2017, n. 161, è stato esplicitato che la confisca definitiva determina lo scioglimento dei contratti aventi ad oggetto un diritto personale di godimento o di garanzia. Una simile conclusione, peraltro, poteva ritenersi già enucleabile dalla natura originaria dell'acquisto di cui si è detto⁴³⁴.

3.6.6 Azioni giudiziarie pendenti

Il legislatore si è preoccupato di disciplinare anche le ipotesi in cui la titolarità del bene sia ancora *sub iudice*.

Oltre al generale principio di divieto di inizio ed improcedibilità delle azioni esecutive in seguito al sequestro, l'art. 55 prevede che i terzi che siano parti di giudizi civili aventi ad oggetto il diritto di proprietà ovvero diritti reali o personali di godimento sul bene, siano chiamati ad intervenire nel procedimento di prevenzione, sempre che la relativa domanda giudiziale sia stata trascritta precedentemente al sequestro. I casi più frequenti sono quelli dell'azione di rivendicazione (art. 948 c.c.), di accertamento dell'acquisto per usucapione (art. 1158 ss.), di accertamento della nullità o di risoluzione o annullamento di un contratto ad effetti reali (artt. 1418 ss., 1425 ss. e 1453 ss. c.c.).

Anche questa disposizione si ispira alla *ratio* di trovare una sede unica e certa in cui risolvere i rapporti inerenti al bene, per poi permetterne l'acquisizione al patrimonio dello Stato a titolo originario. Sarà nel procedimento di prevenzione, allora, che i terzi potranno far valere i diritti precedentemente azionati in sede civilistica. Una tale soluzione, peraltro, permette anche di evitare collusioni processuali tra proposto e terzo, al fine di ottenere un accertamento o un trasferimento del bene fittizio in via giudiziale, anche approfittando della regola processualcivilistica in base alla quale possono essere posti alla base della decisione i fatti non controversi o non contestati⁴³⁵.

nel citato art. 26, comma 2, in cui si presume fittizia l'intestazione fiduciaria compiuta nei due anni precedenti la proposta di misura ablatoria. La norma conferma la non tutelabilità di situazioni simulate, ma non permette invece di comprendere il trattamento delle ipotesi valide ed effettive.

Non è possibile, a tal proposito, estendere le conclusioni viste per le confische nel procedimento penale, ossia la sopravvivenza delle situazioni giuridiche soggettive nei confronti dello Stato subentrante, in quanto ciò striderebbe con la natura a titolo originario prevista dall'art. 45 Cod. Ant. e dunque con tutta l'esposta *ratio* di definizione dei rapporti. Deve allora rilevarsi un vuoto di tutela per queste posizioni e, caso per caso, occorrerà valutarne la ragionevolezza del sacrificio degli interessi coinvolti, ai fini di eventuali questioni di legittimità costituzionale.

⁴³⁴ La modifica è stata apportata con l'art. 20, comma 1, lett. d) della legge 17 ottobre 2017, n. 161. Cfr., sul punto, F. MENDITTO, *Verso la riforma del d. lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia) e della confisca allargata*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2015, 62 e A. AIELLO, *Brevi riflessioni sulla disciplina del codice antimafia in tema di tutela di terzi alla luce della recente proposta di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 aprile 2016, 7 ss.

⁴³⁵ Oltre ad i fatti notori (art. 115, comma 2 c.p.c.), infatti, il Giudice Civile può porre a fondamento della sua decisione i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita (art. 115, comma 1 c.p.c.) e, in base ad un orientamento consolidato, i fatti non controversi (limitando tale regola, tuttavia, ai giudizi aventi ad oggetti diritti disponibili, come d'altronde lo sono quelli relativi a diritti patrimoniali presi in considerazione in questa sede).

E' vero che nel caso di collusioni tra le parti il Pubblico Ministero potrebbe proporre il rimedio della revocazione ex art. 397 c.p.c. ed altri terzi pregiudicati potrebbe impugnare mediante l'opposizione revocatoria ex art. 404, comma 2 c.p.c. Tuttavia, si tratta di procedure senza dubbio maggiormente difficoltose e che comunque comporterebbero una dilatazione dei tempi, a differenza della previsione di un'unica sede di tutela nel procedimento di prevenzione. Cfr. A. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. Volume II. Il processo ordinario*, Bari, 2015, 108 ss., 501 s. e 518 s.

Se poi il sequestro o la confisca siano definitivamente revocati per motivi diversi da tale originaria pretesa del terzo chiamato ad intervenire, è possibile riassumere il giudizio civile entro un anno dalla revoca⁴³⁶.

3.6.7 Aspetti di tutela procedimentale e disciplina intertemporale

A livello procedurale, come visto, il terzo ha determinate garanzie di citazione ed attiva partecipazione al procedimento. Egli, inoltre, rientra nella categoria degli “interessati” che possono proporre ricorso in appello e per cassazione (artt. 10, comma 1 e 27, comma 2 Cod. Ant.). Tuttavia, occorre analizzare alcuni aspetti che meritano particolare attenzione.

In primo luogo, per le indagini patrimoniali si presentano problemi analoghi a quelli visti per il procedimento penale: nessun problema se si segua il *paper trail* partendo da specifiche evidenze inerenti al soggetto pericoloso proposto. Occorre essere molto cauti, invece, qualora vi siano investigazioni esplorative sul patrimonio del terzo⁴³⁷: l’art. 19, comma 3 Cod. Ant. prevede la possibilità di estenderle anche a coniuge, figli e conviventi nell’ultimo quinquennio con il soggetto iscritto nel procedimento di prevenzione o ad altre persone fisiche o giuridiche del cui patrimonio lo stesso soggetto pericoloso risulta poter disporre, in tutto o in parte, direttamente o indirettamente. Si tratta allora di una codificazione di quelle garanzie che per le confische penali si è desunto in via interpretativa, ossia delle necessità di valorizzare specifici elementi di connessione. A tali ipotesi, poi, è possibile comunque aggiungere i casi in cui vi siano i requisiti per iscrivere una notizia di reato per i reati di cui agli artt. 379, 648, 648 bis, 648 ter, 712 c.p. o 12 *quinquies* d. 306/1992 ovvero un procedimento di prevenzione in relazione a quest’ultimo delitto (l’unico ad essere presente nel catalogo dell’art. 4 Cod. Ant.) o ad ipotesi di pericolosità semplice *ex art.* 1 Cod. Ant.

Una seconda riflessione merita l’ipotesi in cui alcuni soggetti titolari delle esaminate situazioni giuridiche soggettive non siano citati all’udienza in camera di consiglio o comunque portati a conoscenza del procedimento di sequestro e confisca⁴³⁸.

Nell’ipotesi di confisca divenuta definitiva, il terzo può far valere la propria posizione mediante il procedimento di revocazione di cui all’art. 28 Cod. Ant., limitato ad alcune tassative ipotesi in ogni caso legate ad un difetto originario di applicazione della misura (scoperta di prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento; quando i fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione, escludano in modo assoluto l’esistenza dei presupposti di applicazione della confisca; quando la decisione sulla confisca sia stata motivata, unicamente o in modo determinante, sulla base di atti riconosciuti falsi, di falsità nel giudizio ovvero di un fatto previsto dalla legge come reato).

⁴³⁶ Sul tema, si veda F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 389.

⁴³⁷ Sul rapporto tra indagini patrimoniali e tutela della riservatezza del terzo nell’ambito del procedimento di prevenzione, oltre a rinviare alle riflessioni del par. 3.4.1, si segnalano alcuni spunti in S. CURIONE, *Gli accertamenti patrimoniali: urgenza di un mutamento prospettico oltre i confini del codice antimafia*, in *Archivio penale*, 2012, n. 3, 827 ss. In generale sugli aspetti procedurali delle indagini patrimoniali, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 60 s.

⁴³⁸ Per un quadro dei rimedi processuali, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 181 ss.

Si pensa, inoltre, che sia possibile esperire anche l'incidente di esecuzione dinanzi al Giudice della Prevenzione che ha disposto la confisca per ipotesi di mancata coincidenza tra bene appreso e quello oggetto di ablazione, di diritti di terzi non citati e di erronea indicazione dei beni⁴³⁹.

Infine, occorre dare atto della possibilità - sia in relazione al procedimento applicativo, sia per l'impugnazione con ricorso in appello, sia per l'incidente di esecuzione - che il soggetto interessato chieda lo svolgimento in udienza pubblica, in conformità ad i principi più volte espressi dalla Corte Costituzionale e dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo⁴⁴⁰.

Infine un cenno va compiuto alla disciplina applicabile ad i procedimenti iniziati in data anteriore al 13 ottobre 2011, ossia all'entrata in vigore del Codice Antimafia.

Sul punto, è intervenuta la legge 24 dicembre 2012, n. 228, la quale ha da un lato ritenuto applicabile l'estinzione di pesi ed oneri presenti sul bene acquisito al patrimonio dello Stato, ma dall'altro ha previsto una disciplina transitoria specificamente riferita ad i diritti di credito. A fronte di un acquisto a titolo originario, dunque, non sono previste tecniche di tutela per i titolari di situazioni giuridiche legate al bene, neanche in via indennitaria. Ci si chiede, allora, se la posizione di tali soggetti trovi una qualche tutela interna al procedimento ovvero se - come si è attestata la giurisprudenza - gli unici rimedi esperibili siano di tipo risarcitorio⁴⁴¹.

3.7 Brevi riflessioni di fine capitolo

Il quadro appena prospettato rende evidente, ancora una volta, la stretta contiguità tra le diverse tipologie di confische dei proventi criminosi, sia all'interno del procedimento penale, che a quello di prevenzione. In entrambi i casi emerge lo scopo ripristinatorio, che rappresenta fondamento e limite dell'azione dello Stato: i soggetti diversi dall'autore dell'illecito, infatti, possono subire conseguenze negative nella propria sfera patrimoniale solo nella misura in cui dal reato ne abbiano colposamente beneficiato.

Solo tenendo ben presente ciò anche in sede interpretativa, l'assetto si presenta ragionevole e proporzionato e dunque rispettoso dei principi costituzionali e sovranazionali di rispetto dell'individuo.

⁴³⁹ Cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 73.

⁴⁴⁰ In relazione al procedimento applicativo della confisca, il Codice Antimafia prevede espressamente che il Presidente disponga l'udienza pubblica qualora un interessato ne faccia richiesta (art. 7, comma 1 dettato per le misure personali ed applicabile anche a quelle patrimoniali ai sensi dell'art. 23, comma 1 Cod. Ant.). In termini identici si esprime per il ricorso in appello l'art. 10, comma 3 (previsto per le misure personali e richiamato dall'art. 27, comma 2 per le patrimoniali). L'odierna disciplina così si presenta rispettosa dell'art. 6, comma 1 Cedu, al contrario di quanto accadeva per la previgente disciplina (art. 4 legge 27 dicembre 1956, n. 1423 ed art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575), dichiarati parzialmente illegittimi dalla Corte Costituzionale con sentenza 8-12 marzo 2010, n. 93 proprio per violazione dell'art. 117, comma 1 Cost. in relazione al 6 comma 1 Cedu, con riguardo all'assenza di possibilità di richiedere la celebrazione in pubblica udienza. Per quanto riguarda l'incidente di esecuzione devono richiamarsi le norme del codice di procedura penale, riguardo alle quali si sono già esposti gli interventi correttivi della Corte Costituzionale (cfr., anche per le motivazioni dell'orientamento richiamato, par. 3.4.4).

⁴⁴¹ In questo senso la già citata sentenza Cass. civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532 ed anche F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 394.

A livello procedurale, sono emerse in maniera evidente le differenze tra confische disposte nel procedimento penale e le confische nel procedimento c.d. di prevenzione: il primo, essendo finalizzato ad accertare responsabilità individuali con le più ampie garanzie ordinamentali a tutela della libertà personale, ha palesato diversi aspetti di inadeguatezza temporale e strutturale alla trattazione di aspetti patrimoniali, con intersezione di diverse situazioni giuridiche soggettive; il secondo, pur ancora in fase di rodaggio, ha mostrato una maggiore predisposizione a risolvere le varie vicende economiche, in modo da permettere allo Stato di apprendere *assets* privi di successive criticità e dunque pronti ad essere restituiti alla collettività⁴⁴².

Questi aspetti, peraltro, risultano ancora più significativi in relazione alla posizione di soggetti che non hanno come obiettivo la tutela di proprie prerogative in relazione ad un bene specifico oggetto di confisca, ma che invece - risultando creditori del reo/proposto - hanno un interesse a non vederne ridotto il patrimonio e, conseguentemente, la propria garanzia patrimoniale.

⁴⁴² Si tratta di aspetti che sono stati oggetto di riflessione anche in F. MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, relazione presentata al convegno annuale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale «G. D. Pisapia» su "La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso", Cagliari 29-30 ottobre 2015 e pubblicata in www.penalecontemporaneo.it, 23 maggio 2016, 45 s.: «in una più ampia prospettiva occorre ragionare sulla costruzione di un unico processo al patrimonio che unifichi, per quanto possibile, i diversi attuali istituti dispersi tra confische penali, misure di sicurezza e misure di prevenzione, con ciò che ne consegue in termini di problemi applicativi ed interferenze. La riflessione potrebbe svilupparsi delineando alcuni principi [...] l'individuazione della connotazione soggettiva sufficiente per disporre la confisca nella gravità indiziaria della commissione di specifiche fattispecie di reato che evidenzino l'illecita accumulazione patrimoniale; l'applicazione attraverso un giusto processo al patrimonio, perciò "garantito", in cui (non essendo coinvolta la libertà personale) operino limitate semplificazioni probatorie sull'accertamento della provenienza illecita dei beni. Non si ignorano le difficoltà di tracciare le linee di un procedimento al patrimonio di questa natura, anche per la non agevole regolamentazione delle interferenze con l'inevitabile parallelo (non necessariamente contemporaneo) processo penale. In questa prospettiva l'Accademia non dovrebbe fare mancare il suo apporto».

CAPITOLO 4

I terzi creditori, interessati all'integrità del patrimonio

SOMMARIO: **4.1** *Le situazioni giuridiche soggettive di riferimento* - **4.1.1** *Le diverse categorie di creditori* - **4.1.2** *Il sequestro conservativo e l'esecuzione forzata* - **4.1.3** *Le procedure concorsuali nelle situazioni di crisi* - **4.2** *La tutela dei creditori rispetto alla confisca diretta e per equivalente* - **4.2.1** *La posizione sostanziale dei terzi creditori* - **4.2.2** *segue: i creditori d'impresa, con particolare riferimento ai lavoratori* - **4.2.3** *La posizione dei creditori titolari di pretese processualcivilistiche: lo stato dell'arte* - **4.2.4** *segue: una possibile soluzione unitaria* - **4.2.5** *La posizione dei creditori nel procedimento penale* - **4.3** *La tutela dei creditori rispetto alla confisca c.d. allargata ed alle altre confische penali nei procedimenti per i reati ex art. 51, comma 3 bis c.p.p. e 603 bis c.p.* - **4.4** *La tutela dei creditori rispetto alla confisca c.d. di prevenzione* - **4.4.1** *Le condizioni per la tutela* - **4.4.2** *I diversi livelli di tutela* - **4.4.3** *I rapporti con le situazioni processualcivilistiche* - **4.4.4** *Aspetti procedurali* - **4.4.5** *La disciplina transitoria della legge 228/2012* - **4.5** *Breve riepilogo.*

4.1 Le situazioni giuridiche soggettive di riferimento

Oltre ad incidere sull'immediato valore d'uso di un bene, i sequestri e le confische vanno a "congelare" o sottrarre dal patrimonio dell'autore dell'illecito un cespite che sarebbe potuto servire a soddisfare per equivalente l'interesse di soggetti aventi un credito nei confronti del reo.

Un simile effetto è strettamente connesso alla nozione di "garanzia patrimoniale": in correlazione con la responsabilità del debitore «*con tutti i suoi beni presenti e futuri*» (art. 2740 c.c.), infatti, si pone il diritto per il creditore di valersi su *tutti* i beni del debitore per soddisfare il suo credito, con possibilità di espropriarli (art. 2910 c.c.). La compressione del diritto reale del debitore a favore del creditore, come già avuto modo di esporre, si fonda sul principio di solidarietà costituzionale, in base al quale *pacta sunt servanda*⁴⁴³. Ciò, peraltro, ha effetti economici anche sovraindividuali nella misura in cui permette una maggiore frequenza e sicurezza dei traffici giuridici, consentendo, da un lato, di indebitarsi anche senza una garanzia specifica ed attuale e, dall'altro lato (creditore), di poter agire in maniera incisiva sul patrimonio dell'obbligato.

Il limite della situazione giuridica soggettiva di credito è che, in linea di principio, non può essere opposta a soggetti che non siano titolari della correlativa situazione di debito, assunta volontariamente o in base alla legge. La citata garanzia patrimoniale "generica" sul patrimonio del debitore comporta una soggezione ma non un vincolo ai beni che ne fanno parte: in ragione dell'esigenza di libera circolazione giuridica, infatti, il debitore rimane libero di disporre di ciascun suo bene, anche oltre i limiti sufficienti ad assicurare il valore economico della prestazione⁴⁴⁴. Ciò ha importanti riflessi sia

⁴⁴³ La base giuridica specifica può essere rinvenuta nei doveri di solidarietà sociale richiamati dall'art. 2 Cost. Sul punto, *retro*, par. 1.5.3.

⁴⁴⁴ Sul tema di garanzia patrimoniale e responsabilità patrimoniale, cfr. C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 7, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 3 ss.

in ordine all'impossibilità di aggredirli nel patrimonio del soggetto avente causa, sia in relazione al necessario concorso tra i creditori dello stesso titolare di un patrimonio non capace a soddisfare tutti. Per ovviare a questi problemi e garantire in maniera più forte i creditori, l'ordinamento prevede, da un lato, alcune azioni dirette a tutelare il creditore da comportamenti del debitore potenzialmente dannosi⁴⁴⁵; dall'altro, la predisposizione per legge o volontà delle parti di garanzie patrimoniali "specifiche" su singoli beni o comunque di altre cause di prelazione da poter far valere nel concorso con altri creditori. Proprio per questi ultimi casi, peraltro, sono predisposte apposite procedure sia nell'ordinario processo di esecuzione forzata, sia nei più specifici e garantiti procedimenti relativi a crisi d'impresa o da sovraindebitamento individuale.

Sebbene il principio generale sia quello della *par condicio creditorum*, allora, è possibile enucleare diverse categorie di creditori che, per motivi inerenti alla volontà delle parti o alla particolare meritevolezza, ricevono una tutela differenziata. Inoltre, l'avvio delle predette procedure di soddisfacimento del proprio credito permette una specificazione dell'originaria garanzia generica.

Per comprendere il rapporto del sequestro e della confisca con la posizione giuridica dei creditori del soggetto destinatario della misura, dunque, occorre avere ben chiare sia la diversa gradazione che può esserci tra i creditori, sia i caratteri delle procedure esecutive individuali e concorsuali.

4.1.1 Le diverse categorie di creditori

Al livello più basso vi sono i creditori c.d. chirografari che non godono di alcuna causa legittima di prelazione. Per loro il punto di riferimento è genericamente il patrimonio del debitore, con l'evidente rischio di rimanere insoddisfatti se esso è incapiente; circostanza che diviene maggiormente probabile quando vi siano altri creditori maggiormente qualificati o che si muovono più celermente per aggredire i cespiti residui.

Ad alcune categorie di creditori la cui causa è particolarmente meritevole, poi, la legge accorda un diritto di prelazione, mediante i "privilegi" (art. 2745 c.c.).

I privilegi generali si esercitano, senza carattere di realtà (e quindi come una garanzia patrimoniale generica rafforzata), su tutti i beni mobili del debitore o, in alcuni casi, su alcune categorie di immobili. Esempi di crediti privilegiati sono quelli di lavoro, i tributi diretti dello Stato e degli enti locali e i c.d. privilegi afferenti a spese funerarie e di prima necessità per gli ultimi mesi di vita del debitore. I privilegi generali non possono essere fatti valere su beni appartenenti a terzi prima

⁴⁴⁵ Il creditore può agire per sopperire all'inerzia del debitore a far valere propri diritti (azione surrogatoria, art. 2900 c.c.); per limitare la disponibilità di beni del valore del proprio credito (sequestro giudiziario, art. 2905 c.c.); per rendere inefficaci nei propri confronti atti dispositivi già posti in essere (azione revocatoria, art. 2901 c.c. e - nella più ampia dinamica fallimentare per il tramite del curatore - artt. 66 ss. l. fall.). Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 5, *La responsabilità*, Milano, 2012, 435 ss. Di recente, inoltre, è stato introdotto un nuovo ed incisivo istituto, in base al quale - anche a prescindere da una decisione *ex art.* 2901 c.c. - è possibile iniziare l'esecuzione forzata su beni alienati o vincolati a titolo gratuito (art. 2929 *bis* c.c., introdotto dal d. l. 27 giugno 2015, n. 83 ed il quale ha suscitato importanti dibattiti, che hanno condotto anche ad alcune modifiche con d.l. 3 maggio 2016, n. 59, conv. in l. 30 giugno 2016, n. 119: sul tema, cfr. S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'art. 2929-bis c.c.: la tutela del credito tra esecuzione forzata speciale e deterrenza*, in *Europa e Diritto privato*, 2017, 167 ss.; B. CAPPONI, *Qualche sparsa osservazione sull'art. 2929-bis c.c. "ripensato" nell'estate 2016*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2016, n. 4, 619 ss.).

dell'inizio dell'esecuzione, essendo opponibili solo successivamente al pignoramento (art. 2747, comma 1 c.c.); soccombono rispetto al pegno, anche se costituito successivamente; quelli immobiliari - salvo che la legge disponga diversamente - prevalgono sulle ipoteche.

I privilegi speciali, che per molti assumono il rango di vere e proprie garanzie reali, sono esercitabili su specifici beni aventi un rapporto qualificato con il credito. Ad esempio, privilegi speciali - mobiliari ed immobiliari - sono quelli delle spese di giustizia di conservazione/espropriazione di beni mobili, dei crediti per tributi indiretti sui beni a cui si riferiscono, ecc. I privilegi speciali prevalgono su tutti i diritti sorti successivamente al sorgere del privilegio (quindi a prescindere dalla data di inizio dell'esecuzione) e talvolta anche su quelli sorti anteriormente (art. 2747, comma 2 c.c.)⁴⁴⁶. Nei rapporti con pegni ed ipoteche si seguono le medesime regole dei privilegi generali: il pegno prevale sul privilegio, che se immobiliare prevale sulle ipoteche (art. 2748 c.c.)⁴⁴⁷.

Particolarmente forte è proprio la posizione delle due classiche ipotesi di diritti reali di garanzia⁴⁴⁸: pegno per i beni mobili (non registrati), universalità di mobili e crediti; ipoteca per beni immobili, mobili registrati e rendite dello Stato.

Il pegno (art. 2784 c.c.), la cui costituzione avviene con un contratto reale di cui elemento costitutivo è lo spossessamento del debitore a favore del creditore, permette di avere un diritto di seguito (ossia la possibilità di opporre il pegno ai terzi acquirenti successivi e, se conseguito in buona fede, anche anteriori), un diritto di prelazione (soddisfazione sul ricavato della vendita del bene oggetto di pegno con precedenza rispetto ad altri creditori, art. 2787 c.c.) ed anche la possibilità di avviare una procedura di vendita anticipata del bene per potersi soddisfare (art. 2795 c.c.)⁴⁴⁹.

L'ipoteca (art. 2808 c.c.) può avere origine nella volontà delle parti, nella legge, in un atto amministrativo o in una sentenza⁴⁵⁰. Per tale istituto vi è una peculiare e complessa disciplina a tutela

⁴⁴⁶ Ciò avviene per le spese di conservazione/miglioramento del bene, i crediti agricoli, del locatore, del vettore, mandatario, sequestratario o depositario, sempre che sussista buona fede del privilegiato e che i beni si trovino presso lo stesso creditore.

⁴⁴⁷ La disciplina dei privilegi, comprensiva anche di un ordine legale di preferenza, è contenuta negli articoli 2745 ss. c.c. Per un approfondimento, cfr. C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 7, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 15 ss.

⁴⁴⁸ Oltre ad esse, secondo alcuni autori, costituiscono garanzie reali anche il diritto di ritenzione che talvolta la legge accorda al creditore (che per altri autori è un mero mezzo di autotutela e coazione psicologica, ma non autonoma garanzia o causa di prelazione) e l'anticresi, ossia il contratto con il quale il debitore o il terzo si obbliga a consegnare un immobile al creditore a garanzia del credito, affinché il creditore ne percepisca i frutti imputandoli agli interessi, se dovuti, e poi al capitale (art. 1960 c.c., che però non dà prelazione e secondo altra parte della dottrina non costituisce garanzia reale, non potendosi dare eccessivo rilievo alla sua trascrivibilità *ex art. 2643, n. 12 c.c.*). Cfr. M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 7, *Le garanzie cit.*, 299 ss. e 311 ss.

⁴⁴⁹ Il pegno è compiutamente disciplinato dagli articoli 2784 ss. c.c. Per un maggior approfondimento dell'istituto: M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 7, *Le garanzie cit.*, 145 ss.

⁴⁵⁰ Invero, l'art. 2808, comma 3 c.c. individua le sole tradizionali tre forme di ipoteca legale (art. 2817 c.c.), giudiziale (artt. 2818 ss. c.c.) o volontaria (artt. 2821 ss. c.c.). Tuttavia, alcune leggi speciali hanno introdotto la c.d. "ipoteca amministrativa" per alcuni particolari provvedimenti della p.a.: cartelle esattoriali, ingiunzioni dell'INPS o di altri enti previdenziali, atti di autorità portuale, consolare o del comandante di nave/aeromobile.

del creditore, che in estrema sintesi può godere - come per il pegno - di diritto di seguito e diritto di prelazione, ma soccombe ai privilegi immobiliari se la legge non stabilisce diversamente⁴⁵¹.

Inoltre, nell'ambito delle confische, occorre soffermare l'attenzione sulla posizione della persona offesa o comunque danneggiata dal reato. Essa, evidentemente, è un soggetto terzo particolarmente qualificato (proprio perché titolare dell'interesse tutelato dalla norma penale o comunque soggetto leso dalla sua violazione) ed infatti in diversi casi viene salvaguardato (oltre al diritto alla restituzione di cose ad essa appartenenti) il suo diritto di credito derivante dal reato, di natura risarcitoria⁴⁵².

4.1.2 Il sequestro conservativo e l'esecuzione forzata

Oltre alle appena viste situazioni sostanziali, i creditori hanno mezzi processuali per conservare la garanzia patrimoniale e per realizzare il proprio credito.

In relazione ai mezzi conservativi, a venire maggiormente in rilievo è il sequestro (appunto "conservativo"), che può essere ottenuto quando il creditore abbia fondata ragione di temere che il debitore possa di fatto svuotare il proprio patrimonio, vanificando una successiva azione esecutiva (art. 2905 s. c.c.; artt. 671 ss. c.p.c.). Alla base del provvedimento devono esserci circostanze oggettive o il comportamento del debitore e comunque il vincolo può agire entro i limiti oggettivi previsti per il pignoramento. Il sequestro conservativo rende inefficaci nei confronti del creditore sequestrante i successivi atti dispositivi sulla cosa sequestrata. Un mezzo di tutela del tutto analogo è previsto anche all'interno del processo penale, sia per la pena pecuniaria e gli altri crediti dello Stato, sia per il credito risarcitorio della parte civile (art. 189, comma 3 c.p.; art. 316 c.p.p.). Anzi, per tali crediti è prevista l'ipoteca legale ed il sequestro fa sorgere un apposito privilegio. Con la sentenza di condanna civilistica esecutiva o penale irrevocabile, il sequestro si converte in pignoramento *ipso iure*, dando così avvio al processo esecutivo (che deve però poi essere coltivato dal creditore)⁴⁵³.

Anche a prescindere dal sequestro, il pignoramento è il primo atto del processo di espropriazione forzata (il quale, nelle forme ordinarie, è preceduto dagli atti preliminari della notificazione del titolo esecutivo e del precetto). E' un atto che rende inefficace nei confronti del creditore pignorante ed anche dei creditori successivamente intervenuti gli atti dispositivi o che pongono vincoli di destinazione al bene. Rispetto al sequestro, dunque, è un "vincolo a porta aperta", di cui possono beneficiare tutti i creditori che - prima di un momento processuale appositamente individuato⁴⁵⁴ -

⁴⁵¹ La disciplina è contenuta agli articoli 2808 ss. c.c. e per un'analisi della stessa si rinvia a M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 7, *Le garanzie cit.*, 321 ss.

⁴⁵² In questo senso esplicitamente l'art. 600 *septies* e l'ultimo comma dell'art. 644 c.p., mentre l'art. 19, comma 1 d. lgs. 231/2001 discorre di "restituzioni", ma anche di "danneggiato", implicando così un diritto aquiliano. Sul punto, cfr. meglio *infra* il par. 4.2.1.

⁴⁵³ Sul sequestro conservativo in generale, cfr., per gli aspetti processualcivilistici, A. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. Volume III. I processi speciali e l'esecuzione forzata*, Bari, 2015, 245 ss. e, pe quanto attiene al procedimento penale, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015, 490 s. Si vedano anche analisi e riferimenti giurisprudenziali di cui al paragrafo 2.6.1.

⁴⁵⁴ Invero devono distinguersi due momenti processualmente rilevanti. Il primo è il momento entro il quale l'intervento si considera tempestivo ed è individuato diversamente per ogni diversa forma di espropriazione: per quella immobiliare e quelle mobiliari superiori a 20.000,00 Euro è la prima udienza fissata per l'autorizzazione della vendita/assegnazione, per quelle mobiliari di valore inferiore a 20.000,00 Euro è la data di presentazione del ricorso per assegnazione/vendita,

intervengono nella procedura esecutiva. Pur con le differenze che vi sono tra le diverse forme di espropriazione (immobiliare, mobiliare presso il debitore e presso i terzi; contro terzo proprietario e beni indivisi), vi è poi la vendita/assegnazione del bene pignorato. Il ricavato viene distribuito nel concorso tra i creditori intervenuti: se la somma è sufficiente a soddisfare tutti, non si creano problemi di sorta; qualora invece la somma non sia sufficiente, il giudice predispone un apposito piano di riparto, tenendo conto delle cause legittime di prelazione, del congelamento di somme di eventuali creditori ancora sprovvisti di titolo esecutivo e della *par condicio* tra creditori della stessa categoria, da soddisfare in maniera proporzionale (ciò avviene, in particolare, per i chirografari)⁴⁵⁵.

Meno rilevanza ai fini della presente trattazione hanno le procedure esecutive in forma specifica, essendo volte ad ottenere la consegna/rilascio di un bene non appartenente all'esecutato o l'esecuzione di obblighi di fare o non fare⁴⁵⁶.

4.1.3 Le procedure concorsuali nelle situazioni di crisi

Nei casi in cui l'inadempimento del debitore non sia episodico, ma si manifesti una particolare difficoltà o una vera e propria incapacità di assolvere regolarmente alle proprie obbligazioni, si accentua l'importanza di una procedura pubblicistica garantita.

Storicamente ciò è stato previsto nell'ambito di imprese con determinati requisiti dimensionali: la principale procedura concorsuale è il fallimento, a cui si sono affiancate nel tempo il concordato preventivo, le procedure amministrative di liquidazione coatta, amministrazione straordinaria e ristrutturazione industriale, gli accordi negoziali di ristrutturazione dei debiti⁴⁵⁷.

Il fallimento, che può essere chiesto da uno o più creditori, dallo stesso debitore o dal pubblico ministero, è dichiarato per le imprese che rispettano alcuni requisiti dimensionali e che versano in uno stato di insolvenza. Si avvia così una procedura giudiziale e di massa, originariamente pensata in ottica prettamente liquidativa e che oggi, pur mantenendo tale carattere, ha dei correttivi volti a non disperdere il patrimonio produttivo. Gli effetti della dichiarazione di fallimento rilevanti ai fini della presente trattazione sono: lo spossessamento dei beni del fallito (tranne quelli personalissimi di cui all'art. 46 l. fall.), il quale ne perde disponibilità ed amministrazione (che passano al curatore fallimentare, art. 42 l. fall.), ma che ne mantiene la proprietà fino alla vendita fallimentare, potendone

per l'espropriazione presso terzo, si fa riferimento all'udienza per la dichiarazione del terzo. Dopo questo momento, i creditori possono partecipare ma sono considerati intervenienti tardivi, con la conseguenza che, se chirografari, sono postergati a tutti gli altri tempestivi, potendosi soddisfare solo sul residuo.

Inoltre, vi è un momento ultimo oltre il quale non è possibile assolutamente intervenire ed è il provvedimento di distribuzione nell'espropriazione mobiliare e presso terzi, l'udienza in cui discutere il progetto di distribuzione nell'espropriazione immobiliare. Per un approfondimento di queste tematiche, cfr. A. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale cit.*, 108 ss., 130, 143 s. e 148 s.

⁴⁵⁵ Cfr. A. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale cit.*, 97 ss.

⁴⁵⁶ Per una panoramica, si rinvia ancora a A. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale cit.*, 167 ss.

⁴⁵⁷ Per una panoramica concisa ma esauriente, cfr. G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, San Mauro Torinese, 2015, 578 ss. Va dato atto che con la legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 il Parlamento ha istruito criteri direttivi per il Governo tesi a modificare in maniera incisiva le procedure concorsuali, a partire dalla denominazione "fallimento", che sarà sostituita dalla locuzione "liquidazione giudiziale".

anche validamente disporre con il limite dell'inopponibilità al fallimento⁴⁵⁸; tutti i creditori dell'impresa fallita divengono creditori concorsuali, con cristallizzazione e stabilizzazione dei crediti (si considerano tutti scaduti e viene sospeso il corso degli interessi) e di regola non è possibile iniziare o proseguire azioni esecutive individuali (salvo i titolari di diritto di pegno, anche "finanziario", o privilegio mobiliare con diritto di ritenzione e gli istituti di credito per le ipoteche a garanzia di crediti fondiari)⁴⁵⁹; i rapporti in corso seguono un'articolata disciplina secondo cui il curatore può o deve compiere determinate scelte; l'attività d'impresa si arresta, salvo che il Tribunale disponga l'esercizio provvisorio, il comitato dei creditori decida di proseguire o il giudice delegato autorizzi l'affitto d'azienda.

La procedura di fallimento si svolge mediante l'accertamento del passivo (in cui i creditori concorsuali ammessi divengono creditori concorrenti), la liquidazione dell'attivo e la ripartizione dello stesso tra i creditori. Vengono soddisfatti prima i creditori della massa (ossia quelli dichiarati dalla legge pre-deducibili in quanto legati alla stessa procedura) ed i creditori concorrenti con garanzia reale; poi i creditori concorrenti privilegiati, rispettando l'ordine dei privilegi e, per i privilegi speciali, nel limite del ricavato dalla vendita del relativo bene; infine, con l'eventuale residuo, in maniera proporzionale i creditori concorrenti chirografi o privilegiati speciali per la parte in cui non sono stati soddisfatti.

La cessazione del fallimento avviene generalmente per l'esaurimento dell'attivo o impossibilità di proseguire la procedura, più raramente per la piena soddisfazione dei creditori; inoltre, è possibile che non vi siano state domande di insinuazione al passivo (ad esempio in casi di accordi stragiudiziali) o che il fallito o i creditori propongano il concordato fallimentare, ossia un piano di ripartizione che accontenti le parti: se è approvato dai creditori ed omologato dal Tribunale, diviene obbligatorio per l'impresa fallita e tutti i creditori anteriori al fallimento e può essere eseguito. Con la cessazione del fallimento, ne cessano anche gli esposti effetti (e torna dunque anche la piena disponibilità degli eventuali beni residui da parte del fallito), ma - tranne in caso di concordato o esdebitazione - rimangono in vita i crediti non pienamente soddisfatti⁴⁶⁰.

Il concordato preventivo è una procedura giudiziale e di massa (riguardante tutti i creditori, anche quelli dissenzienti), che permette all'imprenditore in stato di difficoltà economica di regolare i propri

⁴⁵⁸ Infatti, se in pendenza dell'esecuzione collettiva il fallito compie atti di disposizione dei suoi beni ovvero di assunzione di obbligazioni, tali atti sono soltanto inopponibili al fallimento, inefficaci per i creditori che partecipano alla procedura ma validi nei confronti del contraente e dei terzi estranei al fallimento. Così G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale cit.*, 594 e pacificamente la giurisprudenza di legittimità civilistica (Cass. civ., 16 luglio 1992, n. 8616 e, più di recente, sebbene in un *obiter dictum* essendo il tema principale afferente al concordato preventivo, Cass. civ., sez. trib., 3 dicembre 2007-25 febbraio 2008, n. 4728) e penalistica (in tema di legittimazione a proporre la querela per furto, Cass. pen., sez. V, 04 maggio-9 giugno 2017, n. 28746; in tema di rapporti tra fallimento e confisca, Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014-17 marzo 2015, n. 11170, *Uniland*). Inoltre, a procedura cessata, l'eventuale residuo è restituito al fallito che se ne re-impossessa.

⁴⁵⁹ Si vedano gli artt. 51 ss. l. fall., 41 ss. t.u.b. e 4 d. lgs. 170/2004, nonché G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale cit.*, 596 ss.

⁴⁶⁰ Per un approfondimento dei diversi aspetti sostanziali e processuali della procedura fallimentare, si rinvia a G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale cit.*, 585 ss.

rapporti economici con i creditori ed evitare che lo stato di crisi sfoci nel fallimento. Sono previste 6 fasi (artt. 160 ss. l. fall.): il ricorso al Tribunale (da pubblicare nel registro delle imprese) con domanda dell'imprenditore in stato di crisi, corredata da una proposta concordataria (che può riguardare anche debiti tributari, nel rispetto dell'art. 182 *ter* l. fall.) o con riserva di presentarla successivamente; il decreto del Tribunale che, previo controllo sui presupposti di legge e sui criteri di formazione e trattamento delle eventuali classi di creditori prospettate, ammette l'imprenditore al concordato e dichiara aperta la procedura, designando un giudice delegato (con funzioni di direzione) ed un commissario giudiziale (con funzioni di vigilanza e controllo); la sottoposizione del piano concordatario all'approvazione dei creditori; il giudizio di omologazione da parte del Tribunale, mediante controllo della regolarità della procedura, dell'esito della votazione e, su istanza qualificata, di merito sulla convenienza; l'esecuzione del piano da parte dell'imprenditore debitore, sotto sorveglianza del commissario e con l'eventuale assistenza di 1/+ liquidatori e di un comitato di 3/5 creditori; la conclusione mediante corretta esecuzione o, nelle ipotesi negative, annullamento/risoluzione ed eventuale consecuzione in altra procedura (es. fallimento).

Il concordato non comporta lo spossessamento del debitore⁴⁶¹, tuttavia già a partire dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, oltre alla stabilizzazione dei crediti (sospese prescrizioni, scadenze, corso degli interessi), diviene necessaria l'autorizzazione giudiziale per gli atti straordinari (indicati dall'art. 167, comma 6⁴⁶²) e, soprattutto, il divieto di iniziare azioni cautelari o esecutive da parte dei creditori⁴⁶³. Nella giurisprudenza civilistica, quest'ultima disposizione è costantemente interpretata in senso estensivo, visto che essa, «*nel porre il divieto di azioni esecutive da parte dei creditori, comporta implicitamente il divieto di pagamento di debiti anteriori*»⁴⁶⁴.

Non sono giudiziali gli accordi di ristrutturazione dei debiti (in cui vi sono trattative negoziali con una maggioranza qualificata di creditori ed il vantaggio della prededucibilità dei finanziamenti e del

⁴⁶¹ La giurisprudenza discorre di "spossessamento attenuato", in quanto l'imprenditore «*conserva, oltre ovviamente alla proprietà (come nel fallimento), l'amministrazione e la disponibilità dei propri beni, salve le limitazioni connesse alla natura stessa della procedura, la quale impone che ogni atto sia comunque funzionale all'esecuzione del concordato. In particolare, nel concordato con cessione dei beni, la legittimazione a disporre viene attribuita al commissario liquidatore, che agisce in una veste generalmente qualificata come mandatario dei creditori, mentre il debitore in ogni caso mantiene (oltre che la proprietà dei beni) la legittimazione processuale, mancando nel concordato una previsione analoga a quella dettata dall'art. 43 L. Fall. per il fallimento*» (Cass. civ., sez. trib., 3 dicembre 2007-25 febbraio 2008, n. 4728).

⁴⁶² Tra essi figurano diversi atti che comportano la formazione di cause di prelazione, nonché - in caso di concordato con continuità aziendale - il pagamento di debiti anteriori per peculiari ipotesi di beni/servizi se effettuati con nuove risorse finanziarie senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato ad altri creditori ed un professionista attesti che siano prestazioni essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare una migliore soddisfazione dei creditori concordatari.

⁴⁶³ Cfr. gli artt. 161, comma 7 e 168, comma 1 l. fall.

⁴⁶⁴ Una tale conclusione si basa sulla considerazione che «*sarebbe incongruo che ciò che il creditore non può ottenere in via di esecuzione forzata possa conseguire in virtù di spontaneo adempimento, essendo in entrambi i casi violato proprio il principio di parità di trattamento dei creditori*» (Cass. civ., sez. I, 14 novembre 2006-12 gennaio 2007, n. 578; Trib. civ. Milano, sez. II, 11 marzo 2016; Trib. civ. Massa, 28 gennaio-1 febbraio 2016; Trib. civ. Firenze, sez. lavoro, 21 dicembre 2015). Per tutti gli aspetti sostanziali e processuali del concordato preventivo, si veda G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale cit.*, 625 ss.

riparo dalla revocatoria fallimentare) e le procedure di liquidazione coatta, amministrazione straordinaria e ristrutturazione industriale (che sono gestite da organi amministrativi, in ragione delle scelte discrezionali di opportunità da compiere e delle conseguenze economico-sociali che ne derivano)⁴⁶⁵.

Di recente, inoltre, sono stati previsti anche procedimenti analoghi per debitori consumatori o piccoli imprenditori: la procedura di liquidazione dei beni, simile al fallimento; l'accordo di composizione della crisi, simile a concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione; il piano del consumatore, riservato a consumatori incolpevoli del loro indebitamento. La peculiare caratteristica per tutte le tre procedure è che l'iniziativa spetta al solo debitore, configurandosi così l'istituto come beneficio per quest'ultimo⁴⁶⁶.

4.2 La tutela dei creditori rispetto alla confisca diretta e per equivalente

4.2.1 La posizione sostanziale dei terzi creditori

Nell'ambito delle confische disposte in un procedimento penale (tranne per la confisca allargata o quelle disposte in procedimenti per reati *ex art. 51, comma 3 bis c.p.p.*), anche nei confronti degli enti, in via generale la consolidata giurisprudenza fa riferimento alla clausola di cui all'art. 240, comma 3 c.p. La confisca, dunque, non si applica sulle "cose che appartengono a persona estranea al reato". Si tratterebbe di un principio analogo a quello espresso anche dall'art. 19 d. lgs. 231/2001, che discorre più genericamente di "diritti" acquisiti dai terzi in buona fede, ed applicabile anche alle ipotesi per equivalente per la sua valenza generale⁴⁶⁷.

Il punto di partenza, allora, è la già esposta ricostruzione che inquadra l'acquisto coattivo dello Stato in termini di acquisto a titolo derivativo ed alla prospettiva estensiva della nozione di

⁴⁶⁵ Su questi istituti, cfr. G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale cit.*, 634 ss.

⁴⁶⁶ Anche sulle tematiche delle procedure concorsuali delle crisi da sovraindebitamento si rinvia a G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale cit.*, 655 ss.

⁴⁶⁷ In questo senso anche la già citata sentenza Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014-17 marzo 2015, n. 11170, *Uniland*: «la clausola di salvaguardia non è ripetuta nel D. Lgs. n. 231 del 2001, art. 19, comma 2, ma è fuori contestazione che essa si riferisca anche al sequestro di valore perché con il secondo comma si estende soltanto la possibilità di confisca di danaro e beni di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato, fermi restando, quindi, i limiti fissati dal comma 1 dello stesso articolo. Tralasciando la ovvia disposizione della restituzione della parte dei beni confiscabili che va disposta in favore del danneggiato dal reato presupposto, di interesse per la soluzione del problema proposto è la disposizione che fa salvi "i diritti acquisiti dai terzi in buona fede". La logica evidente del legislatore è che gli enti resisi responsabili di illeciti amministrativi derivanti da reato debbano essere perseguiti e puniti con la confisca degli illeciti proventi al fine di ristabilire il turbato equilibrio economico, ma che ciò non possa e non debba avvenire in pregiudizio di terzi che siano titolari di diritti acquisiti in buona fede sui beni oggetto di sequestro e confisca. Si tratta, pertanto, di diritti acquisiti dai terzi sui beni provento dell'illecito - "la confisca del prezzo o del profitto del reato" - non estendendosi la confisca al patrimonio dell'impresa alla stregua di una pena patrimoniale; l'espressione letterale usata dal legislatore e la logica del sistema, che vuole salvaguardare, dal sequestro prima e dalla confisca poi, provvedimenti che intendono ristabilire l'ordine economico turbato dalla illecita attività dell'ente, soltanto i diritti dei terzi gravanti sui beni oggetto dell'apprensione da parte dello Stato, rendono certi che salvaguardato è il diritto di proprietà del terzo acquisito in buona fede, oltre agli altri diritti reali insistenti sui predetti beni, mobili o immobili che siano. Del resto la norma non parla di salvaguardia dei diritti di credito eventualmente vantati da terzi proprio perché si intendono salvaguardare soltanto i beni, che seppure siano provento di illecito, appartengano - "cose appartenenti", secondo l'espressione usata dall'art. 240 c.p., comma 3, - a terzi estranei al reato, o meglio all'illecito commesso dall'ente».

“appartenenza”⁴⁶⁸. In base a ciò, si ritiene che i creditori titolari diritti reali di garanzia (pegno ed ipoteca) su una cosa oggetto di confisca debbano ricevere tutela se sussistono i presupposti - che si è già avuto modo di ricostruire - di "estraneità" (non partecipazione al reato ed assenza di vantaggi dallo stesso, salvo se acquisiti in “buona fede”)⁴⁶⁹. Nella medesima posizione si trovano anche i soggetti titolari di privilegi speciali, soprattutto se assistiti da diritto di ritenzione. Come visto, da molti sono ritenuti non mere cause di prelazione ma vere e proprie garanzie reali, con tutto ciò che ne consegue in tema di diritto di seguito⁴⁷⁰.

I creditori privi di una tale garanzia, invece, ancorché titolari di un privilegio generale, non ricevono tutela: essi risultano titolari di un diritto di natura relativa e senza alcun diritto di seguito sul bene e devono dunque accontentarsi dell'eventuale patrimonio residuo del soggetto destinatario della misura patrimoniale. Lo Stato, infatti, non succede a titolo universale nel patrimonio del reo, il quale continua a rispondere dei suoi debiti ai sensi dell'art. 2740 c.c.: la confisca rende la posizione dei creditori non garantiti analoga a quella dei creditori che tentino inutilmente di aggredire i beni del debitore quando vi abbia già provveduto altro più diligente e tempestivo⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ Si rinvia, sul punto, ai paragrafi 3.2.1, 3.2.2 e 3.2.3 nonché - tra tutte - alle pronunce Cass. pen., Sez. Un., 18 maggio-3 dicembre 1994, n. 9 e Cass. pen., Sez. un, 28 aprile-8 giugno 1999, n. 9.

⁴⁶⁹ Sul punto, si rinvia a quanto detto nel paragrafo 3.2.4.

⁴⁷⁰ Sebbene non vi sia una giurisprudenza cospicua sul punto, è possibile valorizzare il principio espresso dalle Sezioni Unite nella citata sentenza n. 9 del 1999 in base al quale il diritto di reale di garanzia costituisce una forma di “appartenenza” anche in ragione del “diritto di seguito” sul bene, che è un carattere comune al privilegio speciale. In questi termini Cass. pen., sez. II, 12 febbraio-29 maggio 2014, n. 22176 che evidenzia come «*l'ipoteca e il privilegio (speciale), come garanzie reali del credito, [...] inerendo alla res, conferiscono un diritto di sequela della cosa nelle sue vicende giuridiche [...] con la precisazione che il diritto di sequela possa e debba trovare soddisfazione nella successiva fase processuale, quella relativa alla confisca ed alla fase esecutiva della stessa. (SS.UU n. 9 del 1999 rv 213511; n. 45572 del 2007 rv 238144)*». Un discorso analogo, evidentemente, non può essere compiuto per i privilegi generali, privi di tale diritti di seguito e che possono valere esclusivamente in sede di concorso con gli altri creditori.

⁴⁷¹ Sul punto, cfr. F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015, 611 e, con maggiore approfondimento seppur riferibile alla giurisprudenza in tema di confisca di prevenzione anteriore alla riforma del codice antimafia, 211 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. I, 07-29 febbraio 2008, n. 9218).

Sempre in relazione alla confisca di prevenzione prima della riforma del 2011, per l'analogia del ragionamento con le attuali confische penali va segnalata la sentenza Corte Cost. 19 maggio 1994, n. 190, chiamata a pronunciarsi sull'asserita illegittimità della norma nella parte in cui non prevedeva forme di tutela ai terzi creditori chirografari: la questione è stata ritenuta «*comunque inammissibile, sotto il diverso profilo dei limiti del potere decisorio di questa Corte, rispetto alla discrezionalità del legislatore, in relazione al tipo di intervento additivo richiesto. In principio, il risultato cui il giudice a quo tende sarebbe infatti astrattamente realizzabile attraverso una pluralità di interventi normativi variamente articolati. Sul piano più strettamente processuale, potrebbe ai creditori concedersi azione all'interno dello stesso procedimento di prevenzione per impedirne il prodursi degli effetti nei loro confronti, o invece all'interno della procedura fallimentare per rimuoverli da sè; ovvero indifferentemente nell'una o nell'altra procedura fino a che la prima non si sia conclusa con provvedimento definitivo; o ancora all'interno della prima fino a che sia non definita e, successivamente, all'interno dell'altra. Sul piano sostanziale poi, a parte la pluralità delle possibili variabili del tipo di inopponibilità - inefficacia della confisca (ex lege, con pronuncia dichiarativa; su domanda, con pronuncia costitutiva) nei confronti dei terzi creditori, potrebbe inoltre essere diversamente individuato - ad esempio: o nella formazione del titolo costitutivo del credito, o nel vincolo di indisponibilità scaturente dalla apertura della procedura concorsuale - il fatto giuridico da contrapporre alla misura di prevenzione, ed in relazione all'uno o all'altro potrebbe essere diversamente ordinata la rilevanza della sequenza temporale di essi rispetto allo svolgimento del procedimento di prevenzione: ad esempio anteriorità del titolo o del vincolo rispetto al sequestro, rispetto alla confisca, rispetto alla acquisizione dell'attributo di definitività da parte della confisca. Mentre, anche con riguardo alla provenienza dei beni, è stata adombrata in dottrina l'ipotesi di una possibile sua rilevanza al fine di escludere l'operatività della confisca, limitatamente a quei beni che risultino acquisiti o realizzati dal debitore con il concorso di attribuzioni o prestazioni di terzi in buona fede eseguite con*

Una posizione particolare, tuttavia, la hanno i soggetti danneggiati dal reato, soprattutto se rivestono anche la qualifica di persona offesa: per essi, oltre al già citato mezzo del sequestro conservativo penale, alcune norme settoriali prevedono che la confisca non operi per la parte loro spettante a titolo di risarcimento aquiliano e si discute se tali disposizioni possano essere espressioni di un principio generale. Una loro tutela, nella prospettiva del presente lavoro, va garantita anche in ragione del fatto che il pagamento risarcitorio va ad elidere la stessa misura ontologica del provento criminoso⁴⁷².

Più in generale, la prospettata ricostruzione giurisprudenziale appare condivisibile alla luce dell'attuale dato normativo, pur dovendosi compiere alcune precisazioni in relazione ai diversi caratteri della confisca diretta e della confisca per equivalente.

Per entrambe, chiaramente, deve ribadirsi l'inefficacia di crediti simulati o aventi una fonte affetta da vizi di validità⁴⁷³.

Ciò premesso, in relazione alla confisca diretta, analogamente a quanto sostenuto nel precedente capitolo, la nozione di "appartenenza a persona estranea" va utilizzata per la sola situazione giuridica (e non di fatto) afferente alla "cosa" derivante dal reato: nel caso in cui il diritto reale di garanzia preesistesse all'illecito sarebbe sottoposto al normale regime di opponibilità del diritto, senza necessità di verificare l'estraneità al reato. Il provento, infatti, sarebbe costituito da una situazione già gravata da un debito pregresso e l'adottata prospettiva della natura ripristinatoria impedisce di rendere oggetto di ablazione una situazione più ampia di quella derivata dal reato⁴⁷⁴.

In relazione alla confisca per equivalente, poi, la "cosa" non ha ontologicamente alcun nesso diretto con il reato e la nozione di riferimento è la "disponibilità". Si è già visto come essa sia in grado di comprendere tutte le situazioni giuridiche o fattuali idonee a garantire il pieno godimento delle utilità al reo⁴⁷⁵. Si deve ritenere che rientri in una tale nozione di godimento anche quella di estinzione di

certezza prima della comminatoria della misura patrimoniale. Mai, dunque, potrebbe configurarsi una soluzione obbligata, ma sarebbe per contro ipotizzabile una pluralità di interventi, variamente articolati, sicchè destinatario della richiesta avanzata dal giudice a quo non potrebbe essere altri che il legislatore, non certo questa Corte. Del resto lo stesso giudice a quo, che pur mostra di essere consapevole della molteplicità delle variabili processuali e sostanziali come sopra enunciate, si limita poi ad indicare come oggetto dell'auspicato intervento additivo l'introduzione di "tecniche di tutela" non altrimenti identificate che per il fine cui dovrebbero tendere di "far salve le pretese creditorie dei terzi". E ciò appunto comporta l'inaffidabilità della questione».

⁴⁷² Sul punto, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 612 e le riflessioni generali di cui al par. 2.3.4 e 2.4.1 ove si conclude per la sussidiarietà quale interpretazione maggiormente conforme a Costituzione ed argomento per escludere la natura punitiva della confisca.

⁴⁷³ Si veda, *retro*, il paragrafo 3.2.3: i principi risultano applicabili anche ad i diritti di credito, che ben potrebbero essere frutto di simulazione o avere una fonte negoziale priva di validità. Non si può far valere, ad esempio, un'obbligazione assunta in frode alla legge (nulla ex art. 1344 c.c.) o un patto commissorio (art. 2744 c.c.) o derivante da un contratto con causa di per sé illecita (art. 1418 c.c.), né un'interposizione fittizia (che costituisce simulazione assoluta). Se la simulazione è solo relativa, è possibile dare rilievo alla sola situazione giuridica reale dissimulata, non a quella apparente simulata.

⁴⁷⁴ Cfr. le più ampie riflessioni dei parr. 3.2.1 e 3.2.2.

⁴⁷⁵ In questo senso, da ultimo, la già citata Cass. pen., sez. VI, 29 marzo-19 maggio 2017, n. 25274, per la quale «nella nozione di disponibilità dell'indagato rientrano tutte quelle situazioni nelle quali i beni che s'intendono sottoporre al vincolo ricadano nella sfera degli interessi economici del reo, ancorché il potere dispositivo su di essi venga esercitato per il tramite di terzi». Si veda anche S. EUSEPI, *Reati tributari, sequestro preventivo e fondo patrimoniale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2014, n. 9, 359.

proprie obbligazioni mediante la cessione del bene e/o di utilizzo dello stesso come garanzia reale per l'assunzione di altri debiti⁴⁷⁶. La "buona fede" del terzo, allora, in questi casi attiene alla conoscenza o conoscibilità del fatto che la situazione di garanzia agevoli il reo a godere di utilità pari al provento di un reato (ad esempio assumendo debiti per servizi o beni meno tracciabili, che saprà di poter soddisfare tramite la garanzia di beni maggiormente tracciabili e dunque più facilmente aggredibili con la confisca)⁴⁷⁷.

4.2.2 segue: i creditori d'impresa, con particolare riferimento ai lavoratori

Un altro profilo da tenere attentamente in considerazione riguarda alcuni creditori che, pur non avendo una garanzia patrimoniale specifica, risultano particolarmente meritevoli di tutela in ragione di interessi propri o sovraindividuali.

Tra essi a venire maggiormente in rilievo sono i creditori dell'impresa a cui viene confiscata una parte o tutto il patrimonio o una parte/tutte le quote della società. Una particolare attenzione, tra essi, deve essere riservata ai lavoratori, visto che ciascuno di essi ha un diritto costituzionalmente garantito «*ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*» (art. 36 Cost.)⁴⁷⁸.

Invero, non pare vi possa essere un'incidenza negativa diretta nei loro confronti nelle ipotesi di confisca di una parte o di tutte le quote sociali: in quel caso la società rimane un soggetto autonomo, i cui debiti non si estinguono per la sola variazione di compagine proprietaria. Semmai, in quei casi, si pongono problemi di gestione e continuità dell'impresa⁴⁷⁹.

Più complessa appare invece l'ipotesi di confisca di *assets* afferenti all'impresa (individuale o collettiva). Ciò può avvenire sia mediante l'ablazione dell'intera azienda o ramo d'azienda, sia mediante l'apprensione di uno o più singoli beni.

Riguardo alla confisca d'azienda o di ramo di essa, occorre tenere presente la normativa civilistica in materia di cessione del complesso dei beni produttivi dell'impresa commerciale: si prevede che l'acquirente risponda dei debiti d'impresa, in solido con il cedente, se essi risultino dai libri contabili obbligatori (art. 2560 c.c.), anche a prescindere da un apposito accordo di accollo. Nel caso dei crediti da lavoro subordinato, la tutela è ancora più ampia: la responsabilità solidale tra cedente e cessionario vi è a prescindere dalle risultanze contabili, dalla consapevolezza dell'acquirente e dal carattere commerciale dell'impresa (art. 2112, comma 2 c.c.)⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ In questo senso anche la Corte Costituzionale che, nel descrivere la normativa prevista per la tutela dei creditori rispetto alla c.d. confisca di prevenzione, ha tra l'altro individuato il legittimo obiettivo di «*impedire che la persona sottoposta al procedimento di prevenzione possa giovare dei proventi delle attività illecite per "liberare" dai debiti il restante patrimonio personale*» (Corte Cost., 11 febbraio-28 maggio 2015, n. 94).

⁴⁷⁷ Si tratta di applicare, *mutatis mutandis*, i principi che si è avuto modo di esporre nel par. 3.3, a cui si rinvia per una più estesa spiegazione.

⁴⁷⁸ Sul punto, si veda quanto esposto nel par. 1.5.2.

⁴⁷⁹ Si tratta di profili che saranno più ampiamente trattati nel Quinto Capitolo.

⁴⁸⁰ Cfr. G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale cit.*, 69 ss.

A parere di chi scrive, si tratta di una forma di tutela estendibile alle confische disposte nel procedimento penale, a condizione che siano rispettati anche i requisiti di estraneità al reato/buona fede. Si tratta di una soluzione ermeneutica che appare praticabile in quanto rispettosa della lettera della normativa in materia, sistematicamente coerente, costituzionalmente orientata e non lesiva della discrezionalità del legislatore.

In primo luogo, infatti, per le confische disposte nell'ambito del procedimento penale l'assenza di disciplina della posizione dei creditori non garantiti non assume valenza escludente, ma rappresenta una mera lacuna colmabile in via sistematica mediante l'applicazione (più diretta che analogica) degli artt. 2560 e 2112, comma 2 c.c. in combinato con il generale criterio di buona fede.

Ciò permette appunto un'interpretazione costituzionalmente orientata che, con riferimento alla posizione dei lavoratori subordinati, trova una solida base nel citato art. 36 Cost. Proprio in relazione alla mancata tutela della loro posizione, infatti, la Corte Costituzionale ha di recente censurato la disciplina transitoria per la confisca c.d. di prevenzione (in cui non vi era una mera lacuna, ma una vera e propria implicita esclusione non passibile di interpretazione conforme)⁴⁸¹.

Non sussiste neanche l'impedimento ravvisato dalla Corte Costituzionale nella pronuncia 190 del 1994 per l'estensione della tutela alla generalità dei creditori garantiti: in quel caso, a rendere inammissibile la questione di legittimità costituzionale fu la necessità di una serie di scelte sostanziali e processuali, che avrebbero invaso gli spazi di discrezionalità del legislatore⁴⁸². Per l'ipotesi in esame, invece, la soluzione appare vincolata e determinata dal coordinamento tra disciplina delle confische e disciplina civilistica.

⁴⁸¹ Cfr. Corte Cost. 11 febbraio-28 maggio 2015, n. 94, di cui si riportano i seguenti significativi passaggi: «*in sostanza, dunque, mentre per i procedimenti di prevenzione iniziati successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011 la legittimazione ad avvalersi della speciale procedura incidentale di verifica è estesa a tutti i creditori – siano essi chirografari, privilegiati o titolari di diritti di garanzia reale – per i procedimenti pendenti (quale quello cui si riferisce il giudizio a quo) la legittimazione è circoscritta ai soli creditori ipotecari, pignoranti o intervenuti nell'esecuzione (i secondi e i terzi, peraltro, indipendentemente dal rango del loro credito e, quindi, anche se chirografari). Restano esclusi, in tal modo, dalla tutela i crediti dei prestatori di lavoro subordinato, che non siano ipotecari, pignoranti o intervenuti nell'esecuzione, ma comunque assistiti da privilegio generale sui beni mobili, ai sensi dell'art. 2751-bis, numero 1), cod. civ., e con diritto alla collocazione sussidiaria sul prezzo degli immobili, ai sensi dell'art. 2776 cod. civ. Per questo verso, la disciplina in esame si pone, tuttavia, in contrasto con l'art. 36 Cost., [...] la misura patrimoniale rischia, infatti, di privare ex abrupto il lavoratore della possibilità di agire utilmente in executivis per il pagamento delle proprie spettanze. [...] La disciplina di cui ai commi 198 e seguenti dell'art. 1 della legge n. 228 del 2012 assume, in effetti, una chiara valenza ad excludendum, rispetto a pagamenti da parte degli organi di gestione dei beni confiscati in favore di creditori diversi da quelli ivi considerati. [...] La disciplina censurata non può essere, d'altra parte, giustificata in una prospettiva di bilanciamento con l'interesse sotteso alle misure di prevenzione patrimoniali, ricollegabile ad esigenze di ordine e sicurezza pubblica anch'esse costituzionalmente rilevanti. Nella specie, in effetti, non di bilanciamento si tratta, «ma di un sacrificio puro e semplice» dell'interesse contrapposto (sentenza n. 317 del 2009). Il bilanciamento – come detto – è quello espresso, nell'ambito della normativa “a regime”, dalle previsioni limitative recate dall'art. 52 del d.lgs. n. 159 del 2011, volte ad impedire che la tutela si estenda a soggetti lato sensu “conniventi” con l'attività illecita del proposto o di reimpiego dei suoi proventi, o a crediti simulati o artificiosamente creati, ovvero ancora a casi nei quali è possibile aggredire utilmente il residuo patrimonio del debitore [...]».*

⁴⁸² Si veda *supra* la nota n. 29 del presente capitolo.

Una tale soluzione, peraltro, era già stata individuata da una parte della giurisprudenza in tema di confisca c.d. di prevenzione prima che entrasse in vigore l'articolata disciplina del Codice Antimafia⁴⁸³.

Rimane aperta e maggiormente problematica, invece, la questione inerente alla confisca (non dell'intero complesso aziendale, bensì) di uno o più beni dell'imprenditore (anche collettivo), tale da svuotare sostanzialmente il patrimonio rappresentante la garanzia dei creditori d'impresa, tra cui i lavoratori. In assenza di una disciplina specifica, infatti, occorre chiedersi se questi ultimi possano legittimamente essere trattati alla stregua degli altri creditori chirografari o meno.

Occorre infine specificare che le norme costituzionali che costituiscono il fondamento della tutela dei lavoratori devono esserne, allo stesso tempo, il limite. Così, se i lavoratori contribuivano in maniera determinante ad un'attività illecita, verrebbe meno - oltre al generale principio di buona fede - anche il dovere costituzionale di contribuire al progresso materiale e spirituale della società.

4.2.3 La posizione dei creditori titolari di pretese processualcivilistiche: lo stato dell'arte

Così delineata la situazione dei creditori in relazione alla loro posizione sostanziale, occorre affrontare la questione relativa agli spazi di tutela per le diverse ipotesi di vincoli di tipo processuale sui beni oggetto di sequestro finalizzato alla confisca.

Una prima ipotesi è quella del creditore (anche chirografario) che abbia ottenuto un sequestro conservativo o un pignoramento sul bene (o che sia intervenuto nella procedura esecutiva di cui a tale pignoramento). Sul punto, non vi è un orientamento consolidato ed uniforme, ma si possono rilevare unicamente pronunce, civili e penali, che hanno affrontato il problema sotto specifici profili oggetto di peculiari fattispecie concrete⁴⁸⁴.

Anche in relazione al rapporto tra confisca e concordato preventivo il quadro giurisprudenziale non si presenta ancora ben delineato: in sede di merito si è ritenuto di applicare i medesimi principi della procedura fallimentare, la quale condividerebbe con il concordato preventivo il rilievo pubblicistico e la centralità dell'interesse dei creditori, a favore dei quali il decreto di omologazione porrebbe un

⁴⁸³ Prima della riforma del codice antimafia, la giurisprudenza sulla confisca c.d. di prevenzione si era interrogata sul tema con soluzioni non sempre uniformi: all'esigenza di non vanificare l'efficacia del provvedimento ablativo si contrapponeva quella di coordinamento con la normativa civilistica e di evitare la paralisi dell'impresa per l'interruzione dei rapporti ad essa funzionali. Così parte della giurisprudenza riteneva applicabile l'art. 2560 c.c. anche all'acquisto coattivo derivante dalla confisca ed in molti casi si procedeva al pagamento in via transattiva da parte dell'amministratore giudiziario. Cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 214 ss.

⁴⁸⁴ Per l'improcedibilità dell'azione esecutiva già avviata per il sopravvenire di un sequestro penale: Trib. Modena, 10 settembre 2009, n. 1240. Sui rapporti tra confisca e sequestro conservativo nel processo tributario, Cass. pen. Sez. III, 14 ottobre 2015, n. 9146 ha affermato che «il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente del profitto dei reati fiscali non è impedito dalla circostanza che sugli stessi beni gravi un sequestro conservativo autorizzato dal giudice tributario». Si veda anche Trib. Sassari, 3 novembre 2015, che - seppur in un caso di confisca urbanistica - ha affermato che fino a che «non sia disposta la confisca [...] non sussistono valide ragioni per fermarsi la procedura esecutiva, che dunque potrà proseguire con prevalenza del creditore ipotecario, che ha trascritto ipoteca e pignoramento prima del sequestro penale: b) che qualora la confisca sopravvenga prima del trasferimento del bene (disposto con il relativo decreto) l'esecuzione dovrà dichiararsi - con riferimento al bene confiscato - sospesa ex art. 623 c.p.c., dovendo le ragioni del creditore essere preventivamente fatte valere davanti ai giudici dell'esecuzione penale».

vincolo di destinazione⁴⁸⁵; in sede (civile) di legittimità è stato constatato come una proposta di concordato avente ad oggetto beni oggetto di sequestro finalizzato alla confisca obbligatoria sia priva di fattibilità giuridica (non potendosi invece trasporre in sede concorsuale problematiche di legittimità della misura cautelare disposta nel procedimento penale)⁴⁸⁶.

Maggiore attenzione hanno suscitato in dottrina e giurisprudenza le problematiche afferenti alla procedura concorsuale per antonomasia, ossia il fallimento. Le due principali sentenze della Cassazione sono state pronunciate nel 2004 e nel 2014, nell'autorevole composizione delle Sezioni Unite, cercando di configurare i rapporti tra sequestro e confisca, da un lato, e procedura concorsuale dall'altro.

La sentenza *Focarelli*⁴⁸⁷, provando a risolvere un precedente contrasto giurisprudenziale⁴⁸⁸, ha preliminarmente ribadito «*il principio secondo il quale il fallito conserva, sino al momento della*

⁴⁸⁵ Cfr. Trib. Riesame Napoli, 16-20 giugno 2011.

⁴⁸⁶ Cfr. Cass. civ., sez. I, 14 settembre-20 dicembre 2016, n. 26329 ed il relativo commento di G. MINUTOLI, *La fattibilità del concordato nella "terra di mezzo" dei sequestri preventivi e di prevenzione: prove critiche di tutela dei creditori*, in *Il Fallimento*, 2017, n. 6, 680 ss.

⁴⁸⁷ Si tratta della sentenza Cass. pen., Sez. un., 24 maggio-9 luglio 2004, n. 29951.

⁴⁸⁸ Appare utile riportare gli stessi passaggi della sentenza n. 29951/2004 in cui è riassunta la contesa giurisprudenziale: «*un primo orientamento afferma la legittimità del sequestro preventivo disposto sui beni del fallito di cui è consentita la confisca (Cass., Sez. V: 30 marzo 2000, n. 1926, Vasaturo; 18 settembre 2003, n. 38117, Fall. Marina Service s.r.l.) sull'essenziale rilievo che il fallimento priva l'imprenditore dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni, trasferendoli alla curatela, ma che tale "spossessionamento" non si traduce in una perdita della proprietà in capo al fallito, "risolvendosi, invece, nella destinazione della totalità dei beni a soddisfare i creditori, oltre che nella assoluta insensibilità del patrimonio all'attività svolta dall'imprenditore successivamente alla dichiarazione di suo fallimento". La procedura concorsuale non può surrogare gli effetti del sequestro preventivo, che permangono inalterati, essendo la cautela penale disposta per differenti finalità. Viene riconosciuto alla curatela un ruolo esclusivamente gestionale e funzionale al soddisfacimento dei creditori e si esclude che essa possa vantare a proprio favore l'appartenenza dei beni: situazione questa che precluderebbe la confiscabilità ai sensi dell'art. 240, comma 3, cod. pen., dove è appunto stabilito che la misura di sicurezza non è applicabile nei confronti di beni appartenenti al "terzo estraneo al reato". Il curatore fallimentare assumerebbe la qualità di "terzo", rispetto al fallito e ai creditori, solo in alcuni casi (ad esempio quando esercita l'azione revocatoria o l'azione di simulazione), ma quest'organo, normalmente, "accentra in sé la duplice veste di rappresentante della massa dei creditori e del fallito, per cui non si può considerare come terzo verso quest'ultimo". Ne consegue che il curatore, svolgendo funzioni diverse, fra cui anche quelle di rappresentanza dello stesso fallito, non può considerarsi terzo estraneo ai sensi dell'art. 240, comma 3, cod. pen. (Cass., Sez. I, 7 marzo 2002, n. 13947, Fall. S.I.T. s.p.a.). La tesi favorevole alla prevalenza della misura cautelare reale e della stessa confisca viene pure sostenuta evidenziando la natura pubblicistica degli interessi sottesi al sequestro preventivo (ed alla confisca) e, conseguentemente, dando ad essi prevalenza rispetto a quelli che connotano il fallimento, considerati di natura eminentemente privatistica. Un diverso indirizzo (espresso nella decisione della Sez. II, 16 maggio 2003, n. 24160, P.M. in proc. Sajevo) contesta quelle posizioni che riconoscono una generalizzata prevalenza delle misure cautelari reali sulle esigenze della par condicio creditorum, che sono alla base della procedura concorsuale. La decisione anzidetta riconosce al sequestro preventivo un'efficacia prevalente rispetto alla procedura fallimentare purché sia destinato a soddisfare una funzione di prevenzione speciale rilevante erga omnes; tale prevalenza, però, è destinata a venire meno qualora "il carattere preventivo finisca per coincidere con il fine di impedire la dispersione delle garanzie patrimoniali cui è preordinato il sequestro di cui agli artt. 316 e seg. c.p.p". Si afferma, in sostanza, che la prevalenza del sequestro opera soltanto nelle ipotesi in cui la misura cautelare colpisca l'utilizzazione di un bene intrinsecamente illecito o suscettibile di aggravare la illiceità commessa, cioè quando "il vincolo sia destinato ad introdurre una inibitoria in rem circa la stessa utilizzazione del bene", ma non anche nell'ipotesi in cui il sequestro persegua finalità essenzialmente anticipatorie rispetto ad un'azione esecutiva individuale nei confronti dell'obbligato da delitto, coincidendo così in tutto e per tutto con il sequestro conservativo, perché un sequestro siffatto ricadrebbe nella generale previsione di cui all'art. 51 L.F., che pone il divieto di azioni esecutive individuali nei confronti della massa. Pertanto - una volta che sia esclusa la funzione di prevenzione speciale - "i frutti che l'imprenditore si procura attraverso attività criminose e, in particolare, mediante truffe contrattuali, pur provenendogli per effetto di negozio concluso con induzione in errore o mediante dolo e, quindi, soggetto*

*vendita fallimentare, la proprietà dei beni, pur restando questi vincolati al fine di garantire una equa soddisfazione di tutti i creditori mediante l'esecuzione forzata*⁴⁸⁹. Ciò conduce ad escludere che al curatore “appartengano” i beni. Le Sezioni Unite hanno anche chiarito come in ogni caso egli non sia “estraneo al reato”, pur essendo una figura pubblicistica terza, in quanto nel disporre dei beni dell'impresa fallita partecipa all'utilizzazione dei proventi del reato⁴⁹⁰. Ciò premesso, la sentenza in esame ha compiuto riflessioni analitiche distinguendo tra le diverse tipologie di sequestri e confische: per quanto qui maggiormente interessa⁴⁹¹, ha concluso che il divieto di azioni esecutive ex art. 51 l. fall. opera solo per il sequestro conservativo ex art. 316 c.p.p., mentre quando si tratta di (sequestro finalizzato a) confisca obbligatoria esso «*deve ritenersi assolutamente insensibile alla procedura fallimentare*» e nel caso di (sequestro finalizzato alla) confisca facoltativa la prevalenza rispetto al fallimento è subordinata alla «*condizione che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare*». La distinzione è basata sul fatto che nel primo caso si tratta di una misura strumentale e prodromica all'esecuzione nei

ad annullabilità per vizi di consenso, ugualmente entrano a far parte del patrimonio del fallito e ad esso fanno capo fino all'esito positivo di una eventuale azione di annullamento da intentarsi ad opera del deceptus". Ne consegue che nel patrimonio fallimentare vanno compresi anche quei beni fungibili che, come le somme di denaro derivanti da condotte illecite, legittimano le persone offese a concorrere con gli altri creditori sulla massa attiva, salva l'azione diretta ex delicto nei confronti dell'autore del fatto" e che beni siffatti, entrati nel patrimonio del fallito, diventano cespiti sui quali sia i creditori "possono pretendere di soddisfare le proprie ragioni" sia il curatore è legittimato all'espletamento dei propri compiti istituzionali di amministrazione».

⁴⁸⁹ Sul punto, cfr. *supra* par. 4.1.3 ed in particolare la nota n. 16.

⁴⁹⁰ Tuttavia, proprio in ragione del ruolo pubblicistico volto a rimuovere ogni atto pregiudizievole ai fini della reintegrazione del patrimonio, le Sezioni Unite del 2004 hanno ritenuto che il curatore del fallimento sia sicuramente legittimato, previa autorizzazione del giudice delegato, a proporre sia l'istanza di riesame del provvedimento di sequestro preventivo sia quella di revoca della misura, ai sensi dell'art. 322 c.p.p. (nonché a proporre ricorso per Cassazione, ex art. 325 c.p.p., avverso le relative ordinanze emesse dal Tribunale per il riesame). Egli, peraltro, non può essere considerato un rappresentante del fallito, in quanto «*è organo che svolge una funzione pubblica nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, incardinato nell'ufficio fallimentare a fianco del tribunale e del giudice delegato, quale "ausiliario di giustizia" e, di conseguenza, è sempre e costantemente "terzo" rispetto a tutti, perfino quando agisce per la tutela di un diritto già esistente nel patrimonio del fallito e che avrebbe potuto essere fatto valere da quest'ultimo se non fosse intervenuto il fallimento (si vedano, in proposito, tra plurime decisioni, Cass. civ.: 6 novembre 1987, n. 8224; 14 settembre 1991, n. 9605; 14 gennaio 1993, n. 404; 6 marzo 1995, n. 2570). Il curatore è investito dei propri poteri dalla legge ed è nominato dal tribunale fallimentare, in maniera del tutto autonoma rispetto alla volontà del fallito ed il fatto che tuteli indirettamente anche gli interessi di quest'ultimo, oltre che quelli dei creditori, non può significare che gli si debba riconoscere una funzione di rappresentanza, dal momento che tale tutela è comunque rivolta all'esecuzione forzata del patrimonio sottoposto alla procedura concorsuale. D'altra parte, gli stessi poteri di amministrazione del patrimonio fallimentare (art. 31, comma 1, L.F.) sono soggetti a specifici controlli e vincoli da parte dell'autorità giudiziaria, che vigila sull'intera attività del curatore (artt. 25, 31 e 35 L.F.). Anche nei casi in cui viene considerato avente causa del fallito, ad esempio quando esercita un diritto già presente nel patrimonio di questi (Cass. civ., 8.1.1999, n. 96), è sempre l'interesse della procedura ad essere tutelato dall'ufficio fallimentare e non quello del fallito o dei creditori».*

⁴⁹¹ La sentenza *Focarelli* fa una digressione anche sulle altre tipologie di sequestri: il sequestro probatorio (art. 253 ss. c.p.p.) è assolutamente insensibile alla procedura concorsuale, attenendo ad esigenze processuali di “ricerca della verità” nel procedimento penale e comunque viene meno quando tali esigenze fisiologicamente cessano; per quanto riguarda il sequestro preventivo c.d. “impeditivo” (art. 321, comma 1 c.p.p.), invece, deve esservi un concreto e motivato vaglio del Giudice per verificare se la procedura concorsuale fa venire meno le esigenze di “congelamento” dei beni, fermo restando la possibilità di ricorrere al sequestro quando - ad esempio per la cessazione della procedura fallimentare - tali esigenze riemergano. Sulle caratteristiche e la natura dei citati sequestri, cfr. par. 2.61.

confronti del debitore *ex delicto*, analoga al sequestro conservativo civilistico (pacificamente vietato); nel secondo «*la valutazione che viene richiesta al giudice della cautela reale sulla pericolosità della cosa non contiene margini di discrezionalità, in quanto la res è considerata pericolosa in base ad una presunzione assoluta*» e «*le finalità del fallimento non sono in grado di assorbire la funzione assoluta dal sequestro*»⁴⁹²; nella terza ipotesi, al contrario, le esigenze preventive cautelari potrebbero essere realizzate «*anche per altra via, dallo spossessamento derivante dalla declaratoria fallimentare, che potrebbe essere quindi idonea a fare venir meno lo stesso motivo della cautela, assicurando inoltre la garanzia dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore fallito*», ma tale effetto non può essere automaticamente affermato, dovendosi accertare «*caso per caso le concrete conseguenze della eventuale restituzione, tenendo anche presenti le modalità di svolgimento della procedura concorsuale, le qualità dei creditori ammessi al passivo e l'ammontare di questo, al fine di considerare le possibilità che l'imputato, anche qualora abbia agito attraverso lo schermo societario, ritorni in possesso delle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato*»⁴⁹³.

Dieci anni dopo, la sentenza *Uniland*⁴⁹⁴ ha preliminarmente dato atto del successivo contrasto nato nella giurisprudenza sul riferimento che le Sezioni Unite del 2004 avevano compiuto alla confisca obbligatoria: per un orientamento, infatti, la prevalenza assoluta andava intesa per i soli beni intrinsecamente criminosi; per un altro orientamento, invece, ogni ipotesi di confisca obbligatoria comportava quest'effetto⁴⁹⁵. Dopodiché, la Suprema Corte ha affrontato la questione in maniera

⁴⁹² La Cassazione prosegue: «*la legge vuole escludere che il bene sia rimesso in circolazione, sia pure attraverso l'espropriazione del reo, sicché non può consentirsi che il bene stesso, restituito all'ufficio fallimentare, possa essere venduto medio tempore e il ricavato distribuito ai creditori [...] la vocazione strumentale rispetto al processo è attenuata e prevale l'esigenza preventiva di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente "pericoloso" in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato. Le ragioni di tutela dei terzi creditori sono destinate ad essere pretermesse rispetto alla prevalente esigenza di tutela della collettività*».

⁴⁹³ Sul punto, le Sezioni Unite continuano: «*la confisca facoltativa, infatti, postula il concreto accertamento, da parte del giudice, della necessità di evitare che il reo resti in possesso delle cose che sono servite a commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto, e che quindi potrebbero mantenere viva l'idea del delitto commesso e stimolare la perpetrazione di nuovi reati, ed il medesimo effetto viene realizzato. In tale prospettiva può pure profilarsi l'opportunità di consentire la restituzione con l'imposizione di prescrizioni, ai sensi dell'art. 85 disp. att. c.p.p. [...] D'altra parte, è opportuno ricordare che la confisca prevista dall'art. 240 cod. pen. non travolge i diritti di garanzia dei terzi, allorquando la presunzione di pericolosità che giustifica la misura di sicurezza inerisca non alla cosa illecita in sé ma alla relazione che la lega al soggetto che ha commesso il reato*».

⁴⁹⁴ Si tratta della sentenza Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014-17 marzo 2015, n. 11170.

⁴⁹⁵ In particolare, il riferimento compiuto dalle Sezioni Unite del 2004, per la confisca obbligatoria, alla necessità di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente pericoloso aveva fatto nascere il dubbio che la prevalenza assoluta a cui faceva riferimento la sentenza fosse riferibile ai soli casi dell'art. 240, comma 2, n. 2 c.p. e non anche al n. 1 (prezzo del reato) o comunque alle ipotesi speciali di confisca.

L'indirizzo prevalente rispondeva in senso affermativo a tale dubbio (in questo senso, in dottrina, R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Roma, 2012, 163 s.; si veda anche F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 645 e 671 s.). Tuttavia, con riguardo alla confisca per equivalente questo orientamento - in ragione della natura di misura sanzionatoria consistente in un prelievo pubblico a compensazione di un profitto illecito - concludeva per una verifica concreta analoga a quella prevista per la confisca facoltativa (Cass. pen., sez. III, 2 febbraio-25 maggio 2007, n. 20443 sulla confisca *ex art. 12 sexies*; Cass. pen., Sez. I, 1 marzo-10 maggio 2013, n. 20216; Cass. pen., sez. II, 14 giugno-27 settembre 2006, n. 31990 in cui però si ritenevano le cose costituenti profitto quali beni oggettivamente pericolosi; Cass. pen., sez. V, 8 luglio-13 agosto 2008, n. 33425 in tema di confisca per equivalente *ex art. 19 d. lgs. 231/2001* e che addirittura conclude che essa sarebbe facoltativa in ragione del verbo "può").

diversa e concentrando l'attenzione su sequestri e confische nei confronti di enti *ex d. lgs. 231/2001*. La Corte ha impostato il rapporto di sequestro e fallimento in termini di compatibilità, essendo due diversi vincoli che possono convivere sul medesimo bene senza creare interferenze, dovendosi soltanto poi comprendere - all'esito di entrambi i procedimenti - se prevalga l'ablazione dello Stato o la tutela dei creditori. Sul punto, da un lato la Cassazione ha escluso l'invocata applicabilità analogica della disciplina del codice antimafia, in ragione delle diverse finalità e modalità applicative della confisca c.d. di prevenzione rispetto a quella dei proventi *ex art. 19 d. lgs. 231/2001* (in particolare, sulla competenza del giudice fallimentare a verificare i requisiti di buona fede del terzo). Dall'altro, le stesse Sezioni Unite hanno evidenziato come i creditori possano invocare la propria tutela solo:

- nella misura in cui abbiano un diritto reale sul bene oggetto di sequestro/confisca e ciò, in caso di fallimento, avviene solo quando *«alla fine della procedura si potrà, previa vendita dei beni ed autorizzazione da parte del giudice delegato del piano di riparto, procedere alla assegnazione dei beni ai creditori»* e
- allegando (ma senza onere di provare) la propria estraneità al reato dinanzi al Giudice dell'esecuzione penale.

Le due esposte sentenze non hanno chiuso definitivamente il dibattito ed infatti le successive giurisprudenza e dottrina hanno continuato ad interrogarsi sui rapporti tra sequestri/confische e fallimento e più in generale sull'intersezione tra strumenti processuali del procedimento penale e del processo civile⁴⁹⁶.

Un indirizzo minoritario, nel seguire la sentenza Focarelli, dava rilievo unicamente alla natura facoltativa o obbligatoria della confisca (in tema di confisca *ex art. 19 d. lgs. 231/2001*, ritenendola obbligatoria in quanto sanzione principale, cfr. Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051).

⁴⁹⁶ Tra tutte, per livello di riflessione ed approfondimento si segnala Cass. pen., sez. III, 12 luglio-7 ottobre 2016, n. 42469, in cui la Suprema Corte distingue tra i casi in cui la dichiarazione di fallimento sopravvenga al sequestro, nei quali essa *«non è sufficiente per conferire al fallimento stesso della disponibilità dei beni del fallito, i quali, nel caso in cui ne sia stato anteriormente disposto il sequestro, non sono più, logicamente, disponibili neppure ai fini degli interessi fallimentari, il vincolo penale assorbendo ogni potere fattuale su di essi ed escludendo così ogni disponibilità diversa rispetto alla concretizzazione della prevenzione cautelare finalizzata alla confisca»* (mentre la coesistenza dei vincoli predicata dalla sentenza *Uniland* varrebbe solo a livello giuridico-formale); dai casi in cui il sequestro sia diretto ad una massa attiva di un fallimento già in corso, per i quali la Cassazione formula un *obiter dictum* di riflessione in cui evidenzia gli inconvenienti a cui porterebbe una conclusione che ritenga la misura cautelare penale del tutto insensibile alla procedura concorsuale e sottolinea la lacuna normativa in relazione alla specificità dei diritti di credito. In maniera meno elaborata, conclude nettamente per l'insensibilità del sequestro per equivalente alla procedura fallimentare, invece, Cass. pen., sez. III, 01 marzo-9 settembre 2016, n. 23907. Ritiene, al contrario della sentenza *Uniland*, che il curatore fallimentare abbia legittimazione attiva in sede penale, Trib. Treviso, ord. 31 marzo 2017.

Per alcune analisi critiche dottrinali della sentenza *Uniland*, sotto diversi angoli prospettici: P. DI GERONIMO, *La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare: pregi e limiti della soluzione prospettata dalle Sezioni Unite*, in *Cassazione Penale*, 2015, n. 9, 3031 ss.; D. BIANCHI, *Confisca penale "corporativa" e fallimento - Automatismi nel meccanismo sequestro-confisca ex d.lgs. n. 231 e ricadute problematiche sulla procedura fallimentare*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, nn. 8-9, 1994 ss.; M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, in www.archiviopenale.it, 20 dicembre 2015; E. ROMANO, *Confisca e tutela dei terzi: tra buona fede e colpevole affidamento*, in *Cassazione Penale*, 2016, nn. 7-8, 2894 ss.; M. RIVERDITI, *Le Sezioni Unite individuano il punto*

4.2.4 segue: una possibile soluzione unitaria

Premettendo che l'assenza di una disciplina specifica rende ogni percorso interpretativo irto di pericoli e di possibili inconvenienti⁴⁹⁷, la soluzione migliore è forse quella di provare un approccio unitario, per poi articolarne i corollari in ragione delle specificità dei singoli istituti processualcivilistici. Inoltre, appare opportuno partire proprio dalle principali elaborazioni giurisprudenziali, evidenziandone i punti condivisibili e quelli che, a sommosso parere di chi scrive, necessitano di correttivi.

Così, va dato merito alla sentenza *Focarelli* di aver, da un lato, diversificato la risposta in base alla natura che assume la confisca (ed il correlativo sequestro) nelle sue varie estrinsecazioni; dall'altro, di aver accuratamente ricostruito la figura del curatore quale soggetto sicuramente legittimato a far valere i vizi di sequestri/confische, ma soltanto quale figura pubblica posta a tutela della massa creditoria e dunque interessata a preservare l'integrità del patrimonio dell'impresa fallita. Egli non è, invece, persona estranea al reato a cui appartengono i beni, mancando entrambi tali presupposti⁴⁹⁸.

Tuttavia, in linea con la ricostruzione ermeneutica sostenuta nel presente lavoro, occorre rilevare gli inconvenienti a cui va incontro su tale terreno l'inquadramento della confisca in termini di misura di sicurezza. Se la confisca diretta avesse una *ratio* squisitamente preventiva, infatti, l'*obiter dictum* della sentenza *Focarelli* - in base alla quale la confisca obbligatoria prevale sempre e comunque - andrebbe applicato (non solo alle cose intrinsecamente criminose, bensì anche) alle ipotesi in cui oggetto di ablazione siano prezzo, prodotto o profitto del reato. Si dovrebbe infatti ritenere presunta in via assoluta la pericolosità degli stessi. In altre parole, nella confisca facoltativa le esigenze di prevenzione andrebbero vagliate, anche in ragione delle probabilità che il bene torni nella

di equilibrio tra confisca ex d. lgs. 231 e vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2015.

⁴⁹⁷ In questo senso anche P. DI GERONIMO, *La confisca del profitto cit.*, par. 1. Va dato atto che a questa problematica è stata oggetto di attenzione del Parlamento nell'elaborazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 (riforma della materia della crisi d'impresa e dell'insolvenza), sebbene con alcune ambiguità lessicali che paiono confondere procedimento di prevenzione e procedimento penale. L'art. 13, stabilisce:

«1. Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, il Governo adotta disposizioni di coordinamento con il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, stabilendo condizioni e criteri di prevalenza, rispetto alla gestione concorsuale, delle misure cautelari adottate in sede penale, anteriormente o successivamente alla dichiarazione di insolvenza.

2. Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, il Governo adotta disposizioni di coordinamento con la disciplina di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e in particolare con le misure cautelari previste dalla disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, nel rispetto del principio di prevalenza del regime concorsuale, salvo che ricorrano ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale».

⁴⁹⁸ Si tratta di una conclusione che risulta ancora ampiamente condivisa in dottrina, nonostante le Sezioni Unite nella sentenza Uniland del 2014 si siano espresse in senso contrario (tra gli altri, P. DI GERONIMO, *La confisca del profitto cit.*, par. 9 e 10, in cui si evidenzia come sia lampante l'interesse giuridico meritevole di tutela portato avanti dal curatore e come la soluzione contrari conduca a rischi di una sostanziale inoppugnabilità della misura cautelare reale; M. BONTEMPELLI, *Sequestro cit.*, 13, in cui - dopo aver evidenziato che il sequestro preventivo impedisce la vendita e dunque il riparto, individuato dalle stesse Sezioni Unite come presupposto per la tutela del creditore - si ritiene la legittimazione ad impugnare del curatore quale rimedio a tale inconveniente; M. RIVERDITI, *Le Sezioni Unite individuano il punto di equilibrio cit.*, in cui si manifesta perplessità, soprattutto se confrontata alla sostenuta possibilità di coesistenza dei due vincoli). Tale soluzione viene anche sostenuta in parte della successiva giurisprudenza (Trib. Treviso, 31 marzo 2017).

disponibilità del reo; in quella obbligatoria esse andrebbero presunte sempre, anche quando pacificamente gli *assets* sono ormai definitivamente fuori dalla sfera criminale, facendo salvi i soli casi di appartenenza a persona estranea al reato. Questa discrasia, come visto, non è sfuggita neanche alla successiva prevalente giurisprudenza, che ha provato a limitare il principio alla sola confisca *ex art. 240, comma 2, n. 2 c.p.*, con ciò implicitamente ammettendo che negli altri casi non sia possibile predicare una pericolosità *iuris et de iure*.

Per quanto riguarda la confisca per equivalente, poi, la qualificazione in termini punitivi ha portato diversi interpreti a sostenere (soprattutto nell'ambito del d. lgs. 231/2001) che lo Stato dovrebbe assumere la veste di creditore, seppur privilegiato, e concorrere con gli altri⁴⁹⁹. Ciò accade, ad esempio, per le pene/sanzioni pecuniarie ed appare inconferente in questo caso il richiamo all'obbligatorietà. Sebbene in formale ossequio a quanto detto dalle Sezioni Unite nel 2004, infatti, si omette di considerare che in quel caso l'obbligatorietà era stata valorizzata proprio in ragione della pericolosità assoluta ed insuperabile.

Muovendo invece dalla natura ripristinatoria della confisca dei proventi criminosi, in tutte le sue forme (diretta e per equivalente), è possibile impostare i rapporti con le procedure civilistiche in maniera maggiormente armoniosa: l'utilizzo dei beni per estinguere debiti del destinatario della misura è, come visto⁵⁰⁰, un modo per farne godere allo stesso le relative ingiustificate utilità e dunque, in linea di principio, il soddisfacimento dei creditori a scapito della confisca confliggerebbe con gli scopi di quest'ultima. Non occorre, in questo senso, predicarne la pericolosità per farla prevalere sugli interessi dei creditori. Tuttavia, la più volte richiamata esigenza pubblicistica di non paralizzare i traffici giuridici e comunque di tutela generica dell'individuo, ha condotto il legislatore a limitare il raggiungimento dello scopo ripristinatorio, prevedendo una forma di tutela a chi in buona fede abbia fatto credito al reo. Una tale tutela - come visto pocanzi - è stata configurata dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità politica, a favore dei soli soggetti titolari di situazioni giuridiche qualificate⁵⁰¹.

Il vero nodo da risolvere, allora, è se la nozione di "appartenenza" (art. 240, comma 3 c.p.) o di "acquisto del diritto" (art. 19 d. lgs. 231/2001) possa essere estesa anche alle situazioni giuridiche processuali e, soprattutto nelle procedure complesse, quale sia il momento in cui tale prerogativa viene assunta dal creditore (pur chirografario).

⁴⁹⁹ Nella stessa sentenza delle Sezioni Unite n. 11170/2015, una tale soluzione è prevista quale *obiter dictum* per il caso in cui la confisca avvenga in pendenza della procedura concorsuale, applicando poi il privilegio dell'art. 27, comma 2 d. lgs. 231/2001. In realtà - come sostenuto in maniera condivisibile anche in P. DI GERONIMO, *La confisca del profitto cit.*, parr. 6, 7 ed 8 - quella norma sembra riferibile unicamente alla sanzione (punitiva) pecuniaria disposta nei confronti dell'ente.

⁵⁰⁰ Cfr., *retro*, par. 4.2.1 ed anche il riferimento alla giurisprudenziale costituzionale della nota n. 34.

⁵⁰¹ In primo luogo è attribuita ad i titolari di un diritto di garanzia specifica sul bene e non anche ad i titolari della mera garanzia patrimoniale generica sul patrimonio. A tali casi si aggiungono, come visto nei paragrafi 4.2.1 e 4.2.2, anche i creditori d'azienda ed i danneggiati dal reato, nelle ipotesi in cui ne ricorrano i presupposti.

Ecco allora che vengono in rilievo i due grandi meriti della sentenza *Uniland*: in primo luogo, le Sezioni Unite hanno evidenziato l'astratta compatibilità giuridico-formale di due vincoli sui medesimi beni; inoltre, i medesimi giudici di legittimità hanno valorizzato il vincolo processual-fallimentare quale presupposto della tutela dei creditori che - se chirografari o con mero privilegio generale - non avrebbero altrimenti legame con la cosa oggetto di sequestro o confisca.

Ciò che tuttavia a sommo avviso di chi scrive va corretto⁵⁰² è, da un lato, l'affermazione in base alla quale non vi sarebbe alcun limite temporale all'acquisizione del diritto sul bene tutelabile rispetto alla confisca; dall'altro, l'individuazione del momento di titolarità di un vincolo sul bene in quello in cui «*si potrà, previa vendita dei beni ed autorizzazione da parte del giudice delegato del piano di riparto, procedere all'assegnazione dei beni ai creditori*». Nella prospettiva della sentenza in esame, ciò sarebbe possibile in virtù dell'autorizzazione che il curatore potrebbe ottenere *ex art. 53, comma 1 bis d. lgs. 231/2001*.

Come rilevato in alcuni contributi dottrinali, infatti, da un lato tale autorizzazione può essere concessa *esclusivamente* al fine di garantire lo sviluppo e la continuità aziendali: se in essa può essere compresa l'ipotesi (propiziata dal legislatore) di vendita fallimentare dell'azienda o di rami di essa in blocco, non altrettanto si potrà dire per i casi in cui la procedura liquidatoria avvenga mediante cessione separata dei beni⁵⁰³. Dall'altro, vi sono profili di incoerenza nella sentenza che, per un verso, esclude la tutela dei meri creditori e, per altro verso, consente loro di acquisire un diritto reale sui beni in qualsiasi tempo, anche dopo la definitività della confisca⁵⁰⁴: estendendo tale principio ad ogni mezzo processuale, ciò implicherebbe che al creditore basterebbe agire in via esecutiva civilistica per recuperare in qualsiasi momento la legittimazione anche nel procedimento penale (sempre se in possesso anche del requisito dell'estraneità). Infine, anche a prescindere dal richiamo improprio alla "assegnazione dei beni"⁵⁰⁵, il sistema delineato dalle Sezioni Unite appare di difficile praticabilità, in ragione della difficoltà o addirittura della paralisi alla procedura di vendita che sarebbe provocata dall'insistenza sul medesimo bene di un vincolo cautelare derivante da un procedimento penale⁵⁰⁶.

Al fine di prospettare una possibile soluzione, allora, appare utile innanzitutto individuare il momento in cui ognuna delle procedure esecutive consenta di apporre un vincolo su uno/più beni e dunque di ottenere una prerogativa processuale con un c.d. "diritto di seguito". Ciò appare abbastanza semplice

⁵⁰² Ulteriore punto critico può rinvenirsi nella negata legittimazione del curatore fallimentare: come esposto, su tale questione appare maggiormente condivisibile la ricostruzione ermeneutica della sentenza *Focarelli*.

⁵⁰³ Sebbene infatti l'attuale disciplina fallimentare preveda che vada preferita la vendita unitaria ed in tal senso vi sono anche disposizioni maggiormente favorevoli rispetto alla normale cessione di azienda, può essere disposta la vendita dei singoli beni nei casi in cui la vendita unitaria non consenta un miglior soddisfacimento dei creditori (art. 105 l. fall.). A rivelare l'incompatibilità dell'art. 53, comma 1 bis d. lgs. 231/2001 con la procedura fallimentare, è D. BIANCHI, *Confisca penale "corporativa" cit.*, 1994 ss.

⁵⁰⁴ Cfr. P. DI GERONIMO, *La confisca del profitto cit.*, par. 5.

⁵⁰⁵ In una procedura liquidatoria come il fallimento, infatti, ordinariamente c'è una soddisfazione pecuniaria *pro quota*, non una ripartizione dei beni.

⁵⁰⁶ In questo senso D. BIANCHI, *Confisca penale "corporativa" cit.*, 1994 ss.; P. DI GERONIMO, *La confisca del profitto cit.*, par. 5; M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo cit.*, 13 s.

nel caso della misura cautelare del sequestro conservativo (la cui emanazione coincide con il sorgere del diritto, ferme restando le regole sull'opponibilità in base al momento della trascrizione) e di espropriazione forzata (in cui a porre il vincolo è l'atto di pignoramento). Maggiori difficoltà si hanno con le procedure concorsuali: per quella fallimentare (e quella liquidatoria da sovraindebitamento), va probabilmente valorizzata la dichiarazione di fallimento del Tribunale che vincola i beni alla massa creditoria, ferma restando poi la necessità di essere ammessi al passivo per i singoli creditori; per il concordato preventivo (e gli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento), invece, potrebbe essere dato rilievo già al momento di presentazione della proposta da parte del debitore, visti gli effetti sostanziali e processuali che sorgono a partire dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese (ed anche qui fermo restando che gli effetti vengono meno poi in caso di mancata ammissione o omologazione); negli accordi di ristrutturazione dei debiti, che non costituiscono una procedura giudiziale, ci si deve interrogare sull'estendibilità degli effetti preclusivi di azioni cautelari/esecutive che origina dalla pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza dell'imprenditore al Tribunale (art. 182 *bis*, comma 3 l. fall.); nelle procedure di matrice amministrativa (liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, ristrutturazione aziendale) deve probabilmente essere dato rilievo, visto il parallelismo con il fallimento negli effetti, al decreto di apertura della procedura; analogamente potrebbe concludersi per il c.d. piano del consumatore nelle crisi da sovraindebitamento.

Ebbene, ciò chiarito, una soluzione preferibile appare allora quella di distinguere i casi in cui un siffatto vincolo processualcivistico sui beni sorga dopo la confisca definitiva, da quelli in cui sorga dopo il sequestro finalizzato alla confisca ed, ancora, da quelli in cui tale prerogativa processualcivistica sia invece già sorta al momento della misura cautelare del procedimento penale. Nella prima ipotesi, infatti, gli unici soggetti legittimati ad ottenere un qualche soddisfacimento su quei beni sono coloro che già vantavano una precedente situazione sostanziale (diritto reale di garanzia, privilegio speciale, creditori d'azienda nei limiti sopra esposti, danneggiati dal reato), in quanto con il passaggio in giudicato del provvedimento di confisca quel cespite è definitivamente uscito dal patrimonio del reo o dell'impresa e non è aggredibile in alcun modo dai relativi creditori non qualificati.

Nel secondo caso (che era quello sottoposto all'attenzione della sentenza *Uniland* in relazione al fallimento), le conclusioni possono essere simili: il vincolo posto nel procedimento penale finalizzato alla confisca deve ritenersi "a porta chiusa" e quindi il risultato finale a cui aspira non appare tangibile da successive azioni esecutive o procedure concorsuali. Tuttavia, in ragione della non definitività del sequestro, ci si deve chiedere se sia possibile, come ritenuto dalla sentenza *Uniland*, ottenere un vincolo processualcivistico che conviva con il sequestro *ex art. 321, comma 2 c.p.p. o 53 d. lgs. 231/2001*.

Una tale azione, che potrebbe dunque essere compiuta solo nella prospettiva che poi il sequestro venga meno, pare difficile che sia posta in essere mediante sequestro conservativo: essendoci un

amministratore giudiziario, infatti, non diventa facile provare il *periculum in mora*⁵⁰⁷. Riguardo alla procedura esecutiva individuale, poi, ci si dovrebbe chiedere come potrebbe essere efficacemente posta in essere nella vigenza del vincolo del sequestro e se sia possibile desumere in via interpretativa un'ipotesi di apposita sospensione processuale⁵⁰⁸. Allo stesso modo la proposta di concordato, come visto, appare in questi casi di difficile fattibilità giuridica⁵⁰⁹. Per il fallimento, infine, un meccanismo utile potrebbe essere quello di escludere inizialmente i beni dalla massa attiva, salvo poi farli confluire quali beni sopravvenuti, anche eventualmente con la riapertura della procedura concorsuale già chiusa⁵¹⁰. Si entrerebbe nell'ambito del campo delle decisioni discrezionali di stampo pubblicistico, poi, nel caso di coordinamento con le procedure di natura amministrativa, la cui ragion d'essere è proprio quella di tutela di una serie di interessi di rilievo pubblico ulteriori (impatto socio-occupazionale, regolare esercizio dell'attività bancaria e di altre attività "sensibili", ecc.).

Il caso, infine, in cui un vincolo processualcivilistico sia già presente al momento dell'esecuzione del sequestro finalizzato alla confisca è quello in cui è possibile accordare una maggiore tutela ai creditori beneficiari di tale diritto: ad essi, infatti, può ben dirsi che "appartenga" il bene. Se sussiste anche il requisito di estraneità/buona fede, allora, si può ritenere possibile un soddisfacimento sul ricavato dalla vendita. In assenza di un'espressa disciplina, però, i dubbi diventano soprattutto procedurali: una soluzione pan-penalistica potrebbe comportare la sottrazione del bene dalla procedura civilistica e l'intero *iter* dinanzi al giudice dell'esecuzione penale; in alternativa, potrebbe forse ipotizzarsi che il sequestro disposto nel procedimento penale abbia ad oggetto direttamente la somma ricavata dalla vendita avvenuta in sede esecutiva individuale o concorsuale. Entrambe le soluzioni comportano inconvenienti: nel primo caso potrebbe esserci una paralisi delle procedure già iniziate e magari già ad uno stadio avanzato; nella seconda ipotesi - oltre all'assenza di un'apposita base normativa per individuare un tale oggetto del sequestro - per evitare l'elusione della misura recuperatoria della confisca è comunque necessaria una successiva verifica dinanzi al giudice dell'esecuzione penale in ordine al predetto requisito di estraneità/buona fede.

⁵⁰⁷ Un tale requisito, invero, potrebbe essere ritenuto sussistente nei casi in cui sia stata concessa la c.d. "facoltà d'uso", applicando analogicamente la disciplina della restituzione con prescrizioni prevista per il sequestro probatorio, ovvero quando altre misure amministrative o giurisdizionali consentano all'avente diritto l'utilizzazione dei beni nonostante il vincolo del sequestro. Sul tema, in maniera più ampia cfr. i parr. 5.3 e 5.4, nonché M. TORIELLO, *Le modalità di custodia dell'azienda in sequestro nel procedimento penale ordinario*, relazione tenuta a Scandicci il 7 marzo 2017 nell'ambito del corso di formazione permanente organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura "*La conservazione dell'azienda tra sequestri (civili e penali) e fallimento*", in www.scuolamagistratura.it, 10 ss.

⁵⁰⁸ In maniera esplicita, come si avrà modo di vedere, ciò è previsto dall'art. 55 Cod. Ant., nella cui disciplina - tuttavia - c'è un'apposita disciplina di tutti i creditori, anche chirografari, bilanciata con gli interessi dello Stato. Un'alternativa potrebbe essere quella di ritenere che una tale sospensione possa derivare da un'opposizione ex art. 617 c.p.p. da parte dell'amministratore o custode giudiziario quale terzo rispetto alla procedura esecutiva: ciò però appare particolarmente macchinoso e, soprattutto in relazione al custode, non pare vi sia un adeguato supporto normativo per tale azione.

⁵⁰⁹ Si veda quanto detto *supra* nel par. 4.2.3 ed in particolare i riferimenti alla nota n. 44.

⁵¹⁰ Si tratta peraltro della soluzione che il legislatore ha adottato per l'ipotesi di confisca prevista dal Codice Antimafia (art. 63 d. lgs. 159/2011).

E' evidente in ogni caso l'assenza di una soluzione perfetta: ancora una volta il procedimento penale si palesa inadatto ad affrontare queste complesse vicende patrimoniali. Tuttavia, *de iure condito*, le riflessioni proposte appaiono quelle maggiormente rispettose della lettera della legge, della *ratio* ripristinatoria della confisca e dei principi costituzionali a tutela dell'individuo.

4.2.5 La posizione dei creditori nel procedimento penale

Sotto il profilo procedimentale penale, il terzo creditore ha una posizione decisamente diversa rispetto a quella che si è esaminata per i soggetti aventi l'interesse allo specifico bene oggetto di ablazione.

In primo luogo, non si pongono i problemi di invasione della *privacy* per le indagini patrimoniali, visto che entrano in gioco valori negativi (debiti) del soggetto destinatario della misura e dunque non vi è ragione di procedere ad una loro ricerca da parte del Pubblico Ministero.

In secondo luogo, in ambito cautelare i creditori - anche qualora assistiti da garanzia reale - non sono contemplati tra i soggetti aventi titolo alle impugnazioni: per costante giurisprudenza, infatti, il diritto di sequela non esclude l'assoggettabilità del bene a vincolo (come invece la piena titolarità, che è in assoluto incompatibile con la successiva confisca) ed il conflitto tra lo Stato ed il terzo diviene attuale al momento del passaggio in giudicato della sentenza che dispone la confisca. A questo punto, rimane lo Stato custode del bene e, dopo aver proceduto alla vendita, sarà possibile per il terzo far valere il suo diritto sul ricavato⁵¹¹.

L'unico mezzo di tutela, allora, rimane quello dell'incidente di esecuzione successivo al passaggio in giudicato della confisca.

A livello probatorio, sebbene nella sentenza *Uniland* le Sezioni Unite sembrano voler ridurre l'onere del terzo ad una mera allegazione, appare più corretto richiamare i principi già esaminati in relazione ad i soggetti con pretese sul bene oggetto di confisca: il Pubblico Ministero deve dimostrare i presupposti di applicazione dell'istituto (provenienza da reato o disponibilità del reo), mentre il terzo deve dimostrare la propria titolarità ed estraneità. L'eventuale inefficacia della situazione giuridica invocata, invece, dovrà essere provata dal Pubblico Ministero⁵¹².

Una siffatta impostazione, infatti, appare maggiormente coerente all'adottata prospettiva di una natura extrapenale della confisca, a differenza di quanto ritenuto proprio dalla citata decisione della Cassazione del 2014. Altrimenti, come già rilevato in altre parti della presente trattazione, la pretesa natura punitiva (o addirittura penale) dell'istituto dovrebbe condurre (non solo ad alleggerire gli oneri processuali, bensì) a valutare con estrema attenzione l'incisione della sfera giuridica di soggetti diversi da quelli destinatari di una condanna passata in giudicato⁵¹³.

⁵¹¹ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 18 maggio-3 dicembre 1994, n. 9; Cass. pen., Sez. un., 28 aprile-8 giugno 1999, n. 9; più di recente, Cass. pen., sez. III, 14 aprile-7 luglio 2016, n. 28242.

⁵¹² Si rinvia alla più ampia ricostruzione di cui al par. 3.4.5.

⁵¹³ Sul punto, sebbene in questi casi ci sarebbe un'incisione indiretta, in quanto il diritto di credito è inciso attraverso la *deminutio* del patrimonio del debitore, cfr. quanto già detto nei paragrafi 1.5.4, 2.3.4 e 3.2.4.

4.3 La tutela dei creditori rispetto alla confisca c.d. allargata ed alle altre confische penali nei procedimenti per i reati ex art. 51, comma 3 bis c.p.p. e 603 bis c.p.

Rispetto alla confisca allargata ed a quella nei procedimenti di particolare allarme sociale individuati dall'art. 51, comma 3 bis c.p.p., nonché per quello ex art. 603 bis c.p., la legge 17 ottobre 2017, n. 161 ha superato il precedente dibattito giurisprudenziale, sancendo in maniera esplicita l'applicabilità *in toto* della disciplina delineata dal d. lgs. 159/2011, oggetto del prossimo paragrafo.

4.4 La tutela dei creditori rispetto alla confisca c.d. di prevenzione

Proprio in ragione dei molteplici problemi applicativi originati dal rapporto tra sequestro/confisca e creditori, ancora più evidenti nelle ipotesi di aggressione all'intero patrimonio⁵¹⁴, il legislatore ha predisposto per la confisca c.d. di prevenzione un'articolata disciplina⁵¹⁵.

Come già avuto modo di evidenziare⁵¹⁶, in un apposito sub-procedimento viene definita la posizione di ogni "terzo", garantendogli diritti processuali ed una tutela sostanziale graduata in base alla situazione di cui è titolare. Dopodiché, lo Stato acquisisce i beni al suo patrimonio *liberi da oneri e pesi* (art. 45 Cod. Ant.)⁵¹⁷: si tratta di una scelta molto importante, in quanto sancisce la natura di acquisto a titolo originario della confisca c.d. di prevenzione, superando i precedenti arresti giurisprudenziali e differenziandone così sensibilmente i tratti rispetto alle confische disposte nel procedimento penale. Una tale lettura è ormai consolidata, a partire da un importante arresto delle Sezioni Unite civili, in un caso relativo proprio ad un diritto reale di garanzia, in cui i giudici di legittimità hanno qualificato l'istituto in esame quale causa di estinzione dell'ipoteca ex art. 2878 c.c.⁵¹⁸.

L'attuale disciplina, che pure ha avuto delle modifiche correttive e rispetto alla quale sono emersi profili critici⁵¹⁹, prevede precise condizioni sostanziali e probatorie per ottenere la tutela, una

⁵¹⁴ Proprio in relazione alla confisca di prevenzione, infatti, erano nati i maggiori dibattiti dottrinali e giurisprudenziali. Per una sintesi dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, cfr. A. BALSAMO-V. CONTRAFATO-G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, 182 ss.; V. MAIELLO-L. DELLA RAGIONE, *Misure di prevenzione, tutela dei terzi e procedure concorsuali*, in AA. VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, 575 ss.; F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 208 ss.

⁵¹⁵ Per una concisa ed al contempo completa esposizione degli aspetti principali della disciplina, V. MAIELLO-L. DELLA RAGIONE, *Misure di prevenzione, tutela dei terzi cit.*, 577 ss.

⁵¹⁶ Cfr. *retro* il paragrafo 3.6.

⁵¹⁷ Come già rilevato nel Terzo Capitolo, ad ulteriore supporto di tale disposizione, il nuovo comma 4 dell'art. 52 (come modificato dalla recente legge 17 ottobre 2017, n. 161) esplicita anche lo scioglimento dei contratti aventi ad oggetto la costituzione di un diritto reale di garanzia. Cfr., sul punto, F. MENDITTO, *Verso la riforma del d. lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia) e della confisca allargata*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2015, 62 e, per un approfondimento, A. AIELLO, *Brevi riflessioni sulla disciplina del codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 aprile 2016, 7 ss.

⁵¹⁸ Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532 (che si riferisce alla disciplina intertemporale prevista dall'art. 1, commi 189-205 della l. 24 dicembre 2012, n. 228, ma che appare estendibile anche ai procedimenti disciplinati dal Codice Antimafia). Per la precedente diatriba giurisprudenziale, che ha coinvolto giurisprudenza civile e penale, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 227 ss.

⁵¹⁹ In F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 239 s. si fanno notare alcune problematiche sia per l'importazione di disposizioni della procedura fallimentare che mal si attagliano ad i diversi caratteri del procedimento di prevenzione, sia per l'assenza di coordinamento tra alcune parti della stessa disciplina del Codice Antimafia. Le modifiche correttive più recenti sono quelle apportate con la legge 17 ottobre 2017, n. 161.

graduazione della stessa, un'apposita regolamentazione del sub-procedimento di accertamento dei crediti e dei rapporti con altri istituti processualcivilistici, nonché, infine, un assetto transitorio per le situazioni che non ricadono sotto la disciplina del d. lgs. 159/2011.

4.4.1 Le condizioni per la tutela

L'art. 52 d. lgs. 159/2011 individua i requisiti in presenza dei quali i terzi creditori possono soddisfarsi su (il ricavato della vendita de) i beni oggetto della confisca c.d. di prevenzione.

In primo luogo, occorre che il diritto di credito sia sorto in epoca anteriore al sequestro. Nel caso di diritti reali di garanzia, non essendo ulteriormente specificato, il requisito va integrato mediante le relative regole civilistiche: si guarda all'iscrizione dell'ipoteca nei registri immobiliari (che peraltro è anche un elemento costitutivo: artt. 2808 e 2852 c.c.) e per il pegno occorre che il diritto risulti da atto avente data certa (art. 2787 c.c.)⁵²⁰. Proprio un atto avente data certa anteriore è appositamente individuato dal predetto art. 52 quale carattere ineludibile affinché i creditori privi di garanzia reale possano ricevere tutela. Mutuando i principi elaborati in sede di procedura fallimentare, per i crediti fondati su documenti la data certa è sussistente per i casi di atti pubblici (art. 2700 c.c.), scritture private autenticate (art. 2703 c.c.), mentre per le scritture private non autenticate vale la data di registrazione o di trasposizione in atto pubblico, di morte o sopravvenuta impossibilità fisica di uno dei sottoscrittori o di altri atti aventi analoga certezza (busta paga, vidimazione dei libri sociali, ecc.; art. 2704 c.c.)⁵²¹. Quando invece manchi del tutto la prova documentale, è possibile utilizzare altri mezzi di prova (si pensi, ad esempio, ad un contratto di lavoro mai formalizzato)⁵²².

L'antiorità al sequestro, per ovvie ragioni, non è richiesta per i crediti sorti in occasione o in funzione del procedimento di prevenzione: essi sono debiti della procedura e, come si avrà modo di vedere, ricevono un trattamento privilegiato⁵²³.

In secondo luogo, per i soli crediti sprovvisti di una causa di prelazione sui beni oggetto di sequestro, è attualmente necessario provare «*che il proposto non disponga di altri beni sui quali esercitare la garanzia patrimoniale idonea al soddisfacimento dei creditori*». Si tratta di una previsione che il legislatore ha introdotto per evitare che il proposto possa godere dei proventi criminosi estinguendo

⁵²⁰ Per un approfondimento, anche con le questioni relative al mancato rinnovo dell'iscrizione ipotecaria, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 253 ss.

⁵²¹ Sul punto, citando la categoria dei "fornitori d'impresa" e le loro esigenze di celerità dei traffici confliggenti con la possibilità di fornire una "prova certa", era stata proposta questione di legittimità costituzionale dell'art. 52 Cod. Ant., nella parte in cui non prevede la possibilità di provare i crediti con criteri meno rigidi di quelli dell'art. 2704 c.c., ma comunque idonei a fornire adeguata certezza della sussistenza del credito e della sua anteriorità al sequestro. Con l'ordinanza n. 101 del 2015, la Corte Costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile, avendo un *petitum* oscuro ed indeterminato: non risulta chiaro, infatti, quali siano tali criteri sostitutivi di quelli dell'art. 2704 c.c. Per una ricognizione del dibattito sul requisito della "data certa" nell'ambito del fallimento e della sua applicabilità nel procedimento di prevenzione, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 250 ss. e Cass. civ., Sez. Un., 20 febbraio 2013, n. 4213.

⁵²² Su tutta la tematica dell'antiorità del credito, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 249 ss.

⁵²³ Cfr. il paragrafo 4.4.2.

i suoi debiti e mantenendo invece al riparo il resto del proprio patrimonio⁵²⁴. Invero, l'attuale versione è frutto di una semplificazione probatoria introdotta dalla recente legge 17 ottobre 2017, n. 161⁵²⁵, visti i problemi applicativi sorti nella vigenza della precedente disposizione, la quale richiedeva una previa escussione del patrimonio del proposto⁵²⁶.

Il terzo requisito è una chiara esplicitazione delle elaborazioni giurisprudenziali sulla nozione di "estraneità al reato". La lettera b) dell'art. 52 richiede infatti che il credito non sia strumentale all'attività illecita o ad attività che ne costituiscano frutto o reimpiego, «*sempre che il creditore dimostri la buona fede e l'inconsapevole affidamento*»⁵²⁷. In questo modo il legislatore ha anche espressamente codificato la ripartizione degli oneri probatori, con la prova della buona fede a carico del terzo, confermando così i precedenti orientamenti⁵²⁸. La buona fede, precisa il comma 3, deve essere valutata tenendo presenti le condizioni delle parti, i rapporti personali e patrimoniali tra le stesse, il tipo di attività svolta dal creditore, anche nello specifico ramo interessato, la sussistenza di specifici obblighi di diligenza, la dimensione degli enti interessati. Si tratta di un elenco di parametri ritenuto non esaustivo dalla giurisprudenza, che - come in passato - condivisibilmente valorizza tutti i possibili indici concreti di negligenza o consapevolezza della strumentalità da parte del creditore: un'ampia casistica, ad esempio, è stata elaborata in relazione agli istituti di credito⁵²⁹. Va inoltre

⁵²⁴ Cfr. quanto già detto *supra* nel par. 4.2.1 ed il relativo riferimento giurisprudenziale alla sentenza della Corte Costituzionale n. 94 del 2015.

⁵²⁵ La riscrittura della lettera a) del primo comma dell'art. 52 Cod. Ant. è avvenuta ad opera dell'art. 20, comma 1, lett. a) legge 17 ottobre 2017, n. 161. Cfr., sul punto, F. MENDITTO, *Verso la riforma del d. lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia) e della confisca allargata*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2015, 61 e, per un commento sul possibile impatto della disposizione, A. AIELLO, *Brevi riflessioni sulla disciplina del codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 aprile 2016, 2 ss.

⁵²⁶ Era necessario provare, dunque, di aver agito in via esecutiva (eventualmente insinuandosi al passivo fallimentare) nei confronti del destinatario della misura, anche se diverso dal debitore. Vi erano già state delle interpretazioni elastiche con riferimento ai crediti vantati da fornitori di merci e servizi con scadenze di pagamenti in epoca prossima al sequestro. Sul punto e sull'intera tematica del requisito della previa escussione, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 255 ss.

Per comprendere la complessità del problema, occorre rilevare come in ambito civilistico la sussidiarietà assuma diverse forme. Talvolta vi è il mero beneficio di preventiva attesa: non è possibile richiedere una prestazione (di garanzia) prima che sia scaduta (e quindi inadempita) quella principale. Tale forma sarebbe giustificata dall'art. 1293 c.c., ma non è da tutti riconosciuta come sussidiarietà, essendo per molti mero termine di inadempimento. Vi è poi il *beneficium ordinis*, che implica l'impossibilità di agire nei confronti del debitore sussidiario prima di aver meramente richiesto la prestazione a quello principale: ciò è previsto espressamente per la delegazione cumulativa dall'art. 1268, comma 2 c.c. e ci si chiede se sia estendibile a tutte le ipotesi di obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo: cfr. U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, in *Contratto e impresa*, 2014, n. 2, 266 ss.). La forma maggiormente tutelante, originariamente prescelta dal legislatore del codice antimafia, è quella del *beneficium excussionis*: occorre - prima di agire nei confronti del debitore sussidiario - aver agito anche in via esecutiva nei confronti di quello principale (ciò è previsto, ad esempio, nelle società di persone: artt. 2268, 2304 e 2315 c.c.).

⁵²⁷ Si tratta di una formulazione recentemente introdotta dall'art. 20, comma 1, lett. a) della legge 17 ottobre 2017, n. 161, attraverso la quale si è reso più esplicito quanto già desumibile dall'interpretazione della precedente locuzione «*salvo che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede tale nesso di strumentalità*». Cfr., sul punto, F. MENDITTO, *Verso la riforma del d. lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia) e della confisca allargata*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2015, 61 e, per un commento critico che evidenzia alcune preoccupazioni applicative legate al termine "sempre", A. AIELLO, *Brevi riflessioni cit.*, 3 ss.

⁵²⁸ Si tratta di orientamenti ancora attuali anche per le confische disposte nell'ambito di procedimenti penali: cfr., per una digressione più ampia, quanto detto *retro* nei paragrafi 3.2.4, 3.4.5 e 4.2.5.

⁵²⁹ Tra i vari indici, vale la pena ricordare: in caso di istituto bancario di rilievo nazionale, l'irregolarità dell'attività istruttoria secondo le comuni regole e prassi bancarie e la normativa antiriciclaggio (Cass. pen., sez. VI, 30 giugno-10

rilevato come la buona fede debba sussistere anche qualora vi sia stata una modificazione soggettiva rispetto all'originario creditore (surrogazione, delegazione attiva, cessione di credito) o debitore (delegazione, espromissione, accollo): in questi casi il momento rilevante è quello in cui il creditore è subentrato nella posizione giuridica e/o ha liberato l'originario debitore⁵³⁰.

Ancora, a livello probatorio viene prevista un'inversione della regola civilistica di cui all'art. 1988 c.c.: mentre in generale la promessa di pagamento e la ricognizione di debito esentano il creditore dalla prova del rapporto fondamentale, per la tutela nel subprocedimento di prevenzione tale onere dimostrativo è espressamente previsto, al fine di evitare collusioni tra proposto e terzi (art. 52, comma 1, lett. c).

Analogamente, il portatore di un titolo di credito - in deroga all'art. 1992 c.c. - deve provare il rapporto fondamentale da cui è originata la situazione obbligatoria reificata nel titolo (art. 52, comma 1, lett. d).

4.4.2 I diversi livelli di tutela

Anche qualora si sia in presenza di tutti i requisiti, la tutela non è sempre piena ed assoluta.

Lo è per i crediti prededucibili sorti nel corso del procedimento (quelli contratti dall'amministratore giudiziario, le somme anticipate dallo Stato per l'amministrazione) ed aventi i caratteri di liquidità, esigibilità e non contestazione. Si tratti di crediti, infatti, che vengono pagati al di fuori dell'apposito subprocedimento di verifica e, in base ad un'autorevole opinione dottrinale, senza alcun limite quantitativo⁵³¹.

Ad un gradino più basso si trovano i crediti prededucibili privi dei citati caratteri o rientranti nella categoria in quanto espressamente ritenuti tali dalla legge (l'indennizzo per lo scioglimento di contratti aventi ad oggetto un diritto personale o reale di godimento ovvero per lo scioglimento della comunione: art. 52, commi 5 e 7): essi sono soddisfatti per intero, prima di ogni altro credito

settembre 2015, n. 36690); la totale assenza di istruttoria (Cass. pen., sez. I, 9 ottobre 2013-12 settembre 2014, n. 37597); soprattutto in contesti piccoli, la conclamata sproporzione tra redditi leciti e tenore di vita (Cass. pen., sez. I, 12 dicembre 2014-23 aprile 2015, n. 17015); la presenza di precedenti vicende giudiziarie (Cass. pen., sez. I, 28 novembre 2014-13 marzo 2015, n. 10999); nel caso di società, il basso livello di capitale sociale rispetto al credito erogato (Cass. pen., sez. V, 18 marzo-9 aprile 2009, n. 15328). Ancora, la giurisprudenza precedente alla riforma aveva già ritenuto che non fossero tutelabili «i casi in cui il credito nasca da un finanziamento che elementi concreti consentivano di ritenere funzionale ad un'operazione di riciclaggio (si pensi ad un affidamento bancario garantito da libretti di deposito contenenti ingenti somme di denaro di provenienza sospetta); i casi in cui l'affidamento sia stato concesso con modalità anomale o in violazione delle prescrizioni della normativa bancaria; i casi in cui il credito sia stato concesso nella consapevolezza che attraverso il ricorso a tale credito l'imprenditore mafioso rafforzava la presenza sul mercato della propria impresa, che il creditore sapeva - o poteva fondatamente sospettare - essere gestita con modalità mafiose» (Trib. Palermo, 3 dicembre 2009, Italfondario s.p.a., come citato in A. BALSAMO-V. CONTRAFATO-G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali cit.*, Milano, 2010, 190 s.; analogamente, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., 13 giugno-26 settembre 2012, n. 36990, commentata in *Guida al diritto*, n. 2, 5 gennaio 2013, 78 ss.). Per una più ampia ricognizione, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 265 ss.

⁵³⁰ Cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 272 ss.

⁵³¹ Sul punto, F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 284 ss.

ammesso, anche con prelazione, ma nei limiti di capienza del 60% del valore complessivo dei beni sequestrati⁵³².

Al medesimo limite quantitativo sono soggetti gli altri creditori: tra di essi sono soddisfatti prioritariamente coloro che hanno una prelazione sui beni oggetto di confisca, secondo il generale ordine legale; soltanto dopo si passa ai creditori chirografari ed a quelli che non si sono completamente soddisfatti sui beni su cui avevano prelazione, in misura proporzionale secondo il criterio di *par condicio*.

Per i creditori d'azienda e per i lavoratori, che erano già tutelati in quanto rientranti nelle esaminate categorie, la legge 17 ottobre 2017, n. 161 ha introdotto una serie di disposizioni volte ad una tutela più celere ed efficace. Con il nuovo art. 54 *bis* ed una variazione al secondo comma dell'art. 52, infatti, viene tracciato un diverso e più rapido iter per i crediti indispensabili alla prosecuzione dell'attività d'impresa rispetto ai crediti personali⁵³³.

Il citato limite quantitativo del 60%, originariamente previsto nella misura del 70%, è ritenuto costituzionalmente legittimo anche per i titolari di diritti reali di garanzia, visto che è uno degli altri parametri che il legislatore ha utilizzato nel bilanciamento dei diversi interessi coinvolti e che ciò avviene d'altronde anche in altre ipotesi di esecuzioni collettive⁵³⁴. Il valore di riferimento è quello derivante dalla stima dell'amministratore giudiziario o, se inferiore, dalla somma ricavata dalla vendita; inoltre è oramai pacifico che il valore vada computato al netto delle spese del procedimento (per evitare che lo Stato finisca per avere un saldo negativo dalla confisca)⁵³⁵.

4.4.3 I rapporti con le situazioni processualcivilistiche

Anche l'importante nodo del rapporto tra sequestri/confische ed altre vicende processuali è stato affrontato in maniera esplicita dal legislatore del Codice Antimafia.

⁵³² Per qualche utile riflessione sulla soddisfazione dei crediti prededucibili, con un confronto con la disciplina fallimentare cfr. P. BORTOLUZZI, *Il piano di riparto e la soddisfazione dei crediti prededucibili*, intervento tenuto al Corso "La conservazione dell'azienda tra sequestri (civili e penali) e fallimento" – Gruppo di lavoro "Il procedimento di verifica dei crediti nel fallimento, l'accertamento della buona fede nei procedimenti di prevenzione e i piani di riparto", svoltosi presso la Scuola Superiore della Magistratura di Scandicci (FI) in data 6-8 Marzo 2017 e pubblicato in www.scuolamagistratura.it e www.osservatorio-oci.org.

⁵³³ Le citate modifiche sono state apportate mediante l'art. 20, comma 1 lett. b) e comma 3 della citata legge 161 del 2017. Cfr., sul punto, F. MENDITTO, *Verso la riforma cit.*, 61 e, per un approfondimento, A. AIELLO, *Brevi riflessioni cit.*, 3. L'obiettivo del legislatore è di distinguere immediatamente i crediti d'impresa rispetto a quelli personali, agevolando così gestioni separate e non commistioni; individuare e soddisfare in tempi ragionevoli i creditori con cui l'impresa deve continuare a tenere rapporti commerciali; consentire una ragionevole programmazione dell'attività d'impresa; consentire di verificare la buona fede in tempi più celeri. Si tratta di innovazioni evidentemente strumentali alla prosecuzione dell'impresa e quindi a tutela - non tanto e non solo dei creditori in sé, bensì - soprattutto dei vari *stakeholder*: sarà dunque un argomento su cui si ritornerà nel Quinto Capitolo.

⁵³⁴ Sia la procedura esecutiva individuale, sia le procedure concorsuali, infatti, prevedono la possibilità di decurtare i crediti per permettere un maggior soddisfacimento degli interessi della procedura (le cui spese costituiscono crediti prededucibili) ed un'applicazione del principio della *par condicio creditorum*.

⁵³⁵ Prima dell'esplicitazione avvenuta mediante la riscrittura dell'art. 53 Cod. Ant. compiuta dall'art. 20, comma 2 legge 17 ottobre 2017, n. 161, si discuteva se un tale assunto si fosse potuto ricavare in via ermeneutica dall'indicazione in tal senso della legge delega del Codice Antimafia. Cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 240; F. MENDITTO, *Verso la riforma cit.*, 62 e, per un approfondimento, A. AIELLO, *Brevi riflessioni cit.*, 9 ss.

L'art. 55 prevede un divieto di iniziare le azioni esecutive dopo il sequestro e la sospensione di quelle già in atto al momento del "congelamento", salvo che sia già stato emesso il decreto di trasferimento del bene forzatamente espropriato.

I creditori possono far valere i propri diritti nell'ambito del sub-procedimento di accertamento dei crediti incidentale a quello di prevenzione e, nel caso in cui il sequestro venga revocato, hanno la possibilità di riassumere l'azione esecutiva entro un anno. Qualora, invece, la confisca divenga definitiva, l'azione esecutiva si estingue.

Una disciplina peculiare, per ovvie ragioni, hanno le procedure esecutive poste in essere dai concessionari di riscossione pubblica (art. 50): nelle ipotesi di sequestro di aziende e partecipazioni societarie, è prevista la sospensione delle azioni e del decorso del termine di prescrizione e, con riferimento ai crediti erariali, la confisca comporta anche l'estinzione per confusione. Dubbi si pongono, però, sulla disciplina applicabile alle ipotesi di sequestro di cose diverse da aziende/partecipazioni e sulla sorte dei crediti pubblici non erariali⁵³⁶.

Un'importante innovazione del Codice Antimafia è rappresentata anche dalla disciplina dei rapporti tra procedimento di prevenzione e fallimento, che si pone in raccordo con il disegno complessivo di trovare un'unica sede in cui bilanciare i vari interessi in gioco in base alle già esaminate condizioni legislative, escludendo poi di proporre altrove istanze di tutela. In particolare, si distingue tra l'ipotesi in cui la dichiarazione di fallimento sia successiva al sequestro o alla confisca (art. 63) e quella in cui invece sia anteriore (art. 64). In ogni caso, se la procedura fallimentare è già stata chiusa al momento dell'azione di prevenzione, il sequestro può avere ad oggetto solo quanto è eventualmente residuo. La prima situazione può scaturire dalle ordinarie iniziative di creditori o debitore (anche il legale rappresentante eventualmente nominato in seguito al sequestro)⁵³⁷ o - analogamente a quanto avviene per il procedimento penale - da un'iniziativa del Pubblico Ministero su elementi individuati dall'amministratore giudiziario (art. 63, comma 1)⁵³⁸. Se ad essere oggetto di sequestro/confisca siano tutti i beni che formerebbero la massa fallimentare, allora il fallimento viene chiuso ed è attribuito al Giudice della Prevenzione il compito di accertare il passivo e formare il progetto di riparto tra i creditori, in base alle regole degli artt. 52 ss. Cod. Ant. Se invece i beni sottoposti al vincolo c.d. di prevenzione sono soltanto parte di quelli assoggettabili alla procedura civilistica, essi sono esclusi dalla massa fallimentare, ma è il giudice delegato al fallimento ad accertare lo stato passivo secondo le regole della legge fallimentare ed in più, rispetto ai beni sequestrati, accertando le condizioni di non strumentalità all'attività illecita, salvo buona fede e mediante le inversioni probatorie per titoli di credito, promesse di pagamento e ricognizioni di debito. Le fasi successive di liquidazione e pagamento, invece, dovrebbero essere di competenza del Giudice della prevenzione. In entrambe le

⁵³⁶ Cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 303 ss.

⁵³⁷ In senso critico, F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 340, che evidenzia la possibilità di domande strumentali e le possibili difficoltà operative.

⁵³⁸ L'amministratore giudiziario non pare avere, invece, un'autonoma legittimazione a fare istanza di fallimento, se non riveste anche il ruolo di legale rappresentante dell'ente: cfr. ancora F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 340.

ipotesi, qualora il sequestro o la confisca dovessero essere revocati, i beni possono essere riappresi alla massa fallimentare e, se era già stato chiuso, il fallimento è riaperto.

Anche nella seconda situazione sono previsti due percorsi diversi in base alla circostanza della coincidenza totale o parziale dei beni oggetto dei due diversi procedimenti concorsuali. Se tutti i beni sequestrati facevano parte di un attivo fallimentare, il Tribunale fallimentare, sentito il curatore e il comitato dei creditori, dichiara chiusa la procedura concorsuale e l'unica sede di tutela sarà quella di prevenzione. Se, invece, la massa fallimentare eccede quanto sequestrato, allora vi è un'articolata procedura: il Giudice delegato al fallimento, sempre sentito il curatore e il comitato dei creditori, dispone la separazione dei beni sequestrati dalla restante massa fallimentare e la loro consegna all'amministratore giudiziario; lo stesso giudice delegato al fallimento procede alla verifica dei crediti in base ai criteri del Codice Antimafia (ed analogamente, nel caso di pendenza di impugnazioni, decide il Tribunale fallimentare, dando la possibilità di integrazione degli atti introduttivi); i crediti ammessi concorrono ad essere soddisfatti sul passivo fallimentare e, soltanto all'esito di ciò, eventualmente per il residuo e nei limiti del 60%, sui beni oggetto di sequestro e confisca c.d. di prevenzione (in quest'ultimo caso in base ad un progetto di pagamento redatto dall'amministratore giudiziario). Anche in questi casi, ovviamente, la revoca delle misure di prevenzione comporta un'apprensione alla massa fallimentare ed eventualmente la riapertura del fallimento⁵³⁹.

Per quanto riguarda le altre procedure concorsuali, l'art. 2, comma 1 *bis* d. lgs. 270/1999 prevede la possibilità di assoggettamento alla amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi in stato di insolvenza, anche se "confiscate" in base alla normativa di prevenzione. A parte l'improprietà lessicale del legislatore che fa riferimento alla confisca (non di cose, bensì) dell'attività, si potrebbe desumere che le esigenze sociali sottese a queste ipotesi facciano prevalere la procedura amministrativa di amministrazione straordinaria.

L'art. 63, commi 2 e 3, poi, prevede la possibilità di iniziativa del Pubblico Ministero per liquidazione coatta amministrativa o altre procedure in materia bancaria.

Il comma 8 *bis* dell'art. 63 Cod. Ant., poi, attribuisce all'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del Tribunale, la legittimazione ad avviare le procedure di concordato preventivo, accordo di ristrutturazione dei debiti e piani di risanamento *ex* art. 67, comma 3, lett d) l. fall. Si tratta di un'innovazione della più volte citata riforma del 2017⁵⁴⁰, che ha risolto alcuni dubbi derivanti dalla precedente lacuna normativa⁵⁴¹.

⁵³⁹ Per tutti questi aspetti, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 343 ss.

⁵⁴⁰ Si tratta di una novità introdotta dall'art. 22, comma 1, lett. c) della recente legge 17 ottobre 2017, n. 161. Cfr., sul punto, F. MENDITTO, *Verso la riforma cit.*, 64 ed A. AIELLO, *Brevi riflessioni cit.*, 41 s. Rispetto ai rapporti tra procedure concorsuali e procedimento di prevenzione, ulteriori norme di coordinamento dovrebbero essere previste nel d. lgs. di attuazione dell'art. 13 della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 (riforma della materia della crisi d'impresa e dell'insolvenza), riportato nella nota n. 55 del presente capitolo.

⁵⁴¹ Ci si chiedeva, ad esempio, se l'assenza del riferimento al concordato preventivo implicasse l'impossibilità di tale procedura, quanto meno nei limiti dei beni sottoposti alle misure di prevenzione Cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 346 ss.

4.4.4 Aspetti procedurali

Come detto, il Codice Antimafia prevede un apposito sub-procedimento di accertamento dei crediti, che si svolge dinanzi ad un Giudice all'uopo delegato, con la collaborazione dell'amministratore giudiziario e, dopo la confisca (in sentenza di secondo grado), dell'Agenzia Nazionale per i beni sequestrati e confiscati. La disciplina prevede diverse fasi ed appare modellata su quella fallimentare, sebbene vi siano profili di diversità tra le relative *rationes*⁵⁴². In ragione di ciò la recente legge 17 ottobre 2017, n. 161 è intervenuta con modifiche volte a superare alcune difficoltà applicative palesatisi nei primi anni di vigenza della normativa⁵⁴³.

Il primo atto del procedimento è la presentazione da parte dell'amministratore giudiziario, sulla base della relazione precedentemente stilata, di due diversi elenchi: uno in cui vi sono i nominativi di tutti i creditori, con indicazione di crediti e scadenze; uno in cui vi sono i nominativi dei titolari di diritti personali di godimento o reali di garanzia o di godimento (o che anche abbiano solo trascritto una domanda giudiziale volta all'accertamento di essi). Ricevuti gli elenchi, il Giudice delegato emette un decreto (comunicato ai creditori da parte dell'amministratore giudiziario) con cui determina le successive due fasi: fissa un termine per la presentazione delle domande di insinuazione dei creditori ed una successiva data, non oltre trenta giorni, per svolgere l'udienza di verifica dei crediti⁵⁴⁴.

Entro il termine fissato dal giudice i creditori devono presentare la domanda di ammissione, con requisiti legalmente determinati (art. 58) e tutti gli elementi a supporto della sussistenza della propria situazione giuridica e delle condizioni ex art. 52 d. lgs. 159/2011. E' possibile anche presentare la domanda oltre il termine, se il ritardo non risulta imputabile al creditore e sempre che non sia passato un anno dalla definitività del provvedimento di confisca⁵⁴⁵.

Nel giorno fissato dal Giudice, poi, si tiene un'udienza in cui - con la partecipazione di Pubblico Ministero, Agenzia Nazionale e tutti gli interessati assistiti da un difensore - vengono verificati i crediti e formato lo stato passivo del procedimento di prevenzione. Si accerta, in sostanza, che vi siano i presupposti per la tutela delle diverse situazioni giuridiche azionate: esse formano lo stato passivo, formalizzato in un decreto esecutivo del Giudice. Lo stato passivo viene poi reso esecutivo dal Giudice delegato previo parere di Pubblico Ministero ed Agenzia ed esperimento delle impugnazioni degli esclusi o ammessi parzialmente, mediante rispettivamente le opposizioni e le impugnazioni⁵⁴⁶.

Conclusa l'udienza, il Giudice delegato autorizza e l'amministratore giudiziario procede alla liquidazione dei beni mobili, delle aziende (o rami di esse) e degli immobili solo ove le somme a

⁵⁴² Per gli spunti critici ed alcune riflessioni sistematiche sulla disciplina applicabile nei casi di lacune normative, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 309 ss.

⁵⁴³ Si vedano, per una panoramica: S. FINOCCHIARO, *La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 ottobre 2017; F. MENDITTO, *Verso la riforma cit.*, 63. Per un approfondimento, A. AIELLO, *Brevi riflessioni cit.*, 32 ss.

⁵⁴⁴ Per gli aspetti di dettaglio di questa fase procedurale, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 311 ss.

⁵⁴⁵ Per gli aspetti di dettaglio di questa fase procedurale, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 316 ss.

⁵⁴⁶ Per gli aspetti di dettaglio di questa fase procedurale, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 320 ss.

disposizione non siano in grado di soddisfare i creditori ammessi allo stato passivo. Vengono seguite apposite procedure competitive, corredate anche dal parere del Prefetto teso ad evitare che i beni possano tornare nella disponibilità del destinatario della confisca o comunque della criminalità organizzata. Non sono invece stabilite regole rigide per l'ordine di vendita del bene e dunque sta al Giudice delegato garantire una corretta applicazione del generale principio di proporzionalità⁵⁴⁷.

Nei sessanta giorni successivi allo stato passivo definitivo o entro dieci giorni dall'ultima vendita, l'amministratore predispone un progetto di pagamento dei creditori con l'indicazione di tutti i crediti utilmente collocati al passivo e delle relative cause di prelazione, degli importi da corrispondere a ciascun creditore, dell'ordine di soddisfacimento, in base ai criteri esposti pocanzi. Il progetto viene vagliato ed eventualmente modificato dal Giudice delegato, che infine determina il piano di pagamento. Contro di esso i creditori possono presentare opposizione al Tribunale entro dieci giorni⁵⁴⁸.

Una volta che il piano diviene definitivo, esso è eseguito a cura dell'amministratore giudiziario.

I crediti ammessi possono essere revocati anche in epoca successiva mediante l'esperimento di un mezzo di impugnazione straordinaria da parte del Pubblico ministero, dell'Agenzia nazionale o dell'amministratore giudiziario: la revocazione per i casi di giudizio determinato da falsità, dolo, errore essenziale di fatto o dalla mancata conoscenza di documenti decisivi incolpevolmente non prodotti dal ricorrente.

4.4.5 La disciplina transitoria della legge 228/2012

Anche per la tutela dei creditori la legge di stabilità per il 2013 ha predisposto una disciplina transitoria volta a disciplinare le misure di prevenzione proposte prima del 13 ottobre 2011 (con una differenziazione in base al fatto che all'1 gennaio 2013 fosse o meno già disposta la confisca)⁵⁴⁹.

Senza dilungarsi sulla complessa articolazione dei rapporti predisposta dal legislatore, occorre solo evidenziare come sia stato delineato un ambito soggettivo di tutela ridotto rispetto al Codice Antimafia. Ad essere tutelati, infatti, sono i soli creditori ipotecari, pignoranti, intervenuti in un processo di espropriazione forzata e, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 94 del 2015, titolari di crediti da lavoro subordinato⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ Per gli aspetti di dettaglio di questa fase procedurale, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 327 ss.

⁵⁴⁸ Per gli aspetti di dettaglio di questa fase procedurale, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 330 ss.

⁵⁴⁹ Cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 348 ss.

⁵⁵⁰ Tale sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale - per violazione dell'art. 36 Cost. - dell'art. 1, comma 198 l. 24 dicembre 2012, n. 228, nella parte in cui non include tra i creditori che sono soddisfatti nei limiti e con le modalità ivi indicati anche i titolari di credito da lavoro subordinato. Oltre a rinviare a quanto già esposto *supra* nel par. 4.2.2, va evidenziato come la motivazione sia incentrata sulla particolare tutela che merita questa categoria di creditori, che - pur dovendo essere limitata e bilanciata con i contrapposti interessi statali - non può essere totalmente sacrificata a favore di questi ultimi. Per un esame della pronuncia e di altri aspetti rilevanti della materia, cfr. F. MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi. Approfondimento a margine dei recenti interventi della Corte Costituzionale (sentenza n. 94 del 2015 ed ordinanza n. 101 del 2015)*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 luglio 2015.

4.5 Breve riepilogo

Tirando le fila del discorso, è possibile dunque evidenziare come in relazione alla posizione dei creditori vi sia una netta differenziazione tra la disciplina delle confische disposte nel procedimento penale e quella c.d. di prevenzione.

Nel primo caso, la lacunosità della disciplina - ancorata alla clausola di “appartenenza a persone estranee”, al generale principio di buona fede ed alla normativa civilistica della cessione di azienda - rende il lavoro dell’interprete particolarmente difficile. Ferma restando la necessità di buona fede, una tutela può essere accordata soltanto: ai creditori qualificati dalla titolarità di una situazione giuridica legata al bene (“appartenenza”), derivante da pregresse posizioni sostanziali (garanzia specifica) o processuali (pignoramento, sequestro conservativo, procedure concorsuali); ai creditori dell’azienda risultanti dalle scritture contabili o, in ogni caso, lavoratori subordinati; a persone offese e danneggiati dal reato. A fronte di tale possibilità, peraltro, non è da trascurare l’aspetto temporale: vista l’inadeguatezza del procedimento penale, il momento in cui è possibile azionare i propri diritti per il terzo è successivo al passaggio in giudicato, mediante l’incidente di esecuzione.

Meno difficoltà, già *ab origine*, presenta il procedimento di prevenzione patrimoniale, in cui il *focus* è la sottrazione dei beni dal circuito illecito (e non invece il giudizio sulla penale responsabilità dell’individuo, con incidenza sulla sua libertà personale). Inoltre, la riforma del Codice Antimafia e la continua evoluzione adeguatrice ancora in atto da parte del legislatore hanno predisposto una disciplina che - pur con le difficoltà ancora presenti - è maggiormente modellata sulle esigenze dell’istituto della confisca: definizione delle posizioni giuridiche afferenti al bene mediante un assetto legislativo che bilancia i diversi interessi ed acquisizione al patrimonio dello Stato libera da vincoli ed incertezze.

In questa sede è possibile solo segnalare questi aspetti, che di certo meritano particolare attenzione ed approfondimento nel futuro dibattito accademico e legislativo, al fine di una maggiore sistematizzazione e razionalizzazione della globale disciplina delle ablazioni patrimoniali⁵⁵¹.

Per far ciò, non è possibile ignorare la sfida relativa alla gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati. Un tale momento, già importante in generale, diviene fondamentale nel caso in cui ad essere oggetto di congelamento o ablazione siano beni strategici per la prosecuzione dell’attività d’impresa: ad essere incisi possono infatti essere una moltitudine di soggetti che in qualche modo orbitano attorno all’attività produttiva e che su di essa abbiano fatto affidamento per i propri progetti professionali o di vita privata (lavoratori, fornitori, piccoli azionisti, clienti professionali, consumatori, ecc.). L’eliminazione di un complesso produttivo dal circuito economico, così, produce

⁵⁵¹ Si rinvia a quanto già accennato nel paragrafo 3.7 ed all’ivi citato appello di F. MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, relazione presentata al convegno annuale dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale «G. D. Pisapia» su “La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso”, Cagliari 29-30 ottobre 2015 e pubblicata in www.penalecontemporaneo.it, 23 maggio 2016, 45 s.

effetti che travalicano la posizione dei singoli individui e si riflette anche su interessi sovraindividuali del tessuto economico e sociale.

CAPITOLO 5

Gli stakeholder, interessati alla continuità d'impresa

SOMMARIO: **5.1** *I soggetti coinvolti ed il quadro criminologico* - **5.2** *Il problematico approccio al contesto d'impresa* - **5.3** *Le misure amministrative a tutela della continuità d'impresa* - **5.4** *Procedimento penale ed attività d'impresa* - **5.5** *Responsabilità da reato degli enti ed attività d'impresa* - **5.5.1** *La particolare attenzione alla continuità d'impresa nel d. lgs. 231 del 2001* - **5.5.2** *La gestione dei beni sequestrati e la destinazione dei beni confiscati* - **5.6** *Procedimento di prevenzione ed attività d'impresa* - **5.6.1** *Le misure alternative a sequestro e confisca* - **5.6.2** *La gestione dei beni sequestrati* - **5.6.2** *La destinazione dei beni confiscati* - **5.7** *Breve riepilogo.*

5.1 I soggetti coinvolti ed il quadro criminologico

Qualora i sequestri o le confische abbiano ad oggetto un bene strategico per l'esercizio di un'attività d'impresa, i possibili effetti negativi su soggetti terzi non si limitano alle situazioni attuali (di interesse al bene in sé o al soddisfacimento del proprio credito), ma si espandono anche alle legittime aspettative che tutta una gamma di soggetti aveva riposto nel complesso produttivo inciso. Ancora maggiore è il rilievo di questa situazione quando non si tratti di un unico bene, ma dell'intera azienda o di significativi rami di essa.

Un primario rilievo hanno i lavoratori subordinati, la cui posizione è un costante punto di riferimento della Costituzione: oltre alla già esaminata tutela rafforzata del loro credito (art. 36), infatti, il lavoro è ritenuto un fondamento della stessa Repubblica (art. 1), nonché un diritto-dovere facente parte del nucleo fondamentale della Carta (art. 4)⁵⁵². E' evidente la non desiderabilità di un intervento dello Stato che neutralizzi, oltre al vantaggio per l'autore del reato, anche un centro produttivo che risultava dare lecitamente opportunità di lavoro e di concorrere, così, al progresso materiale e spirituale della società.

Analogamente, a poter essere incisi dalla paralisi di un'attività economica sono tutti gli operatori che con essa si interfacciavano (fornitori, clienti professionali, ecc.) e che farebbero fatica a trovare un altro *partner* con le medesime caratteristiche: si pensi - ad esempio - alla rete di distribuzione, magari con clausola di esclusiva.

Infine, non va dimenticata la posizione dei piccoli investitori (azionisti di minoranza, obbligazionisti) che avevano ritenuto di destinare i propri risparmi al finanziamento di determinate imprese, nonché i consumatori che dei beni/servizi dell'impresa fruivano e vogliono continuare a fruire.

Sebbene siano tutte situazioni giuridiche degne di rilievo, a differenza delle altre categorie di terzi il loro soddisfacimento assume caratteristiche dinamiche e complesse: non è sufficiente una pronuncia

⁵⁵² Cfr. quanto esposto nel par. 1.5.2.

giudiziale che riconosca la sussistenza del diritto, ma occorre una vera e propria opera attiva efficiente ed efficace che riesca a far proseguire in modo sostenibile l'impresa con le cose oggetto di sequestro/confisca.

Inoltre, come per le altre categorie, la tutela non potrà essere di tipo assoluto, dovendosene vagliare anche l'eventuale meritevolezza/buona fede: si pensi ad un lavoratore dipendente che partecipava all'attività criminosa o a fornitori che erano consapevoli dei vantaggi competitivi derivanti dalla stessa azione illecita. Si tratta di aspetti particolarmente complicati: come già avuto modo di esporre nella parte introduttiva della presente trattazione, l'attuale quadro criminologico in materia economica è tutt'altro che lineare. Alla complessità delle fattispecie di reato e delle tecniche di porle in atto, anche mediante collaborazioni transnazionali, si aggiunge una non facile distinzione tra i classici *white collar crimes* e la declinazione in ambito economico delle tradizionali forme di criminalità organizzata⁵⁵³.

Si è visto, in particolare, come vi siano diversi "meccanismi attrattivi", spesso operanti in maniera sinergica e tale da dar vita ad una molteplicità di forme di influenza, non sempre decifrabile (soprattutto nell'ambito delle organizzazioni di tipo "orizzontale")⁵⁵⁴.

È possibile, infatti, che l'impresa non sia partecipata direttamente da soci mafiosi, ma stipuli accordi da cui scaturiscono obblighi reciproci di collaborazione e scambio (c.d. impresa collusa) oppure ancora che l'intesa sia sporadica e limitata ad uno o più specifici affari (c.d. imprese contaminate, *joint-venture* o imprese-clienti) ovvero infine che vi sia un rapporto di subordinazione (o addirittura oppressione) in cui la "protezione" mafiosa è imposta, più che concordata (si discorre in tali ipotesi di imprese dipendenti o oppresse, a seconda del grado di sottomissione)⁵⁵⁵.

5.2 Il problematico approccio al contesto d'impresa

A fronte di questo complesso ed intricato quadro, si è già avuto modo di constatare l'inadeguatezza del diritto e del processo penale, tradizionalmente ed ontologicamente imperniato sul rapporto tra singoli individui (offensore e vittima) scaturito da un singolo fatto di reato⁵⁵⁶.

Per un verso, le misure cautelari ed ablatorie reali in ambito economico-impresoriale hanno rappresentato un fertile terreno di disputa tra prerogative giudiziarie ed amministrative in tema di funzioni preventive. Così, sia in tema di sequestro preventivo "impeditivo", sia con riguardo a quello

⁵⁵³ Si veda, per una descrizione più ampia della tematica, il par. 1.1.

⁵⁵⁴ Cfr., oltre al par. 1.1., C. VISCONTI, *Proposte per recidere il nodo mafie-imprese*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2014, 4.

⁵⁵⁵ Come già evidenziato nel paragrafo 1.1 (a cui si rinvia per una trattazione più ampia) nei vari testi accademici vengono utilizzate diverse classificazioni delle imprese che orbitano, con gradazioni diverse, attorno al sodalizio mafioso. Quella proposta è una sintesi tra le varie fonti, ritenuta da chi scrive la più confacente agli obiettivi del presente elaborato. Per le diverse opzioni ricostruttive, cfr. A. BALSAMO-V. CONTRAFATO-G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, 126 ss.; N. DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa. Tra capitalismo violento e controllo sociale*, Milano, 2012, 28 ss.; CENTRO TRANSCRIME DELL'UNIVERSITÀ CATTOLICA DI MILANO, *Gli investimenti delle mafie. Report finale della ricerca sviluppata nell'ambito del PON Sicurezza 2007-2013*, in www.investmentioc.it, Milano, 2013, 168 s.

⁵⁵⁶ Cfr., *retro*, paragrafo 1.2.

finalizzato alla confisca (originariamente costruita anch'essa in termini di prevenzione), si è dovuto prendere atto della necessità di valutazioni di opportunità politico-amministrativa, esorbitanti la mera valutazione giudiziale di pericolosità. Sul punto, emblematica è la complessa vicenda dello stabilimento siderurgico ILVA di Taranto, da cui sono scaturiti provvedimenti legislativi del cui respiro applicativo ancora si discute⁵⁵⁷.

In secondo luogo, la fase del sequestro - tradizionalmente di stampo statico "conservativo" in attesa degli esiti del procedimento - ha mostrato *scarsa presa* su forme dinamiche di ricchezza, ossia su *assets* destinati all'esercizio di un'attività d'impresa⁵⁵⁸. L'attività conservativa, in questi ambiti, non è possibile in senso proprio, in quanto è necessaria una forma di attività gestionale, comprensiva di scelte opinabili tra diverse possibili strategie economiche⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Le rilevanti implicazioni sociali in tema di lavoro (visto l'ingente numero di lavoratori interessati), ambiente e salute (vista la natura inquinante dell'attività svolta) hanno condotto a diversi attriti tra l'esercizio del potere giudiziario e quello del potere politico ed amministrativo. Vengono in rilievo i diversi decreti legge noti come "salva-Ilva" e riferiti a stabilimenti industriali di rilievo strategico nazionale: il d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, convertito nella legge 24 dicembre 2012, n. 231 (le cui disposizioni sono state oggetto di tre diverse pronunce della Corte Costituzionale, la quale con le ordinanze n. 16 e 17 del 13 febbraio 2013 ha dichiarato inammissibili i conflitti di attribuzione sollevati dalla Procura di Taranto e con la sentenza n. 85 del 9 maggio 2013 ha dichiarato in parte inammissibili ed in parte infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Gip e dal Tribunale del Riesame di Taranto); i d.l. 4 giugno 2013, n. 61, convertito in l. 3 agosto 2013, n. 89, e 10 dicembre 2013, n. 136, convertito nella legge 6 febbraio 2014, n. 6; il d.l. 4 luglio 2015, n. 92, decaduto per mancata conversione (sul quale pure era stata proposta questione di legittimità costituzionale dal Gip di Taranto). Per alcune riflessioni sul tema, cfr. P. TONINI, *Il caso ILVA induce a ripensare le finalità e gli effetti del sequestro preventivo*, in *Diritto penale e processo*, 2014, n. 10, 1153 ss., in cui viene ricostruito il quadro delle diverse modalità esecutive del sequestro preventivo; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in www.rivistaaic.it, 20 settembre 2013, in cui l'Autore accoglie con favore il giudizio di conformità a Costituzione del d.l. 207/2012: «in un paese in cui troppo spesso si devono constatare la deresponsabilizzazione o le inerzie delle amministrazioni in ordine al controllo delle situazioni ambientali, e in cui il ricorso alle sedi giudiziarie (amministrative o penali, o magari anche civili) e la "giurisdizionalizzazione" dei conflitti fra interessi collettivi sembrano divenire quasi l'unico rimedio possibile, il richiamo della Corte all'autonomia e alla responsabilità dell'amministrazione appare un elemento di saggezza e di equilibrio istituzionale»; D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso Ilva*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, n. 1, 44 ss., in cui si pone l'attenzione sul paradigma epistemologico del garantismo proprio degli accertamenti giudiziari penali, che invece mal si attaglia a giudizi prognostici sui pericoli futuri; R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in www.forumcostituzionale.it, 2013, ove - dopo aver riflettuto sulla finalità preventiva del sequestro preventivo c.d. impeditivo - si auspica «che il legislatore intervenga a regolare il concorso delle due autorità: non attraverso soluzioni improvvisate e parziali, come quella introdotta dal decreto-legge in questione, ma con una meditata riforma dell'art. 321 cod. proc. pen. Si deve ritenere - scrive la Corte (punto 12.6) - che l'art. 1 del decreto legge 207/2012 "abbia introdotto una nuova determinazione normativa all'interno dell'art. 321, primo comma, cod. proc. pen.", ma essa riguarda solo il sequestro preventivo emanato in presenza delle specifiche condizioni previste dal comma 1 della disposizione. Avremmo invece bisogno di regole più generali, che disciplino i ruoli rispettivi e i rapporti reciproci tra un'autorità amministrativa - così spesso inattiva - e l'autorità giudiziaria che è chiamata a supplire le inefficienze della prima. Né si deve trascurare un altro profilo: la difficoltà che incontrano i c.d. interessi diffusi ad accedere all'amministrazione pubblica, a sollecitarne i meccanismi di controllo, ad agire davanti al giudice amministrativo per ottenere considerazione delle proprie istanze, alimentano il ricorso "sociale" alla giustizia penale e l'attivazione delle procure della Repubblica, tenute a verificare la non manifesta infondatezza della notizia criminis. L'"anomalo esercizio dei poteri istruttori dell'organo giurisdizionale" è dunque la conseguenza di un sistema che nel suo complesso andrebbe meglio assestato».

⁵⁵⁸ In questi termini N. PISANI, *Responsabilità penale e gestione di impresa in regime di amministrazione straordinaria*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2016, nn. 3-4, 719.

⁵⁵⁹ Sul punto sono interessanti le riflessioni in N. PISANI, *Responsabilità penale cit.*, 718 ss., ove - in un più ampio discorso sullo statuto applicabile all'agire di amministratori/custodi giudiziari - si evidenzia appunto l'inedito ruolo per il giudice

Infine, l'acquisizione definitiva da parte dello Stato di complessi produttivi accentua questi oneri di gestione ed amministrazione e rende necessarie chiare e precise scelte sulla prosecuzione o meno dell'attività e sull'eventuale eterodestinazione a soggetti privati meritevoli⁵⁶⁰. Si tratta di un momento che peraltro acquisisce natura "simbolica", soprattutto nei contesti di criminalità organizzata, di restituzione alla collettività delle risorse economiche illecitamente acquisite⁵⁶¹.

Queste problematiche non sono ignorate dal legislatore, che negli ultimi anni si sta occupando con sempre maggiore attenzione ad esse, sebbene talvolta in maniera non perfettamente coordinata. *De iure condito*, allora, diventa importante una ricostruzione del quadro normativo esistente, entro il quale muoversi ed operare. Per far ciò, è stato autorevolmente sostenuto come sia necessario che i magistrati (ma anche gli organi amministrativi) che si occupano di tali questioni siano consapevoli del proprio ruolo e dei propri limiti, nonché del contesto territoriale ed economico in cui sono chiamate ad operare le norme giuridiche e siano qualificati da conoscenze specializzate che travalicano i concetti giuridico-normativi⁵⁶².

Ciò impone, in primo luogo, che l'intervento nell'ambito dell'impresa risulti proporzionato alle effettive esigenze concrete, in modo da evitare qualsiasi conseguenza negativa che non sia strettamente necessaria al raggiungimento dello scopo. In questo senso, occorre essere consapevoli dei possibili effetti della "irradiazione" della responsabilità e della duplicazione degli accertamenti⁵⁶³: se, infatti, risulta imprescindibile per gli organi inquirenti una penetrante verifica "sul campo" che eviti la distruzione o l'occultamento di "tracce" importanti, non può ignorarsi l'atterramento e l'afflittività insita dentro ad ogni singola "invasione" (si pensi, a titolo esemplificativo, alle ipotesi in cui ci siano in gioco segreti industriali). A ciò si aggiunga l'eco della divulgazione giornalistica, la cui forza è tale da incidere in maniera rilevante sulla reputazione nel mondo degli affari ed in questo modo deteriorare i rapporti con clienti, istituti di credito e fornitori⁵⁶⁴.

di tutela e promozione positiva degli interessi d'impresa ed il fenomeno di dissociazione tra gestione dell'impresa e amministrazione formale della società.

⁵⁶⁰ La differenza tra gestione durante il sequestro e destinazione dopo la confisca è evidente nella differenziazione dei compiti dell'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata: ausiliario del Giudice fino alla definitività dell'acquisizione coattiva, ente pubblico che svolge attività amministrativa, perseguendo autonomamente una finalità pubblicistica dopo la confisca definitiva (art. 110, comma 2 d. lgs. 159/2011). Sui compiti dell'Agenzia nelle due fasi, oltre ad i successivi paragrafi, si veda M. MAZZAMUTO, *L'agenzia nazionale per l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2015.

⁵⁶¹ In questo senso, tra le altre, Corte Cost. 15-23 febbraio 2012, n. 34.

⁵⁶² In questo senso, E. APRILE, *Gli effetti dell'intervento penale sull'economia delle imprese. Nuovi equilibri tra repressione dei reati e continuità delle attività produttive?*, relazione svolta al convegno nazionale V. Aymone, tenutosi a Lecce il 14 novembre 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 30 novembre 2015, 6.

⁵⁶³ Si tratta della possibilità che in indagini o accertamenti amministrativi si vadano a coinvolgere la totalità (o quasi) dei soggetti operanti nell'ambito d'impresa, rimandando a momenti successivi una selezione dei soggetti realmente responsabili; inoltre, spesso le investigazioni vengono a duplicarsi ed in questo modo ad amplificare gli effetti collaterali. Sul punto, si veda la lucida analisi di E. AMODIO, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, relazione svolta al XXV convegno di studio E. de Nicola "Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro", tenutosi a Milano nei giorni 1-15 marzo 2008, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, 1496 ss.

⁵⁶⁴ In relazione al sequestro di prevenzione, si veda G. CAPECCHI, *Le misure di prevenzione patrimoniali. Laboratorio di esperienze pratiche. Riflessioni comparative e spunti operativi*, Forlì, 2011, 47 s., in cui l'A. fa presente la "comprensibile

In secondo luogo, un corretto approccio alla realtà economico-criminale impone un utilizzo ottimale degli strumenti disordinatamente messi a disposizione dall'ordinamento, scegliendo quello che maggiormente si attaglia al caso concreto, sempre leggendo le norme di legge con la lentezza della proporzionalità. Già in generale, ad esempio, quando (come nei sequestri/confische per equivalente) vi è la possibilità di scegliere tra diversi cespiti patrimoniali, appare opportuno evitare di vincolare/sottrarre quelli strumentali ad attività economiche. Inoltre, occorre tenere ben presenti le possibili alternative che l'ordinamento mette a disposizione per situazioni di crisi di legalità e che talvolta si sovrappongono, sono alternative o comunque prevalgono alle incisive ipotesi di interdizioni ed ablazione patrimoniale (evidentemente misure di per sé capaci di paralizzare iniziative produttive *in bonis* e condurle al dissesto). In particolare, con l'obiettivo di dare continuità all'attività d'impresa, soprattutto qualora le dimensioni produttive ed occupazionali siano particolarmente significative, vi sono sia istituti di matrice amministrativa sia istituti che si innestano in procedimenti giurisdizionali. All'interno di questi ultimi, poi, sempre maggiore attenzione è data dal legislatore alle problematiche della gestione dei beni sequestrati ed amministrazione/destinazione dei beni confiscati.

5.3 Le misure amministrative a tutela della continuità d'impresa

A livello amministrativo, proprio il citato caso dell'ILVA di Taranto è stato lo scenario per alcuni importanti interventi normativi.

In relazione a problematiche di natura ambientale, il d.l. 3 dicembre 2012, n. 207 ha previsto la possibilità che il Ministro dell'Ambiente, riesaminando l'AIA, possa autorizzare la prosecuzione dell'attività produttiva fino a 36 mesi per stabilimenti di interesse strategico nazionale (individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri) con almeno 200 lavoratori subordinati occupati (compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni), se ravvisi l'assoluta necessità di salvaguardia dell'occupazione e della produzione. La prosecuzione, tuttavia, è subordinata all'adempimento di apposite prescrizioni ministeriali, al fine di assicurare la più adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili. Un tale provvedimento amministrativo prevale su eventuali sequestri emessi dall'Autorità Giudiziaria, i quali, pur rimanendo in vita, non comportano l'inibizione delle attività così autorizzate.

Un simile assetto è stato ritenuto legittimo dalla Corte Costituzionale, che ha evidenziato come si tratti di un'opera di bilanciamento che rientra nelle attribuzioni del legislatore e che evita che un diritto diventi "tiranno" nei confronti degli altri⁵⁶⁵. In dottrina è stato notato come in questo modo si

ma pericolosa alimentazione giornalistica nei confronti delle aspettative che la collettività nutre in ordine al recupero dei beni illecitamente accumulati [...]" e di conseguenza suggerisce al giudice di "accentuare nel provvedimento ablatorio cautelare le espressioni linguistiche ispirate ad un concetto di prudenza ed interinalità, sì da educare la stampa ad evidenziare che quanto assoggettato a sequestro risulta allo stato degli atti provento o frutto di attività criminale e che il destino di tali beni, pertanto, non sarà necessariamente la confisca".

⁵⁶⁵ Cfr. Corte Costituzionale, 9 aprile-9 maggio 2013, n. 85, già citata nella parte generale (par.1.4) e nel presente Capitolo (par. 5.2 – nota 6 in cui sono presenti i vari commenti alla sentenza e più in generale alle problematiche sorte nel caso Ilva).

sia arrivati a delineare una vera e propria terza *species* del sequestro preventivo, in cui la “facoltà d’uso” è rimessa alle valutazioni di un organo amministrativo e l’adempimento delle prescrizioni è successivo (e non presupposto) a tale provvedimento; si è inoltre auspicato un’estensione della disciplina anche ad ipotesi che - seppur senza tali dimensioni occupazionali - presentino comunque significative esigenze socio-economiche di continuità produttiva⁵⁶⁶.

Peraltro, per lo specifico caso ILVA, lo stesso decreto legge ha previsto l’immissione nel possesso anche dei prodotti sequestrati quali prodotto del reato, al fine di permetterne la commercializzazione, sempre nell’ottica di efficiente continuità aziendale. Ancor più che nell’ambito delle misure prettamente preventive, allora, è qui evidente come il legislatore abbia inteso comprimere la confisca ripristinatoria a favore dei soggetti (lavoratori) che evidentemente sono stati estranei al reato ed anzi principali vittime dello stesso⁵⁶⁷.

Nello stesso solco si pongono i decreti legge 4 giugno 2013, n. 61 e 10 dicembre 2013, n. 136. Con il primo, è stata introdotta una particolare ipotesi di commissariamento per 12 mesi (prorogabili fino a 36) di imprese che gestiscano almeno uno stabilimento di interesse strategico nazionale, deliberata dal Consiglio dei Ministri. Il presupposto è che la relativa attività produttiva abbia comportato e comporti pericoli gravi e rilevanti per l’integrità dell’ambiente e della salute a causa dell’inosservanza dell’AIA. La gestione è finalizzata alla continuità dell’impresa ed alla risoluzione delle problematiche ambientali⁵⁶⁸.

Per far ciò, le risorse finanziarie sono attinte anche dalle somme sequestrate all’impresa o ai soggetti resisi autori dei reati ambientali e - in virtù del secondo provvedimento legislativo indicato - anche se riferibili ad altri reati commessi nell’ambito della medesima attività imprenditoriale. Invero, appare singolare l’utilizzo attivo di somme meramente “congelate” e la cui sorte dovrebbe dipendere dalla sorte del procedimento (penale o nei confronti degli enti)⁵⁶⁹: ciò evidenzia ancora una volta

⁵⁶⁶ In questo senso P. TONINI, *Il caso ILVA cit.*, 1158 e 1165.

⁵⁶⁷ E’ evidente che sono proprio i lavoratori le prime vittime dell’assenza di salubrità ambientale; a ciò si aggiunga che nell’ambito dell’attività siderurgica sono stati contestati anche reati in materia di infortuni sul lavoro, rispetto ai quali era avvenuta un’analoga “sterilizzazione legislativa” del sequestro (d.l. 4 luglio 2015, n. 92), sottoposta a vaglio di legittimità costituzionale, poi reso inutile dalla mancata conversione in legge.

⁵⁶⁸ Nello specifico «*il commissario è nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri entro sette giorni dalla delibera del Consiglio dei Ministri e si avvale di un sub commissario nominato dal Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare. Con gli stessi procedimenti si provvede all’eventuale sostituzione o revoca del commissario e del sub commissario. 2. Il commissariamento di cui al comma 1 ha durata di 12 mesi eventualmente prorogabili di 12 mesi fino ad un massimo di 36. La prosecuzione dell’attività produttiva durante il commissariamento è funzionale alla conservazione della continuità aziendale ed alla destinazione prioritaria delle risorse aziendali alla copertura dei costi necessari per gli interventi conseguenti alle situazioni di cui al comma 1*». Per qualche riflessione sull’istituto, cfr. M. MASSA, *Il commissariamento dell’ILVA e il diritto delle crisi industriali*, in www.forumcostituzionale.it, 17 giugno 2013.

⁵⁶⁹ In questo senso, nel novembre 2015 il Tribunale di Bellinzona ha annullato la decisione del giudice di Zurigo che permetteva la consegna di denaro sequestrato dalla Procura di Milano alla famiglia Riva mediante rogatoria in conti svizzeri al fine del riutilizzo per la bonifica ambientale e messa in sicurezza: le motivazioni dei giudici svizzeri si fondano proprio sull’assenza di garanzie di restituzione delle somme “congelate” (1,2 miliardi) in caso di assoluzione, essendo destinate all’utilizzo dallo Stato italiano a fini ambientali. Cfr., per una ricostruzione giornalistica, A. MINCUZZI, *Dalla Svizzera a Taranto, il cammino tortuoso dei fondi dei Riva*, in www.ilsole24ore.com, 30 novembre 2016.

l'inadeguatezza della sede penale e la sottesa convinzione che per l'apprensione di tali somme non sia necessaria una vera e propria condanna oltre ogni ragionevole dubbio. Inoltre, a conferma della natura non punitiva della confisca dei proventi, viene espressamente previsto che qualora le somme siano messe a disposizione dal titolare dell'impresa o dal socio di maggioranza per gli scopi ripristinatori, esse sono scomutate da eventuali altre misure reali nel procedimento penale o *ex d. lgs. 231/2001*⁵⁷⁰.

Anche qui l'opera del legislatore è volta a contemperare la realizzazione della finalità preventiva (sequestro impeditivo), nonché ripristinatoria equitativa (sottrazione dei proventi) e materiale (ripristino ambientale) con quelle socio-occupazionali di continuità dell'impresa i cui beni sarebbero sottoposti a sequestro. Essendoci evidenti risvolti di opportunità politico-amministrativa, si è spostata l'area decisionale da quella giurisdizionale penale a quella governativa⁵⁷¹.

Infine, un ultimo cenno va fatto alle misure di contrasto alle distorsioni del sistema dei pubblici appalti. Il settore è uno di quelli in cui la contaminazione tra le diverse fenomenologie di criminalità è maggiormente accentuata: crimine bianco e crimine nero si alternano e confondono e non sempre risulta facile distinguere. Da ciò, unitamente alla presenza di ulteriori interessi pubblicistici in gioco, deriva la predisposizione di specifici meccanismi di contrasto. Il pensiero va all'istituzione dell'Authority di vigilanza sui contratti pubblici (oggi confluita nell'Autorità Nazionale AntiCorruzione) ed al peculiare istituto previsto dall'art. 32 d. l. 24 giugno 2014, n. 90 (conv. con l. 11 agosto 2014, n. 114).

L'A.N.AC., la cui istituzione era da tempo sollecitata da fonti sovranazionali ed è avvenuta solo con la legge 6 novembre 2012, n. 190, ha assunto nel tempo una posizione più indipendente ed un ruolo sempre più pregnante nel sistema di prevenzione alla corruzione (in senso ampio) nel settore pubblico.

⁵⁷⁰ Cfr. il comma 11 bis dell'art. 1 dl. 61 del 2013 (aggiunto dall'art. 7 d. l. 136/2013): «*dopo l'approvazione del piano industriale, in relazione agli investimenti ivi previsti per l'attuazione dell'autorizzazione integrata ambientale e per l'adozione delle altre misure previste nel piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria, il titolare dell'impresa o il socio di maggioranza è diffidato dal commissario straordinario a mettere a disposizione le somme necessarie all'attuazione delle misure previste, nel termine di trenta giorni dal ricevimento della diffida, mediante trasferimento su un conto intestato all'azienda commissariata. Le somme messe a disposizione dal titolare dell'impresa o dal socio di maggioranza sono scomutate in sede di confisca delle somme sequestrate, anche ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per reati ambientali o connessi all'attuazione dell'autorizzazione integrata ambientale. Ove il titolare dell'impresa o il socio di maggioranza non metta a disposizione del commissario straordinario, in tutto o in parte, le somme necessarie, secondo quanto previsto dal primo periodo, al commissario straordinario sono trasferite, su sua richiesta, le somme sottoposte a sequestro penale, nei limiti di quanto costituisce oggetto di sequestro, anche in relazione a procedimenti penali a carico del titolare dell'impresa o del socio di maggioranza, diversi da quelli per reati ambientali o connessi all'attuazione dell'autorizzazione integrata ambientale. In caso, inoltre, nell'ipotesi di proscioglimento del titolare dell'impresa o del socio di maggioranza da tali reati, le predette somme, per la parte in cui sono impiegate per l'attuazione dell'autorizzazione integrata ambientale e delle altre misure previste nel piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria, e salvo conguaglio per la parte eccedente, non sono comunque ripetibili. In caso di condanna del titolare dell'impresa o del socio di maggioranza per detti reati resta fermo l'eventuale credito dello Stato e degli altri eventuali soggetti offesi nella misura accertata dalla sentenza di condanna. Alla data della cessazione del commissariamento, sulle somme trasferite al commissario straordinario che derivano da sequestri penali, ove non ancora spese o impegnate dal commissario medesimo, rivive il vincolo di sequestro penale».*

⁵⁷¹ Per le relative riflessioni si rinvia alle fonti citate nella precedente nota n. 6 del presente Capitolo.

La legge 11 agosto 2014, n. 114, facendovi confluire l'A.V.C.P., ha reso maggiormente organica la lotta ai predetti fenomeni, di cui il settore degli appalti pubblici è da sempre il più fertile terreno. Così l'Authority in esame non solo si occupa di un controllo preventivo degli indici di anomalia, ma si propone come ausilio e supporto sia per le singole stazioni appaltanti, sia per lo stesso legislatore che peraltro è attualmente impegnato a recepire le nuove direttive europee in materia⁵⁷².

Inoltre, proprio il presidente dell'Anac è il soggetto legittimato a proporre al Prefetto l'adozione di una delle "Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione" (art. 32 d.l. 90/2014). Si tratta di risposte a (presunti) fenomeni corruttivi (in senso lato⁵⁷³) per i quali sia stata avviata un'indagine penale o a "situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminosi attribuibili ad un'impresa aggiudicataria" di un appalto pubblico. L'approccio è di tipo graduale. Nei casi meno gravi, in cui non sono coinvolti gli organi apicali, esso si può risolvere nel mero inserimento nell'organizzazione imprenditoriale di un "presidio" di massimo tre esperti che sostengano e monitorino il ritorno alla legalità. La sussistenza dei predetti presupposti può comportare, tuttavia, anche l'imposizione del rinnovo degli organi sociali o, in maniera ancora più incisiva, la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto. È evidente come un simile istituto, ispirato senza dubbio alla prosecuzione della realizzazione delle opere pubbliche, si ponga anche nel solco di quelle misure che tendono a correggere i comportamenti delle imprese nell'ambito delle quali vengono commessi fatti criminosi, anziché limitarsi alla mera "aggressione" (mediante la punizione dei soggetti responsabili e l'ablazione delle sostanze patrimoniali)⁵⁷⁴.

5.4 Procedimento penale ed attività d'impresa

Nell'ambito del procedimento penale non sono previsti generali istituti giurisdizionali che nell'ottica della continuità aziendale si pongono in via alternativa al sequestro e, successivamente, alla confisca. In maniera settoriale, in relazione al delitto di cui all'art. 603 bis c.p. (c.d. "caporalato"), si prevede che al posto del sequestro preventivo "impeditivo" (art. 321, comma 1 c.p.p.) vada disposto il controllo giudiziario dell'azienda, per evitare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o di compromettere il valore economico del complesso aziendale (art. 3 l. 29 ottobre 2016, n. 199).

⁵⁷² Per un'analisi dell'evoluzione e dell'ampiezza della disciplina in materia, si veda N. PARISI-M. L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'A.N.AC. nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2015, 419 ss.

⁵⁷³ Il catalogo comprende i delitti di cui agli articoli 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater, 320, 322, 322 bis, 346 bis, 353 e 353 bis c.p.

⁵⁷⁴ Sono state, tuttavia, già segnalate alcune criticità dell'istituto, soprattutto in relazione al coordinamento con gli altri strumenti in materia ed al pericolo di sovrapposizioni o di eccessiva anticipazione della tutela: sul punto, F. SGUBBI-T. GUERINI, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n.90. Un primo commento*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2014; G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, relazione sul tema "Legalità corrotta" al convegno "Le ragioni dell'impresa e le ragioni dell'amministrazione della giustizia. I teatri della crisi", tenutosi a Roma il 24 settembre 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2015, 7 ss.; R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati d'impresa nel d. lgs. 231 del 2001 e nel d.l. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, relazione svolta al convegno "Le ragioni dell'impresa e le ragioni dell'amministrazione della giustizia", tenutosi a Roma il 24 settembre 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2015, 13 ss.

Viene nominato un amministratore giudiziario che affianca l'imprenditore nella gestione dell'azienda ed autorizza lo svolgimento degli atti di amministrazione utili all'impresa, riferendo al giudice ogni tre mesi, e comunque ogni qualvolta emergano irregolarità circa l'andamento dell'attività aziendale o l'eventuale sfruttamento dei lavoratori. Egli procede alle dovute regolarizzazioni, adottando anche misure diverse da quelle disposte dall'imprenditore/gestore.

In tutti gli altri casi, l'unico modo per evitare un'eccessiva incisione sull'attività produttiva, allora, è la già accennata attenzione dell'Autorità Giudiziaria nella scelta delle cose da vincolare e poi sottrarre all'indagato/imputato/condannato, ove possibile. E' evidente che nell'ipotesi di confisca diretta, legislativamente prioritaria, l'individuazione dei beni aziendali come provento non permette alcuna selezione. Nelle ipotesi per equivalente, invece, un approccio costituzionalmente orientato esige che vadano privilegiate - se presenti e con significativo valore di mercato - risorse estranee o meno importanti rispetto all'attività produttiva: in questi casi infatti la misura reale non ha come presupposto la verifica della provenienza illecita, né della pericolosità e dunque tutti i cespiti nella disponibilità del destinatario risultano fungibili, a parità di valore.

In questo modo, oltre ad incidere in maniera minore sull'individuo destinatario e su tutti gli *stakeholder* d'impresa, vengono anche alleggeriti gli oneri all'interno del procedimento penale: ci saranno compiti di mera "custodia", ossia di statica conservazione dei beni per non ridurne il valore e non invece oneri di "amministrazione", ossia di gestione dinamica di beni che per loro natura si innestano ed assumono valore all'interno di un'attività.

Su questo delicato tema, inerente alle modalità di esecuzione del sequestro finalizzato alla confisca⁵⁷⁵, ha d'altronde posto la sua attenzione negli ultimi anni anche il legislatore.

Originariamente l'art. 104 disp. att. c.p.p. disciplinava l'esecuzione del sequestro preventivo mediante un rinvio alle norme del sequestro probatorio e quindi anche: all'art. 259 c.p.p., che prevede la "custodia" in segreteria/cancelleria o, quando ciò non sia possibile o opportuno, in altro luogo nominando un custode (con eventualmente una cauzione); agli artt. 260 c.p.p. ed 83 disp. att. c.p.p., che prevedono tra l'altro la possibilità di alienazione o distruzione anticipata di cose che possono alterarsi o intrinsecamente illecite, mediante trattativa privata; agli artt. 262 c.p.p. ed 85 disp. att. c.p.p., che prevedono la possibilità di restituzione delle cose sequestrate previa esecuzione di eventuali specifiche prescrizioni e comunque sempre previa prestazione di idonea cauzione⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ In realtà il discorso va compiuto anche per il sequestro penale c.d. "impeditivo" di cui all'art. 321, comma 1 c.p.p.: in questi casi, tuttavia, la gestione "dinamica" deve necessariamente essere compatibile con la finalità di prevenire pericoli di reiterazione o aggravamento delle conseguenze dei reati. Su tale compatibilità, cfr. M. TORIELLO, *Le modalità di custodia dell'azienda in sequestro nel procedimento penale ordinario*, relazione tenuta a Scandicci il 7 marzo 2017 nell'ambito del corso di formazione permanente organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura "La conservazione dell'azienda tra sequestri (civili e penali) e fallimento", in www.scuolamagistratura.it, 10 ss.

⁵⁷⁶ Il rinvio era operato letteralmente al solo capo VI delle disposizioni attuative, tuttavia pacificamente veniva interpretato in maniera estensiva a tutta la disciplina del sequestro probatorio, in quanto compatibile. Per un'attenta ricostruzione dell'evoluzione normativa, cfr. P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *L'esecuzione del sequestro preventivo*, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA-G. GARUTI-L. KALB, *Procedura penale: teoria e pratica del processo*, tomo II, *Misure cautelari reali*,

Ad emergere è un'ottica prevalentemente "statica" e di vincolo provvisorio, adatta appunto al sequestro probatorio. Per un verso, è una normativa pensata per cose che non necessitano di una vera e propria gestione, ma per le quali è sufficiente una "custodia". Per altro verso, trattandosi di misura volta unicamente ad assicurare il materiale probatorio e non ad essere acquisita dallo Stato, è contemplata la possibilità che il proprietario continui ad utilizzarla se rispetta accortezze volte a non disperderne la valenza probatoria (prescrizioni) e presta una cauzione: si tratta di una possibilità particolarmente utile proprio per i residui casi di necessità di gestione "dinamica", che lo Stato non assume in prima persona in ragione della provvisorietà e dell'assenza di profili di pericolosità nell'attività del destinatario.

Una simile impostazione, tuttavia, è risultata di difficile trasposizione alle ipotesi di sequestro preventivo⁵⁷⁷ e così - con l'art. 2, comma 9 l. 15 luglio 2009, n. 94 - il legislatore ha eliminato il rinvio alle norme in tema di sequestro probatorio, sostituendolo con specifiche modalità di esecuzione del sequestro (art. 104 disp. att. c.p.p.)⁵⁷⁸. Per quanto riguarda le ipotesi di *aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, esclusi quelli destinati al FUG*, è prevista la nomina di un amministratore giudiziario scegliendolo tra gli iscritti ad apposito albo, salva la possibilità di motivare la diversa scelta di nominare un custode tra altri soggetti (art. 104 bis disp. att. c.p.p.).

Al di là dei problemi che erano sorti sulla competenza nella nomina⁵⁷⁹ e quelli di compatibilità con il sequestro c.d. "impeditivo"⁵⁸⁰, la novella del 2009 sembra aver compiuto una netta cesura tra mera conservazione ed amministrazione. La prima, che si sostanzia nella «*detenzione del bene, a cui si affianca il compimento di sporadici atti finalizzati ad evitarne la dispersione ed il deterioramento*»⁵⁸¹,

Milano, 2015, 383 ss.; F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015, 598 ss. e 637 ss.

⁵⁷⁷ In questo senso N. PISANI, *Responsabilità penale cit.*, 719.

⁵⁷⁸ In particolare, l'esecuzione - che durante le indagini preliminari è ad opera del p.m. in virtù di un apposito rinvio all'art. 92 disp. att. c.p.p. - avviene: «a) sui mobili e sui crediti, secondo le forme prescritte dal codice di procedura civile per il pignoramento presso il debitore o presso il terzo in quanto applicabili; b) sugli immobili o mobili registrati, con la trascrizione del provvedimento presso i competenti uffici; c) sui beni aziendali organizzati per l'esercizio di un'impresa, oltre che con le modalità previste per i singoli beni sequestrati, con l'immissione in possesso dell'amministratore, con l'iscrizione del provvedimento nel registro delle imprese presso il quale è iscritta l'impresa; d) sulle azioni e sulle quote sociali, con l'annotazione nei libri sociali e con l'iscrizione nel registro delle imprese; e) sugli strumenti finanziari dematerializzati, ivi compresi i titoli del debito pubblico, con la registrazione nell'apposito conto tenuto dall'intermediario ai sensi dell'articolo 34 del decreto legislativo 24 giugno 1998, n. 213. Si applica l'articolo 10, comma 3, del decreto legislativo 21 maggio 2004, n. 170». Si è rilevato come non si tratti di disposizioni esaustive, che dunque lasciano all'organo procedente una discrezionalità in ordine alla nomina ed alle modalità di custodia: cfr. P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *L'esecuzione cit.*, 387.

⁵⁷⁹ La locuzione "autorità giudiziaria" era polisensa e dunque permetteva di includere sia il Giudice sia il Pubblico Ministero. Ciò ha dato vita ad una disputa interpretativa: l'impostazione prevalente andava nel senso della competenza del giudice che ha emesso il decreto di sequestro la soluzione è stata poi codificata anche dalla recente legge 17 ottobre 2017, n. 161 (cfr. i nuovi commi 1 bis ed 1 ter introdotti dall'art. 30, comma 2, lett. b della citata legge n. 161). Sul precedente dibattito, cfr. P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *L'esecuzione cit.*, 387; M. TORIELLO, *Le modalità di custodia dell'azienda cit.*, 15.

⁵⁸⁰ Cfr. M. TORIELLO, *Le modalità di custodia dell'azienda cit.*, 10.

⁵⁸¹ Nei medesimi termini M. TORIELLO, *Le modalità di custodia dell'azienda cit.*, 3.

vale unicamente per i beni aventi un carattere statico. Nel caso, invece, di beni con vocazione produttiva, il legislatore prevede che normalmente vadano gestiti da soggetti qualificati (amministratori giudiziari) e che, solo a fronte di esplicite motivazioni contrarie (ad esempio l'opzione liquidatoria pura per mancanza di prospettive di continuità), possa procedersi alla nomina di un semplice custode: quest'ultimo, secondo l'orientamento maggiormente condivisibile, non può fare altro che attività di mera conservazione, dovendosi invece escludere che la norma sia la porta d'ingresso per la "facoltà d'uso" o la restituzione con prescrizioni all'originario titolare⁵⁸².

Gli eventuali problemi di continuità nella gestione aziendale vanno affrontati anche da altro punto di vista. L'amministratore giudiziario, infatti, non diventa *ipso iure* un organo sociale o un imprenditore individuale, ma è appunto adibito alla gestione dei cespiti oggetto di sequestro, "per conto di chi spetta" (Stato o indagato/imputato, a seconda degli esiti del giudizio). In questo senso, vale la pena sottolineare l'improprietà del richiamo al "sequestro di società": la società è un soggetto di diritto e non una "cosa", neanche nella sua accezione più estensiva. E' più corretto discorrere, a seconda dei casi, di sequestro di azienda o di partecipazioni sociali, eventualmente maggioritarie o totalitarie: nel primo caso l'amministratore giudiziario deve occuparsi della gestione dell'azienda, anche mediante un eventuale affitto o la nomina di un istitore (anche temporaneamente per dare continuità); nel secondo caso assume la posizione del socio e, nell'esercizio di tali poteri, può anche modificare l'assetto amministrativo, eventualmente nominando il precedente o sé stesso amministratore unico, a seconda dell'opportunità dei singoli casi (ed in accordo con l'Autorità Giudiziaria, con la quale va mantenuto uno stretto rapporto)⁵⁸³.

Prima della legge 17 ottobre 2017, n. 161, non erano ulteriormente specificate le concrete modalità di custodia ed amministrazione. Rimanevano dunque nella piena discrezionalità degli organi giurisdizionali le considerazioni relative alla tutela di esigenze occupazionali o produttive (ed alla loro meritevolezza, in base alla sussistenza o meno di "buona fede" degli *stakeholder*), nonché soprattutto alle eventuali regolarizzazioni degli aspetti illeciti, qualora possibili⁵⁸⁴.

⁵⁸² In questo senso, criticando le contrarie decisioni giurisprudenziali, P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *L'esecuzione cit.*, 390; sulla possibilità di compresenza di un custode e dell'amministratore giudiziario (discorrendo del sequestro preventivo c.d. "impeditivo"), M. TORIELLO, *Le modalità di custodia dell'azienda cit.*, 10.

⁵⁸³ Cfr. M. TORIELLO, *Le modalità di custodia dell'azienda cit.*, 8 s.; N. PISANI, *Responsabilità penale cit.*, 723 ss. Sul punto si veda anche Corte App. Napoli, 25 gennaio 2016, n. 7, con commento di R. RANUCCI, *La rappresentanza legale (limitata) dell'amministratore giudiziario di azienda e di partecipazioni sociali nel sequestro antimafia*, in *Le società*, 2016, n. 7, 869 ss.

⁵⁸⁴ Cfr. N. PISANI, *Responsabilità penale cit.*, 723. Invero, per la confisca c.d. allargata (12 *sexies* d.l. Martelli) ed i tipici reati di criminalità organizzata individuati dall'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p., nonché per i sequestri relativi al delitto *ex art.* 603 *bis* c.p.p., già c'era un apposito rinvio alle disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati previste dal Codice Antimafia. Sulla stratificazione delle norme di rinvio che - prima delle modifiche introdotte dall'art. 31 legge 17 ottobre 2017, n. 161 - rendevano particolarmente complessa (ma comunque non equivoca) la lettura, cfr. P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *L'esecuzione cit.*, 391 ss.; sulla disciplina applicabile si veda anche F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 517 ss.; per una chiara ricostruzione delle modalità di applicabilità delle norme del Codice Antimafia al contesto del procedimento penale, M. TORIELLO, *Le modalità di custodia dell'azienda cit.*, 15 ss.

Con tale riforma, il legislatore - oltre ad un chiarimento sulla competenza alla nomina dell'amministratore - ha introdotto un espresso rinvio alle norme del Codice Antimafia per tutte le ipotesi di sequestri *ex art. 321, comma 2 c.p.p.* aventi ad oggetto beni con natura "dinamica"⁵⁸⁵. Ci si chiede se ciò comporterà anche l'intervento dell'Agenzia Nazionale per i beni sequestrati e confiscati, non espressamente previsto (a differenza di quanto avviene nell'art. 12 *sexies*)⁵⁸⁶.

Invero, trattandosi di una disciplina dettagliata ed adattabile anche a contesti diversi da quelli del procedimento c.d. di prevenzione, costantemente la giurisprudenza ne aveva già fatto - più o meno esplicitamente⁵⁸⁷ - un importante punto di riferimento anche per l'esecuzione dei sequestri finalizzati ad ogni tipo di confisca.

L'opera ermeneutica deve in ogni caso seguire un delicato equilibrio tra regole civilistiche, capacità imprenditoriali⁵⁸⁸ e contesto della confisca: ad esempio, appare possibile coniugare il concetto di "giusta causa" del licenziamento⁵⁸⁹ o del recesso in rapporti di durata nei casi di assenza di "buona fede" dello *stakeholder* (si pensi ad un dipendente che ha beneficiato dei proventi criminosi pur sapendo o potendone sapere la provenienza; ad un cliente professionale che ha fruito di prezzi inferiori a quelli di mercato sapendo o potendo sapere che ciò era conseguenza del flusso di capitali illeciti da riciclare); ancor prima, occorre comprendere dinanzi a quale realtà si sia di fronte e se valga la pena o meno di proseguire l'attività produttiva⁵⁹⁰.

⁵⁸⁵ L'art. 30, comma 2, lett. b) della legge 17 ottobre 2017, n. 161 - oltre ad aggiornare il riferimento all'albo degli amministratori giudiziari (oggi previsto dall'art. 35 d. lgs. 159/2011) prevede l'introduzione all'art. 104 *bis* di due nuovi commi: *1 bis. Il giudice che dispone il sequestro nomina un amministratore giudiziario ai fini della gestione. Si applicano le norme di cui al libro I, titolo III del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni. 1 ter. I compiti del giudice delegato alla procedura sono svolti nel corso di tutto il procedimento dal giudice che ha emesso il decreto di sequestro ovvero, nel caso di provvedimento emesso da organo collegiale, dal giudice delegato nominato ai sensi e per gli effetti dell'articolo 35, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni.*

⁵⁸⁶ In senso contrario, ritenendo tale parte della normativa incompatibile, in assenza di un riferimento esplicito analogo a quello previsto al comma 4 *bis* dell'art. 12 *sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306 per i sequestri finalizzati alla confisca allargata o comunque disposti in procedimenti per reati *ex art. 51, comma 3 bis c.p.p.*, F. MENDITTO, *Verso la riforma del d. lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia) e della confisca allargata*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2015, 75.

⁵⁸⁷ In questo senso, M. TORIELLO, *Le modalità di custodia dell'azienda cit.*, 4 s. e 14 s.

⁵⁸⁸ Sul punto, si veda CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI ED ESPERTI CONTABILI, *Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati*, a cura del Gruppo ristretto Amministrazione Giudiziaria e Misure di Prevenzione e della Commissione Amministrazione Giudiziaria dei Beni Sequestrati e Confiscati, in www.commercialisti.it, 2 novembre 2015

⁵⁸⁹ La "giusta causa" che permette il recesso unilaterale del rapporto di lavoro è, in base all'art. 2119 c.c. quella che «*non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto*» ed in tal senso la giurisprudenza valorizza molto la rottura del rapporto di fiducia; in questo senso, oltre ad essere riferibile a comportamenti più gravi ed intollerabili, anche extra lavorativi, è dunque una nozione più ampia di quella di "giustificato motivo" (soggettivo) di cui all'art. 1 l. 15 luglio 1966, n. 604, definito dall'art. 3 come «*notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro*». In questo contesto, occorre rimarcare ancora una volta come la tutela dei lavoratori sia pur sempre vincolata ad un loro contributo al progresso materiale e spirituale della società, non ravvisabile quando la loro opera era consapevolmente strumentale ad attività criminali.

⁵⁹⁰ In relazione a tale tematica (meglio sviluppata dal Codice Antimafia, di cui si dirà nel prossimo par. 5.6.2), è interessante l'analisi in CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI ED ESPERTI CONTABILI, *Linee guida cit.*, 61: «*le tipologie di "realtà aziendale" dinanzi alle quali il professionista può trovarsi sono le seguenti: - Impresa non operativa, in quanto da sempre utilizzata come cartiera o magari per operazioni di riciclaggio; l'identificazione di tale tipologia di impresa, ovviamente, non consente né richiede alcuna attività gestionale effettiva, potendo l'amministratore*

Per i casi diversi, la norma di riferimento per la destinazione rimane l'art. 86 disp. att. c.p.p., che prevede la vendita quale ipotesi ordinaria, fatte salve ipotesi tipiche (il denaro al FUG⁵⁹¹, i beni informatici/telematici ad organi di polizia o a p.a. che ne facciano richiesta, ecc.) o di distruzione (quando non sia opportuna la vendita o ciò sia espressamente previsto: es. sostanze stupefacenti, ecc.).

5.5 Responsabilità da reato degli enti ed attività d'impresa

5.5.1 La particolare attenzione alla continuità d'impresa nel d. lgs. 231 del 2001

Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 è nato proprio con l'obiettivo dichiarato di recuperare, riparare, adeguare a legalità un'organizzazione produttiva che - di base lecita - si è resa autrice, mediante le persone fisiche agenti, di delitti commessi nel suo interesse o a suo vantaggio. Conferma di ciò si ha anche nell'apparato sanzionatorio, ispirato alla logica di "bastone e carota"⁵⁹². Oltre alla previsione di punizioni di tipo pecuniario e fermo restando l'acquisizione dei proventi del reato, vi sono una serie di sanzioni interdittive dal chiaro intento special preventivo negativo. Tali misure, si badi bene, non agiscono in maniera indiscriminata sull'intera attività aziendale, ma devono essere riferite al solo segmento a cui si riferisce l'illecito. Vanno in questo senso l'art. 14 d. lgs. 231/2001, che indica i criteri di scelta tra misure da parte del giudice e l'art. 69, comma 2 del medesimo decreto, il quale

cautelativamente mantenerla in vita (laddove ciò determini modestissimi costi sostanzialmente identici al periodo ante sequestro), ovvero porla in liquidazione o richiederne il fallimento; - Impresa operativa con reale organizzazione aziendale ma attualmente viziata da influssi criminali, quali la presenza di anomali rapporti, benefici, accordi commerciali, derivanti dall'appartenenza all'organizzazione criminale o alla "filiera" economico-produttiva a questa asservita; per tale tipologia, la riflessione, assolutamente propria della singola fattispecie, necessita di verifica circa la capacità economico-organizzativa di restare sul mercato senza avvalersi dei benefici derivanti dalla nota appartenenza alla "filiera" criminale, ovvero porla in liquidazione laddove tali influssi siano discriminanti per l'economicità gestionale; - Impresa operativa, di piccole, medie o grandi dimensioni, esercitata come ditta individuale o in forma societaria, adeguatamente strutturata e organizzata, operante in normali settori merceologici e di mercato. Non attualmente influenzata dalla "filiera" criminale, ma oggetto di pregresso reimpiego di capitali per investimenti specifici strutturali, finanziamenti o acquisto di quote del capitale sociale. Rispetto a questa terza tipologia (ragionamento estendibile alla seconda laddove si verificasse la sostituibilità di rapporti commerciali "criminali" con relazioni legittime) sono invece concretamente e complessivamente realizzabili una serie di concrete attività che possono essere distinte come segue: - Acquisizione dati delle specificità aziendali; - Esame delle relazioni aziendali e delle possibili interferenze del proposto o di suoi familiari e parenti ai vari livelli di gestione; - Scelte tecniche per l'effettiva gestione da parte della procedura; - Adempimenti degli obblighi societari e fiscali nel rispetto delle scadenze; - Fase operativa/gestionale, per la valutazione sulla continuità aziendale».

⁵⁹¹ Sul punto, cfr. art. 61, comma 23 d.l. 112/2008, convertito con l. 6 agosto 2008, n. 133 e l'approfondimento in M. TORIELLO, *Le modalità di custodia dell'azienda cit.*, 18 s.

⁵⁹² Già da tempo la più attenta dottrina segnalava come fosse necessario, nel mondo degli affari, l'utilizzo di una "lotta di judo", tesa a combattere l'avversario con intelligenza e sfruttando le sue stesse armi, anziché una cruda e devastante "lotta di sumo". Il riferimento è a F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, Relazione tenuta al convegno "Controllo societario, patti tra soci, responsabilità di amministratori di società controllanti e controllate" organizzato dallo Studio Ambrosetti, Villa d'Este di Cernobbio, 3-4 ottobre 1997, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1998, 459 ss. Nella stessa direzione, C. E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, relazione al convegno "Hacia un Derecho Penal economico europeo – Jornadas en honor al Prof. Klaus Tiedemann", tenutosi nell'Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 ottobre 1992, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, 1021 ss. Per una trattazione comparatistica della "terapia riabilitativa" del d. lgs. 231/2001, cfr. FE. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *L'indice penale*, 2013, n. 2, 737 ss.; R. A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 ottobre 2015.

prescrive tra i contenuti della sentenza di condanna proprio la specifica delimitazione dell'inibizione sanzionatoria.

Peraltro, ancora più significativa è la possibilità che comportamenti virtuosi "riabilitino" l'ente interessato: se essi avvengono in maniera tempestiva, possono condurre alla revoca delle misure interdittive cautelari o alla non irrogazione delle equivalenti sanzioni in sede di condanna; nell'ipotesi di "riparazione" tardiva, è comunque possibile la conversione delle medesime nelle meno incisive sanzioni di tipo pecuniario.

Inoltre, nel caso di imprese di particolare rilievo sociale (pubblico servizio o servizio di pubblica necessità la cui interruzione sia suscettibile di provocare "un grave pregiudizio per la collettività" oppure impresa la cui interruzione possa determinare rilevanti percussioni sull'occupazione), l'art. 15 del d. lgs. 231/01 prevede la possibilità che anziché la sanzione interdittiva sia disposto il commissariamento giudiziale (con confisca, però, del profitto derivante dalla continuazione dell'attività)⁵⁹³.

5.5.2 La gestione dei beni sequestrati e la destinazione dei beni confiscati

In questo quadro, vanno lette anche le ipotesi di sequestro e confisca dei proventi criminosi. Oltre a ribadire quanto già affermato nell'ambito del procedimento penale in ordine alla dovuta attenzione da porre, ove possibile, nella scelta delle cose da sottoporre a vincolo, vanno valorizzate alcune specifiche disposizioni del testo unico sulla responsabilità degli enti.

Di base, la disciplina applicabile è quella del codice di procedura penale e delle relative disposizioni di attuazione, che si sono pocanzi esaminate.

Tuttavia, nel 2013 il legislatore ha introdotto il comma 1 *bis* all'art. 53 d. lgs. 231/2001, rafforzando l'intento di salvaguardia della continuità e dello sviluppo aziendali: nelle ipotesi di sequestro preventivo per equivalente avente ad oggetto "società, aziende ovvero beni, ivi compresi i titoli, nonché quote azionarie o liquidità anche se in deposito", infatti, si prevede espressamente la possibilità di utilizzo e gestione da parte degli organi sociali, sotto il controllo del "custode amministratore giudiziario"⁵⁹⁴.

Sulla destinazione, le norme sono analoghe a quelle previste nel procedimento penale.

⁵⁹³ All'opposto, quando la riconduzione dell'impresa nell'orbita legale sia ritenuta inverosimile (tre condanne negli ultimi sette anni; ente o sua unità stabilmente dediti ad agevolare o consentire la commissione di illeciti previsti nel catalogo ex artt. 24 ss.), è prevista la definitività delle interdizioni. Si tratta di particolari forme di recidiva e - in maniera più rilevante - della c.d. impresa criminale.

⁵⁹⁴ Tale possibilità è contemplata dal comma 1 *bis* dell'art. 53 d. lgs. 231/2001, introdotto dall'art. 12, comma 5 *bis* d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito con modificazioni nella legge 30 ottobre 2013, n. 125. Allo stesso comma, vi è il rinvio - nelle ipotesi di società che gestiscono stabilimenti di interesse strategico nazionale e di loro controllate - al già esaminato d.l. 4 giugno 2013, n. 61, convertito con modificazioni nella legge 3 agosto 2013, n. 89 (si tratta di uno dei c.d. "decreti Salva-Ilva" succedutisi per fronteggiare i problemi sociali e giudiziari inerenti alla nota vicenda dello stabilimento tarantino).

5.6 Procedimento di prevenzione ed attività d'impresa

5.6.1 Le misure alternative a sequestro e confisca

Nell'ambito della disciplina antimafia, sin da tempi risalenti il legislatore aveva preso atto della necessità di graduare l'intervento di contrasto in ragione dell'entità della contaminazione criminale. Così, oltre all'ipotesi della sospensione dei beni personali⁵⁹⁵, era stata introdotta una particolare *species* dell'istituto riferita ad i beni impiegati in impresa. Oggi la fattispecie è denominata "amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche" (art. 34 Cod. Ant.) ed è rivolta a quelle iniziative produttive che, pur non essendo direttamente mafiose, risultino (da un quadro indiziario) gravitare attorno al sodalizio, in uno stato di soggezione o comunque in modo da agevolarne lo sviluppo⁵⁹⁶. E' dunque alternativa a sequestro/confisca di prevenzione (dirette a chi partecipa all'organizzazione criminale) e connotata da uno scopo di tipo "terapeutico", ossia volto a recidere il nesso tra l'impresa e la mafia. Concluso il termine di durata (di massimo 6 mesi, rinnovabili per non più di ulteriori 12 mesi), il Tribunale revoca la misura ma può - da un lato - disporre il controllo giudiziario degli atti compiuti dal titolare nei successivi tre anni e - dall'altro - disporre la confisca dei beni che si ritiene siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego⁵⁹⁷.

Ad ulteriore integrazione degli strumenti giurisdizionali, nella riforma del Codice Antimafia di cui alla citata legge 17 ottobre 2017, n. 161 è prevista l'introduzione dell'istituto del "Controllo giudiziario" (il nuovo art. 34 *bis* Cod. Ant.). Nei casi in cui l'agevolazione a sodalizi criminali appare occasionale, ma vi sia il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose, il Tribunale - pur non interdicensi i titolari dell'impresa e lasciandone la gestione agli stessi - potrà dare stringenti prescrizioni

⁵⁹⁵ La prima "timida" introduzione di uno strumento di questo tipo è proprio quella compiuta con la legge 22 maggio 1975, n. 152 (pensata *in primis* per l'emergenza terrorismo), che ha permesso la sospensione dell'amministrazione dei beni di soggetti ritenuti pericolosi ai sensi della legge 575 del 1965 (sulle misure di prevenzione personale). Tuttavia, tale disposizione si riferiva ai soli beni di natura personale (che avrebbero potuto agevolare l'attività socialmente pericolosa) e comunque non comportava un'acquisizione definitiva al patrimonio dello Stato. Sull'introduzione di tale istituto all'art. 22 l. 22 maggio 1975, n. 152, cfr. V. POMPEO, *La confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà*, Milano, 2013, 11 s. Oggi la disciplina è all'art. 33 Cod. Ant., sul quale cfr. V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in AA. VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, 379 ss.

⁵⁹⁶ A tal proposito, si rinvia alle considerazioni sullo spettro di interrelazioni possibili tra imprese ed organizzazioni criminali, di cui si è effettuata l'analisi nel paragrafo 1.1 e nel paragrafo 5.1.

⁵⁹⁷ Tale istituto fu originariamente introdotto all'art. 3 *quater* l. 31 maggio 1965, n. 575 dall'art. 24 d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; esso fu scarsamente utilizzato in passato, ma sta vivendo una stagione di "nuova vita" negli ultimissimi anni. E' infatti disposto per ipotesi di «*multinazionali e grandi banche in rapporti economici con la 'ndrangheta presente in Lombardia; grandi società, sia a capitale pubblico che a capitale privato, con rapporti accertati con cosche di Cosa Nostra e 'Ndrangheta per lavori da effettuare in Sicilia e Calabria; consorzi di cooperative di rilevanza nazionale in rapporti con l'organizzazione mafiosa romana, Mafia Capitale*». Così, G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione cit.*, 3 s. In giurisprudenza, si veda il decreto n. 6 del 23-24 giugno 2016 del Tribunale di Milano (sezione autonoma misure di prevenzione), con commento di C. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese (working paper)*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 gennaio 2012. Alcune modifiche, peraltro, sono state introdotte dall'art. 10 legge 17 ottobre 2017, n. 161, che ha riscritto l'art. 34 Cod. Ant. per risolvere i problemi applicativi verificatisi nella prassi. Cfr. F. MENDITTO, *Verso la riforma cit.*, 37 ss.

“terapeutiche”, assegnando eventualmente il controllo del corretto andamento ad un apposito commissario giudiziale⁵⁹⁸.

5.6.2 La gestione dei beni sequestrati

Nei casi più gravi, il procedimento c.d. di prevenzione reale prende le strade di sequestro e confisca. Per i beni strategici per le attività produttive si ripropongono, allora, problemi analoghi a quelli già esaminati per il procedimento penale. Il Codice Antimafia appresta una disciplina che si pone l’obiettivo di ridurre al minimo gli effetti negativi sulle imprese, sempre che queste ultime presentino prospettive di prosecuzione nell’ambito dell’economia legale: come visto, tale normativa - ormai per scelta legislativa, ma sin da prima quale opzione ermeneutica - è un punto di riferimento anche nell’ambito del procedimento penale.

Già in generale, viene prevista una disciplina sulla custodia e gestione dei beni sequestrati che si svolge contemporaneamente al procedimento finalizzato all’applicazione della confisca, in due fasi.

- Un primo *step*, a partire dal decreto di sequestro e fino alla confisca di secondo grado⁵⁹⁹), è quello in cui inizia l’esecuzione del sequestro (con un rinvio alle regole dell’art. 104 disp. att. c.p.p.) e, tramite la polizia giudiziaria, avviene la materiale presa in carico del bene, con l’apprensione materiale e l’immissione nel possesso (art. 21 Cod. Ant.)⁶⁰⁰, nonché compiendo una serie di scelte volte a non disperderne il valore e già proiettate alla sua destinazione. In questa fase il *dominus* è il giudice delegato, nominato dal Tribunale nello stesso decreto di sequestro, unitamente ad un amministratore giudiziario⁶⁰¹. Quest’ultimo esamina e relaziona,

⁵⁹⁸ Per dettagli e riflessioni sull’istituto, introdotto dall’art. 11 legge 17 ottobre 2017, n. 161, cfr. G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione cit.*, 9 e F. MENDITTO, *Verso la riforma cit.*, 39 ss. Sui rapporti tra gli istituti giurisdizionali previsti nel codice antimafia e le misure amministrative inerenti alla documentazione antimafia e di poteri dell’Anac, cfr. M. MAZZAMUTO, *Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese versus misure amministrative di completamento dell’appalto: brevi note sulle modifiche in itinere al codice antimafia*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 aprile 2016, in cui l’Autore ritiene che «il vero punto è che, al di là del coordinamento, tecnicamente sempre risolvibile, vi è un problema ben più impegnativo di conflitto di rationes, tra l’intervento giurisdizionale, volto al salvataggio, e l’intervento prefettizio, volto al completamento dell’opera. Far prevalere l’uno o l’altro potere significa far prevalere l’una o l’altra ratio».

⁵⁹⁹ Prima delle modifiche apportate dall’art. 13, comma 5 legge 17 ottobre 2017, n. 161, il momento conclusivo della prima fase era rappresentato dalla confisca di primo grado. Cfr. F. MENDITTO, *Verso la riforma cit.*, 46 s.

Nell’ambito del procedimento penale (quantomeno in relazione ad i sequestri/confische di cui all’art. 12 *sexies* o disposti in procedimenti per reati ex art. 51, comma 3 bis c.p.p.), il momento che conclude la prima fase è quello conclusivo dell’udienza preliminare, come si evince dal tenore del comma 4 *bis* dell’art. 12 *sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306: «in tali casi l’Agenzia coadiuva l’autorità giudiziaria nell’amministrazione e nella custodia dei beni sequestrati, sino al provvedimento conclusivo dell’udienza preliminare e, successivamente a tale provvedimento, amministra i beni medesimi secondo le modalità previste dal citato decreto legislativo n. 159 del 2011». Sul punto, cfr. M. TORIELLO, *Le modalità di custodia dell’azienda cit.*, 16.

⁶⁰⁰ Mentre prima della riforma del 2017 il protagonista di tali azioni era l’ufficiale giudiziario, l’art. 5, comma 5, lett. a) della legge 17 ottobre 2017, n. 161 ha apportato una modifica all’art. 21, nel senso che le richiamate modalità esecutive di cui all’art. 104 c.p.p. siano poste in essere dalla polizia giudiziaria, eventualmente con l’ausilio dell’ufficiale giudiziario. Ciò rileva soprattutto ai fini dello sgombero di immobili ed aziende in contesti difficili, il quale viene appositamente disciplinato con commi aggiuntivi. Cfr. F. MENDITTO, *Verso la riforma cit.*, 30 ss.

⁶⁰¹ L’amministratore giudiziario, nominato tra gli iscritti ad apposito albo e per il quale sussistono alcune ipotesi di incompatibilità (art. 35, comma 3 Cod. Ant.), riveste la qualifica di pubblico ufficiale ed ha compiti gestori ed obblighi di rendicontazione appositamente individuati dalla legge (in particolare, cfr. artt. 35, 36 e 37 Cod. Ant.). Sul suo ruolo e sulla disciplina transitoria in attesa dell’istituzione dell’Albo degli amministratori giudiziari, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 81 ss. Sui possibili profili di responsabilità, cfr. N. PISANI, *Responsabilità penale cit.*, 727 ss. L’art. 13,

custodisce, conserva ed amministra i beni⁶⁰², coadiuvato da eventuali tecnici/soggetti qualificati e dall’Agenzia Nazionale⁶⁰³, sotto la direzione del giudice delegato⁶⁰⁴.

- Dopo la confisca di secondo grado, vista la maggiore stabilità del provvedimento e la probabile destinazione allo Stato, è all’Agenzia Nazionale che è autonomamente affidata la gestione dei beni (eventualmente con l’ausilio dell’amministratore giudiziario), anche per dare continuità alla programmazione della destinazione finale che avviene dopo la definitività della confisca⁶⁰⁵.

Oltre a tale disciplina generale, vi sono apposite disposizioni che si occupano di alcune situazioni peculiari⁶⁰⁶, tra cui - per quanto qui maggiormente interessa - quelle dei sequestri che implicano la gestione dei beni produttivi.

In primo luogo, occorre prendere atto che il legislatore del Codice Antimafia sembra aver escluso una coincidenza soggettiva necessaria tra amministratore giudiziario e cariche sociali delle società implicate nel procedimento di prevenzione. Se ad essere oggetto di sequestro/confisca sono partecipazioni sociali (e non direttamente l’azienda), infatti, vi sono diverse disposizioni di coordinamento con la disciplina civilistica che escludono l’automaticità del subentro gestorio: tra tutte, l’art. 41, comma 6 prevede che l’amministratore giudiziario può, previa autorizzazione del giudice delegato, convocare l’assemblea per la sostituzione degli amministratori⁶⁰⁷. Per ovviare ad alcuni problemi applicativi nascenti da ciò, la legge 17 ottobre 2017, n. 161 ha introdotto, all’art. 20,

commi 1 e 2 della legge 17 ottobre 2017, n. 161, nel prevedere una più articolata disciplina per l’amministratore giudiziario ha codificato la prassi di nomina di più amministratori nei casi maggiormente complessi e disciplinato con un nuovo art. 35 bis proprio i profili di responsabilità dell’amministratore giudiziario. Cfr. F. MENDITTO, *Verso la riforma cit.*, 42 ss.

⁶⁰² Le norme di riferimento per la figura dell’amministratore giudiziario sono, in primo luogo, gli artt. 35, 36 e 37; inoltre, in ottica dinamica, la gestione viene disciplinata agli artt. 40 ss. Cod. Ant. Cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 81 ss. ed 86 ss.

⁶⁰³ L’Agenzia Nazionale per i beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata - originariamente istituita con d.l. 4 febbraio 2010, n. 4, convertito con modificazioni dalla legge 31 marzo 2010, n. 50 – agisce in questa fase quale ausiliario del Giudice, come si evince dagli artt. 38 e 110, lett. b) Cod. Ant. Per il resto, tuttavia, si tratta di un ente pubblico che svolge attività essenzialmente amministrativa, soggiacendo al relativo statuto. Sul punto, cfr. l’esauriente esposizione in M. MAZZAMUTO, *L’Agenzia Nazionale cit.*, 4 ss. e 15 ss.

⁶⁰⁴ Oltre ad i riferimenti sparsi nell’ambito della disciplina di amministratore giudiziario ed Agenzia Nazionale, il ruolo del giudice delegato è esplicitato dall’art. 40 Cod. Ant., il quale esordisce chiarendo che «il giudice delegato impartisce le direttive generali della gestione dei beni sequestrati, anche tenuto conto degli indirizzi e delle linee guida adottati dal Consiglio direttivo dell’Agenzia medesima ai sensi dell’articolo 112, comma 4, lettera a)» ed il quale articolo continua enucleando i diversi casi in cui è necessaria l’autorizzazione giudiziale, nonché stabilendo una competenza del medesimo giudice delegato sull’impugnazione di atti dell’amministratore giudiziario in violazione del decreto giudiziale. Cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 81 ss.

⁶⁰⁵ In relazione alla disciplina transitoria, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 77 ss.

⁶⁰⁶ Si veda l’art. 40 Cod. Ant., che ad esempio prevede che l’amministratore giudiziario divenga amministratore della comunione indivisa (comma 5) o che alcuni beni mobili a rischio di perdita di valore vengano venduti già nella fase di sequestro, con devoluzione del ricavato al FUG e vincolo del sequestro disposto su tali somme (commi 5 *ter*, 5 *quater* e 5 *quinquies*) o ancora che i beni mobili possano essere affidati a organi di polizia o altri enti pubblici (comma 5 *bis*). Cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 95 ss.

⁶⁰⁷ Vi sono poi anche l’art. 36, comma 1, lett. e), che nel caso di sequestro di quote con maggioranze di controllo ex art. 2359 c.c. prevede una relazione sulla sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o ripresa dell’attività; il d.P.R. 7 ottobre 2015 sui compensi agli amministratori giudiziari, che esclude dal campo di applicazione quanto dovuto ad essi per incarichi conferiti dalla società. Cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 99 s.

un automatismo tra sequestro di partecipazioni totalitarie e quello dei relativi beni costituiti in azienda, con conseguenti riflessi anche sull'oggetto dell'amministrazione giudiziaria⁶⁰⁸.

Ciò detto, va rilevata un'attenzione alle prospettive imprenditoriali sia mediante appositi riferimenti nella disciplina generale, sia mediante un articolo a ciò dedicato.

Nel primo senso, viene esplicitato tra i doveri dell'amministratore giudiziario l'agire con il fine di incrementare la redditività dei beni (esplicitato all'art. 35, comma 5). Nella relazione dello stesso amministratore (art. 36) vengono richiesti particolari aggiuntivi relativi ai beni aziendali (documentazione reperita ed eventuali difformità) ed «una dettagliata analisi sulla sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività, tenuto conto del grado di caratterizzazione della stessa con il proposto ed i familiari, delle modalità e dell'ambiente in cui è svolta, della forza lavoro occupata, della capacità produttiva e del mercato di riferimento»⁶⁰⁹.

L'art. 41, poi, contiene ulteriori disposizioni peculiari, tra cui l'individuazione dell'amministratore giudiziario nella sezione esperti dell'albo nel caso di gestione di aziende, tempi e dettagli diversi per la relazione dello stesso, la disciplina degli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, un rinvio alla normativa civilistica per i rapporti in essere. La legge 17 ottobre 2017, n. 161 ha effettuato numerose interpolazioni, con l'obiettivo di superare le precedenti criticità.

La logica di fondo, dunque, è quella di procedere ad una scelta ben precisa: se l'analisi dell'amministratore sottoposta al vaglio del Giudice conduce ad escludere possibilità di prosecuzione mediante una "legalizzazione" dell'attività imprenditoriale, allora si procede ad una liquidazione del patrimonio aziendale; se invece, espunti i profili criminali, l'attività produttiva ha prospettive di affermazione nel mercato, allora si procede ad una gestione dinamica volta a non disperderne le potenzialità ed a ridurre così l'impatto sociale del sequestro e della futura confisca. Non ha senso, infatti, continuare a tenere in piedi attività che ad esempio funzionavano unicamente grazie al flusso di proventi criminali, riciclandoli, oppure che avevano la meglio sul mercato grazie all'esercizio del c.d. "metodo mafioso" o di altre tecniche illecite.

⁶⁰⁸ Si veda il nuovo testo dell'art. 20, comma 1, dal secondo al quarto periodo, come modificato dall'art. 5, comma 4 legge 17 ottobre 2017, n. 161. Sul punto, cfr. F. MENDITTO, *Verso la riforma cit.*, 27 s.

⁶⁰⁹ Sul tema, CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI ED ESPERTI CONTABILI, *Linee guida cit.*, 64 s.: «il piano industriale è il documento/strumento di cui l'A.G. si servirà, in relazione alle caratteristiche organizzative e dimensionali di alcune aziende, per relazionare al Tribunale così come previsto dall'art. 41 del D. Lgs. n. 159/2011. In esso saranno illustrati: - Il posizionamento sul mercato: individuazione del segmento di mercato di appartenenza dell'azienda per effetto delle scelte ante sequestro; - Le intenzioni strategiche: scelte assunte in relazione agli obiettivi di crescita, di ruolo, sociali che si intende perseguire; - Il piano d'azione per il raggiungimento degli obiettivi strategici: insieme di azioni che consentono la realizzazione delle intenzioni strategiche, con la specifica dell'impatto in termini economico-finanziario e della tempistica necessaria; - Le ipotesi e i dati finanziari prospettici: l'insieme dei prospetti economici, patrimoniali e finanziari, coerenti con le scelte strategiche e il piano di azione, corredato da ipotesi di fondo su grandezze macroeconomiche, sviluppo dei ricavi, costi diretti e indiretti, oneri finanziari e della fiscalità, struttura finanziaria e copertura di eventuale fabbisogno; - La sostenibilità finanziaria: condizione di equilibrio tra le diverse fonti di finanziamento e gli impieghi; 65 - La coerenza: tutte le componenti del piano (strategia, realtà di partenza, piano di azione, ipotesi e previsioni economico-finanziarie) devono essere tra di loro coerenti, e il piano di azione deve essere realizzabile; - L'attendibilità: formulato su ipotesi realistiche e giustificabili (compatibilità con le dinamiche del contesto competitivo, confrontabilità con i risultati storici, visibilità dei dati previsionali)».

In relazione alla gestione vera e propria, non vi sono punti di riferimento normativi per le direttive del giudice delegato, le linee guida dell’Agenzia Nazionale e l’opera dell’amministratore giudiziario. Di base, si seguono le normali regole civilistiche ed economiche. Così, è possibile ribadire la possibilità, già affermata per la gestione dei beni sequestrati nel procedimento penale, di coniugare nella specifica situazione concreta gli strumenti ordinari: ad esempio, deve ritenersi integrata la “giusta causa” di licenziamento nel caso di dipendenti che non possono dirsi in “buona fede” rispetto alla commissione dei reati i cui proventi sono oggetto di sequestro/confisca. Inoltre, in maniera specifica l’art. 56 Cod. Ant. prevede la sospensione dei rapporti pendenti inerenti all’azienda fino a quando l’amministratore giudiziario non dichiara di voler subentrare: in questo modo, è possibile eliminare rapporti non utili all’impresa; la controparte potrà far valere il suo credito per mancato adempimento solo alle condizioni di cui all’art. 52 e quindi, tra le altre cose, nel caso di non strumentalità del credito all’attività illecita o comunque di prova della buona fede.

Vi è infine un obbligo di rendicontazione finale per l’amministratore giudiziario all’esito della procedura o comunque in tutti i casi in cui il suo incarico cessi per qualsiasi motivo⁶¹⁰.

Occorre infine dare atto dell’introduzione, con la più volte richiamata riforma del 2017, di un nuovo art. 41 *bis* che prevede forme di sostegno alla gestione di aziende sequestrate mediante apposite sezioni nel fondo di garanzia per le piccole e medie imprese e nel fondo per la crescita sostenibile; una forma di amministrazione giudiziaria per i sequestri/confische di aziende di straordinario interesse socio-economico, tenuto conto della consistenza patrimoniale e del numero degli occupati, o aziende concessionarie pubbliche o che gestiscono servizi pubblici, affidate alla società INVITALIA s.p.a.; una delega al governo per l’individuazione di ulteriori forme di sostegno; un nuovo art. 41 *ter* in tema di tavoli di coordinamento provinciale permanente tra istituzioni; un nuovo art. 41 *quater* volto a raccogliere il sostegno di imprenditori attivi nel medesimo settore; norme volte a tutelare in maniera prioritaria i crediti indispensabili per la prosecuzione dell’attività d’impresa⁶¹¹.

5.6.2 La destinazione dei beni confiscati

Una volta che la confisca diviene definitiva i beni sono acquisiti al patrimonio dello Stato a titolo originario, «*privi di oneri e pesi*»⁶¹². E’ questo il momento in cui, terminata l’attività giurisdizionale, comincia l’attività squisitamente amministrativa di scelta dell’impiego dei beni acquisiti, nel modo maggiormente conforme agli interessi pubblici portati avanti dall’Agenzia Nazionale.

Anche su questo aspetto il legislatore del 2011 (e dei successivi interventi correttivi) ha predisposto una disciplina che tenesse conto delle peculiarità di alcune categorie di beni⁶¹³, tra cui i beni aziendali.

⁶¹⁰ Per un esame più dettagliato delle norme (artt. 42, 43 e 51 Cod. Ant.) in tema di spese, compensi, rimborsi, oneri fiscali e rendicontazione finale, cfr. F. MENDITTO, *Le confische cit.*, 93 ss. e 100 ss.

⁶¹¹ Tali disposizioni sono state introdotte dagli articoli 15 e 16 della legge 17 ottobre 2017, n. 161. Cfr. F. MENDITTO, *Verso la riforma cit.*, 55 ss.

⁶¹² Sul punto, cfr., *retro*, i paragrafi 3.6 e 4.4.

⁶¹³ Ad occuparsi della destinazione, disposta con provvedimento del Consiglio direttivo dell’Agenzia, sono gli articoli 47 e 48 Cod. Ant.: così si prevede la destinazione di una serie di somme al FUG, peculiari utilizzi e destinazione dei beni immobili, in modo da realizzare finalità pubblicistiche e sociali e restituirli idealmente alla collettività; la destinazione

Oltre ad escludere la devoluzione al FUG delle somme comunque connesse all'attività di beni aziendali (art. 48, comma 2), per essi, vi è una triplice alternativa (art. 48, comma 8).

Una prima opzione è quella dell'affitto, privilegiando le soluzioni che garantiscono i livelli occupazionali: si tratterà di affitto a titolo oneroso nel caso che il conduttore sia un'impresa o società, pubblica o privata; nessun canone, invece, è previsto per l'ipotesi - con tratti simbolici rafforzati - di affitto a cooperative di lavoratori dipendenti dell'impresa (non praticabile nel caso in cui vi siano parenti del proposto o comunque soggetti socialmente pericolosi in base all'art. 15 l. 19 marzo 1990, n. 55).

Una seconda alternativa è quella della vendita in blocco dell'azienda (così salvaguardando l'attività produttiva ed i relativi riflessi sociali), da preferire nei casi in cui sia maggiormente rispondente all'interesse pubblico o al ristoro delle vittime della mafia mediante il relativo ricavato. Se disposta al termine di un contratto di affitto, è prevista apposita prelazione per il conduttore.

Infine, nelle ipotesi in cui la prosecuzione dell'impresa appare più ardua, vi è la meno soddisfacente strada della liquidazione, con vendita dei beni aziendali anche singolarmente.

In tutti e tre i casi si segue il procedimento di licitazione privata, salve eccezionali ragioni che impongano la trattativa privata (art. 48, comma 11); il ricavato finisce al FUG, nel rispetto delle finalità di ristoro delle vittime delle organizzazioni criminali (art. 48, comma 9).

La disciplina fa emergere la scelta legislativa di fondo di non far assumere allo Stato (mediante l'Agenzia) il ruolo di "imprenditore", in quanto in nessun caso continua ad occuparsi attivamente della gestione aziendale, affidata a soggetti terzi nelle forme appena esposte⁶¹⁴. Invero una simile prospettiva sembra forse essere sollecitata dalla legge 17 ottobre 2017, n. 161, che ha introdotto la possibilità del mantenimento delle aziende al patrimonio dello Stato e la loro destinazione, senza che ne derivino nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, per finalità istituzionali ad enti o associazioni, qualora si ravvisi un interesse pubblico⁶¹⁵.

Novità vi sono anche in relazione alla vendita delle partecipazioni sociali: nella versione previgente era prevista alla stessa stregua di beni mobili e titoli, senza ulteriori specificazioni; un nuovo periodo all'art. 48, comma 1, lett. b), invece, specifica - nella solita ottica di salvaguardia degli *stakeholder* - che «*la vendita delle partecipazioni societarie maggioritarie o totalitarie è consentita esclusivamente se la società è priva di beni costituiti in azienda ai sensi degli articoli 2555 e seguenti del codice civile o di beni immobili e, comunque, dopo aver assunto le determinazioni previste dai commi*

dei beni mobili prioritariamente a forze di polizia o pubbliche amministrazioni; ecc. Una costante preoccupazione, per tutti i beni, è poi relativa all'esigenza di evitare che tornino nelle mani delle organizzazioni criminali. Per un'analisi più dettagliata, con l'analisi delle relative problematiche sostanziali, socio-politiche e processuali, cfr. M. MAZZAMUTO, *L'Agenzia Nazionale cit.*, 19 ss.

⁶¹⁴ Per un'analisi della disciplina, cfr. M. MAZZAMUTO, *L'Agenzia Nazionale cit.*, 25 ss.

⁶¹⁵ Così è previsto nel nuovo comma 8 *ter* introdotto dall'art. 18, comma 4, lett. e) della legge 17 ottobre 2017, n. 161. Cfr. F. MENDITTO, *Verso la riforma cit.*, 60 s.

seguenti. In ogni caso la vendita delle partecipazioni societarie viene effettuata con modalità tali da garantire la tutela dei livelli occupazionali preesistenti»⁶¹⁶.

5.7 Breve riepilogo

Il quadro appena descritto fa emergere come il campo della gestione e destinazione dei patrimoni aziendali sequestrati e confiscati sia quello in cui vi è maggiore omogeneità tra procedimento penale e procedimento di prevenzione. In effetti, in entrambi i casi si tratta di procedimenti paralleli che solo accidentalmente si intersecano con quelli principali.

Ciò ha condotto il legislatore a prevedere l'estensione della più articolata disciplina del Codice Antimafia, dapprima, alle ipotesi di sequestri finalizzati alla confisca allargata o disposti in procedimenti per reati di particolare allarme sociale, dove l'aspetto simbolico della non dispersione e della "restituzione alla collettività" è maggiormente sentito. Inoltre la più volte citata recente riforma della legge 17 ottobre 2017, n. 161 è andata nel senso di estendere la disciplina a tutti i sequestri preventivi, andando così a codificare un orientamento già ampiamente diffuso in sede giudiziale.

Tuttavia, anche la tematica in esame palesa una lontananza tematica dai problemi dell'accertamento della responsabilità penale ed una maggiore contiguità con un procedimento - quello di prevenzione - sempre più pensato in ottica prettamente patrimoniale (essendo sganciato dalle diverse misure di prevenzione personale).

In ogni caso, quella della valorizzazione dei patrimoni sottratti a chi li ha acquisiti illecitamente è una sfida importante di cui lo Stato si rende sempre più conto e sulla quale negli ultimi anni sono stati fatti enormi passi da gigante. Nella prospettiva del presente lavoro, la posizione degli *stakeholder* è sempre più oggetto di attenzione mediante l'introduzione di una serie di misure volte a non far "morire" le imprese che presentano tratti di attività estranea al circuito criminale. Nella solita ottica della finalità equitativa-ripristinatoria, tuttavia, appare legittima una selezione dei soggetti meritevoli di tutela, valorizzando la nozione di "buona fede" alla stessa stregua di quanto si prevede in tema di proprietari, titolari di diritti minori, creditori. Si tratta di un'impostazione che permette anche una maggiore tutela dei soggetti effettivamente estranei alle attività illecite, concentrando su essi le risorse aziendale, già spesso compresse dagli oneri di "legalizzazione" e dalle difficoltà tecnico operative di cui si è dato conto nell'ambito dell'amministrazione giudiziaria.

⁶¹⁶ In questo senso l'art. 18, comma 4, lett. a) della legge 17 ottobre 2017, n. 161. Cfr. F. MENDITTO, *Verso la riforma cit.*, 60 s.

CONCLUSIONE

L'obiettivo del presente lavoro di ricerca era quello di offrire un'interpretazione sistematica delle problematiche inerenti alla posizione dei diversi soggetti "terzi" rispetto alla confisca dei proventi dei reati economici.

Le questioni che si sono poste davanti sono state molteplici e complesse, a partire da quella fondamentale della natura dello strumento ablatorio in esame. Dopo un'attenta riflessione, si è sommessamente ritenuto di sostenere una ricostruzione dell'istituto in termini di misura ripristinatoria non avente *ratio* punitiva. Muovendo da tale base, si è provato a dare risposte giuridicamente coerenti alle problematiche sorte per le tre categorie di soggetti "terzi", basandosi sempre sul dato positivo e su un'ottica costituzionalmente orientata.

La profonda attualità della tematica rende tali risultati di certo non esaustivi. Vi sono profili ancora inesplorati e si è già dato analiticamente conto della costante evoluzione in atto nelle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali e negli stessi interventi legislativi.

Tra tutti, uno spunto meritevole di approfondimento appare essere quello dei rapporti tra la confisca dei proventi ed il giudizio di accertamento della responsabilità penale.

Per un verso, la confisca ha quale presupposto la commissione di un reato, da cui appunto sono derivati vantaggi economici che lo Stato intende elidere. I relativi riscontri fattuali, d'altronde, in genere emergono nel corso delle indagini di un procedimento penale e solo grazie ai poteri che il Pubblico Ministero ha a disposizione.

Per altro verso, tuttavia, vengono in rilievo le riflessioni compiute sulla sua natura, in questa sede ritenuta extrapenale, nonché le questioni sostanziali e processuali che a sequestro e confisca sono associate. Tali strumenti, soprattutto nei contesti d'impresa, sono in grado di incidere su una gamma di situazioni ed interessi che esorbitano dalla sfera giuridica dell'indagato/imputato. Così, al delicato compito di valutare i presupposti per una condanna penale limitativa della libertà personale di un individuo, se ne aggiungono altri, di significativa complessità. Il giudice penale si trova a doversi occupare anche della risoluzione di questioni relative alla titolarità di diritti, della liquidazione di beni per il soddisfacimento di creditori in concorso, della supervisione sulle scelte di gestione imprenditoriale di complessi produttivi. Non sempre, peraltro, vi sono idonei strumenti processuali a disposizione di tutti i soggetti "terzi". Non è un caso che la principale sede individuata per la risoluzione di tali questioni sia, oltre al sub-procedimento cautelare, quella dell'incidente di esecuzione (con tutto ciò che ne consegue in termini di tempi per ottenere la tutela).

Parallelamente, si è visto come il procedimento c.d. di "prevenzione patrimoniale", nato per contrastare la pericolosità dei più preoccupanti fenomeni di criminalità organizzata, stia attraversando un processo evolutivo che lo rende applicabile ad un numero sempre più ampio di fattispecie di reato e lo delinea come un'*actio in rem*. Ciò, da un lato, ha suscitato serie ed importanti riflessioni sulle

irrinunciabili garanzie da approntare. Dall'altro, proprio in tale ambito il legislatore ha predisposto una disciplina finalizzata alla risoluzione di tutte le questioni inerenti alle “cose” oggetto di sequestro e confisca (dal sub-procedimento in cui ogni soggetto qualificato può intervenire a tutela della propria situazione giuridica, fino alle norme in materia di amministrazione e destinazione dei beni).

Si tratta, come detto, di semplici spunti, che meritano ulteriori sviluppi e che esulano dagli obiettivi del presente lavoro. La scelta di un definitivo ed organico assetto in cui armoniosamente collocare la confisca dei proventi criminosi appare un tema di spettanza del legislatore, il quale dovrà compiere precise valutazioni assiologiche, nel rispetto delle garanzie che la Costituzione riconosce ad ogni individuo.

BIBLIOGRAFIA

- R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Roma, 2012.
- B. AGOSTINI, *Riflessi processuali dell'evoluzione della confisca*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, n. 3, 102 ss.
- A. AIELLO, *Brevi riflessioni sulla disciplina del codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 aprile 2016, 2 ss.
- A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005.
- P. ALDROVANDI, *Crisi aziendale e reati di omesso versamento dei tributi, tra inadeguatezza del dato normativo e "creatività" giurisprudenziale: una paradigmatica esemplificazione del difficile rapporto tra "law in the books" e "law in action"*, in *L'Indice Penale*, 2014, 505 ss.
- A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010.
- A. ALESSANDRI, *Parte generale*, in C. PEDRAZZI ET ALIA, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1998.
- E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2012.
- E. AMODIO, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, relazione svolta al XXV convegno di studio E. de Nicola "Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro", tenutosi a Milano nei giorni 1-15 marzo 2008, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, 1496 ss.
- M. ANGELINI-M. L. CAMPANI, *Tutela penale dell'ambiente e i reati in materia urbanistica*, Napoli, 2014.
- E. APRILE, *Gli effetti dell'intervento penale sull'economia delle imprese. Nuovi equilibri tra repressione dei reati e continuità delle attività produttive?*, relazione svolta al convegno nazionale V. Aymone, tenutosi a Lecce il 14 novembre 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 30 novembre 2015.
- A. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. Volume I. I principi*, Bari, 2015.
- A. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. Volume II. Il processo ordinario*, Bari, 2015.
- A. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. Volume III. I processi speciali e l'esecuzione forzata*, Bari, 2015.
- A. BALSAMO-V. CONTRAFATO-G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010.
- M. BARBUTO, *La reversione degli utili nel diritto italiano*, in *Il diritto industriale*, 2012, 155 ss.
- C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, nell'edizione a cura di R. Fabietti, Milano, 1973.
- T. BETTELS, *Misure di prevenzione patrimoniali. Demnächst auch in deutschland? Darstellung der geplanten non-conviction-based-confiscation-Vorschrift § 76a Abs. 4 StGB des Entwurfs zur Reform*

- der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in Deutschland*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 dicembre 2016.
- C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002.
- C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 2.1, *La famiglia*, Milano, 2014.
- Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 673 ss.
- C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 5, *La responsabilità*, Milano, 2012.
- D. BIANCHI, *Confisca penale "corporativa" e fallimento - Automatismi nel meccanismo sequestro-confisca ex d.lgs. n. 231 e ricadute problematiche sulla procedura fallimentare*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, nn. 8-9, 1994 ss.
- C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 7, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 3 ss.
- R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in www.forumcostituzionale.it, 2013.
- R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in AA. VV. (a cura di A. BERNARDI), *L'interpretazione conforme al diritto dell'unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico. Atti del Convegno inaugurale del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara-Rovigo*, 15-16 maggio 2014, 91 ss.
- G. BIONDI, *La confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionatorio?*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 maggio 2017.
- F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013.
- A. A. BONI-SAENZ- R. KRESS WEISBORD, *Lo sham trust negli USA*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2017, 5, 229 ss.
- M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, in www.archiviopenale.it, 20 dicembre 2015.
- P. BORTOLUZZI, *Il piano di riparto e la soddisfazione dei crediti prededucibili*, intervento tenuto al Corso "La conservazione dell'azienda tra sequestri (civili e penali) e fallimento" – Gruppo di lavoro "Il procedimento di verifica dei crediti nel fallimento, l'accertamento della buona fede nei procedimenti di prevenzione e i piani di riparto", svoltosi presso la Scuola Superiore della Magistratura di Scandicci (FI) in data 6-8 Marzo 2017 e pubblicato in www.scuolamagistratura.it e www.osservatorio-oci.org.
- D. BOSCHI, *Il c.d. prezzo del consenso tra risarcimento del danno e restituzione dell'arricchimento*, in *Danno e Responsabilità*, 2008, 1233 ss.
- A. BOVA, *Aspettative reali e diritti edificatori*, Napoli, 2012.
- R. CALVO, *La proprietà del mandatario*, in R. CALVO-A. CIATTI (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, San Mauro Torinese, 2014, 67 ss.

- R. CALVO, *Libertà di disporre e tipicità dei diritti reali*, in R. CALVO-A. CIATTI (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, San Mauro Torinese, 2014, 5 ss.
- G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, San Mauro Torinese, 2015.
- S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2008.
- R. CANTONE, *La confisca per sproporzione*, in AA. VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, 119 ss.
- G. CAPECCHI, *Le misure di prevenzione patrimoniali. Laboratorio di esperienze pratiche. Riflessioni comparative e spunti operativi*, Forlì, 2011.
- B. CAPPONI, *Qualche sparsa osservazione sull'art. 2929-bis c.c. "ripensato" nell'estate 2016*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2016, n. 4, 619 ss.
- M. CARTABIA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione tenuta nella Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutasi a Roma nei giorni 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it.
- M. CENINI, *Iura ad rem e aspettative reali*, in A. GAMBARO-U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, 423 ss.
- F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Rivista delle società*, 2012, 317 ss.
- F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.
- CENTRO TRANSCRIME DELL'UNIVERSITÀ CATTOLICA DI MILANO, *Gli investimenti delle mafie. Report finale della ricerca sviluppata nell'ambito del PON Sicurezza 2007-2013*, in www.investmentioc.it, Milano, 2013.
- A. CETRA, *Impresa, sistema e soggetti*, Torino, 2008.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI ED ESPERTI CONTABILI, *Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati*, a cura del Gruppo ristretto Amministrazione Giudiziaria e Misure di Prevenzione e della Commissione Amministrazione Giudiziaria dei Beni Sequestrati e Confiscati, in www.commercialisti.it, 2 novembre 2015.
- S. CURIONE, *Gli accertamenti patrimoniali: urgenza di un mutamento prospettico oltre i confini del codice antimafia*, in *Archivio penale*, 2012, n. 3, 827 ss.
- N. DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa. Tra capitalismo violento e controllo sociale*, Milano, 2012.
- F. DEL VECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in www.penalcontemporaneo.it, 11 aprile 2016.
- M. D'INNOCENZIO, *Le misure riparatorie e di ripristino*, in M. ANGELINI-M. L. CAMPANI, *Tutela penale dell'ambiente e i reati in materia urbanistica*, Napoli, 2014, 262 ss.

- E. DI AGOSTA, *Punizione, deterrenza e ruolo della pena nei copyright crimes: appunti sul sistema statunitense*, in *L'Indice penale*, 2015, 495 ss.
- P. DI GERONIMO, *La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare: pregi e limiti della soluzione prospettata dalle Sezioni Unite*, in *Cassazione Penale*, 2015, n. 9, 3031 ss.;
- E. DINACCI, *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2012, 991 ss.
- T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova, 2011.
- S. EUSEPI, *Reati tributari, sequestro preventivo e fondo patrimoniale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2014, n. 9, 347 ss.
- G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014.
- G. FIANDACA, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, schema di relazione introduttiva al convegno *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso* (Convegno annuale della Associazione fra gli studiosi del processo penale), Cagliari, 29-31 ottobre 2015, in www.studiosiprocessopenale.it
- G. FIDELBO, *La nozione di profitto confiscabile nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, rel. n. 41/14 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, Roma, 17 giugno 2014.
- S. FINOCCHIARO, *La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 ottobre 2017.
- C. FORTE, *Il "dialogo col morto" spiegato ai suoi eredi. La confisca di prevenzione in caso di decesso del soggetto pericoloso tra successione ereditaria, intestazione fittizia di beni e nullità degli atti di disposizione: dalle Sezioni Unite una soluzione equilibrata che assicura l'efficienza del sistema*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 aprile 2017.
- F. GALGANO, *La fiducia*, in F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010, 465 ss.
- F. GALGANO, *Le antiche e nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impresa*, 2008, 80 ss.
- P. GALLO, *Arricchimento senza causa. Artt. 2041-2042*, in *Il diritto civile. Commentario*, a cura di P. SCHLESINGER-F. D. BUSNELLI, 2003, 239 ss.
- C. GALLI, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Il diritto industriale*, 2012, 109 ss.
- A. GAMBARO, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle Carte fondamentali*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, 1230.

- A. GAMBARO, *I diritti reali come categoria ordinante*, in A. GAMBARO-U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, 21 ss.
- R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati d'impresa nel d. lgs. 231 del 2001 e nel d. l. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, relazione svolta al convegno "Le ragioni dell'impresa e le ragioni dell'amministrazione della giustizia", tenutosi a Roma il 24 settembre 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2015.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015.
- S. GIANGRANDE, *Permanente disponibilità dei beni in trust e sequestro preventivo*, in *Trust e attività fiduciarie*, marzo 2017, 142 ss.;
- A. GIUSTI, *La comunione*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO, *Diritto civile*, vol. II, tomo II, *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, 258 ss.
- A. GIUSTI, *La multiproprietà*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO, *Diritto civile*, vol. II, tomo II, *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, 311 ss.
- F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, 337 ss.
- P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *L'esecuzione del sequestro preventivo*, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA-G. GARUTI-L. KALB, *Procedura penale: teoria e pratica del processo*, tomo II, *Misure cautelari reali*, Milano, 2015, 383 ss.
- P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *Sequestro per equivalente e concorso di persone nel reato*, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA-G. GARUTI-L. KALB, *Procedura penale: teoria e pratica del processo*, tomo II, *Misure cautelari reali*, Milano, 2015, 346 ss.
- W. HUISMAN-J. VAN ERP-G. VANDE WALLE-J. BECKERS, *Criminology and white collar crime in Europe*, in AA. VV., *The Routledge handbook of white-collar and corporate crime in Europe*, 2015, Abingdon, 1 ss.
- L. IANNICELLI, *Parità delle armi in tema di prova civile (art. 6, par. 1 Cedu)*, in A. DI STASI (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, 2016, 303 ss.
- S. KARKSTEDT, *Charting Europe's moral economies. Citizens, consumers and the crime of everyday life*, in AA. VV., AA. VV., *The Routledge handbook of white-collar and corporate crime in Europe*, 2015, Abingdon, 57 ss.
- E. LAMARQUE, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in AA. VV. (a cura di A. BERNARDI), *L'interpretazione conforme al diritto*

dell'unione europea. *Profili e limiti di un vincolo problematico. Atti del Convegno inaugurale del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara-Rovigo*, 15-16 maggio 2014, 91 ss.

M. B. MAGRO, *Riflessioni penalistiche in tema di usura bancaria*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 marzo 2017

V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: i lineamenti generali*, in AA. VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, 299 ss.

V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in AA. VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, 323 ss.

V. MAIELLO-L. DELLA RAGIONE, *Misure di prevenzione, tutela dei terzi e procedure concorsuali*, in AA. VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, 575 ss.

V. MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 aprile 2015.

V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, n. 3, 1259 ss.

R. MANFRELLOTTI, *Le libertà economiche nella prospettiva della concorrenza: l'esperienza italiana tra amministrazione e giurisdizione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 411 ss.

C. MANGIAFICO, *Macchina brevettata, prodotti complementari e danno risarcibile. Nota a Trib. Milano*, 5 agosto 2005, in *Il diritto industriale*, 2006, 210 ss.

F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2015.

A. MARCHESELLI, *Le presunzioni nel diritto tributario: dalle stime agli studi di settore*, Torino, 2008.

A. MARCHESELLI, *Tecniche di aggressione dei profitti dell'economia fiscalmente infedele: la confisca "penale" tra efficacia preventiva e tutela dei diritti fondamentali*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 dicembre 2015.

P. MARZANO, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili nel diritto d'autore*, in *Il diritto industriale*, 2012, 127 ss.

M. MASSA, *Il commissariamento dell'ILVA e il diritto delle crisi industriali*, in www.forumcostituzionale.it, 17 giugno 2013.

A. M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"? Nota a Cass., V Sez. pen., sent. 13 novembre 2012 (dep. 25 marzo 2013), n. 14044/13, Pres. Zecca, Rel. Micheli, Ric. Occhipinti*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 luglio 2013.

- A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti dei proventi da reato nell'Unione Europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 settembre 2014.
- A. M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2013, 669 ss.
- A. MAUGERI, *La Suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali. Nota a Cass. pen., sez. V, 17 dicembre 2013 (dep. 17 marzo 2014), n. 12493*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, n. 1, 337 ss.
- FE. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *L'indice penale*, 2013, n. 2, 737 ss.
- FR. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 1899 ss.
- FR. MAZZACUVA, *Il recupero dei capitali illeciti: un vero terzo binario?*, in A. GULLO-FR. MAZZACUVA (a cura di), *Ricchezza illecita ed evasione fiscale. Le nuove misure nella prospettiva europea*, Bari, 2016, 61 ss.
- M. MAZZAMUTO, *L'agenzia nazionale per l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2015.
- M. MAZZAMUTO, *Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese versus misure amministrative di completamento dell'appalto: brevi note sulle modifiche in itinere al codice antimafia*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 aprile 2016.
- F. MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi. Approfondimento a margine dei recenti interventi della Corte Costituzionale (sentenza n. 94 del 2015 ed ordinanza n. 101 del 2015)*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 luglio 2015.
- F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015.
- F. MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo "statuto" della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 maggio 2014, 6 ss.
- F. MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, relazione presentata al convegno annuale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale «G. D. Pisapia» su "La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso", Cagliari 29-30 ottobre 2015 e pubblicata in www.penalecontemporaneo.it, 23 maggio 2016.
- F. MENDITTO, *Verso la riforma del d. lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia) e della confisca allargata*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2015.
- S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009.
- E. MEZZETTI, *Profitto e prezzo confiscabili e confisca per equivalente nei reati contro la pubblica amministrazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 febbraio 2014.

- P. MILLETT, *Bribes and secret commissions again*, in *Cambridge Law Journal*, November 2012, 583 ss.
- A. MINCUZZI, *Dalla Svizzera a Taranto, il cammino tortuoso dei fondi dei Riva*, in www.ilsole24ore.com, 30 novembre 2016.
- G. MINUTOLI, *La fattibilità del concordato nella "terra di mezzo" dei sequestri preventivi e di prevenzione: prove critiche di tutela dei creditori*, in *Il Fallimento*, 2017, n. 6, 680 ss.
- V. MONGILLO, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 settembre 2012.
- P. MOSCARINI, *Il concetto europeo d' "infrazione penale" e la concorrenza fra i sistemi punitivi interni*, in *Diritto penale e processo*, 2016, 389 ss.
- G. MUSOLINO, *I negozi di disposizione dell'usufruttario fra efficacia ultrattiva e tutela della proprietà*, in *Rivista del Notariato*, 2004, 1395 ss.
- G. MUSOLINO, *La nuda proprietà*, in *Rivista del Notariato*, 2016, 641 ss.
- G. MUSOLINO, *Usufrutto e proprietà*, in *Rivista del Notariato*, 2011, 1321 ss.
- R. MUZZICA, *Confisca dei beni culturali e prescrizione: contro o oltre Varvara? Nota a Cassazione penale, sez. III, n. 42458, 10 giugno 2015 (22 ottobre 2015), pres. Fiale, Est. Di Nicola, ric. Almagià*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 novembre 2015.
- R. M. NATALE, *Trust e sequestro penale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, settembre 2016, 503 ss.
- H. NELEN, *Professional football and crime. Exploring terra incognita in studies on white-collar crime*, in AA. VV., *The Routledge handbook of white-collar and corporate crime in Europe*, 2015, Abingdon, 292 ss.
- P. NUVOLONE, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione italiana*, in *Indice penale*, 1982, 84 ss.
- M. NUZZO, *Proprietà e impresa nella Costituzione*, in F. SANTORO-PASSERELLI (a cura di), *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976, 25.
- V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in www.rivistaaic.it, 20 settembre 2013.
- A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003.
- S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata, trust liquidatorio e tutela dei creditori*, in *Libro dell'anno del diritto*, in www.treccani.it, 2015.
- S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'art. 2929-bis c.c.: la tutela del credito tra esecuzione forzata speciale e deterrenza*, in *Europa e Diritto privato*, 2017, 167 ss.;

- M. PALAZZO, *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, in www.notariato.it, 3 marzo 2016.
- C. E. PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in AA. VV., *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milano, 2004, 141 ss.
- C. E. PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in *Impresa e giustizia penale*, Milano, 2009.
- C. E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, relazione al convegno “*Hacia un Derecho Penal economico europeo – Jornadas en honor al Prof. Klaus Tiedemann*”, tenutosi nella Universidad Autonoma de Madrida, 14-17 ottobre 1992, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 1993, 1021 ss.
- P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012, 135 ss.
- P. PARDOLESI, *Risarcimento del danno, reversione degli utili e deterrence: il modello nord americano e quello europeo*, in *Il diritto industriale*, 2012, 133 ss.
- N. PARISI-M. L. CHIMENTI, *Il ruolo dell’A.N.AC. nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2015, 419 ss.
- N. PARODI, *Multiproprietà* in A. GAMBARO-U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, 449 ss.
- PEDRAZZI ET ALIA, *Manuale di diritto penale dell’impresa*, Bologna, 1998.
- P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017.
- G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, relazione sul tema “*Legalità corrotta*” al convegno “*Le ragioni dell’impresa e le ragioni dell’amministrazione della giustizia. I teatri della crisi*”, tenutosi a Roma il 24 settembre 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2015, 3 s.
- N. PISANI, *Responsabilità penale e gestione di impresa in regime di amministrazione straordinaria*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 2016, nn. 3-4, 718 ss.
- A. M. POGGI, *I diritti delle persone. Lo stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, Milano, 2014.
- V. POMPEO, *La confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà*, Milano, 2013.
- L. PRESSACCO, *La motivazione del decreto che dispone il sequestro “impeditivo”*, testo della relazione svolta a Noto il 19 settembre 2015, nell’ambito del sesto corso di formazione interdotto di diritto e procedura penale “*Giuliano Vassalli*”, pubblicata in www.penalecontemporaneo.it, 14 ottobre 2016.
- A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013.
- S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, 147 ss.

- D. PULITANO', *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 aprile 2015.
- D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso Ilva*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, n. 1, 44 ss.
- D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 febbraio 2017
- D. PULITANÒ, *Sulla pena, fra teoria, principi e politica*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2016, 559 ss.
- A. RACITI, *Il criminale economico nella ricerca criminologica: dall'opera di Sutherland alle più recenti formulazioni teoretiche*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, 677 ss.
- R. RANUCCI, *La rappresentanza legale (limitata) dell'amministratore giudiziario di azienda e di partecipazioni sociali nel sequestro antimafia*, in *Le società*, 2016, n. 7, 869 ss.
- M. RICCARDI, *When criminal invest in businesses: are we looking in the right direction? An exploratory analysis of companies controlled by Mafias*, in AA. VV., *Organized crime, corruption and crime prevention. Essay in honor of Ernesto U. Savona*, New York, 2013, 197 ss.
- M. RIVERDITI, *Le Sezioni Unite individuano il punto di equilibrio tra confisca ex d. lgs. 231 e vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2015
- S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013.
- E. ROMANO, *Confisca e tutela dei terzi: tra buona fede e colpevole affidamento*, in *Cassazione Penale*, 2016, nn. 7-8, 2894 ss.
- M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 1674 ss.
- R. A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 ottobre 2015.
- V. RUGGIERO, *Organized and corporate crime in Europe*, Aldershot, 1996.
- R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto: contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1980.
- F. SANTORO-PASSERELLI, *Presentazione*, in F. SANTORO-PASSERELLI (a cura di), *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976, XII.
- A. SCACCHI, *La proprietà temporanea*, Milano, 2005.
- A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La circolazione del denaro: gli strumenti di pagamento*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, a cura di M. CIAN, Torino, 2013, 318 ss.
- E. U. SAVONA, *Le organizzazioni criminali in Europa viste dall'esperienza italiana*, in AA. VV., *Scenari di mafia*, Torino, 2010, 29 ss.

- E. SCHEIN, *Organizational culture and leadership*, San Francisco-London, 1988, trad. it., *Cultura d'azienda e leadership*, Milano, 1990.
- F. SGUBBI-T. GUERINI, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n.90. Un primo commento*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2014.
- P. SILVESTRE, *Il sequestro penale del fondo in trust nella recente giurisprudenza*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2016, n. 2, 138 ss.
- R.R.SIMS-J. BRINKMANN, *Enron Etichs (or: Culture Matters more than Codes)*, in *Journal of business Ethics*, 2003, vol.45, 243 ss.
- P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999.
- P. SIRENA, *La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, 310 ss.
- A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2014.
- A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2015.
- F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, Relazione tenuta al convegno "Controllo societario, patti tra soci, responsabilità di amministratori di società controllanti e controllate" organizzato dallo Studio Ambrosetti, Villa d'Este di Cernobbio, 3-4 ottobre 1997, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1998, 459 ss.
- F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003.
- E. H. SUTHERLAND, *Crime of Corporation*, conferenza tenuta per il Toynbee Club, club formato da un gruppo di studenti dell'ultimo anno della Facoltà di Sociologia all'Università DePauw, nella primavera del 1948.
- E. H. SUTHERLAND, *Is White Collar Crime Crime?*, originariamente pubblicato in *American Sociological Review*, , 1945, 132 ss.
- E. H. SUTHERLAND, *White Collar Criminality*, originariamente pubblicato in *American Sociological Review*, V, 1940, 1 ss.
- G. TABASCO, *La proporzionalità nel sequestro per equivalente e gli orientamenti della Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, agosto-settembre, 1981 ss.
- L. TAURINI, *Il risarcimento del danno da contraffazione*, in *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, vol. II, *La tutela dei diritti di privativa*, a cura di A. S. GAUDENZI, Mirafiori Assago, 2010, 202.
- P. TONINI, *Il caso ILVA induce a ripensare le finalità e gli effetti del sequestro preventivo*, in *Diritto penale e processo*, 2014, n. 10, 1153 ss.
- P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015.
- M. TORIELLO, *Le modalità di custodia dell'azienda in sequestro nel procedimento penale ordinario*, relazione tenuta a Scandicci il 7 marzo 2017 nell'ambito del corso di formazione permanente

organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura “*La conservazione dell’azienda tra sequestri (civili e penali) e fallimento*”, in www.scuolamagistratura.it.

B.A. TURNER-N. PIDGEON, *Man-made disasters*, Butterwort-Heinemann, 1997, trad. it., *Disastri. Dinamiche organizzative e responsabilità umane*, Torino, 2001.

D. VAUGHAN, *The Challenger launch decision: risky, technology, culture and deviance at Nasa*, Chicago, 1996.

P. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in C. F. GROSSO-T. PADOVANI- A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, tomo II, Milano.

F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2015.

F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 novembre 2016.

C. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche “bonifiche” giudiziarie per imprese infiltrate: l’esempio milanese (working paper)*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 gennaio 2012.

C. VISCONTI, *Mafie straniere e ‘Ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell’art. 416 bis?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, n. 1, 353 ss.

C. VISCONTI, *Proposte per recidere il nodo mafie-imprese*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2014.

V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.osservatorioaic.it, maggio 2015.

GIURISPRUDENZA

Corte Cost., 25 maggio 1961, n. 29

CGUE, 13 luglio 1962, *Kleochner-Werke AG Hoesch AG*

Corte Cost. 16-26 giugno 1965, n. 50

15 giugno-3 luglio 1967, n. 78

Corte Cost., 12-20 gennaio 1971, n. 1

Corte Cost., 9-17 luglio 1974, n. 229

Corte Edu, 8 giugno 1976, n. 22, *Engels e a. c. Paesi Bassi*

Corte Cost., 21-29 dicembre 1976, n. 259

CGUE, 3 maggio 1978, causa 112/77

CGUE, 9 marzo 1978, *Simmenthal*

Corte Cost., 8-27 luglio 1982, n. 139

Corte Edu, 23 settembre 1982, *Sporrong e Lonroth c. Svezia*

CGUE, 9 novembre 1983, causa 199/82

Corte Cost., 8 giugno 1984, *Granital*

Corte Cost., 12-17 dicembre 1985, n. 349

Corte Cost., 14-19 gennaio 1987, n. 2

Corte Costituzionale, 23-24 marzo 1988, n. 364

CGUE, 24 marzo 1988, causa 104/86

Corte Edu, 7 ottobre 1988, *Salabiaku c. Francia*

CGUE, 14 febbraio 1990, causa C350/88;

Corte Cost., del 26 giugno-2 luglio 1990, n. 313

Corte di Giustizia UE, 13 novembre 1990, Causa C-106/89, *Marleasing*

CGUE, 23 aprile 1991, *Hoefner ed Elser*

Corte Cost., 19-27 aprile 1993, n. 200

Corte Edu, 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer B. V. c. Paesi Bassi*

Corte Costituzionale, 17 febbraio 1994, n. 48

Cass. pen., sez. VI, 3 dicembre 1993-22 aprile 1994, n. 3781

Corte Cost. 19 maggio 1994, n. 190

Corte Edu, 22 settembre 1994, *Hentrich c. Francia*

Cass. pen., Sez. Un., 18 maggio-3 dicembre 1994, n. 9

Corte Edu, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*

Corte Cost., 22-29 gennaio 1996, n. 18

Corte Cost., 14-22 ottobre 1996, n. 356

Corte Edu, 23 ottobre 1996, *Ankerl c. Svizzera*

Corte Cost., 9-10 gennaio 1997, n. 1

Corte Cost., 28 marzo 1997, n. 75

Cass. Civ., 3 luglio 1997, n. 5988

CGUE, 18 dicembre 1997, cause riunite C-286/94, C-340/95, C-401/95 e C-47/96

Corte Cost., 22-25 febbraio 1999, n. 41

Cass. pen., Sez. un, 28 aprile-8 giugno 1999, n. 9

Corte Cost., 14 aprile 2000, n. 114

Corte Cost., 1 luglio 2000, n. 332

Corte Giustizia, 13 novembre 2000, *Marleasing*
Corte Edu, 4 settembre 2001, *Riella ed altri c. Italia*
Corte Edu, 10 aprile 2003, *Yldirim c. Italia*
Cass. pen., Sez. un., 24 maggio-9 luglio 2004, n. 29951
Corte di giustizia delle Comunità europee, 15 luglio 2004, causa C459/02;
Cass. pen., sez. II, 14 giugno-27 settembre 2006, n. 31990
Corte Edu, Grande chambre, 23 novembre 2006, n. 73053, *Jussila c. Finlandia*
Cass. pen., sez. III, 2 febbraio-25 maggio 2007, n. 20443
Corte dei Conti, Sez. Riun., 7 agosto 2007, n. 7
Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349
Corte Edu, 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza contro Italia*
Cass. civ., sez. trib., 3 dicembre 2007-25 febbraio 2008, n. 4728
Cass. pen., sez. I, 07-29 febbraio 2008, n. 9218
Cass. Pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654
Cass. civ. Sez. III, 16 maggio 2008, n. 12433
Corte Cost., 11-20 giugno 2008, n. 225
Cass. Pen., Sez. Un., 10 luglio 2008, n. 38834
Cass. pen., sez. V, 8 luglio-13 agosto 2008, n. 33425
Cass. pen., sez. II, 30 ottobre-4 dicembre 2008, n. 44123
Corte Edu, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi srl ed altri c. Italia.*
Corte Costituzionale, 1 aprile 2009, n. 97
Cass. pen., sez. V, 18 marzo-9 aprile 2009, n. 15328
Corte cost., 24 luglio 2009 n. 236
Cass. Pen., sez. I, 16 ottobre 2009, n. 6684
Trib. Palermo, 3 dicembre 2009, *Italfondario s.p.a.*

Corte Edu, 5 gennaio 2010, *Bongiorno e altri contro Italia*
Corte Edu, 2 febbraio 2010, *Leone contro Italia*
Corte Costituzionale, 8-12 marzo 2010, n. 93
Corte Cost., 14-16 aprile 2010, n. 139
Cass. Pen., sez. IV, 26 febbraio-1 giugno 2010, n. 20610
Corte Cost., 26 maggio-4 giugno 2010, n. 196
Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio-18 giugno 2010, n. 23428
Cass. pen., sez. I, 20 gennaio 2011, n. 13751
Cass. pen., sez. V, 24 gennaio 2011, n. 13276
Cass. pen., 27 gennaio-23 febbraio 2011, n. 6894

Trib. Trapani, ord. 3 marzo 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 marzo 2011. Corte Cost., Corte Cost., 7-11 marzo 2011, n. 80
Cass. pen., sez. III, 1 dicembre 2010-11 marzo 2011, n. 10120;
Cass. civ., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6597
Corte Edu, 17 maggio 2011, Capitani e Campanella contro Italia
Trib Riesame Napoli, 16-20 giugno 2011
Corte Edu, 26 luglio 2011, Paleari contro Italia
Cass. pen., sez. III, 15 dicembre 2011, n. 12500
Cass. pen., sez. I, 11 novembre-20 dicembre 2011, n. 47312
Cass. pen., sez. VI, 20 ottobre 2011-10 gennaio 2012, n. 484
Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 2012, n. 5050
Corte Cost. 15-23 febbraio 2012, n. 34
Corte Edu, 10 aprile 2012, Lorenzetti contro Italia
Cass. pen., sez. II, 11 aprile-20 giugno 2012, n. 24528
Cass. pen., 13 giugno-26 settembre 2012, n. 36990
Corte Costituzionale, 9 ottobre-19 novembre 2012, n. 264
Cass. pen., V Sez., 13 novembre 2012, n. 14044
Trib. Trapani, 7 gennaio 2013, n. 998
Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051
Cass. pen., sez. VI, 27 novembre 2012-28 gennaio 2013, n. 4179
Corte Costituzionale, 13 febbraio 2013, n. 16
Corte Costituzionale, 13 febbraio 2013, n. 17
Cass. civ., Sez. Un., 20 febbraio 2013, n. 4213
Cass. civ., 14 marzo 2013, n. 6575.
Cass. pen., V Sez., 13 novembre 2012-25 marzo 2013, n. 14044
Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532.
Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532
Corte Costituzionale, 9 maggio 2013, n. 85
Cass. pen., Sez. I, 1 marzo-10 maggio 2013, n. 20216
Corte Costituzionale 29 maggio-5 giugno 2013, n. 103
Cass. Civ., Sez. III, 18 agosto 2013, n. 18909
Cass. pen., sez. IV, 29 marzo-5 settembre 2013, n. 36425
Cass. pen., Sez. Un., 12 settembre 2013, nn. 37424
Cass. Civ., sez. III, 7 ottobre 2013, n. 22814
Corte Edu, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia.
Cass. pen., sez. II, 10 dicembre 2013, n. 12761.
Cass. pen., sez. V, 17 dicembre 2013, n. 12493

Cass. pen., sez. III, 6 febbraio 2014, n. 15176
Corte Edu, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e a. c. Italia*
Cass. pen., 12 febbraio-5 marzo 2014, n. 10471
Cass. pen., Sez. Un., 28 gennaio-5 marzo 2014, n. 5087
Cass. pen., Sez. Unite, 30 gennaio-5 marzo 2014, n. 10561
Cass. pen., sez. VI, 13 febbraio-25 marzo 2014, n. 14017
Corte Costituzionale, 14-18 aprile 2014, n. 104
Cass. pen., sez. V, 7 maggio 2014, n. 21271
Cass. civ., 9 maggio 2014, n. 10105
Corte Cost., 19-21 maggio 2014, n. 135
Cass. pen., sez. I, 20 maggio-19 giugno 2014, n. 26527
Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 4880
Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio-29 luglio 2014, n. 33451
Cass. pen., sez. I, 9 ottobre 2013-12 settembre 2014, n. 37597
Corte Edu, 23 dicembre 2014, *Soc. Agr. Valle Pierimpiè c. Italia*
Corte Costituzionale, 14 gennaio 2015, n. 49
Cass. pen., sez. III, 16 gennaio-6 marzo 2015, n. 9796
Cass. pen., sez. I, 6 marzo 2015, n. 12572
Cass. pen., sez. I, 28 novembre 2014-13 marzo 2015, n. 10999
Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014-17 marzo 2015, n. 11170
Cass. pen., sez. I, 12 dicembre 2014-23 aprile 2015, n. 17015
Corte Edu, *Gogitidze e altri c. Georgia*, 12 maggio 2015
Cass. Civ., Sez. Un., 14 aprile-26 maggio 2015, n. 10798
Cass. pen., sez. II, 26 maggio 2015, n. 36444
Corte Cost. 11 febbraio-28 maggio 2015, n. 94
Corte Cost., 15 aprile-5 giugno 2015, n. 97
Corte Cost., 15 aprile-15 giugno 2015, n. 109
Cass. Pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617
CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, *Taricco e altri*
Cass. pen., sez. VI, 30 giugno-10 settembre 2015, n. 36690
Cass. pen., III Sez., 10 settembre-28 ottobre 2015, n. 43397
Cass. civ., 17 settembre 2015-18 gennaio 2016, n. 664
Corte App. Napoli, 25 gennaio 2016, n. 7
Trib. Milano, III sez. pen., sent. 15 dicembre 2015-18 febbraio 2016, n. 13701
Cass. pen., 14 gennaio-1 marzo 2016, n. 8317
Cass. pen., sez. V, 20 gennaio-3 marzo 2016, n. 8935
Cass. pen., 15 febbraio-23 marzo 2016, n. 12362

Trib. Pescara, 5 maggio 2016, n. 758
Cass. pen., sez. III, 14 aprile-7 luglio 2016, n. 28242
Cass. pen., Sez. Un., 21 luglio-16 settembre 2016, n. 38670
Cass. pen., sez. VI, 22 marzo-23 settembre 2016, n. 39542
Cass. pen., sez. III, 12 luglio-7 ottobre 2016, n. 42469
Cass. pen., 13 luglio-7 ottobre 2016, n. 42470
Cass. pen., sez. I, 15 settembre-4 novembre 2016, n. 46559
Corte Cost., 21 settembre-10 novembre 2016, n. 236
Corte Cost., 5 ottobre-16 dicembre 2016, n. 276
Cass. civ., sez. I, 14 settembre-20 dicembre 2016, n. 26329
Cass. pen., sez. III, 27 settembre-20 dicembre 2016, n. 53925
Corte Cost., 23 novembre 2016-26 gennaio 2017, n. 24
Corte Edu, Grande Camera, 25 maggio 2015-23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia.
Corte App. Milano, 1 dicembre 2016-30 gennaio 2017
Cass. pen., sez. II, 18 gennaio-8 febbraio 2017, n. 5806
Cass. pen., sez. I, 13 dicembre 2016-28 febbraio 2017, n. 9758
Cass. pen., Sez. Un., 22 dicembre 2016-16 marzo 2017, n. 12621
Corte Cost., 7 febbraio-7 aprile 2017, n. 68
Cass. pen., sez. I, 10 giugno 2016-14 aprile 2017, n. 18691
Cass. pen., 21 febbraio-11 maggio 2017, n. 23322
Cass. pen., sez. VI, 29 marzo-19 maggio 2017, n. 25274
Cass. pen., sez. II, 22 giugno-7 luglio 2017, n. 33090
Cass. pen., Sez. Un., 20 luglio-19 ottobre 2017, n. 48126