

Sullo statuto costituzionale delle confische.

di *Domenico Pulitanò*

1. Il campo problematico associato all'idea di confisca è la sottrazione di date cose (o denaro) al soggetto che ne ha la disponibilità (in genere a favore dello Stato o per altra destinazione d'interesse pubblico; talora in vista della distruzione). Nel nostro ordinamento l'etichetta di confisca copre istituti la cui sostanza è l'ablazione di beni collegati a un'origine illecita, o che si sospetta tale, o l'essere stati strumento della realizzazione del reato, o essere cose la cui fabbricazione, porto, detenzione a alienazione costituisce reato¹. Porre il problema di *statuto costituzionale* di questi istituti significa porre il problema della loro *legittimazione*.

Qualificata nel nostro codice penale come misura (patrimoniale) di sicurezza (art. 240 c.p.), la confisca ha uno statuto fortemente differenziato rispetto alle misure di sicurezza personali: *non* ha per presupposto la pericolosità sociale (come risulta *a contrario* dall'art. 236). L'evoluzione legislativa ha aggiunto altre tipologie, variamente classificate e disciplinate: confisca allargata, confisca di prevenzione; confisca per equivalente come variante di una forma base, la confisca del profitto del reato; confisca come sanzione nel sistema della responsabilità degli enti. Ampliate le ipotesi di confisca obbligatoria. Ha senso, dunque, porre il problema di legittimazione e di statuto costituzionale con riferimento a *confische*, al plurale.

La confisca del profitto o prezzo o prodotto del reato esprime l'idea che *il delitto non paga*. È questo il senso ultimo del modello confisca, nelle sue principali applicazioni².

Ripercorriamo i passaggi più significativi della giurisprudenza costituzionale. La prima sentenza su un problema di confisca (n. 29/1961) riguarda la confisca prevista dalle leggi speciali contro il fascismo *anche dopo l'estinzione del reato e anche in confronto degli eredi*. La questione sollevata faceva riferimento all'art. 25, 2° comma, Cost., la Corte la ha

¹ Per un quadro d'insieme, A. M. Maugeri, *Confisca (diritto penale)*, in *Enc. Dir. – Annali*, VIII, 2015; A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, III, Torino 1989.

² Lascio fuori di queste riflessioni la confisca dello strumento del reato e di cose intrinsecamente illecite.

respinta sulla premessa di una concezione aperta di confisca (ripresa anche in sentenze successive): *“la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica. Il suo contenuto, infatti, è sempre la stessa privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varia finalità, sì da assumere, volta per volta, funzione di pena o di misura di sicurezza, ovvero anche di natura giuridica civile o amministrativa. Ciò che pertanto, spetta di considerare non è una astratta, generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge”*. Nella specie, si trattava di confisca chiaramente di natura non penale.

Aveva già toccato il tema della confisca la sentenza n. 53/1958 (relatore Biagio Petrocelli, autorevole sostenitore di una concezione retributiva del diritto penale). Interessa qui non la questione esaminata (su norme processuali) ma un pezzo della motivazione: *“nessuno sforzo di accostamento potrà valere ad eliminare la differenza, essenziale e di natura, ... fra la reazione contro un fatto avvenuto, propria della pena, e l'attuazione, propria della misura di sicurezza, di mezzi rivolti ad impedire fatti di cui si teme il verificarsi nel futuro”*. A questa distinzione di finalità corrisponde l'articolazione di disciplina nell'art. 25 Cost.: *soltanto per la pena* è stabilito il principio di stretta legalità, per le misure di sicurezza (fra cui la confisca) è prevista solo la riserva di legge. L'art. 200 c.p. dispone che *“le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione”*.

2. Le prime dichiarazioni d'illegittimità costituzionale hanno invalidato ipotesi di confisca nei confronti di persone estranee al reato (sentenze n. 229/1974, n. 259/1076, n. 2/1987, n. 1/1997). Il principio di personalità della responsabilità (art. 27, 1° comma, Cost.) vale anche per le misure di sicurezza. Le sentenze della Corte costituzionale non sono andate fino in fondo, avendo ritenuto non illegittima la confisca a carico di persone cui sia imputabile un difetto di vigilanza (n. 229/1974) o un'ignoranza colposa (n. 1/1997) o che abbiano tratto profitto dal reato (n. 2/1987): soluzioni non soddisfacenti, perché spezzano il nesso della confisca con la responsabilità personale per un commesso reato.

Per quanto concerne il principio di legalità, l'introduzione di nuove forme di confisca ha posto il problema dell'applicabilità retroattiva, non preclusa per le misure di sicurezza dall'art. 200 c.p., che fa riferimento alla legge del tempo di applicazione. Su questo punto è stata colta e si è affermata l'esigenza di una rilettura del sistema, conforme ai principi posti dall'art. 7

della CEDU per la materia penale. Il principio di legalità in senso stretto vale anche per istituti che pur non avendo l'etichetta di pena ne hanno la sostanza afflittiva, sanzionatoria.

Per la confisca *per equivalente* vale il principio di irretroattività ex art. 25, 2° comma, Non si applica l'art. 200 c.p.: *“come affermato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in numerose pronunce, la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un rapporto di pertinenzialità ... tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole così una natura eminentemente sanzionatoria”*. L'ordinanza n. 97/2009 dichiara la manifesta infondatezza della questione sollevata, per erroneità del presupposto interpretativo.

La di poco successiva sentenza n. 196/2010 recepisce dalla giurisprudenza di Strasburgo il principio secondo il quale *“tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo debbono essere sottoposte alla disciplina della sanzione penale in senso stretto”*, e ne fa applicazione in materia di confisca di veicolo prevista dal codice della strada, ritenuta *di natura essenzialmente sanzionatoria*³.

Nota a margine: dapprima la giurisprudenza ordinaria e poi la giurisprudenza costituzionale hanno ravvisato funzioni diverse a istituti (confisca del profitto del reato, confisca per equivalente) dei quali l'uno è previsto come sussidiario all'altro. La confisca per equivalente è stata introdotta nel sistema *non* come nuovo tipo di pena, ma come misura applicabile là dove non sia in concreto applicabile la forma di confisca prevista in prima battuta. Il contenuto 'afflittivo' ravvisato nella confisca per equivalente si ritrova, *pari pari*, nella normale confisca del profitto del reato. Nessuna differenza dal punto di vista del messaggio generalpreventivo, leggibile nella previsione della confisca del profitto, comunque etichettata. La diversità di etichettatura fra la confisca del profitto e la confisca per equivalente è incongrua con l'identità di contenuto e di funzione degli istituti, dei quali l'uno è semplicemente sostitutivo dell'altro. Etichettare come pena un istituto che sostituisce ('per equivalente') una misura di sicurezza, è una manipolazione concettuale: pensata a fin di bene, rispondente all'esigenza di trovare una ragione spendibile per escludere l'applicazione retroattiva della confisca per equivalente⁴.

³ In questa sentenza è stato ravvisato un momento di autentica svolta: F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, Torino 2017, p. 106.

⁴ Ma è anche la radice di una giurisprudenza distorta, su cui cfr. A.M. Maugeri, op. cit. p. 201-02.

3. Le ragioni per le quali sarebbe inaccettabile un'applicazione retroattiva di misure punitive valgono pari pari per le ipotesi di confisca rientranti nelle tipologie tradizionali. È questa la *ratio* sottesa agli sviluppi della giurisprudenza costituzionale, sulla linea della giurisprudenza di Strasburgo. La Corte EDU nella recente, molto importante sentenza della Grande Camera, 28 giugno 2018, GIEM v. Italia, ha riaffermato la natura penale della confisca urbanistica –istituto *particurarly harsh and intrusive* - e sottolineato la necessità di un concetto di pena autonomo, vincolante per gli ordinamenti statuali.

Sulla linea di Corte cost. n. 49/2015, la Corte EDU ha lasciato aperta la possibilità della confisca urbanistica in assenza di formale condanna, e confermato la necessità di un accertamento pieno di tutti i presupposti della confisca. Sul piano sostanziale, resta aperto il problema del rapporto della confisca (dei diversi tipi di confisca) con la prescrizione. Fino a quando, e a quali condizioni, può essere ritenuta legittima una certa forma di confisca? È un campo di problemi che meriterebbe un autonomo approfondimento, entro la questione prescrizione.

Hanno una dimensione costituzionale anche i problemi - normalmente discussi come problemi ermeneutici - di individuazione di che cosa sia confiscabile (per es., che cosa costituisca profitto illecito): i principi di legittimazione costituzionale fondano e *delimitano* il campo di applicabilità di istituti come le confische, incidenti di diritti. Su questi aspetti c'è bisogno di rinnovate riflessioni.

4. Problemi di fondo, particolarmente delicati, riguardano forme di confisca lontane (per tipologia e/o per presupposti) dal sistema originario del codice Rocco: *confisca di prevenzione*, ora disciplinata nel codice antimafia; e *confisca allargata*, oggi inserita nel codice penale come art. 240-bis, in formale ossequio al principio c.d. di riserva di codice (d. lg. n. 21/2018). Sono istituti diversi, per origine e per disciplina, con un tratto fondamentale comune: riguardano denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al reddito o all'attività economica del possessore. La confisca consegue alla mancata giustificazione della loro provenienza..

Problemi cruciali sono stati toccati dalla recente, importante sentenza n. 33/2018, in materia di confisca allargata. La sentenza è di rigetto sulla questione sollevata, di violazione del principio d'uguaglianza con riguardo a un punto specifico: la ricettazione quale reato presupposto. L'ampia motivazione offre indicazioni ermeneutiche su problemi che vanno ben oltre il *thema decidendum*, il quale – osserva la sentenza (§. 6) - riguarda un istituto

che *“si colloca nell’alveo delle forme ‘moderne’ di confisca”*, introdotte in molti ordinamenti europei *“per superare i limiti di efficacia della confisca penale ‘classica’, legati all’esigenza di dimostrare un nesso di pertinenza (strumentalità o derivazione) tra i beni da confiscare e il singolo reato per cui è pronunciata condanna”*. Le difficoltà di prova hanno mostrato l’inidoneità della confisca tradizionale *a contrastare in modo adeguato il fenomeno dell’accumulazione di ricchezze illecite da parte della criminalità, e in specie della criminalità organizzata: fenomeno particolarmente allarmante, a fronte del possibile reimpiego per ulteriori attività illecite, e dell’investimento nel sistema economico legale, con effetti distorsivi del mercato.*

Da ciò la diffusa tendenza a introdurre speciali tipologie di confisca, caratterizzate sia da un allentamento del rapporto tra l’oggetto dell’ablazione e il singolo reato, sia soprattutto da un affievolimento degli oneri probatori gravanti sull’accusa. È la strada additata da Convenzioni internazionali, che la sentenza espressamente richiama.

La confisca allargata italiana si caratterizza, rispetto al modello prefigurato dalla direttiva europea del 2014, per un *diverso e più ridotto standard probatorio* (§. 7). Secondo la giurisprudenza di legittimità, non deve essere ricercato *“alcun nesso di derivazione tra i beni confiscabili ed il reato per cui è stata pronunciata condanna, e neppure tra i medesimi beni e una più generica attività criminosa del condannato”*.

La Corte osserva anche (§.10) che il catalogo dei reati presupposto è stato *arricchito in modo progressivo e alluvionale*, al di là del nesso originario con la criminalità organizzata. È legittimo l’aver inserito la ricettazione? È un tipo di delitto, argomentala Corte, *“idoneo a determinare un’illecita accumulazione di ricchezza e suscettibile, secondo l’osservazione sociologica, di essere perpetrato in forma professionale o continuativa”*. Su questa valutazione si fonda il rigetto della sollevata questione di legittimità costituzionale, accompagnato peraltro (§. 11) da una serie di notazioni ermeneutiche, volte a segnare limiti di razionalità (e di legittimità) della *presunzione relativa di provenienza delittuosa* che in assenza di una credibile spiegazione contraria fonda la confisca.

Vengono in rilievo, in particolare, limiti di *ragionevolezza temporale*, da determinare *“tenendo conto anche delle diverse caratteristiche della singola vicenda concreta, e dunque del grado di pericolosità sociale che il fatto rivela agli effetti della misura ablativa”*. Anche questo aspetto è considerato dalla giurisprudenza ordinaria. La Corte costituzionale aggiunge che il giudice potrebbe verificare *“se il fatto per cui è intervenuta condanna esuli*

in modo manifesto dal modello che vale a fondare la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza da parte del condannato”.

La sentenza termina (§. 12) con l’*auspicio* che il legislatore operi, “*fin tanto che l’istituto conservi la sua attuale fisionomia*”, una selezione dei delitti matrice *secondo criteri ad essa strettamente coesi, e dunque ragionevolmente restrittivi*.

La sentenza n. 33/2018 prospetta interpretazioni (in parte) nuove. Lascia trasparire un’evidente preoccupazione per pericoli di abusi⁵, la stessa che ha già indotto la giurisprudenza ordinaria a *inoltrarsi in una campagna di costante esegesi correttiva*. Non chiude affatto, e anzi riformula, il problema dei limiti di legittimità di istituti che rappresentano un fronte moderno e particolarmente avanzato – e perciò particolarmente esposto ad errori e abusi - nel contrasto all’accumulazione criminale di beni patrimoniali.

Anche l’esigenza di coerenza interna della disciplina, cautamente presentata come auspicio, può venire in rilievo come condizione di legittimità costituzionale, con riguardo al principio d’uguaglianza/ragionevolezza. Viene in rilievo - con valenza di indizio di provenienza illecita - una questione di (*spro*)proporzione, fra i beni posseduti e la possibilità di giustificarne l’acquisizione⁶. È un risvolto *processuale*⁷ del giudizio di proporzione, il cui significato sostanziale, per il diritto penale, è stato rivisitato in recenti sentenze della Corte costituzionale (dopo la sentenza n. 236/2016, da ultimo nella sentenza n. 222/2018 che ha dichiarato l’illegittimità della previsione di una pena accessoria in misura fissa).

5. Sono ancora *istituti di risposta a un commesso reato*, definibili e legittimabili come diritto penale, la confisca per equivalente e la confisca di prevenzione?

Sono istituti *non conformi al paradigma penalistico*, che lega il reato e la risposta a *quel* reato.

La sentenza n. 33/2018 palesa la chiara consapevolezza che la confisca allargata si colloca oltre il confine del campo penalistico: il delitto accertato e giudicato non è la fonte dei beni che si va a confiscare, ma viene assunto a presupposto giustificativo di un intervento su altri beni, la cui provenienza resta non accertata e presuntivamente valutata illecita.

⁵ S. Finocchiaro, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, in *Dir. pen. contemporaneo*, fasc. 2/2018, p. 131s.

⁶ L’importanza dell’elemento della sproporzione è sottolineata da A.M. Maugeri, *op.cit.*, p. 218.

⁷ S. Finocchiaro, *op.cit.*, p. 137s.

Nel linguaggio giurisprudenziale e dottrinale, viene collegata ai problemi di legittimazione della confisca l'idea di *pericolosità della cosa*. È una formula che suona bene: riecheggia l'idea di pericolosità, che regge il sistema delle misure di sicurezza personali. Lascia in ombra aspetti cruciali

Possono dirsi di per sé pericolose le *cose intrinsecamente criminose*: cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituiscono reato e non possono essere oggetto di autorizzazione amministrativa. In questi casi la confisca – prevista dal codice penale fin dall'inizio – è ben giustificata nei confronti di chiunque, anche su cose appartenenti a persona estranea al reato. Se l'autorizzazione è possibile, la confisca si applica (ed è obbligatoria) solo se la cosa appartiene a persona non estranea al reato. Limite invalicabile, anche per la confisca quale istituto del diritto penale, è il principio di personalità della responsabilità.

Con riguardo a cose non pericolose in sé, facenti parte di una ricchezza accumulata, l'idea di pericolosità si riferisce non alla cosa in sé, ma al suo rapporto con qualcosa d'altro: con un'acquisizione illecita o comunque sospetta, con l'essere ricchezza nelle mani di un mondo criminale. Rispetto ai problemi della confisca di prevenzione (o della confisca allargata) parlare di pericolosità della cosa serve a dare parvenza di giustificazione a misure patrimoniali applicabili anche dopo che la pericolosità personale sia venuta meno, e anche all'erede, fermo restando il nesso con una pericolosità personale al tempo dell'acquisizione dei beni.

Lo sganciamento legislativo da una attuale pericolosità personale del destinatario volge lo sguardo al passato. Ha senso parlare di prevenzione, quando non v'è più il collegamento fra i beni e una attuale pericolosità personale? In particolare quando l'ablazione patrimoniale colpisce un erede che potrebbe essere in buona fede, ed estraneo ad associazioni mafiose? L'idea di pericolosità della cosa funziona come frode delle etichette.

Un autorevole studioso, oggi giudice costituzionale, ha definito come *insopportabile finzione* l'inquadramento della confisca come *misura di prevenzione*. Un'ablazione di beni ritenuti profitto di illeciti pregressi, non necessariamente agganciata ad un'attuale pericolosità personale (è il caso della confisca c.d. di prevenzione, e anche la confisca allargata) e sganciata dal collegamento con illeciti specifici accertati, potrebbe caso mai venire in considerazione come *misura ripristinatoria*, volta a far cessare un possesso illegittimo di qualcosa che l'attuale possessore non aveva diritto di acquisire, né ora diritto di trattenere⁸.

⁸ F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisce di prevenzione nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 629-30.

6. Quale base di legittimazione potrebbe trovare una confisca sganciata da una precisa individuazione e prova di specifici delitti? È compito ineludibile per la dottrina, ha scritto Viganò⁹, una chiara presa di posizione sulla natura della confisca, non solo la confisca c.d. di prevenzione, ma la confisca *allargata* in qualsiasi variante. Dove ‘allargata’ significa non pertinenza al delitto ‘matrice’ accertato, per il quale è stata pronunciata condanna. Viganò porta in primo piano profili civilistici (presupposti, limiti, possibilità di estinzione del diritto di proprietà). È un passaggio importante per la ricerca di una possibile legittimazione di una fattispecie allargata di confisca; *non sufficiente* però per tagliare fuori i problemi dell’aggancio all’ottica penalistica e al processo penale, luogo dell’accertamento del reato presupposto, nonché della possibile giustificazione (o mancata giustificazione) del possesso dei beni per cui si ponga il problema confisca.

Agganciata alla condanna per un delitto ritenuto ‘sintomatico’ (o a una fattispecie di pericolosità) ed alla mancata giustificazione del possesso, la confisca manterrebbe la funzione che la dottrina definisce di *compensazione*, avendo riguardo in via generale alla confisca del prodotto o profitto del reato¹⁰. Non tanto ablazione di un diritto di proprietà, quanto sottrazione del bene a un soggetto non avente un valido titolo di proprietà, tale non essendo il fatto illecito presuntivamente indiziato.

Rivisitata come istituto al confine fra penale e civile, la confisca allargata pone problemi pertinenti all’uno e all’altro campo. Sono problemi sostanziali - di ricostruzione e delimitazione della fattispecie - quelli additati dalla Corte costituzionale, nei molti *caveat* che accompagnano e condizionano il dispositivo di rigetto della sentenza n. 33/2018. Si rispecchiano anche in problemi processuali, concernenti le garanzie del contraddittorio e i criteri del giudizio.

Gli avvocati, cui sono destinate queste riflessioni, faranno bene a impegnarsi sul problema dei *limiti di legittimità* (di una discutibile legittimità, forse non sostenibile in nessun caso) di *istituti che si discostano dal paradigma cognitivo del garantismo*: un paradigma del quale sono elementi imprescindibili e inscindibili, sul piano del diritto sostanziale il principio di legalità, e sul piano processuale il cognitivismo: un modello di giurisdizione che ha come condizioni necessarie “*la verificabilità o falsificabilità delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo, e la loro prova*

⁹ F. Viganò, *op. cit.*, p. 641.

¹⁰ A.M. Maugeri, *op. cit.*, p. 193.

empirica in forza di procedure che ne consentano sia la verifica che la falsificazione”¹¹.

Nel mondo dei magistrati è comprensibile l’impegno per far funzionare gli strumenti attualmente previsti, in modo efficace e con garanzie ritenute adeguate¹². I più avveduti hanno ben presente la complessità dei problemi – della tensione fra il polo finalistico del contrasto alla criminalità e il polo delle garanzie – e cercano di costruire garanzie di legalità e di razionalità, sul piano ermeneutico e operativo, in un quadro di legalità debole, sfuggente.

Per gli studiosi non è eludibile il confronto con le ragioni, ben evidenziate dalla Corte costituzionale, del proliferare di *forme ‘moderne’ di confisca* ben al di là del *nesso di pertinenza (strumentalità o derivazione) tra i beni da confiscare e il singolo reato per cui è pronunciata condanna*. Vi sono esigenze molto serie di contrasto *all’accumulazione di ricchezze illecite da parte della criminalità organizzata*. È un profilo considerato centrale nelle attuali politiche del diritto. Emblematica della situazione spirituale in Italia è l’assegnazione (nelle modifiche del 2017 al codice antimafia) di uno statuto privilegiato sul piano organizzativo ai procedimenti relativi a misure di prevenzione patrimoniali.

Istituti ‘di confine’ come le confische allargate o di prevenzione comportano concreti *rischi di collasso del paradigma penalistico, nella dimensione sia sostanziale sia processuale*. La tensione fra il polo liberale delle garanzie e il polo autoritario del contrasto alla criminalità emerge qui con il massimo di evidenza e di possibile rovesciamento della tutela legale in arbitrio.

La Corte costituzionale, oggi più attenta che in passato ai profili di garanzia liberale, è anche (comprensibilmente) condizionata dalle esigenze di contrasto efficace e dal clima culturale e politico del mondo d’oggi. In questo orizzonte, obiettivo minimo irrinunciabile dovrebbe essere la custodia dei confini. Un obiettivo realistico, non scontato. Per arginare i rischi di collasso del paradigma liberale sarebbe necessaria una politica criminale (del contrasto alla criminalità) che sappia aprire e percorrere strade diverse da un diritto penale del sospetto; una politica del diritto ben diversa dalla politica spazza-qualcosa oggi di moda.

¹¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Torino, 1989, p. 6 s.

¹² Un esempio: le *Lettere di prevenzione* della Procura della Repubblica di Torino.