

Misure di sicurezza patrimoniali

Confisca “allargata” e redditi “in nero”

Antonio Faberi

La decisione

Confisca - Confisca allargata - Presunzione di sproporzione - Superamento - Redditi non dichiarati relativi ad attività economiche lecite - Rilevanza - (L. 7 agosto 1992, n. 356, art. 12-sexies).

La presunzione di illegittima provenienza delle risorse patrimoniali accumulate da un soggetto condannato per taluno dei reati di cui all'art. 12-sexies legge 7 agosto 1992, n. 356 deve escludersi in presenza di fonti lecite e proporzionate di produzione, sia che esse siano costituite dal reddito dichiarato ai fini fiscali, sia che provengano dall'attività economica lecita, ma non evidenziata, in tutto o in parte, nella dichiarazione dei redditi.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE I, 8 febbraio 2013 (c.c. 22 gennaio 2013) - CHIEFFI, *Presidente* - LOCATELLI, *Relatore* - SPINACI, *P.M.* (diff.),- MELE, SPENSIERATO, ricorrenti.

Il commento.

1. In adesione ad un recente *revirement*¹, la Cassazione torna a pronunciarsi sulla rilevanza dei redditi “sommersi” rispetto alla presunzione d’illegittima provenienza di beni oggetto di confisca ex art. 12-sexies L. 7 agosto 1992, n. 356. La presunzione *deve* escludersi di fronte alla prova dell’esistenza di redditi compatibili con l’accumulazione di ricchezza nel periodo dell’acquisto² dei beni che risultino nella disponibilità del condannato, anche laddove tali redditi, purché *provenienti* da attività economiche *lecite e proporzionate*, non siano stati inseriti, in tutto o in parte, nella dichiarazione dei redditi. *Ad adiu-*

¹ In senso conforme: Cass., Sez. VI, 28 novembre 2012, S. N., in, *Mass. Uff.*, n. 253956; Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2011, Barba e altri, *ivi*, n. 252855; Cass., Sez. VI, 31 maggio 2011, Tarabugi, *ivi*, n. 250505.

² Secondo il criterio di proporzione tra entrate e spese in relazione non al patrimonio come complesso unitario, ma all’acquisto del singolo bene; Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2004, Montella, in *Cass. Pen.*, 2004, 1182, con nota di FIDELBO; ASTARITA, *Presupposti e tipologia delle misure applicabili*, in, *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 394; CURIONE, *Gli accertamenti patrimoniali: urgenza di un mutamento prospettico*, *ivi*, 410.

vandum, la suprema Corte afferma che, in sede di opposizione ex art. 667 c.p.p., i proventi di tale attività economica, di cui sia stata data prova in sede dibattimentale, non possano essere ignorati dal giudice, soprattutto ove il proposto abbia proceduto al versamento delle relative imposte, cui consegue l'effetto di privare del connotato dell'illiceità le somme costituenti valore delle rimanenze indicate in sede di verifica fiscale.

Confortato da questo non marginale rilievo conclusivo, il supremo collegio elude la questione relativa all'alternativa tra confiscabilità e non confiscabilità del profitto dell'evasione con la misura ex art. 12-sexies, ma sembra comunque aderire al secondo orientamento, implicito nel richiamo alla giurisprudenza di cassazione conforme.

2. Nello specifico tema, infatti, nella letteratura di settore e in giurisprudenza³, si può scorgere una divisione tra i sostenitori dell'illegittimità dell'applicazione della misura anche per i redditi oggetto di evasione fiscale, considerata alla stregua di un'analogia *in malam partem*⁴, e coloro che invece considerano la misura legittima per l'apprensione di tutto il patrimonio non dichiarato al fisco, per una genetica inidoneità a superare la presunzione d'illiceità, causata dal fatto che l'omissione dell'indicazione in dichiarazione delle fonti di reddito accrescerebbe il "sospetto" di un'origine illecita⁵.

Ipotesi mediana, che non avalla né l'una, né l'altra, sebbene ugualmente non convincente, vuole che la rilevanza del patrimonio nella disponibilità del proposto, non suscettibile di confisca, sia limitato, in caso di attività economiche "sommese", al reddito netto, scorporato non soltanto dall'imposta non versata, ma anche dagli ingiusti vantaggi patrimoniali derivanti dall'aver avuto la disponibilità di maggiori risorse finanziarie, ovvero profitti illeciti, reimpiegati e capitalizzati in miglioramenti e altre attività lecite (costituenti la "quota ideale" confiscabile), sostanzialmente al fine di perseguire le conseguenze economiche del c.d. auto-riciclaggio, fattispecie delittuosa al momento non prevista dal nostro ordinamento⁶.

³ A favore della prima tesi, recentemente, Cass., Sez. VI, 28 novembre 2012, S. N., cit.; *contra*: Cass., Sez. I, 10 giugno 1994, Moriggi, in, *Mass. Uff.*, n. 198941.

⁴ ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Roma, 2012, 92 ss.

⁵ CAPECCHI, *Le misure di prevenzione patrimoniali*, Forlì, 2011, 329 ss. che richiama LAGANA, *Confisca penale e confisca di prevenzione: valutazione della prova e tecniche di motivazione dei provvedimenti*, Relazione tenuta nel corso CSM n. 3352, Roma, 5 marzo 2009, in, www.progettoinnocenti.it. In particolare, anche in caso d'irrelevanza penale ci sarebbe pur sempre un illecito rilevante in ambito preventivo, poiché si presume che il contribuente abbia voluto nascondere le origini illecite del reddito.

⁶ La tesi mediana è sostenuta da MENDITTO, *Sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini del sequestro e della confisca di cui all'art. 12-sexies del d.l. n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/92*, in, www.penalecontemporaneo.it; ID, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali - La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012, 335 ss. A ben vedere, ciò costituisce un'applicazione analogica non consentita della disciplina in materia di prevenzione, dove è prevalente tale interpretazione: Cass.,

La soluzione del problema non è questione di poco momento, data la perenne attualità del tema dell'evasione fiscale al livello interno ed europeo; nel cui contesto, pertanto, l'attribuzione o meno in capo alla magistratura di mezzi idonei a concretizzare l'effettività del prelievo fiscale e della punizione penale di condotte in danno al fisco, anche in via *incidentale*, rende necessario un approdo interpretativo certo.

3. Il ricavo delle attività economiche non emerse, tra istanze di repressione penale e riscossione coattiva in sede tributaria, si trova in una posizione di confine "elastico" tra liceità e illiceità⁷, troppo spesso condizionato da interpretazioni ondivaghe e svincolate da concrete volontà di politica criminale. Ne sia d'esempio il fatto che, ad oggi, le fattispecie penal-tributarie non rientrano nel catalogo dei reati di cui risultino responsabili le persone giuridiche ex D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, generando altrettanto divisivi orientamenti sulla possibilità del sequestro dei profitti dell'evasione fiscale direttamente in capo all'ente⁸. Esiti contrastanti e interpretazioni innovative, *in malam partem*, si possono poi rinvenire nella particolare casistica dell'elusione fiscale⁹.

Il risultato è che in questo campo la giurisprudenza si divide tra moderni sceriffi e garantisti della libertà d'iniziativa economica, naviganti a vista tra gli opposti orientamenti. Ciò non significa che i secondi ignorino la tutela delle pretese erariali, poiché in verità cercano di distinguere la differenza tra provento illecito, anche non penalmente rilevante, e provento confiscabile, che deriva dal rigoroso rispetto del principio di legalità, ancor prima di ogni altra importantissima prerogativa della difesa.

Per la comprensione di tale prospettiva garantista si rende necessaria, pertanto, l'esatta ricognizione della natura e dei limiti della misura della confisca "per sproporzione", ovvero anche detta "allargata".

4. Nel vasto insieme delle misure indirizzate all'aggressione dei patrimoni di origine illecita, la previsione dell'art. 12-*sexies* legge n. 356 del 1992¹⁰ è una delle norme che ha presentato le maggiori perplessità, per la sua flessibilità

Sez. I, 04 giugno 2010, G.F., in, *Mass. Uff.*, n. 247579; Cass. Sez. VI, 28 marzo 2007, Frangiamore, ivi, n. 237327.

⁷ In questo contesto va inserita anche l'elusione fiscale, che costituisce senza dubbio la più rilevante "zona grigia tra l'esercizio di un diritto e l'atto vietato". V. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, cit., 132 ss.

⁸ Il problema è emerso con particolare attenzione a seguito di Cass., Sez. III, 7 giugno 2011, Soc. coop. P. R. Burlando r. l., in, *Giur. It.*, 2012, 3, 669 ss., con nota di MORONE; Cass., Sez. III, 19 settembre 2012, Unicredit S.p.a., in, *Dir. Pen. Proc.*, 4, 464 ss., con nota di D'AVIRRO.

⁹ Trib. Milano, Uff. G.i.p., 1° aprile 2011, in, *www.penalecontemporaneo.it*; Cass. Pen., Sez. II, 28 febbraio 2012, Gabbana e a., ivi, con nota di VIZZARDI.

¹⁰ La disposizione è stata aggiunta ex art. 2 D.L. 20 giugno 1994, n. 399, a seguito di Corte cost., 17 febbraio 1994, n. 48, che dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 12-*quinquies*, co. 7 della stessa legge.

rispetto al principio di proporzionalità e determinatezza della fattispecie penale; per il presunto contrasto con il principio di non colpevolezza ed irretroattività della legge penale; nonché per la presenza di un meccanismo d'inversione dell'onere della prova¹¹.

L'ermeneutica giuridica ha elucubrato variegata ipotesi classificatorie della misura in esame. La disposizione, rubricata "ipotesi particolari di confisca", è stata qualificata dapprima come sanzione amministrativa, talvolta come pena accessoria, ovvero come misura di sicurezza atipica con finalità dissuasiva, misura di prevenzione *post delictum*, od infine come pena patrimoniale, pena di sospetto o pena *sui generis*¹². La giurisprudenza maggioritaria, confortata dalle considerazioni espresse dalla Cassazione a Sezioni Unite¹³, è concorde nel riconoscere la natura di misura di sicurezza atipica, cui afferiscono funzioni diversificate di tipo special-preventivo, compensativo e *anche* afflittivo.

"L'etichetta" di misura di sicurezza patrimoniale sorge sul presupposto che la confisca segue alla *condanna* per uno dei numerosi reati cui fa rinvio l'art. 12-sexies, diversamente dalla misura di prevenzione disciplinata dall'art. 2-ter L. 31 maggio 1965, n. 575 (oggi artt. 20 e 24 D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159)¹⁴,

¹¹ Per una bibliografia di riferimento: ACQUAROLI, *L'estensione dell'art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione*, in, *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 2, 251; FURFARO, *Le misure di prevenzione*, Torino, 2013; BARGI, CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011; DI CHIARA, *Modelli e standard probatori in tema di confisca dei proventi di reato nello spazio giudiziario europeo: problemi e prospettive*, in, *Foro it.*, 2002, 363; EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Torino, 2011; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007; FORNASARI, *l'ultima forma di manifestazione della cultura del sospetto: il nuovo art. 12sexies della legge n. 356 del 1992*, in, *Critica Dir.*, 1994, 17; FURFARO, voce *Confisca*, in, *Dig. Pen.*, Agg. III, Torino, 2005, 202 ss; GIALANELLA, *Patrimoni di mafia - La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli, 1998; MAUGERI, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta al crimine, reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008; MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali - La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012; NICOSIA, *La confisca, le confische*, Milano, 2012; NOCETI, *confisca e altre misure ablatorie patrimoniali*, Torino, 2011; SGUBBI, *L'art. 12 quinquies della legge n. 356 del 1992 come ipotesi tipica di anticipazione: dalla Corte costituzionale all'art. 12 sexies*, Torino, 1996; SQUILLACI, *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, in, *Dir. Pen. Proc.*, 2009, 12, 1525.

¹² Le differenti impostazioni dogmatiche sono espone chiaramente da PICCIRILLO, *Confisca per sproporzione*, in, *Codice delle confische e dei sequestri*, a cura di Tartaglia, Roma, 382 ss.

¹³ Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2004, Montella, cit; Cass., Sez. Un., 17 gennaio 2001, Derouach, in, *Foro it.*, 2001, 2, 501.

¹⁴ E' stata da alcuni evidenziata la maggiore efficacia della misura preventiva, particolarmente a seguito della possibilità di applicazione disgiunta dalla misura di prevenzione personale. V. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit. e LAGANA, *Confisca penale e confisca di prevenzione: valutazione della prova e tecniche di motivazione dei provvedimenti*, cit. L'art. 30 d.lgs. 159 del 2011, regolando i rapporti della confisca ed il sequestro preventivi con quelli penali, introduce di fatto una notevole prevalenza della confisca di prevenzione che, stante il meno gravoso compendio probatorio richiesto per la sua applicazione, risulta essere l'istituto con più incisivo risultato per le indagini patrimoniali.

che risulta completamente svincolata dall'accertamento di un fatto di reato, pur rimanendo ancorata alla pericolosità e al "sospetto"¹⁵.

Poiché fondata sul diverso presupposto della pericolosità sociale, "presunta" nel rapporto tra la *res* e il condannato, la qualificazione accettata in giurisprudenza trascura ogni nesso di pertinenzialità al reato, fino al punto di permettere l'aggressione di beni il cui acquisto sia cronologicamente antecedente non solo alla condotta punita, ma anche all'entrata in vigore della stessa norma che ha introdotto la confisca¹⁶.

5. L'identificazione della natura della confisca allargata, cristallizzata nel solco delle Sez. Un. Montella¹⁷, non pone rimedio, tuttavia, alla scarsa determinatezza dei criteri di valutazione della sproporzione e del *quantum* del patrimonio confiscabile, provocando dibattiti, ancora in atto, finalizzati alla ricerca di *standard* compatibili con le riforme costituzionali del giusto processo e con la C.e.d.u.¹⁸.

Nonostante l'avallo ricevuto dalla Corte costituzionale¹⁹ e dalla Corte di cassazione²⁰, infatti, permangono dubbi non sulla generale ammissibilità²¹ di siffatta soluzione normativa, ma sui criteri per la sua applicazione in conformità ai principi generali. Poiché la convergenza degli ultimi anni verso il contrasto all'economia "illegale", attraverso misure ablatorie patrimoniali, non deve essere la giustificazione per aggirare le prerogative più importanti dell'accusato in sede penale, che costituiscono il «minimo comune denominatore»²² dello Stato di diritto e della società democratica.

¹⁵ Cfr. FORNASARI, *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12 sexies della l. n. 256 del 1992*, *Crit. Dir.*, 1994, 11 ss.; per una definizione dei cc.dd. "reati di sospetto" cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, rist., Torino, 1981, I, 460 ss., 760 ss.; COPPI, *Osservazioni sui reati di sospetto e, in particolare, sul "possesso ingiustificato di valori"*, in, *Giur. Cost.*, 1968, I, 330 ss.

¹⁶ Anche se dovrebbe rilevare la rispondenza ad un criterio di "ragionevolezza temporale", PICCIRILLO, *Confisca per sproporzione*, cit., 400 ss.; MAZZA, *La decisione di confisca dei beni sequestrati*, in, *Le misure di prevenzione*, cit., 491.

¹⁷ Cass. Sez. Un. 19 gennaio 2004, Montella, cit.

¹⁸ Secondo CISTERNA, *La natura promiscua della confisca tra misura di sicurezza e sanzione punitiva in rapporto alle nuove tecniche sanzionatorie della criminalità del profitto*, in BARGI, CISTERNA, op. cit., 82 ss., manca uno «statuto» sufficiente «dell'inchiesta patrimoniale», sia in ambito penale che preventivo; per D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità "patrimoniale"*, ivi, 125 e ss., vi sarebbe «un'autoreferenzialità della presunzione implicita nello schema legale» e «assenza di presupposti idonei» all'ammissibilità dell'onere probatorio invertito.

¹⁹ Corte cost., Ord. n. 18 del 1996.

²⁰ Cass. Sez. Un. 19 gennaio 2004, Montella, cit.

²¹ Nel solco delle pronunce della corte costituzionale, v. MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, in, *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, 2013, 1 ss., che riporta un'esemplificativa ricostruzione storica del dibattito, mai sopito, sulla legittimità di misure *ante* o *praeter delictum*.

²² GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Dean, Garuti, Mazza, *Procedura penale*, I, Torino, 2012, 2a ed., 35 ss.

6. L'efficienza del risultato che si vuole perseguire²³ deve pur sempre rispondere ai criteri *minimi* che informano il processo che voglia dirsi "giusto", stante il fatto che la scelta del legislatore di attribuire alla magistratura penale l'applicazione di forme estremamente incisive di aggressione patrimoniale non è solo espressione della volontà di sfruttare la potenza investigativa delle procure distrettuali ai fini della lotta alla criminalità organizzata e ad altri gravi reati ad essa accostati, ma è anche espressione della volontà di "controbilanciare" l'attività preventiva con le garanzie proprie del processo penale, date le pesanti conseguenze della stessa nei confronti del proposto²⁴.

Considerato che la privazione del patrimonio incide sulla libertà personale²⁵, in particolare quando l'impoverimento patrimoniale è ragguardevole, la scelta legislativa del doppio binario²⁶, anche se giustificata da esigenze effettive e riscontrate di tipo repressivo o special-preventivo, deve adeguarsi alla più recente giurisprudenza europea²⁷, che, pur ammettendo il ricorso a misure di prevenzione per il contrasto al fenomeno della criminalità organizzata²⁸, riconosce la necessità di ancorare anche il sistema delle misure patrimoniali penali alle regole del giusto processo e del principio di stretta legalità.

Non si può tacere, peraltro, che il catalogo dei reati per cui è ammessa la confisca "allargata" non è limitato alla criminalità organizzata di stampo mafioso, ma investe innumerevoli ipotesi delittuose, ritenute di grande allarme sociale,

²³ Ovvero, l'auspicata neutralizzazione della pericolosità dei beni illeciti; cfr. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*; in, *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 117.

²⁴ In tempi da considerarsi ormai storici, stante l'odierna inversa tendenza alla depenalizzazione, tale bisogno di garanzia ha portato all'inserimento nel codice penale delle contravvenzioni di polizia, fattispecie di genetica origine sanzionatoria amministrativa. Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2009, 951; PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 1989, 425 ss.

²⁵ Sul punto v. MANNA, *Il diritto delle Misure di Prevenzione*, cit., che rinvia a MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, e MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.

²⁶ Espressione ambigua, per le sue molteplici declinazioni pratiche: v. BITONTI, voce *Doppio Binario*, in, *Dig. Pen.*, Agg. III, Torino, 2005, 395. Si rileva che, nel particolare settore della confisca ex art. 12-sexies, l'affievolimento delle garanzie è più che doppio, stante il diverso "statuto" delle misure patrimoniali rispetto a quelle personali. Cfr. CURIONE, *Gli accertamenti patrimoniali: urgenza di un mutamento prospettico*, in, *Le misure di prevenzione*, cit., 408; Parlano di standard probatorio e "terzo binario" GIUNCHEDI, *Le deficienze probatorie e di tutela effettiva delle posizioni soggettive*, ivi, 79 ss; MOLINARI, voce *Misure di prevenzione*, in, *Enc. Dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 551.

²⁷ In particolare Corte eur. dir. uomo, 10 maggio 2012, *Sud Fondi e altri c. Italia*; Id., 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*; Id., 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, dove si afferma la generale soggezione delle misure ablatorie patrimoniali al principio di legalità delle pene, con tutte le conseguenze che ne seguono sul piano della tassatività e irretroattività della fattispecie penale.

²⁸ Significativi i casi: Corte eur. dir. uomo, 17 maggio 2011, *Capitani e Campanella c. Italia*; Id., 5 gennaio 2010, *Bongiorno c. Italia*; Id., 4 dicembre 2003, *Pozzi c. Italia*; Id., 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*.

che sono andate accrescendosi nel numero a seguito di riforme susseguitesi nel tempo²⁹.

Non può affermarsi la perfetta compatibilità dell'orientamento prevalente con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo³⁰, rilevata l'impossibilità della *reductio ad unitatem* della disciplina delle misure ablatorie patrimoniali penali, ognuna con le sue evidenti discrasie rispetto all'altra, dettate dalla diversa disciplina concreta, come abbondantemente evidenziato da più parti³¹.

Infatti, vi sono notevoli difformità nei diversi istituti che non permettono un'automatica sovrapposizione delle pronunce in materia di confisca-misura di prevenzione con quelle in materia di confisca-misura di sicurezza, prassi che rischierebbe di confonderne presupposti e regime probatorio.

Alla luce delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi Sud Fondi e altri c. Italia e Welch c. Regno Unito³², emerge chiaramente che anche le misure di prevenzione e le confische c.d. amministrative obbligatorie sono da considerarsi, a tutti gli effetti, pene ai sensi dell'art. 7 della C.e.d.u.³³.

A *fortiori*, la confisca che ha come *presupposto* la *condanna* non può che rivestire carattere penale ai sensi della C.e.d.u.³⁴, indipendentemente dalla pretesa natura di misura di sicurezza, special-preventiva o pseudo-amministrativa³⁵. Perciò si è nell'ambito di materie coperte dal *minimum standard* di garanzie processuali imposto dall'art. 6 C.e.d.u., data la rilevanza del tutto peculiare dell'espressione "accusa penale" in esso contenuta³⁶, non-

²⁹ Esprimono dubbi sulla coerenza legislativa: PICCIRILLO, *Confisca per sproporzione*, cit. 394, ACQUAROLI, *l'estensione dell'art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione*, cit. 251 ss.

³⁰ Riportano la *querelle* delle opposte prospettive in materia PICCIRILLO, *Confisca per sproporzione*, cit., 387 ss.; MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 650 ss.; MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, cit., 10.

³¹ Tra gli altri, BARGI, *Il nuovo volto della confisca nell'attuale ordinamento penale*, in, *La giustizia patrimoniale penale*, cit., 3 ss.; EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., 9; NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., 66.

³² Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, Sud Fondi e altri c. Italia, cit.; Id, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, cit.

³³ MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, cit. 10 ss.

³⁴ In tal senso, Corte eur. dir. uomo, 1° marzo 2007, Geerings c. Paesi Bassi, che ritiene "difficilmente compatibile" con la convenzione una confisca estesa che abbia come presupposto la condanna e si basi su mere presunzioni di provenienza illecita anziché sulla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

³⁵ Già nella qualificazione affermata dalla giurisprudenza emerge una contraddizione, poiché l'assoluta mancanza di una valutazione in concreto della pericolosità del possesso del bene, con conseguente irrilevanza del comportamento successivo alla condanna, ai fini di un'eventuale revoca della misura, corrobora al contrario la tesi di una valenza preminentemente sanzionatoria della confisca in questione.

³⁶ Cfr. RANDAZZO, *I principi del diritto e del processo penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in, www.cortecostituzionale.it; MANES, *La lunga marcia della convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, 38.

ché dall'art. 1 del Protocollo Aggiuntivo I alla C.e.d.u., relativamente alla tutela della proprietà privata³⁷.

Nella sua più intensa applicazione, lo spossessamento del proposto da tutto il patrimonio eventualmente posseduto per mezzo della confisca per sproporzione, nel caso in cui non sia data prova contraria dell'origine lecita dei beni, del denaro o delle altre utilità, diventa una sorta di "confisca generale" che assume connotati assolutamente analoghi, come sostenuto da alcuna dottrina³⁸, alla confisca dei beni degli anni 1944-1946³⁹.

Di tal guisa, il travolgimento di tutto il patrimonio del condannato e del suo *entourage* familiare⁴⁰ finirebbe per ledere il fondamentale principio di proporzione⁴¹.

Ne consegue che, in una visione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, la necessaria proporzionalità della misura deve far salvi i beni non riconducibili al circuito criminale, affinché non sia stravolta la *ratio* della norma. In questa direzione, il timido e difficile cammino di armonizzazione in materia penale nell'ambito dell'Unione Europea ha già posto dei paletti, che, sebbene ancora non dotati di efficacia diretta, sono destinati ad impedire la possibilità di aggredire beni di cui non sia pienamente dimostrata la provenienza illecita da reati precedentemente commessi⁴².

Sulla scorta di queste considerazioni, risulta di fondamentale importanza recuperare le prerogative essenziali del processo accusatorio, con particolare riferimento all'inderogabile obbligo in capo alla pubblica accusa di fornire un adeguato compendio probatorio e al correlato obbligo motivazionale del giudice in merito all'appartenenza del bene al patrimonio illecito.

Di ciò rende testimonianza l'emergere continuo di "correttivi ermeneutici" nella più recente giurisprudenza di legittimità⁴³.

³⁷ In netto distacco dall'art. 42 cost., che attribuisce funzione sociale alla proprietà, l'art. 1 Prot. Agg. I alla C.e.d.u. riconosce una tutela *individuale* della proprietà privata, nella cui sfera i limiti di tipo pubblicistico sono ammessi solo se *proporzionati* e imposti dalla legge (v. caso Sud Fondi richiamato).

³⁸ NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., 154, che richiama FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, cit., 10.

³⁹ Cfr. VASSALLI, *La confisca dei beni*, Padova, 1951, *passim*.

⁴⁰ La posizione del familiare non appare assimilata a quella di un terzo vero e proprio: Cass., Sez. II, 20 dicembre 2011, M. R., in, *Mass. Uff.*, n. 252809. La conseguenza è che il prossimo congiunto subisce un regime differenziato, pur non essendo il destinatario della condanna penale.

⁴¹ EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Torino, 2011, 16.

⁴² Dec. 2005/212/GAI. Il *pattern* della confisca estesa europea risulterebbe disallineato con l'istituto di diritto interno che invece, secondo la giurisprudenza dominante, è applicabile al di fuori di qualsiasi rapporto di derivazione o successione cronologica dalla condotta penalmente accertata. Cfr. IZZOLINO, *L'esecuzione degli ordini i confisca. Armonizzazione normativa e mutuo riconoscimento*, in, *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano*, a cura di Kalb, Torino, 2012, 649.

⁴³ Tra le altre, Cass., Sez. IV, 22 settembre 2005, Orenze Catipon, in, *Mass. Uff.*, n. 232733, in tema di patteggiamento e motivazione della confisca; Cass., Sez. V, 10 febbraio 2006, S.S. e altri, in, *Riv. Pen.*,

7. Una compiuta analisi interpretativa impone di attribuire alle disposizioni il significato loro proprio a partire dal dato letterale che, nel caso specifico, è foriero di quanto mai ambigue alternative, nei termini che seguono.

La disposizione dell'art. 12-*sexies* prevede che "è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui il condannato non [possa] giustificare la provenienza" e "di cui [risulti] essere titolare o avere la disponibilità", "in valore sproporzionato" al "proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito" o "alla propria attività economica".

Aspre battaglie interpretative sono sorte sul significato attribuibile alle diverse espressioni in ragione delle *coniunzioni* tra i vari sintagmi.

Con riguardo alla prima proposizione, la teoria più intransigente ritiene che siano da considerarsi privi di *giustificazione* i beni accumulati in maniera illecita non solo dal punto di vista penale, ma anche sotto il profilo civile, amministrativo o tributario. Per questo dovrebbe necessariamente prescindersi dalla dichiarazione dei redditi o dall'attività economica esercitata⁴⁴.

La tesi in verità sovrappone i presupposti della misura ex art. 12-*sexies* con la confisca di prevenzione "antimafia" (art. 2-*ter* l. 575 del 1965 oggi art. 24 d. lgs. 159 del 2011), ove si parla di *legittima* provenienza. Sulla base di ciò, taluni ritengono infatti che possa intendersi come presupposto della confisca non solo la provenienza da reati, ma anche da illeciti amministrativi, civili o tributari⁴⁵.

Per l'orientamento favorevole a questa lettura, di conseguenza, l'enunciato che segue alla congiunzione "o" andrebbe interpretato quale criterio alternativo e "sussidiario" (*in pejus*) di quello immediatamente precedente⁴⁶.

Diversamente, si sostiene che, nel caso in cui si ritenga che per disporsi la confisca debbano *cumulativamente* verificarsi la sproporzione rispetto al reddito comunque dichiarato e all'attività economica, si verrebbe a creare una sorta di "scudo" contro l'aggressione dei beni, qualora il proposto abbia "gonfiato" le poste dell'attivo o del passivo dell'attività economica svolta o del red-

2007, 2, 225, sull'onere di prima allegazione per la parte privata; Cass., Sez. I, 13 maggio 2008, Esposito, in, *Mass. Uff.* 240091, sull'onere di ricostruzione storica dei redditi; Cass., Sez. II, 9 febbraio 2011, B. F. e altri, in, *ivi*, 249364, sull'onere di dimostrare l'effettiva disponibilità del bene intestato a terzi.

⁴⁴ Le dichiarazioni fiscali potrebbero ben essere non veritiere non solo in difetto, ma anche in eccesso, attraverso l'architettura fittizia di un'attività economica lecita. Cfr. LAGANÀ, *Confisca penale e confisca di prevenzione*, cit. 18; CAPECCHI, *Le misure di prevenzione patrimoniali*, cit. 329 ss.

⁴⁵ LAGANÀ, *Confisca penale e confisca di prevenzione*, cit., 18; tuttavia, anche tale prospettiva non è esente da critiche, non potendosi giustificare la pesante ablazione patrimoniale di fronte a qualsiasi attività posta in essere *contra ius*. Cfr. ASTARITA, *Presupposti e tipologia delle misure applicabili*, cit., 398.

⁴⁶ cfr. Cass., Sez. V, 23 ottobre 2007, CA. AN. e altri, in, *Mass. Uff.*, n. 238216; Cass., Sez. VI, 27 maggio 2003, Lo Iacono, *ivi*, n. 226665; Cass., Sez. I, 14 ottobre 1996, Scarcella e altri, in, *Cass. Pen.*, 1997, 2718; v. anche LAGANÀ, *Confisca penale e confisca di prevenzione*, cit., 18.

dito dichiarato con artifici contabili, false dichiarazioni, false fatture o altri mezzi fraudolenti⁴⁷.

Tale interpretazione è osteggiata dal diverso fronte⁴⁸ che, innanzi alle fattispecie penal-tributarie, considera l'applicazione della misura un'interpretazione analogica *in malam partem*, poiché i delitti puniti ex D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, non sono enumerati tra i reati presupposto per l'applicazione dell'art. 12-*sexies* legge n. 306 del 1992.

La seconda prospettiva, tuttavia, omette di considerare il fatto che, se intesa in funzione special-preventiva, la "confisca allargata" è svincolata da ogni nesso di pertinenzialità al reato. Quindi l'oggetto della confisca non deve coincidere con i proventi del reato presupposto⁴⁹.

Solo ove tale misura si considerasse prevalentemente come pena, pur "allargata" con il meccanismo della presunzione *iuris tantum* di illecita provenienza, si potrebbero far emergere tutti quei profili di garanzia sostanziale, ingiustamente aggirati da interpretazioni dettate da ragioni di politica criminale non perfettamente coerenti con l'attuale e smisurato catalogo dei reati enumerati nell'art. 12-*sexies*⁵⁰.

Tale deve essere l'interpretazione conforme alla Costituzione e alla C.e.d.u., ove si ammetta che, non potendo non rilevarsi il carattere *preminentemente* afflittivo, general-preventivo, dissuasivo e quindi, sostanzialmente penale⁵¹, la misura di sicurezza patrimoniale in oggetto debba rispettare "almeno" il criterio di proporzionalità *al rovescio* stabilito espressamente dalla legge proprio con riguardo alla rilevanza dei redditi dichiarati e dell'attività economica, confortato necessariamente da allegazioni «serie e riscontrate»⁵² nel contraddittorio delle parti.

L'apparente antinomia può pertanto risolversi recuperando la corretta distribuzione dell'onere probatorio.

⁴⁷ A tal proposito CAPECCHI, *Le misure di prevenzione patrimoniali*, cit., 339 ss, rileva che neanche la regolarizzazione fiscale attraverso il pagamento di imposte speciali e la conclusione di transazioni tributarie, come il c.d. "scudo" fiscale o il c.d. condono "tombale" esimano dalla possibile confisca. In giurisprudenza: Cass., Sez. II, 06 maggio 1999, Sannino, in, *Cass. Pen.*, 2000, 1051.

⁴⁸ ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, cit., 93.

⁴⁹ MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 650, rileva che nella formulazione dell'art. 12-*sexies* «si spezza, dunque, il tradizionale legame tra reato e bene confiscato».

⁵⁰ Cfr. ACQUAROLI, *l'estensione dell'art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione*, in, *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 2, 251.

⁵¹ La prevalenza della sostanza sulla forma, con le conseguenti ricadute applicative, deve essere desunta da svariati indici rivelatori, con particolare riferimento ai presupposti, all'oggetto ed ai destinatari, quali ad esempio: il carattere di perpetuità e irrevocabilità, l'obbligatorietà dell'applicazione, la mancata previsione del requisito della pericolosità, l'applicazione in conseguenza di una condanna, l'applicabilità a beni non derivanti dal reato ma di valore equivalente, etc. Cfr. NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., 57.

⁵² MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit. 359 ss.

La pronuncia del giudice sarà legittima soltanto ove la pubblica accusa abbia fornito l'evidenza della difformità tra reddito dichiarato e reddito reale, ai fini della confisca del patrimonio, che risulti, al di là di ogni ragionevole dubbio, accumulato in maniera illecita.

In sintesi, il parametro di proporzionalità, che funge da limite per determinare precisamente l'estensione della confisca, è presunto nella dichiarazione dei redditi⁵³ e nell'attività economica, lecita ed emersa, del proposto, che potrà essere confutata solo fornendo la prova d'accusa dell'illecita provenienza. Di conseguenza, la presunzione d'illecita provenienza non può che operare per la parte di patrimonio che si provi esser sproporzionato rispetto al citato parametro⁵⁴.

Pertanto, solo nell'ipotesi di attività economica occultata al fisco, oggetto della pronuncia che qui si commenta, l'onere di allegazione incombe evidentemente sull'interessato, condannato o terzo, altrimenti dispiegandosi il meccanismo della presunzione (semplice) di illecita provenienza⁵⁵.

L'allegazione di prove dell'attività economica occultata al fisco produce effetti diversi a seconda del fatto che essa provenga da parte del condannato o del terzo.

Come da pacifica giurisprudenza⁵⁶, il terzo che sostenga in giudizio la provenienza del patrimonio dalla propria attività economica occultata al fisco, di origine lecita o illecita che sia, a differenza del condannato, non può essere colpito dalla confisca, neanche per la quota parte corrispondente all'ammontare dell'imposta evasa, proprio perché, in quanto terzo, egli non può subire conseguenze penali pregiudizievoli senza un processo in cui sieda da "protagonista".

Di conseguenza, la presunzione d'illiceità non può operare nei confronti del terzo⁵⁷, poiché, nel momento in cui provi la provenienza dei beni dalla propria attività, quando anche addirittura illecita, egli proverebbe anche di essere

⁵³ Osserva ASTARITA, *Presupposti e tipologie delle misure applicabili*, in, *Le misure di prevenzione*, cit., 395 ss, «il giudice, quindi, non può "scegliere" arbitrariamente quale sia il parametro di riferimento, specie ove conduca a un risultato difforme, dal momento che entrambi concorrono a formulare il giudizio di relazione. Con una precisazione, tuttavia, non secondaria: l'indagine sulla "sproporzione" fra beni ed attività economica svolta sembra preclusa dal positivo esito del giudizio di "proporzionalità" formulato rispetto al reddito dichiarato»

⁵⁴ Cass., Sez. V, 28 maggio 1998, Di Pasquale, in, *Cass. Pen.*, 1999, 3126.

⁵⁵ Cfr. ASTARITA, *ivi*, 396, «Il ricorso a criteri presuntivi, invero, sembra accettabile solo in assenza di una prova diretta (...) potendo correttamente parlarsi di "presunzione" solo in assenza di dati storici, documentali, comprovanti un determinato accadimento».

⁵⁶ Cass., Sez. VI, 5 novembre 2010, Noviello, in, *Mass. Uff.*, n. 248929.

⁵⁷ Cass., Sez. VI, 28 novembre 2012, S.N., cit.; MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 335 ss.

il titolare effettivo, spezzando il presupposto di presunta disponibilità in capo al condannato tramite interposizione fittizia⁵⁸.

Viceversa, la presunzione d'illiceità che permane nel rapporto tra il condannato e i beni oggetto di confisca può essere superata solo ove, effettivamente, la titolarità o disponibilità di beni, denaro o altra utilità trovi origine in proventi di attività economiche *lecite*⁵⁹ di cui si fornisca la prova o almeno un principio di prova *serio* da confutare attraverso accertamenti d'ufficio⁶⁰.

Ulteriore problema interpretativo investe la rilevanza di attività lecite nello scopo, ma "illegittime", per le modalità con cui si esercitano, per esempio, per mancanza di autorizzazione o altri requisiti imposti dalla legge. Sulla base dell'interpretazione più restrittiva, esse concorreranno comunque a giustificare il patrimonio non intaccabile con la confisca allargata, in virtù delle già evidenziate differenze tra la confisca penale *ex art. 12-sexies* e la confisca di prevenzione *ex art. 24* del c.d. "codice antimafia"⁶¹.

Un prezioso sostegno alla tesi globalmente prospettata si può trarre dalle considerazioni espresse dalla Corte costituzionale nell'ordinanza interpretativa di rigetto n. 18 del 1996. La lettura di tale provvedimento dona la dimensione di quanto sia mai lontana da un'impostazione costituzionalmente orientata l'interpretazione dominante della norma in esame, laddove la Consulta afferma che il legislatore ha non irragionevolmente ritenuto di "presumere l'esistenza di un nesso pertinenziale tra alcune categorie di reati e i beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza". Ciò vuol dire che la *ratio* normativa tende a punire e ad ottenere la confisca di tutti quei beni che costituiscono provento delle condotte illecite contemplate dall'*art. 12-sexies*, sebbene tramite presunzione. Esula pertanto dalla medesima *ratio* l'ablazione di patrimoni, anche se illeciti, non riconducibili alle fattispecie presupposto (come è il caso dell'evasione fiscale).

Seguendo l'orientamento finora commentato, il problema della confiscabilità dei redditi occultati al fisco, ivi inclusi i profitti da evasione, non potrà che essere risolto in modo negativo, trattandosi di redditi geneticamente leciti,

⁵⁸ Ciò non esclude la doverosa apertura di una procedura d'ufficio per il recupero dell'imposta, l'iscrizione della notizia di reato o il sequestro, ove possibile, del provento illecito in diverso procedimento.

⁵⁹ E' incontestabile il fatto che la disposizione non possa che escludere la rilevanza delle attività economiche illecite del condannato, altrimenti introducendo un macroscopico parametro di elusione della stessa norma.

⁶⁰ Cfr. Cass., Sez. V, 10 febbraio 2006, S. S. e altri, cit.; nonché CAPECCHI, *Le misure di prevenzione patrimoniali*, cit., 330.

⁶¹ Diverso problema di "scorporo" si presenta anche in un'altra tematica, di cui si rinvia l'approfondimento, concernente la possibile rilevanza dei costi sostenuti per la commissione del reato. In senso negativo: Cass., Sez. V, 18 luglio 2008, D. A. M., in, *Mass. Uff.* 241671.

poiché l'illecito è successivo alla produzione del reddito⁶², purché provenienti da attività lecite e comprovate nella loro consistenza.

Una volta raggiunta la prova dell'esistenza e della consistenza del reddito occultato, sia di fronte ad ipotesi delittuose tributarie, sia di fronte a meri illeciti amministrativi, non potrà che essere dovere dell'autorità giudiziaria provvedere a rilevare le rimanenze suscettibili di tassazione d'ufficio, eventualmente stimolando le idonee interazioni tra uffici tributari e pubblica accusa.

Tale *modus operandi* è imposto non solo dalla ragionevolezza, ma anche dalla normativa sulla tassazione dei proventi illeciti non sottoposti a confisca (art. 36, comma 34-*bis* D.L. 4 luglio 2006, n. 223; art. 14, co. 4 L. 24 dicembre 1993, n. 537),⁶³ dagli obblighi di denuncia delle violazioni tributarie (art. 36, co. 4 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600) e dalle speciali sanatorie per la regolarizzazione fiscale (come è il caso dell'art. 7, co. 14 L. 23 dicembre 1999, n. 488, invocato dal ricorrente).

Rebus sic stantibus, per le ragioni già esposte di rispetto del principio di legalità, non è da ritenersi confiscabile il reddito, provento di attività economica lecita comprovata, ma non dichiarata nella dichiarazioni dei redditi, poiché esula dalla *ratio* della norma la repressione penale dell'illecito tributario, che viene ad esistenza in un momento *successivo* alla produzione del reddito stesso⁶⁴. Per tali ragioni, dovrà escludersi la confiscabilità anche dell'incremento economico generato dal reimpiego da parte dell'evasore stesso dei proventi dell'evasione, poiché ciò costituirebbe, certamente, un'analogia *in malam partem*⁶⁵.

Coerentemente, è ammissibile la revoca della confisca di un bene il cui valore sia compatibile con la capacità economica manifestata in epoca coeva al suo acquisto, indipendentemente dall'esatto adempimento dell'obbligazione tri-

⁶² Cfr. ASTARITA, *Presupposti e tipologia delle misure applicabili*, cit., 400.

⁶³ Cfr. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, cit., 3 ss.

⁶⁴ Cass., Sez. VI, 28 novembre 2012, S. N., cit.; Ciò non dovrebbe salvaguardare, tuttavia, i redditi prodotti dal soggetto il cui fine esclusivo tenda alla sistematica violazione delle norme tributarie o al riciclaggio o reimpiego di denaro - Tale sarebbe la c.d. "cartiera", soggetto che assume la funzione di società schermo per attività illecite, in quanto, come risulta palese, l'attività economica esercitata sarebbe da considerarsi illecita nello scopo e meramente strumentale. Sulla nozione di provento confiscabile v. Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a. in, *Mass. Uff.* 239924, secondo cui "il termine provento ha carattere onnicomprensivo di tutto ciò che deriva dalla commissione del reato", in contrapposizione al profitto, al prodotto ed al prezzo; nonché ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, cit., 169 ss.; PERINI, *La nozione di "profitto del reato" quale oggetto della confisca per equivalente*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., II, 932; BONTEMPELLI, *L'accertamento del profitto nel sequestro preventivo, fra contratto d'appalto e reati di corruzione e truffa*, in, www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁵ Ciò costituirebbe un'estensione della diversa previsione inserita nella confisca di prevenzione antimafia ex art. 2-*ter* legge n. 575 del 1965, mancante nell'art. 12-*sexies*; inoltre, *de iure condito*, non risulta estensibile la responsabilità per i reati ex art. 648-*bis* e 648-*ter* c.p. all'autore del reato presupposto: Cass., Sez. VI, 2 luglio 2012, Schiavone, in, *Mass. Uff.* 253010.

butaria, essendo riservato a diversa sede (tributaria o penale) l'eventuale indagine della regolarità del versamento.