

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

4/2020

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

**UN ULTERIORE SFORZO DELLA SUPREMA CORTE
PER PROMUOVERE UNO STATUTO DI GARANZIE
NELL'APPLICAZIONE DI FORME DI CONFISCA ALLARGATA:
ART. 240-BIS C.P., IRRETROATTIVITÀ E DIVIETO DI ADDURRE
L'EVASIONE FISCALE NELL'ACCERTAMENTO DELLA SPROPORZIONE**

*Nota a [Cass., Sez. I, sent. 11 ottobre 2019 \(dep. 17 gennaio 2020\),
n. 1778, Pres. Rocchi, Est. Magi, ric. Ruggieri](#)*

di Anna Maria Maugeri

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La confisca *ex art. 240-bis c.p.* come strumento per colpire il possesso ingiustificato di valori. – 3. I rapporti della confisca allargata con la confisca di prevenzione. – 4. L'avvenuta "ricostruzione in positivo della colpevolezza" in luogo della condanna come presupposto della confisca *ex art. 240-bis c.p.* – 5. La tassatività processuale per accertare la pericolosità semplice ai fini della confisca di prevenzione. – 6. L'accertamento della sproporzione in termini "scomposti". – 7. La ragionevolezza temporale. – 8. L'irrilevanza dell'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione. I riflessi sull'oggetto e la natura della confisca allargata. – 9. L'irretroattività del divieto probatorio introdotto dalla l. 161/2017 (irrilevanza dell'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione) *ex art. 11 preleggi*.

1. Premessa.

La sentenza del 11 ottobre 2019 (dep. 17/01/2020) della Suprema Corte, Sez. I, relatore Magi, in materia di confisca estesa *ex art. 12-sexies d.l. 306/1992*, ora *art. 240-bis* in seguito al d.lgs. 21/2018, merita di essere segnalata perché non solo ribadisce in termini garantistici la necessità della ragionevolezza temporale ai fini dell'applicazione di questa forma di confisca, ma soprattutto stabilisce che non può essere applicata retroattivamente la nuova disciplina introdotta dal d.lgs. n. 161/2017 in base alla quale «in ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge».

Si tratta di un ulteriore encomiabile sforzo della Suprema Corte che – già nel passato in mancanza di una sufficiente disciplina, ma soprattutto negli ultimi anni – sta cercando di elevare lo standard delle garanzie nell'interpretazione della confisca allargata e della confisca di prevenzione al fine di rendere compatibili con i principi dello stato di diritto questi modelli di confisca – fondati su presunzioni di illecito arricchimento – anche se sempre e inevitabilmente il tutto avviene tra inevitabili incoerenze e compromessi, dovuti alla struttura intrinseca di queste fattispecie,

funzionali a esigenze di efficienza anche a scapito delle garanzie della materia penale alle quali vorrebbero sottrarsi.

In ogni caso sembra importante riconoscere il fondamentale ruolo che la giurisprudenza sta rivestendo nella costruzione di uno statuto garantistico del processo al patrimonio illecito, evidenziando di volta in volta i risultati conseguiti in termini di garanzie; basti ricordare per le misure di prevenzione l'interpretazione più rigorosa della pericolosità, sia qualificata sia generica, che emerge negli ultimi orientamenti in termini di tassatività sostanziale e processuale, o alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4, n. 1, lett. a) d.lgs. 159/2011 da parte della Corte Cost. nella sentenza 24/2019¹, o all'interpretazione della confisca allargata fornita dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 33/2018.

2. La confisca *ex art. 240-bis c.p.* come strumento per colpire il possesso ingiustificato di valori.

La Suprema Corte in questa sentenza, innanzitutto, evidenzia – come già recentemente ricordato dalla Corte Cost. nella sentenza n. 33/2018 – che questa forma di confisca è nata in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità da parte della sentenza n. 48/1994 della fattispecie di possesso ingiustificato di valori *ex art. 12-quinquies*, c. 2 d.l. 356/92, che puniva con la reclusione da 2 a 5 anni, oltre alla confisca, il possesso ingiustificato di valori da parte di soggetti indiziati o imputati di determinati reati; come sottolinea la Corte Costituzionale, la formulazione dell'art. 12-*sexies* recepisce le indicazioni della Corte venendo la misura ablativa collegata alla condanna per il reato presupposto, e non già al semplice avvio del procedimento penale². Si precisa nella sentenza in esame che «In sostanza il legislatore emendava la precedente norma dal vizio riscontrato dal giudice delle leggi, in punto di contrasto con la presunzione di non colpevolezza, ma ne manteneva la logica e la finalità operativa sul terreno del contrasto

¹ In materia F. BASILE – E. MARIANI, *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva*, in *Giust. Pen.*, 2019, 151-160; G. AMARELLI, *Misure di prevenzione e principio di determinatezza*, in *Treccani – Libro dell'anno*, 2019, 104-108; M. CERFEDA, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle "misure di polizia"*, in *Archivio penale.it*, 2019; S. FINOCCHIARO, *Due pronunce della corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza de Tommaso della Corte Edu*, in *Diritto penale contemporaneo* 2019; F. MAZZACUVA, *L'uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 987-993; M. PICCHI, *Principio di legalità e misure di prevenzione nella ricostruzione dialogica fra Corte EDU, Corte costituzionale e Corte di cassazione. Gli sforzi "tassativizzanti" della giurisprudenza di legittimità possono sopperire alla cattiva qualità della legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019, <http://www.osservatoriosullefonti.it>; E. APRILE, *La Corte Costituzionale "riscrive" la disciplina delle misure di prevenzione "generiche" per garantirne maggiore determinatezza nei loro presupposti applicativi e negli effetti penalistici della violazione delle relative prescrizioni – nota a C. Cost., 27 febbraio 2019, n. 24*, in *Cass. pen.*, 2019, 1864 ss.; V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante (Osservazione a Corte cost., 27 febbraio 2019 n. 24)*, in *Giur. cost.*, 2019, 322-344; A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, 182 ss.

² Corte Cost., 8 novembre 2017 (21 febbraio 2018), n. 33.

alle forme di accumulazione patrimoniale illecite, spostando l'asse della confiscabilità (dei beni sproporzionati) dalla condizione di indagato a quella di condannato per un dei particolari 'reati-spia'».

D'altronde la Corte Costituzionale, dopo aver dichiarato con la sentenza n. 370/1996 l'incostituzionalità del possesso ingiustificato di valori *ex art. 708 c.p.*³, con la pronuncia n. 48/1994, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 12-*quinquies*, c. 2, d.l. n. 306/92 ha ritenuto «non in contrasto con i principi costituzionali una norma che, al limitato fine di attivare misure di tipo preventivo, desume dalla qualità di indiziato per taluni reati il sospetto che la sproporzione tra beni posseduti e reddito dichiarato possa essere frutto di illecita attività economica»⁴. Insomma, la Corte Costituzionale prima ancora di suggerire la formulazione dell'art. 12-*sexies* d.l. 306/92, riconosce nella confisca di prevenzione lo strumento idoneo a perseguire in maniera legittima il possesso ingiustificato di valori.

Come evidenziato in altra sede⁵, infatti, tale forma di confisca allargata e, a maggior ragione, la confisca di prevenzione rientrano tra i meccanismi sanzionatori che consentono nel panorama comparato di colpire in qualche modo il possesso ingiustificato di valori; come forme di confisca senza condanna, la cui applicazione è fondata anch'essa sulla presunzione dell'illecito arricchimento del destinatario della misura attraverso forme di semplificazione o di inversione dell'onere della prova, ad esempio il *civil forfeiture* irlandese o il *civil recovery* britannico o discipline simili previste in Sud Africa, Canada, etc.; la fattispecie di autoriciclaggio⁶; fattispecie *ad hoc* di dubbia costituzionalità come quella francese di «*non-justification de ressources ou de l'origine d'un bien*» (legge n. 2006-64 del 23 gennaio 2006⁷); gli *Unexplained wealth orders* (UWO) nell'ordinamento australiano o britannico (la parte I del *Criminal Finances Act 2017* ha introdotto nell'ambito del *Proceeds of Crime Act 2002*, le nuove sezioni 362A–362I), che prevedono l'obbligo di giustificare il proprio patrimonio in capo a “*politically exposed*

³ Cfr. A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività (I e II parte)*, I parte, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, fasc. II, 1999; II parte, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, fasc. III, 1999.

⁴ Corte cost., 9 febbraio 1994, n. 48, in *Riv. pen. econ.*, 1994, 46, con nota di P. MICHELI.

⁵ A.M. MAUGERI, *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, in C.E. Paliero – F. Viganò – F. Basile – G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Studi in onore di Emilio Dolcini, Giuffrè Editore, Milano, 919 ss.

⁶ Cfr. A.M. MAUGERI, *L'autoriciclaggio dei proventi dei reati tributari nel diritto comparato: tra obblighi di incriminazione, la violazione del ne-bis in idem e il concorso apparente di norme*, in A.M. Maugeri – V. Scalia – G.M. Vagliasindi (a cura di), *Crimine organizzato e criminalità economica tendenze empirico-criminologiche e strumenti normativi di contrasto nella prospettiva del diritto dell'Unione Europea*, IUS Pisa University Press, 2019; A.M. MAUGERI, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari: ulteriore espressione di voracità statale o utile strumento di politica criminale?*, in E. Mezzetti – D. Piva (a cura di), *Punire l'autoriciclaggio: come, quando e perché*, Giappichelli Editore, Torino, p. 97 ss.

⁷ Pena di tre anni di reclusione e 75.000 euro di multa (Articolo 321-6), che diventano 5 anni e 150.000 quando il reato è commesso tramite un minore rispetto al quale l'imputato non può giustificare le basi della sua autorità (Article 321-6-1), e 7 e 200.000 di multa, quando i reati in questione sono traffico di esseri umani, estorsione o associazione a delinquere, o traffico di stupefacenti, anche nei casi di normali relazioni con uno o più persone che fanno uso di sostanze stupefacenti. Essi sono aumentati a dieci anni di reclusione e una multa di 300.000 euro nel caso in un reato di cui al comma precedente, è commesso da uno o più minori.

person” (“PEP”), detentrici di un incarico pubblico (dittatori di uno paese straniero), o soggetti coinvolti in gravi crimini (*Schedule 1 of the Serious Crime Act 2007*), laddove sussistano ragionevoli motivi per sospettare tale coinvolgimento (sostanzialmente nell’ambito di un procedimento civilistico si vuole ulteriormente alleggerire l’onere dell’autorità investigative e così facilitare l’applicazione del *civil forfeiture*, imponendo a un soggetto di giustificare le origini della propria ricchezza).

Ricordiamo che discutibilmente l’art. 20 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione raccomanda l’incriminazione dell’ingiustificato arricchimento⁸, commesso dolosamente (*intentionally*) – nei limiti della compatibilità con i principi fondamentali e costituzionali dei diversi sistemi legali – definito come «*a significant increase of the assets of a public official that they cannot reasonably explain in relation to their lawful income*»⁹. Si afferma espressamente nel Report di accompagnamento della convenzione, al punto 296, che la criminalizzazione dell’illecito arricchimento è risultata utile in taluni ordinamenti dinanzi alla difficoltà di accertamento di episodi di corruzione, nonché come deterrente della stessa corruzione. Fattispecie *ad hoc* sono già state introdotte in Etiopia (Art. 419 *Criminal Code*), Lituania (Art. 189-1 *Criminal Code*), Romania (Art. 267 *Criminal Code*), Argentina (Art. 286 *Criminal Code*), India (Art. 13 *Prevention of Corruption Act 1988*). Talora limitando l’ambito di applicazione di tale reato solo all’ipotesi in cui l’attività criminale presupposta rientri in talune fattispecie, talora richiedendo che l’autore sia un soggetto politicamente esposto.

Si cerca al punto 297 della Convenzione di negare l’incompatibilità di una simile incriminazione con la presunzione d’innocenza, osservando che non si tratta di introdurre una presunzione di colpevolezza in quanto spetta all’accusa la prova del valore sproporzionato rispetto al reddito dei beni posseduti. Si tratterebbe di una presunzione confutabile contro la quale l’imputato può offrire una ragionevole o credibile spiegazione.

In realtà l’imputato deve offrire una credibile spiegazione altrimenti il suo silenzio finirà per corroborare gli elementi forniti dall’accusa, prevalendo in questo caso il principio *in dubio pro republica*, con evidente sacrificio del rispetto della presunzione d’innocenza; e questo vale per tutti questi meccanismi sanzionatori che pur non prevedendo la pena detentiva, fondano la confisca su presunzioni di illecito arricchimento.

Si tratta di meccanismi di semplificazione probatoria, che arrivano a deformare la funzione di garanzia del “tipo criminoso” per esigenze probatorie (il legislatore anziché tipizzare elementi pregnanti dal punto di vista del disvalore ripiega su elementi che ne indiziano la presenza), al fine di colpire a valle, per lo meno nella forma della sottrazione dell’illecito profitto, i reati sfuggiti a monte alla persecuzione penale e quindi alla confisca.

⁸ Illicit enrichment Article 20.

⁹ Illicit enrichment Article 20.

3. I rapporti della confisca allargata con la confisca di prevenzione.

Nella sentenza in esame la Suprema Corte riconosce che tale forma di confisca allargata è «geneticamente 'importato' dalla articolata elaborazione sino ad allora avvenuta nel settore delle misure di prevenzione patrimoniale antimafia», riconoscendo che la confisca allargata e quella di prevenzione condividono la medesima logica e finalità, essendo entrambe fondate su una presunzione di illecito arricchimento (che, addirittura, in base a un certo orientamento giurisprudenziale si estende per la confisca *ex art. 240-bis c.p.* alla data di irrevocabilità della sentenza di condanna e non alla data di pronuncia di tale sentenza¹⁰) e destinate a una «funzione di ostacolo preventivo teso ad evitare il proliferare di ricchezza di provenienza non giustificata, immessa nel circuito di realtà economiche a forte influenza criminale».

La Suprema Corte riprende l'approccio sancito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 24/2019 nel riconoscere la medesima *ratio* e finalità alle due forme di confisca in esame, in contrasto con il precedente orientamento sia della Suprema Corte sia della stessa Corte Costituzionale che negava tale similitudine per non estendere le garanzie previste per la confisca *ex art. 12-sexies* alla confisca di prevenzione¹¹.

E, addirittura, evidenzia la Suprema Corte, i successivi interventi di riforma sono stati ispirati proprio dalla precisa volontà del legislatore di assimilare la disciplina della confisca allargata a quella della confisca di prevenzione, in gran parte per garantire in sede di confisca allargata l'applicazione della sperimentata disciplina del procedimento di prevenzione circa la destinazione, l'amministrazione e gestione dei beni, nonché la tutela dei terzi (l. 45/2001, n. 94/2009, n. 50/2010, n. 228/2012, n. 161 del 2017, che ha pure esteso la regola di necessaria partecipazione al procedimento di cognizione dei soggetti terzi intestatari di beni potenzialmente incisi dalla confisca, art. 104-*bis* c.p.p. al comma 1-*quinqüies*).

La Corte sorvola sull'assimilazione in termini di efficienza realizzata con il d.lgs. n. 161/2017 (e confermata dal d.lgs. n. 21/2018), che smantella il regime più garantistico previsto per la confisca *ex art. 12-sexies*, cristallizzando così la sua applicazione nel procedimento di esecuzione (c. 1 dell'art. 183-*quater* del d.l. n. 271/1989, in cui il d.lgs. n. 21/2018 ha trasposto il precedente c. 4-*sexies* dell'art. 12-*sexies*, introdotto dalla l. n. 161/2017) in mancanza di sufficienti garanzie procedurali, ma soprattutto consentendone l'applicazione anche in caso di prescrizione (dopo una sentenza di

¹⁰ Cass., Sez. I, 17/05/2019, n. 35856; *contra* Cass., Sez. I, 12/04/2019, n. 22820 precisa che la confisca può essere disposta dal giudice solo in relazione alle disponibilità del condannato già individuate nel giudizio di cognizione, in quanto la sua estensione ai beni acquistati successivamente contrasta con i principi generali che regolano le attribuzioni di tale giudice e vanifica ogni distinzione tra la disciplina di tale tipo di confisca e quella della confisca di prevenzione; si attribuirebbero al giudice dell'esecuzione compiti di accertamento tipici del giudizio di cognizione (salva «l'eventualità che il danaro utilizzato per l'acquisto risulti essere stato in possesso del condannato fin da epoca precedente») vd. Cass., Sez. I, n. 2634/2012; Cass., Sez. I, n. 12047/2015; Cass., Sez. I, n. 53625/2017; Cass., Sez. I, n. 9984/2018; Cass., Sez. V, n. 21711/2018.

¹¹ Sul punto si rinvia a A.M. MAUGERI – P. PINTO DE ALBUQUERQUE, [La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria \(Corte Cost. n. 24/2019\)](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, n. 3, 124 ss.

condanna, art. 578-*bis* c.p.p. introdotto dal d.lgs. 21/2018 che riprende il comma 4 *septies* dell'art. 12-*sexies*, introdotto dalla l. 161/2017) e di morte del condannato (dopo la sentenza definitiva, art. 183-*quater* d.lgs. 271/1989, c. 2 introdotto da parte del d.lgs. n. 21/2018, che ha così sostituito il comma 4 *octies* dell'art. 12-*sexies*, introdotto dalla l. 161/17), e senza la possibilità di dimostrare il valore proporzionato degli acquisti attraverso i proventi dell'evasione fiscale, se non addirittura attraverso il reddito imponibile sottratto alla tassazione.

La Suprema Corte sottolinea, quindi, che tra le due forme di confisca cambia solo «il *modus* ricostruttivo di uno dei presupposti applicativi (quello soggettivo)», la base «cognitiva alla cui stregua si articola il giudizio sulla persona: nel primo caso (misura di prevenzione patrimoniale) si tratta della ricostruzione di un profilo di pericolosità soggettiva orientato sulla constatazione della contiguità mafiosa (o su altre ipotesi tipizzate) che può anche prescindere dalla verifica di colpevolezza per un reato (ma sovente la include come presupposto cognitivo), nel secondo caso (confisca penale allargata) si tratta della avvenuta ricostruzione *in positivo* della colpevolezza per uno dei reati elevati dal legislatore a possibili indicatori di una accumulazione illecita ...». Fermo restando, si dovrebbe aggiungere, che poi le due forme di confisca si distinguono dal punto di vista oggettivo: è vero, come si afferma nella sentenza in esame, che la confisca allargata «adotta un modello descrittivo dell'analisi patrimoniale (disponibilità anche *indiretta* dei beni, mancata giustificazione della provenienza, sproporzione di valore con il reddito dichiarato o con i risultati dell'attività economica svolta) del tutto coincidente con quello elaborato nel settore della prevenzione patrimoniale»; ma la confisca di prevenzione si può fondare non solo sull'accertamento del valore sproporzionato del bene come la confisca allargata, ma anche alternativamente sulla sussistenza di indizi o meglio sulla prova indiziaria circa l'origine illecita dei beni (risultino frutto o reimpiego). Anche se, come ribadito nella sentenza n. 33/2018, la sproporzione rivela come mero indizio dell'origine illecita e non come requisito autonomo.

4. L'avvenuta ricostruzione *in positivo* della colpevolezza in luogo della condanna come presupposto della confisca *ex art. 240-bis* c.p.

Si deve evidenziare che la Suprema Corte non parla più della condanna come requisito soggettivo della confisca allargata, come sancito nell'art. 12-*sexies* d.l. 306/92 e ora nell'art. 240-*bis* c.p., ma piuttosto «della avvenuta ricostruzione *in positivo* della colpevolezza per uno dei reati», prendendo atto dell'intervenuta riforma introdotta dalla l. 161/2017 e confermata dal d.lgs. 21/2018 che, come accennato, con l'introduzione dell'art. 578-*bis* c.p.p. – che cristallizza una precedente ma non uniforme giurisprudenza¹² – consente di applicare tale forma di confisca anche nel caso di

¹² Cass., Sez. II, 24 agosto 2010, Pastore, n. 32273, in Mass. Uff. n. 248409; Cass., Sez. VI, 4 luglio 2008, Ciancimino, n. 27343, in Mass. Uff. n. 240585; *contra* Cass., Sez. II, 29 marzo 2010, Dragone, n. 12325, in Mass. Uff. n. 247012; Cass., Sez. I, 10 maggio 2010, n. 17716, Mele e altro, in Mass. Uff. n. 247067; Cass., Sez. V, 24 febbraio 2015 (dep. 17/06/2015), Prestanicola e altri, n. 25475, in Mass. Uff. n. 263904.

estinzione del reato per prescrizione o per amnistia, purché la confisca sia già stata ordinata e vi sia un previo accertamento della responsabilità dell'imputato (la Suprema Corte precisa da ultimo «a condizione che sia compiutamente accertata la configurabilità del reato in tutti i suoi elementi costitutivi, sulla base del medesimo standard probatorio richiesto per la pronuncia della sentenza di condanna»)¹³.

Tale problematica riforma avvicina la disciplina della confisca a quella delle misure di prevenzione, prescindendo da una condanna, per mere esigenze di efficienza a scapito delle garanzie¹⁴; infatti, come ampiamente evidenziato dal giudice Albuquerque nella sua opinione dissenziente nel caso G.I.E.M., questa nozione di “condanna sostanziale” suscita molte perplessità in termini di rispetto dei principi costituzionali, a partire dalla presunzione d’innocenza, e in termini di coerenza rispetto all’interpretazione sostanzialistica che la Corte Costituzionale fornisce della prescrizione (su cui fonda il c.d. diritto all’oblio), laddove si utilizza per consentire l’applicazione della confisca allargata *ex art. 240-bis c.p.* o di forme di confisca pena, come quella urbanistica¹⁵.

5. La tassatività processuale per accertare la pericolosità semplice ai fini della confisca di prevenzione.

Nella sentenza in esame la Suprema Corte precisa che ai fini della ricostruzione della pericolosità soggettiva si «può anche prescindere dalla verifica di colpevolezza per un reato (ma sovente la include come presupposto cognitivo)», facendo riferimento con quest’ultima espressione «sovente la include come presupposto cognitivo» a quell’orientamento, recentemente affermatosi, in base al quale la Suprema Corte pretende ai fini del giudizio di c.d. “pericolosità semplice” dei precedenti penali e giudiziari; come affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 24/2019 «occorre un pregresso accertamento in sede penale, che può discendere da una sentenza di condanna oppure da una sentenza di proscioglimento per prescrizione, amnistia o indulto che contenga in motivazione un accertamento della sussistenza del fatto e della sua commissione da parte di quel soggetto (Cass., n. 11846 del 2018, n. 53003 del 2017 e n. 31209 del 2015)» (§ 11).

Tale orientamento che non si accontenta di meri indizi ai fini del giudizio di pericolosità semplice (generica) rappresenta un passo in avanti in termini di tassatività processuale e di rispetto della presunzione d’innocenza come profilo processuale del principio di legalità, che garantisce che i cittadini siano chiamati a rispondere (nel senso di subire delle conseguenze giuridiche, come sono, perlomeno, le misure preventive)

¹³ Cass., Sez. III, 08/11/2018, n. 5936.

¹⁴ Ampiamente sul punto A.M. MAUGERI, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*, in *Archivio Penale Speciale Riforme (Web)* 2018, e cartaceo pp. 235 ss.

¹⁵ Cfr. le osservazioni critiche, anche del giudice Albuquerque, in A.M. MAUGERI, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.*, cit., p. 267 ss.

solo di fatti accertati in giudizio e non rimasti in uno stato di incerta efficacia perché non accertati in un regolare procedimento in contraddittorio; rischio quest'ultimo che è intrinseco al procedimento di prevenzione laddove si fonda l'applicazione delle misure solo in base a meri indizi, piuttosto che all'accertamento di fatti. Fermo restando, poi, che non mancano ambiguità nell'adozione di tale orientamento laddove la giurisprudenza ai fini del giudizio di pericolosità sociale ricostruisce in via autonoma la rilevanza penale di condotte emerse durante l'istruttoria¹⁶.

6. L'accertamento della sproporzione in termini "scomposti".

La Suprema Corte richiama in chiave garantista l'interpretazione ormai consolidata in base alla quale il carattere sproporzionato del bene deve essere valutato in relazione ad ogni singolo bene o ceppo patrimoniale al momento dell'acquisto¹⁷: «in un ambito che (come precisato da Sez. Un. 2003, Montella) impone una ricostruzione non in termini 'riassuntivi' (confronto globale) ma in termini 'scomposti' anno per anno (ricostruzione della capacità di realizzare o meno gli acquisti nel momento in cui gli stessi sono intervenuti)».

Le S.U. nella sentenza Montella, riprendendo la giurisprudenza relativa alla confisca *ex art. 2-ter l. n. 575/1965* (ora art. 24 d.lgs. n. 159/2011), hanno precisato che la sproporzione – non intesa come una qualsiasi difformità tra guadagni e capitalizzazione, ma come un incongruo equilibrio tra questi, da valutarsi secondo le comuni regole di esperienza – deve essere riferita, non al patrimonio come complesso unitario, ma alla somma dei singoli beni, con la conseguenza che «i termini di raffronto dello squilibrio, oggetto di rigoroso accertamento nella stima dei valori economici in gioco, non vanno fissati nel reddito dichiarato o nelle attività al momento della misura rispetto a tutti i beni presenti, ma nel reddito e nelle attività nei momenti dei singoli acquisti, rispetto al valore dei beni volta a volta acquisiti». Emerge la necessità, insomma, di una ricostruzione storica della situazione dei redditi e delle attività economiche del condannato al momento dei singoli acquisti¹⁸.

Tale interpretazione garantista è stata autorevolmente confermata, da ultimo, dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2018: la sproporzione «non consiste in una

¹⁶ Cfr. A.M. MAUGERI – P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 102 ss.

¹⁷ Cass., Sez. un., 17.12.2003, Montella, 1188. Cfr. Cass., 30.10.2008, n. 44940; Sez. I, 5.6.2008, CED 240471; 13.5.2008, n. 21357, E.; Sez. II, 26.2.2009, n. 10549.

¹⁸ Cass., Sez. V, n. 155/2015; Sez. VI, n. 47567/2013; Sez. II, n. 43776/2013; Sez. V, n. 26041/2011; Cass., Sez. I, n. 21357/2008; R. PICCIRILLO, *Titolo VII – Confisca per sproporzione*, in R. Tartaglia (a cura di), *Codice delle confische e dei sequestri*, Roma 2012, 398 precisa che bisogna applicare le massime di esperienza, quale, ad esempio, quella in base alla quale occorre tenere conto dei redditi del soggetto non al lordo, ma al netto delle imposizioni fiscali e detratte le spese necessarie per il mantenimento della propria persona e della di lui famiglia; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, Giuffrè, 2001, 327; G. NANULA, *La lotta alla mafia*, Giuffrè, 1992, 43; R. CANTONE, *La confisca per sproporzione*, in V. Maiello (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Giappichelli, 2015, 133.

qualsiasi discrepanza tra guadagni e possidenze, ma in uno squilibrio incongruo e significativo, da verificare con riferimento al momento dell'acquisizione dei singoli beni».

Quest'interpretazione evita di accertare e valutare la *sproporzione* in maniera globale, con riferimento all'intero patrimonio, e cioè come indizio dell'origine illecita di tutto il patrimonio trasformando la confisca allargata *tout court* in una pena patrimoniale del sospetto; il più complesso accertamento in termini "scomposti", che impone un più rigoroso onere probatorio all'accusa, rende tale elemento della sproporzione del singolo assetto in un certo momento storico, un *serio indizio* della sua origine illecita – fondamento insieme alla condanna della presunzione di illecito arricchimento – ferma restano la difficoltà di tale accertamento in un contesto imprenditoriale complesso¹⁹.

7. La ragionevolezza temporale.

Passando a un altro profilo importante della sentenza in esame, si deve evidenziare che la Suprema Corte valorizza l'importanza della ragionevolezza temporale come requisito necessario per applicare la confisca *ex art. 240-bis c.p.*, parlando correttamente a tal proposito di un «percorso di incremento della tassatività e di progressiva assimilazione funzionale (e di disciplina) tra le due ipotesi di confisca» in termini garantistici laddove si è esteso alla confisca allargata l'approccio ermeneutico circa la necessità della correlazione temporale affermatosi dapprima in relazione alla confisca di prevenzione. Infatti, il «requisito del nesso temporale tra la 'condizione soggettiva' (pericolosità in prevenzione/epoca del commesso reato in confisca estesa) e le accumulazioni patrimoniali astrattamente confiscabili» si è affermato innanzitutto in relazione alla confisca di prevenzione, come riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 33/2018 e 24/2019. Tale elemento rappresenta, come sancito dalle S.U. Spinelli (Cass., S.U., n. 4880/2015)²⁰, il requisito imprescindibile della costituzionalità della confisca *ex art. 24 d.lgs. 159/2011* in qualità di fondamento della sua stessa natura preventiva e della ragionevolezza della presunzione dell'origine illecita dei beni confiscabili, nonché misura temporale dell'ablazione.

¹⁹ «Nell'ottica dell'attività d'impresa *tout court* gravitano sovente dinamiche che col decorso del tempo si rivelano non facilmente ricostruibili nel dettaglio», così A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo*, in F. Cassano (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, Bari, NelDiritto Editore, 1998, 23.

²⁰ Cass., Sez. VI, n. 47567/2013; Sez. II, n. 43776/2013; Sez. VI, n. 13049/2013; Sez. V, n. 26041/2011; Sez. I, n. 21357/2008; da ultimo Cass., Sez. II, 1 marzo 2018, n. 30974; Sez. II, 6 giugno 2019, n. 1049 che precisa che «L'accertamento della pericolosità sociale del proposto, sebbene in via incidentale nel procedimento per la proposta della sola misura patrimoniale, costituisce criterio insostituibile per verificare, *alla stregua del principio di perimetrazione cronologica* (n.d.r. corsivo aggiunto), la ricomprensione dei singoli atti di incremento patrimoniale nell'ambito delle operazioni suscettibili di valutazione (in termini di dimostrazione dell'illiceità della provenienza dei mezzi utilizzati) ai fini della confisca di prevenzione, sia che si consideri la sussistenza di ipotesi di pericolosità generica in capo al proposto, sia che si versi in ipotesi di pericolosità qualificata, ove tale manifestazione sia difficilmente collocabile nel tempo sino a fare ipotizzare la possibilità di delimitare il termine finale di manifestazione della pericolosità qualificata».

In relazione alla confisca allargata *ex art 240-bis c.p.* la più recente giurisprudenza, consacrata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 33/2018, richiede la c.d. ragionevolezza temporale, sottolineando che la presunzione di provenienza illecita dei beni non potrebbe in ogni caso «operare in modo illimitato e indiscriminato, ma deve necessariamente essere circoscritta in un ambito di ragionevolezza temporale che consenta di operare un collegamento tra i beni e il fatto criminoso»²¹; il requisito in esame supporta sotto un profilo indiziario la presunzione di illecito arricchimento, che, come evidenzia la Corte Costituzionale (33/2018), tanto più si indebolisce tanto più il momento di acquisizione del bene si allontana dall'epoca di realizzazione del "reato spia", al punto che l'eccessiva distanza temporale renderebbe «*ictu oculi* irragionevole la presunzione di derivazione del bene stesso da una attività illecita»²². Tale requisito risponde, in effetti, all'esigenza di evitare una abnorme dilatazione della sfera di operatività dell'istituto della confisca "allargata", il quale legittimerebbe altrimenti — anche a fronte della condanna per un singolo reato compreso nella lista — un monitoraggio patrimoniale esteso all'intera vita del condannato. Risultato che — come la Corte rimettente pure denuncia — rischierebbe di rendere particolarmente problematico l'assolvimento dell'onere dell'interessato di giustificare la provenienza dei beni (ancorché inteso come di semplice allegazione), il quale tanto più si complica quanto più è retrodatato l'acquisto del bene da confiscare» (corsivo aggiunto). Tale requisito, allora, rende la forma di confisca in esame maggiormente conforme anche al principio di proporzione, delimitandone l'ambito di applicazione.

Anche nella sentenza n. 24/2019 la Corte Costituzionale sottolinea che tale requisito discende «evidentemente dalla necessità di conservare ragionevolezza alla presunzione (relativa) di illecito acquisto dei beni, sulla quale il sequestro e la confisca di prevenzione si fondano. Tale presunzione, infatti, in tanto ha senso, in quanto si possa ragionevolmente ipotizzare che i beni o il denaro confiscati costituiscano il frutto delle attività criminali nelle quali il soggetto risultava essere impegnato all'epoca della loro

²¹ La difesa potrà limitare «le sue allegazioni al periodo preso in considerazione dal pubblico ministero» senza dover assolvere alla *probatio diabolica* di dimostrare la legittimità dell'intero suo patrimonio, così Cass., Sez. VI, n. 246083/2010, rel. Fidelbo, con nota di Vergine; favorevoli a tale delimitazione A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni*, cit., 738; Id., *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti. Rivista trimestrale diritto penale dell'economia* 2007, 528 ss.; R. PICCIRILLO, *op. cit.*, 400; R. CANTONE, *op. cit.*, 133; A. BARAZZETTA, *La confisca allargata*, in T. Epidendio – G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, Giuffrè, 2018, 1038 s.

²² Cass., Sez. II, 26 ottobre 2018, n. 52626; Sez. VI, 25 ottobre 2018, n. 54447. In base ad un più recente orientamento la Suprema Corte richiede espressamente di «circoscrivere l'operatività in un ambito di ragionevolezza temporale avendo riguardo non tanto al momento formale dell'acquisto, quanto al momento in cui il bene viene pagato o, se significativamente incrementato nel suo valore grazie a successivi conferimenti di denaro, al momento in cui detti incrementi di valore sono realizzati» (Cass., Sez. I, n. 34136/2014; conf. Sez. VI, n. 5452/2010; Sez. I, n. 2634/2012; Sez. IV, n. 35707/2013; Sez. I, n. 41100/2014; Sez. I, n. 34136/2014; Sez. I, n. 12047/2015; Sez. I, n. 9984/2018; Sez. II, n. 52626/2018; *contra* Sez. II, n. 18951/2017). «In ogni caso, anche per gli acquisti effettuati "prima" del passaggio in giudicato della sentenza l'assoggettabilità a confisca riguarda quegli incrementi verificatesi a "ragionevole distanza" da esso, mentre quelli molto antecedenti possono essere estranei al reato» (Sez. I, n. 19470/2018; Sez. I, n. 41100/2014).

acquisizione, ancorché non sia necessario stabilirne la precisa derivazione causale da uno specifico delitto».

Tale requisito, insomma, rende questi modelli di confisca allargata (art. 24 dlgs. 159/2011 e 240-*bis* c.p.) maggiormente conformi alla presunzione di innocenza, rendendo più fondata e ragionevole la presunzione di illecito arricchimento (in conformità, innanzitutto, alla presunzione di innocenza come regola della dignità della prova), del diritto alla difesa, delimitando l'onere della difesa, e del principio di proporzionalità, delimitando l'ambito di applicazione della confisca.

La necessità della delimitazione temporale della presunzione di illecito arricchimento è prevista anche in altri ordinamenti che adottano il modello della confisca allargata e anche la Direttiva n. 42/2014 suggerisce nel considerando n. 21 l'adozione di tale requisito.

Nella sentenza in esame la Suprema Corte sottolinea che tale requisito – l'individuazione di un limite temporale da porsi all'indagine patrimoniale 'retroattiva' (rispetto all'indicatore rappresentato dalla epoca di commissione del reato-spia) – è imprescindibile per garantire lo stesso equilibrio di sistema in punto di ragionevolezza e necessaria proporzionalità degli interventi ablativi aventi ad oggetto il diritto di proprietà, evidenziando che altrimenti «finirebbe con il diventare arbitraria, ove tale retroazione si spinga sino a tempi remoti, la stessa presunzione semplice di derivazione illecita del patrimonio, che rappresenta la «regola di funzionamento di base dell'istituto della confisca estesa».

Per poi sottolineare come la pretesa di tale requisito costituisce ormai diritto vivente: «i contenuti di detta decisione sono stati, peraltro, recepiti nella presente sede di legittimità in più occasioni posteriori (vedi Sez. II n. 52626 del 26.10.2018, rv. 274468; Sez. Fer. n. 56596 del 3.9.2018, rv. 274753-03; Sez. I n. 36499 del 6.6.2018, rv. 273612) il che determina la constatazione della esistenza di un 'diritto vivente' nomofilattico cui il giudice del merito (sia in cognizione che in esecuzione) deve uniformarsi...».

Rimane il problema, evidenziato dalla stessa Suprema Corte nella sentenza in esame, della mancanza di tassatività di tale accertamento, non essendo chiaro quale debba essere il limite temporale in questione; la Suprema Corte riconosce che «il limite temporale della 'retroazione' dell'indagine patrimoniale – in sede di confisca estesa penale – non può essere individuato in modo rigido, ma va in concreto parametrato alle circostanze del caso concreto ed in particolare all'indicatore rappresentato dalla gravità e dalle modalità di consumazione del reato-spia per cui è intervenuta la condanna». Il tutto richiamando la Corte Costituzionale che nella pronuncia n. 33/2018 precisa che «la fascia di "ragionevolezza temporale", entro la quale la presunzione è destinata ad operare, andrebbe determinata 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 ablatoria». Trattandosi di una valutazione rivolta al passato, la Corte sembra suggerire, con il richiamo alla pericolosità sociale di cui il fatto è sintomo, che occorre verificare in che misura (temporale) il singolo reato riveli il – sia indizio del – carattere continuativo dell'attività criminale.

8. L'irrelevanza dell'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione. I riflessi sull'oggetto e la natura della confisca allargata.

La Suprema Corte si occupa, quindi, della possibilità di addurre l'evasione fiscale per dimostrare il carattere proporzionato del valore dei propri beni e quindi giustificarne l'origine lecita, evidenziando che ciò fosse possibile da parte della difesa in sede di applicazione della confisca allargata prima della riforma introdotta dalla l. 161/2017, in base all'orientamento giurisprudenziale più recente (risalente al 2011).

Anzi è importante evidenziare che la Corte ritiene che il contrario orientamento finirebbe per far rientrare tra i reati presupposto dell'art. 240-bis c.p. l'evasione fiscale, in contrasto con il principio di legalità e il divieto di analogia in malam partem²³. Si cita anche recentissima giurisprudenza della Suprema Corte in tale direzione (Sez. II n. 45105 del 4.7.2019).

La sentenza Repaci delle S.U.²⁴, citata dal giudice di merito per negare alla difesa tale possibilità, si riferiva alla confisca di prevenzione, che, come evidenziato, presuppone un più ampio giudizio di pericolosità sociale che può riguardare anche la fattispecie penale di evasione fiscale, purché si realizzino i requisiti di cui alla lett. b) dell'art. 1, d.lgs. n. 159/2011 («coloro che ...vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose»), considerando la dichiarazione di incostituzionalità (24/2019) dell'ipotesi di cui alla lett. a) (abitualmente dediti a traffici delittuosi).

La Corte evidenzia, però, che è intervenuta in materia la riforma introdotta dalla l. 161/2017 che estende anche alla confisca allargata l'orientamento affermato in sede di prevenzione (e recepito legislativamente sempre dalla l. 161), stabilendo che «in ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale». La Corte ritiene che la «voluntas legis è chiara: si prevede che anche in sede di confisca estesa, pur non essendo inserita l'evasione fiscale tra i reati-sorgente la stessa abbia rilievo *impeditivo* della dimostrazione di assenza (o di ridimensionamento) della sproporzione di valori». La Corte sembra accogliere così l'interpretazione che sembra emergere dalla sentenza Repaci in base alla quale si impedisce all'evasore di dimostrare il carattere proporzionato del valore del bene al momento dell'acquisto non solo attraverso i proventi dell'evasione fiscale (la tassa risparmiata), ma anche attraverso quella parte del proprio reddito imponibile di fonte lecita, sottratta alla tassazione; la Corte afferma *tout court* che «l'evasione fiscale ... abbia rilievo *impeditivo* della dimostrazione di assenza (o di ridimensionamento) della sproporzione di valori». Si tratta di un'opzione di politica

²³ R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Roma 2013, 93; A. BARGI, *Il nuovo volto della confisca nell'attuale ordinamento penale*, in A. BARGI – A. CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, Torino 2011, 93; G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Le indagini economico patrimoniali nel contrasto alla criminalità organizzata*. Milano: Giuffrè, 2013, 330.

²⁴ Cass., Sez. Un., n. 33451 del 29/05/2014, Repaci, Rv. 260247. Cfr. F. MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità "da profitto" (mafie, corruzione, evasione fiscale). Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa*, in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2015.

criminale piuttosto draconiana, in contrasto con il principio di legalità, proporzione e colpevolezza.

Questa interpretazione, in base alla quale non sarebbe possibile tenere conto dell'intero imponibile, finisce infatti per considerare di origine illecita dei redditi lecitamente acquisiti solo perché sottratti alla tassazione e per ampliare l'ambito di applicazione della confisca allargata, facendo risultare di valore sproporzionato anche dei beni acquisiti con redditi leciti, dei beni, insomma, il cui valore non è sproporzionato (e, quindi, non sono di origine illecita); si confiscano dei beni di valore proporzionato e quindi di origine lecita, trasformando la confisca in esame in una vera e propria pena patrimoniale.

Il tutto in contrasto, innanzitutto, con lo stesso principio di legalità – perché l'art. 240-*bis* c.p. (e prima l'art. 12-*sexies* d.l. 306/1992) consente solo la confisca dei beni di valore sproporzionato, considerando la sproporzione indizio dell'origine illecita – nonché con il principio proporzione e di colpevolezza, come criterio di commisurazione della pena perché la confisca allargata colpirebbe dei beni di origine lecita, divenendo una pena patrimoniale (del sospetto). Si ricordi, tra l'altro, che per pacifica giurisprudenza il provento dei delitti tributari «non va identificato con l'imponibile sottratto a tassazione bensì nel quantum dell'imposta evasa»²⁵, e cioè «con il risparmio economico derivante dalla sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale; vincolo che non può avere ad oggetto beni per un ammontare eccedente il profitto medesimo»²⁶. A parte la considerazione che l'evasione fiscale non è sempre penalmente rilevante, tanto è vero che anche ai fini dell'applicazione della confisca di prevenzione la Suprema Corte richiede la sussistenza di indizi, o meglio precedenti giudiziari, della commissione di delitti tributari (sì da escludere «che «il mero status di evasore fiscale» sia sufficiente a fondare la misura, ben potendo l'evasione tributaria consistere anche in meri illeciti amministrativi»²⁷); l'interpretazione in esame finisce per dare rilievo anche all'evasione come illecito amministrativo.

La Suprema Corte, del resto, prima dell'entrata in vigore della l. 161/17 correttamente ammetteva la possibilità di dimostrare il carattere proporzionato dei beni con l'evasione fiscale affermando che se il presupposto di operatività dell'istituto è la presunzione di illiceità della provenienza delle risorse patrimoniali, ove le fonti di produzione del patrimonio siano lecite, e ne giustificano la titolarità in termini non sproporzionati ad esse, è irrilevante la mancanza o l'incompletezza di una dichiarazione dei redditi; altrimenti si verrebbe a colpire il soggetto, espropriandosene il patrimonio, per il solo fatto della evasione fiscale, condotta non riconducibile «alla *ratio* dell'istituto in questione, che mira a colpire i proventi di attività criminose e non a sanzionare la

²⁵ Cass., Sez. II, 4 marzo 2015, n. 9392, P.M. in proc. Chiavaroli, in Mass. Uff. n. 263301.

²⁶ Cass., Sez. III, 22 aprile (16 giugno) 2015, n. 24965.

²⁷ Corte Cost. n. 24/2019, che cita Cass., Sez. V, 6 dicembre 2016 (dep. 9 febbraio 2017), n. 6067, Malara; Cass., Sez. VI, 21 settembre 2017 (dep. 21 novembre 2017), n. 53003, D'Alessandro. In tale direzione Cass., Sez. II, 10 gennaio 2018, n. 8584; Cass., Sez. V, 14 dicembre 2017, n. 12374; considera irrilevante la sentenza De Tommaso ai fini dell'inclusione dell'evasore fiscale nella categoria della pericolosità generica *ex art. 1, c. 1, a*) Cass., Sez. II, 19 gennaio 2018 (dep. 15 marzo 2018), n. 11846, Carnovale. Da ultimo Cass., Sez. I, 1 aprile 2019, n. 27696, Immobiliare Peonia s.r.l.

infedele dichiarazione dei redditi, che si colloca in un momento successivo rispetto a quello della produzione del reddito, e per la quale soccorrono specifiche norme in materia tributaria, non necessariamente implicanti responsabilità penali. Una simile interpretazione è del resto confortata dal tenore letterale della disposizione»²⁸.

Sembra preferibile interpretare la riforma nel senso che non possono essere utilizzati per dimostrare il carattere lecito e proporzionato dei beni solo i proventi dell'evasione fiscale, e cioè l'ammontare corrispondente alla tassa evasa; la prassi in materia di misure di prevenzione e la stessa sentenza in esame sembrano però confermare il diverso orientamento più rigoroso che finisce per utilizzare le forme di confisca in esame per punire l'evasione fiscale minacciando la confisca anche di beni o assetti patrimoniali di origine lecita, ma oggetto di evasione fiscale. Del resto, anche nei lavori preparatori della riforma emerge la volontà del legislatore di affidare alla discrezionalità del giudice tale scelta; nel dossier al d.d.l. 2134 (p. 31) si afferma, infatti, che non si chiarisce però «*se tali proventi si dovessero identificare con l'intero imponibile al lordo dell'imposta dovuta ovvero solo con l'importo corrispondente all'imposta evasa*»²⁹.

In realtà finora la giurisprudenza in relazione alla confisca *ex art. 240-bis c.p.* sembrava più garantista, ammettendo la possibilità di addurre i redditi sottratti al fisco per dimostrare il valore proporzionato dei propri beni³⁰. Anche la sentenza citata dalla

²⁸ «Che impedisce l'ablazione del patrimonio quando, indifferentemente, esso sia giustificato dal valore dei redditi formalmente dichiarati ovvero dall'attività economica svolta, quest'ultima normalmente produttiva di reddito imponibile», così Cass., Sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29926, ric. Tarabugi e altri, in Mass. Uff. n. 250505. Nella medesima direzione Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2011, n. 21265, Bianco, in Mass. Uff. n. 252855; Sez. VI, 15 novembre 2012, n. 44512, Giacobbe, in Mass. Uff. n. 258366; Sez. VI, 21 dicembre 2012, n. 49876, Scognamiglio, in Mass. Uff. n. 253956; Sez. I, 20 giugno 2013, Guarnieri Amelia, n. 27189, in Mass. Uff. n. 255633; Sez. I, 10 maggio 2010, n. 17716, Mele e altro, in Mass. Uff. n. 247067; Sez. II, 27 novembre 2014, Pucillo e altro, n. 49498, in Mass. Uff. n. 261046; Sez. II, 19 dicembre 2014 (dep. 23 marzo 2015), n. 12140, che sancisce che «è onere dell'interessato dimostrare che i beni sequestrati sono stati acquistati con il provento di attività economiche non denunciate al fisco». Cfr. G. NANULA, *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, in *Il Fisco* 1993, 10115; P. PALLADINO, *Brevi osservazioni sul delitto di possesso ingiustificato di valori*, in *Riv. trim. dir. pen. dell'ec.* 1993, 358; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni*, cit., 326; ID., *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?*, in *Dir. pen. e proc. Riv. trim.* 2014, 2, 191; ID., *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2 marzo 2015; R. PICCIRILLO, *op. cit.*, 4.

²⁹ Si vedano tra le altre, Cass., Sez. I, 14 marzo 1990, Montalto, n. 265, in Mass. Uff. n. 183641; Sez. V., 7 dicembre 1993, Ciancimino, n. 3561, in Mass. Uff. n. 196461; Sez. II, 22 febbraio 1996, Anzelmo, n. 148, Rv. 204035; Sez. VI, 23 gennaio 1996, n. 258; Sez. II, 23 settembre 1998, Corsa, n. 705, in Mass. Uff. n. 211435; Sez. I, 12 settembre 1998, Arcuri e altri, n. 3964, in Mass. Uff. n. 211329; Sez. I, 8 febbraio 1999, Iorio, n. 5760, in Mass. Uff. n. 212444; Sez. VI, 25 settembre 2003, Lo Iacono, n. 36762, in Mass. Uff. n. 226655; Sez. VI, 25 gennaio (17 febbraio) 2012, n. 6570, in *Cass. pen.*, 2012, 11, 3861; Sez. II, 10 luglio 2012, Bini, n. 27037, in Mass. Uff. n. 253405; Sez. I, 23 settembre 2013, Ferrara e altro, n. 39204, in Mass. Uff. n. 256140. In tale direzione

³⁰ Si precisa che «l'interessato può dimostrare la proporzione tra redditi disponibili e valore degli acquisti e/o degli investimenti, fornendo la prova che l'acquisto è avvenuto con redditi ulteriori rispetto a quelli regolarmente dichiarati (quali, ad esempio, lasciti ereditari, vincite di gioco o redditi provenienti da attività lecita prima della scadenza del termine per la dichiarazione), a condizione che gli stessi non costituiscano provento di evasione tributaria e che si tratti di provviste lecite e tracciabili» (Sez. VI, n. 10765/2018). Nella medesima direzione, da ultimo, si afferma che «La presunzione di illegittima provenienza delle risorse patrimoniali accumulate viene meno 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 svolta, anche se non evidenziate, in tutto o in parte, nella dichiarazione dei redditi, ma spetta all'interessato

Suprema Corte – Cass., Sez. II, 04/07/2019, n. 45105 – sembra correttamente distinguere tra l'imponibile lecito prima della scadenza della dichiarazione che può essere utilizzato per dimostrare il carattere proporzionato dei beni e il provento dell'evasione che non può essere utilizzato: «l'interessato può dimostrare la proporzione tra redditi disponibili e valore degli acquisti e/o degli investimenti, fornendo la prova che l'acquisto è avvenuto con redditi ulteriori rispetto a quelli regolarmente dichiarati (quali, ad esempio, lasciti ereditari, vincite di gioco o redditi provenienti da attività lecite prima della scadenza del termine per la dichiarazione), a condizione che gli stessi non costituiscano provento di evasione tributaria e che si tratti di provviste lecite e tracciabili» (anche se poi non si dà rilievo in quest'ultima sentenza al condono tributario con l'effetto di continuare a considerare illeciti in quanto provento di evasione tributaria, dei proventi che sono ormai considerati leciti ai fini tributari³¹: «Ne consegue che è, a tal fine, irrilevante l'adesione al condono tributario tombale di cui all'art. 9, comma 10, l. n. 289/2002, in quanto, pur configurandosi quale causa di non punibilità di alcuni reati tributari, lo stesso non incide sull'illiceità originaria della condotta»; si tratta di una interpretazione che appare francamente assurda, in violazione del principio dell'unità dell'ordinamento e del diritto punitivo come *extrema ratio* perché non si potrà tener conto per il calcolo della sproporzione di redditi che ai fini fiscali non sono più illeciti grazie al condono, finendo per confiscare beni ormai leciti. Tanto è vero che la l. 161/17 nell'introdurre il divieto probatorio in esame, ha correttamente precisato «salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge»). In base a tale posizione sarebbe stato paradossalmente possibile confiscare un bene perché

dimostrare che i beni sequestrati sono stati acquistati con il provento di attività economiche non denunciate al fisco» (Cass., Sez. I, n. 54791/2018).

³¹ «Ne consegue che è, a tal fine, irrilevante l'adesione al condono tributario tombale di cui all'art. 9, comma 10, l. n. 289/2002, in quanto, pur configurandosi quale causa di non punibilità di alcuni reati tributari, lo stesso non incide sull'illiceità originaria della condotta»; si tratta di una interpretazione che appare francamente assurda, in violazione del principio dell'unità dell'ordinamento e del diritto punitivo come *extrema ratio*, perché non si potrà tener conto per il calcolo della sproporzione di redditi che ai fini fiscali non sono più illeciti grazie al condono, finendo per confiscare beni ormai leciti o comunque di considerare provento confiscabile l'ammontare dell'imposta evasa nonostante l'avvenuto adempimento fiscale, determinando, come affermato dalla Suprema Corte in relazione alla confisca in materia di reati tributari, un'inammissibile duplicazione sanzionatoria «in contrasto col principio che l'espropriazione definitiva di un bene non può mai essere superiore al profitto derivato dal reato» (Cass., Sez. III, 1 dicembre 2010, Provenzale, n. 10120, in Mass. Uff. n. 249752; conforme Cass., 23 ottobre 2012, n. 45847; Cass. pen., Sez. III, 3 dicembre 2012, Lanzalone, n. 46726, in Mass. Uff. n. 253851, in *Corr. Trib.*, 2013, 7, 591, con nota di IORIO – MECCA, *Il tardivo pagamento dei tributi evasi esclude la confisca per equivalente*; SOANA, *Confisca per equivalente e sopravvenuto pagamento del debito tributario*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, 546; D'AVIRRO, nota a Cass., 19.9.2012, n. 12.56, P.a. e altro, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 471). Il legislatore è intervenuto in materia con l'ulteriore intervento riformatore rappresentato dall'art. 13-ter, c. 1, del D.L. n. 148/2017 (convertito con modificazioni dalla l. 172/2017) per coordinare tale disciplina con le disposizioni in materia tributaria e di condono fiscale, precisando «salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge», così garantendo anche il principio di unitarietà e non contraddizione dell'ordinamento. In maniera analoga il legislatore ha riformato la confisca in materia di reati tributari *ex art. 12-bis*, c. 2, del d.l. 74/2000 con il D.Lgs. 158/2015, prevedendo che la confisca non opera per la parte che il contribuente “si impegna a versare” all'erario anche in presenza di sequestro, fermo restando che in caso di mancato versamento, la confisca è sempre disposta.

considerato di valore sproporzionato a causa della mancata considerazione di risorse economiche ormai lecite ai fini fiscali³² o comunque di considerare provento confiscabile l'ammontare dell'imposta evasa nonostante l'avvenuto adempimento fiscale, determinando, come affermato dalla Suprema Corte in relazione alla confisca in materia di reati tributari, un'inammissibile duplicazione sanzionatoria «in contrasto col principio che l'espropriazione definitiva di un bene non può mai essere superiore al profitto derivato dal reato»³³. La confisca allargata diventerebbe una pena patrimoniale sproporzionata.

Il legislatore è intervenuto in materia con l'ulteriore intervento riformatore rappresentato dall'art. 13-ter, c. 1, del D.L. n. 148/2017 (convertito con modificazioni dalla l. 172/2017) per coordinare tale disciplina con le disposizioni in materia tributaria e di condono fiscale, precisando «salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge», così garantendo anche il principio di unitarietà e non contraddizione dell'ordinamento.

In maniera analoga il legislatore ha riformato la confisca in materia di reati tributari ex art. 12-bis, c. 2, del d.l. 74/2000 con il D.Lgs. 158/2015, prevedendo che la confisca non opera per la parte che il contribuente "si impegna a versare" all'erario anche in presenza di sequestro, fermo restando che in caso di mancato versamento, la confisca è sempre disposta

Un'ultima precisazione. Il divieto probatorio in esame appare come una mera disposizione di carattere procedurale attinente alla ripartizione dell'onere della prova, come afferma la Suprema Corte nel prosieguo della sentenza; in realtà, però, come dimostrato, tale disposizione attiene alla *sostanza* della confisca incidendo sulla determinazione del suo ambito di applicazione, sul suo oggetto, al punto da comportare che tale forma di confisca finisca per sottrarre dei beni di origine lecita perché non sono di valore sproporzionato, sancendo *tout court* il carattere punitivo di tale forma di confisca. Tale disposizione incide sull'oggetto e la natura della forma di confisca in esame, assume, quindi, carattere sostanziale e non meramente procedurale. Emerge la natura di questa fattispecie di carattere intrinsecamente indiziario, in cui si determina la sostanza della disposizione attraverso apparenti regole procedurali che invece incidono sul tipo.

³² Cfr. A.M. MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, cit., 191; F. 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 *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2011; A. QUATTROCCHI, *La sproporzione dei beni nella confisca di prevenzione tra evasione fiscale e pericolosità sociale*, in *Giur. It.* 2015, 711.

³³ Cass., Sez. III, 1 dicembre 2010, Provenzale, n. 10120, in Mass. Uff. n. 249752; conforme Cass., 23 ottobre 2012, n. 45847; Sez. III, 3 dicembre 2012, Lanzalone, n. 46726, in Mass. Uff. n. 253851, in *Corr. Trib.*, 2013, 7, 591, con nota di A. IORIO – S. MECCA, *Il tardivo pagamento dei tributi evasi esclude la confisca per equivalente*; SOANA, *Confisca per equivalente e sopravvenuto pagamento del debito tributario*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, 546; D'AVIRRO, nota a Cass., 19.9.2012, n. 1256, P.a. e altro, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 471.

9. L'irretroattività del divieto probatorio introdotto dalla l. 161/2017 (irrelevanza dell'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione) ex art. 11 preleggi.

L'ultimo e più originale profilo della sentenza in esame attiene invece all'affermazione dell'irretroattività del divieto probatorio appena esaminato, introdotto dalla l. 161/2017; si tratterebbe di una mera regola procedurale rispetto alla quale si deve applicare il dettato dell'art. 11 delle preleggi (la legge non dispone che per l'avvenire).

Non si nega la natura di misura di sicurezza della forma di confisca in esame e la conseguente applicazione dell'art. 200 c.p., con la conseguenza che può essere applicata a beni conseguiti prima della sua entrata in vigore e, come affermato dalla Suprema Corte in altre occasioni, addirittura a reati commessi prima della sua entrata in vigore³⁴ in palese violazione della *ratio* di garanzia della prevedibilità delle conseguenze della propria condotta, sottesa al principio di legalità nell'interpretazione fornita dalla Corte EDU³⁵ e dalla Corte di Giustizia³⁶.

³⁴ Cass. II, Sez. II, n. 17927/2003.

³⁵ Corte Edu, *Sunday Times c. Regno Unito*, 26 aprile 1979, §§ 49 ss.; Corte Edu, 2 agosto 1984, *Kruslin*, *ivi*, vol. 82; Corte Edu, *Malone c. Regno Unito*, 2 agosto 1984, *ivi*, n. 82, §§ 66; Corte Edu, *Muller e altri c. Svizzera*, 24 maggio 1988, §§ 29 ss.; Corte Edu, 24 aprile 1990, *Huwig*, *ivi*, vol. 176 - B, 52 ss. — 54 ss.; Corte Edu, 24 aprile 1990, *Kruslin*, *ivi*, vol. 176 - A, 20 ss.; Corte Edu, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Serie A, vol. 260-A, 22, § 52; Corte Edu, *Welch v. United Kingdom*, 9 febbraio 1995 (1/1994/448/527), *ivi*, vol. 307, 1 ss. (*Leg. pen.* 1995, 522); Corte Edu, 13 luglio 1995, *Tolstoy Miloslavsky v. Royaume-Uni*, in *Série A*, vol. 316-B, 71 – 72; Corte Edu, 22 novembre 1995, *S.W. v. the United Kingdom*, *Series A*, n. 335-B, 41–42, § 34– 36; Corte Edu, 22 novembre 1995, *C.R. v. the United Kingdom*, *Series A*, n. 335-C, 68– 69, § 32– 34; Corte Edu, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, in *Rev. trim. dr. h.* 1997, 685; Corte Edu, 21 marzo 2001, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, 34044/96, 35532/97, 44801/98, CEDH 230, § 50; Corte Edu, 22 marzo 2001, *K.-H. W. v. Germany*, 37201/97, CEDH 229, 45; Corte Edu, gennaio 2003, *Veeber v. Estonia* (N° 2), 45771/99, CEDH 37, § 30; Corte Edu, *Perinçek c. Svizzera* [GC], 15 ottobre 2015, parr. 131 ss. e 283 ss. Cfr. BERNARDI, *Art. 7 ("Nessuna pena senza legge")*, in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, Padova 2001, 261 ss.; VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 52 ss.; NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale sostanziale*, Giappichelli 2006, 56; DE AMICIS – VILLONI, *Mandato d'arresto europeo e legalità penale nell'interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Cass. pen.*, 2008, 404; V. MANES, *art. 7*, in F. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, 279 ss.; V. ZAGRABELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il principio di legalità nella materia penale* in V. Manes – V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 69 ss.; A. GUIDI, *Art. 7 CEDU e interpretazione ragionevole nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, n. 12/2013, pp. 4720 ss.

³⁶ CGUE, 3 giugno 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko)*, *cit.*, § 69; 21 giugno 2007, *Stichting ROM-projecten e Staatssecretaris van Economische Zaken*, C-158/06, § 25; *Emsland-Stärke GmbH*, 16 marzo 2006, C-94/05, 56; 26 ottobre 2006, *Koninklijke Coöperatie Cosun*, C-248/04, in *Racc.*, I-0000, § 79; Tribunale, 30 maggio 2006, *Bank Austria Creditanstalt AG c. Commissione*, T-198/03, 68; 14 aprile 2005, C-110/03, *Belgio /Commissione*, *Racc.* I-2801, § 30; 11 luglio 2002, *Käserer Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG contro Hauptzollamt Hamburg – Jonas*, C-210/00, § 52; Tribunale, *Opel Austria GmbH c. Consiglio*, *cit.*, 817, in particolare 839-841; conformi Avvocato Léger, in *Lopex Export*, *cit.*, 325-326; CGCE 11 luglio 1991, *Crispoltoni*, C-368/89, in *Racc.*, I, 3595; *Salumi e a.*, *cit.*, 2735; 15 febbraio 1996, causa C-63/93, *Duff e a.*, *Racc.* I-569, § 20; 13 febbraio 1996, *van Es Douane Agenten*, *Racc.* I, 431, § 27; 15 dicembre 1987, *Paesi Bassi/Commissione*, C 326/85, in *Racc.* 5091, § 24; 8 giugno 1977, *Merkur/Commissione*, C-97/76, *ivi* 1977, 1063. Conclusioni dell'Avvocato Yves Bot, 1 marzo 2007, *Britannia Alloys & Chemicals Ltd*, C-76/06 P, § 135; Avvocato Juliane

La Corte Edu nel caso *Welch v. United Kingdom* ha, invece, sostenuto che il confiscation, tipica forma di confisca estesa – fondata sulla presunzione di illecito arricchimento nei sei anni precedenti l’inizio del procedimento che ha condotto alla condanna – considerata pena nella sentenza in questione, non viola l’art. 7 C.E.D.U., laddove consente la confisca di profitti derivanti da reati commessi prima dell’entrata in vigore, il 12 gennaio del 1987, del *Drug Trafficking Offences Act* del 1986, purché l’ordine di confisca sia pronunciato in relazione ad un reato commesso dopo l’entrata in vigore dell’Atto. Se non si vuole violare l’art. 7, il reo deve avere gli occhi aperti in relazione alle possibili conseguenze che possono derivare dalla consumazione del reato, compresa la confisca anche dei profitti provenienti da precedenti reati. La Suprema Corte ha negato che si possa trarre dalla sentenza *Welch* della Corte EDU un argomento per sostenere l’irretroattività della confisca allargata *ex art. 12-sexies* (ora 240-bis); si evidenzia l’assoluta incompatibilità degli istituti posti a confronto (Cass., Sez. II, n. 17927/2003).

In realtà il principio di diritto espresso dalla decisione *Welch* dovrebbe valere per tutte le forme di confisca allargata dei profitti che, con il loro impatto punitivo e stigmatizzante (come delinquente professionale rispetto a cui si applica una presunzione di illecito arricchimento), dovrebbero rientrare in base ai criteri Engel nella nozione di materia penale e quindi essere sottoposte alla garanzia dell’art. 7 CEDU, ma la Suprema Corte ha ritenuto più funzionale alle sue esigenze di efficienza non prendere in considerazione la garanzia riconosciuta dall’art. 7 C.E.D.U. In maniera più garantistica il legislatore tedesco ha sottoposto al principio di irretroattività anche l’*Erweiterter Verfall* (oggi *Erweiterter Einziehung*; BGH, 20-12-1995, 3 StR 267/1995, NJW 1996, 136; BGH, 27-4-2001, 3 StR 132101, NStZ 2001, 419), che non è considerata una Strafe ma una Maßnahme ai sensi dei §§ 11 co. 1, n. 8, e 61 StGB (BVerfG, 14.1.2004 – 2 BvR 564/95, § 58 ss., cfr. § 70-72).

Alla luce di tale giurisprudenza e del riconoscimento della natura di misura di sicurezza della confisca *ex art. 240-bis* c.p. non stupisce la soluzione adottata dal Tribunale e dalla Corte di Appello di Messina, che hanno applicato la nuova disciplina introdotta dalla l. 161/2017 retroattivamente rispetto a fatti commessi prima della sua entrata in vigore, applicando la nuova disciplina vigente nel momento dell’inflizione della misura in base al dettato dell’art 200 c.p., come del resto già sancito dalla stessa Suprema Corte in altre sentenze, compresa quella citata nella sentenza in esame, n. 2019/45105³⁷: «in quanto il principio di irretroattività opera solo con riguardo alle confische aventi sicura natura sanzionatoria e non anche in relazione alle misure di

Kokott, 20 novembre 2007, *The International Association of Independent Tanker Owners e altri*, C-308/06, § 143. Cfr. CGUE, *Taricco e altri*, Grande Sezione, 8 settembre 2015.

³⁷ «Soluzione questa che può ritenersi conforme a quelle maggioritarie pronunce che escludono la natura sanzionatoria della confisca allargata affermando espressamente che l’ipotesi di confisca prevista dal D.L. 8 giugno 1992, n. 306, art. 12-*sexies*, convertito nella L. 7 agosto 1992, n. 356, può essere disposta anche in relazione a cespiti acquisiti in epoca anteriore all’entrata in vigore delle disposizioni che l’hanno istituita, in quanto il principio di irretroattività opera solo con riguardo alle confische aventi sicura natura sanzionatoria e non anche in relazione alle misure di sicurezza, tra cui va ricompresa la confisca in questione (Cass., Sez. VI, n. 10887 del 11/10/2012, Rv. 254786)».

sicurezza, tra cui va ricompresa la confisca in questione (Sez. VI, n. 10887 del 11/10/2012, Rv. 254786)» (anche se poi si dà concretamente rilievo all'opposto orientamento).

La Suprema Corte nella sentenza in esame, invece, accogliendo il ricorso ha adottato una soluzione assolutamente originale, stabilendo che la disciplina introdotta nel 2017 – in base alla quale «la dimostrazione dell'avvenuto esercizio di una attività economica lecita accompagnato dalla mancata sottoposizione dei guadagni alla imposizione fiscale» non può più essere adottata dalla difesa per superare la “presunzione di accumulazione illecita” – assume mera natura procedimentale di carattere civilistico (si fa riferimento «alla sua dimensione 'civilistica' di ripartizione degli oneri dimostrativi tra parti contrapposte»), cui si applica l'art. 11 delle preleggi e cioè il divieto di applicazione retroattiva (la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo): «è evidente che il legislatore ha introdotto – solo nel 2017 – un divieto probatorio che non può dirsi ricollegato alla dimensione penalistica dell'istituto (non essendo stata elevata l'evasione fiscale a presupposto della ablazione) ma alla sua dimensione 'civilistica' di ripartizione degli oneri dimostrativi tra parti contrapposte, in un ambito che (come precisato da Sez. Un. 2003 *Montella*) impone una ricostruzione non in termini 'riassuntivi' (confronto globale) ma in termini 'scomposti' anno per anno ... Ne deriva, per dovere di interpretazione secondo ragionevolezza e principio generale di tutela dell'affidamento, che al divieto probatorio in parola debba attribuirsi natura procedimentale, il che comporta che il medesimo non può trovare applicazione – anche nei procedimenti in corso – in relazione alle ricostruzioni patrimoniali relative ad anni antecedenti a quello (2017) in cui è stato introdotto, in conformità agli assetti raggiunti in sede civile su temi analoghi (si veda, quanto alla inapplicabilità retroattiva di presunzioni favorevoli alla amministrazione fiscale quanto deciso, tra le altre, da Sez. VI Civ. ord, n. 2662 del 2018)».

La soluzione adottata dalla Suprema Corte risulta sicuramente e assolutamente apprezzabile in termini garantistici laddove evita l'applicazione retroattiva di una disciplina che avrebbe effetti *in malam partem*, impedendo di addurre i redditi sottratti al fisco per dimostrare il valore proporzionato dei propri beni al momento dell'acquisto.

La Suprema Corte avrebbe potuto semplicemente ritenere che la riforma del 2017 rappresentasse una mera riforma della disciplina di applicazione di una misura di sicurezza e applicare di conseguenza l'art. 200 c.p. («Le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione. Se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo della esecuzione») nel senso di ritenere applicabile *tout court* al procedimento in corso la nuova disciplina.

Premesso che, come esaminato, la qualificazione della disposizione in esame come meramente procedurale sembra discutibile (perché tale disposizione incide sulla determinazione dell'ambito di applicazione della confisca e quindi sulla sua stessa natura, accentuandone il carattere punitivo), l'aspetto paradossale è determinato dalla considerazione che la Suprema Corte nega la natura sostanziale di tale divieto probatorio propria per darle un'interpretazione più garantista; normalmente interpretare una disposizione come sostanziale conduce al risultato opposto in materia penale, consentendo di applicare il principio di irretroattività costituzionalizzato *ex art.*

25 Cost., invece nell'ambito della frode delle etichette rappresentata dalle misure di sicurezza, riconoscere natura sostanziale alla disposizione avrebbe comportato l'applicazione, meno garantista, dell'art. 200 c.p.

Sembra poi ancora più paradossale che la Suprema Corte, come accennato, abbia considerato costituzionalmente legittima l'applicazione retroattiva di questa forma di confisca allargata, con il suo effetto sanzionatorio, a reati compiuti prima della sua entrata in vigore in violazione della *ratio* garantistica del principio di irretroattività in materia penale, mentre cerca – in maniera assolutamente apprezzabile – di limitare l'applicazione retroattiva della disposizione in esame. Emerge lo sforzo spasmodico, anche se non sempre coerente, dell'attuale giurisprudenza di porre un freno all'incidenza di tale forma di confisca sui diritti dei destinatari.

In ogni caso, la Suprema Corte valorizza l'art. 11 delle preleggi nella sua *ratio* garantistica quale affermazione del principio di irretroattività e cioè, come si afferma in dottrina, di «assoggettamento della disciplina di ciascun fatto alla normativa del tempo in cui esso si verifica» come affermazione di un principio generale dell'ordinamento (Corte Cost. 57/71; 57/118; 61/29; 70/19; 76/194; 77/13; 80/122; 82/91; 84/68; 86/42; 86/167)³⁸, «rispondente al criterio logico e di giustizia per cui, essendo le norme del diritto rivolte a disciplinare l'attività dei soggetti dell'ordinamento, a condizionarla e a vincolarla, le condotte dei soggetti devono essere valutate e giuridicamente “qualificate” in base alle norme in vigore nel tempo in cui tali condotte si svolgono, e non in base a norme che, per essere sopravvenute rispetto a quel tempo, non potevano essere conosciute dai soggetti quando hanno posto in essere le loro condotte»³⁹; si tratta di un fondamentale principio dello Stato di diritto e carattere essenziale di civiltà giuridica, nonché *condicio sine qua non* della certezza del diritto. Si tratta poi di stabilire la determinazione esatta dei rapporti e delle situazioni rispetto alle quali la norma trova applicazione.

In relazione alla «regola processuale (cioè innova sulle regole dell'attività giurisdizionale)», però, indipendentemente dalla natura civile o penale, si ritiene che «in generale ...si applica – salvo che esistano norme transitorie – anche ai processi in corso nei quali si discute di rapporti giuridici sorti anteriormente all'entrata in vigore della norma; anche se si tratta di regole più rigorose⁴⁰. Questo non è un caso di retroattività, poiché la norma processuale, in realtà, disciplina appunto il processo e l'attività dei suoi protagonisti (giudice e parti), non i rapporti giuridici che nel processo sono controversi»⁴¹.

Anche se nella sentenza in esame si fa riferimento al divieto probatorio in esame non ricollegandolo «alla dimensione penalistica dell'istituto... ma alla sua dimensione 'civilistica' di ripartizione degli oneri dimostrativi tra parti contrapposte», si deve ricordare che la Suprema Corte ha stabilito che il principio sancito nell'art. 11 preleggi,

³⁸ G. Cian – A. Trabucchi (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, XIII ed., 2018, Wolter Kluwer– Cedam, p. 32.

³⁹ V. ONIDA – E. CRIVELLI, *Commento all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale*, in E. Gabrielli (a cura di) *Commentario del codice civile*, Utet Giuridica, 204.

⁴⁰ Cass., 15 febbraio 2011, n. 3688.

⁴¹ *Idem*.

con riferimento alla successione delle leggi processuali penali, va applicato «non all'intero procedimento, o alle sue singole fasi considerate nella loro caratteristica di fattispecie complesse, ma ai singoli atti di dette fattispecie»⁴².

Alla luce di questi assunti, l'aspetto che lascia perplessi dell'apprezzabilissima interpretazione della Suprema Corte in esame è dato dal fatto che normalmente si attribuisce natura procedurale per ottenere l'effetto opposto di applicare la nuova disciplina *tout court* ai procedimenti in corso⁴³, come esaminato, in base al principio sancito nell'art. 11 delle preleggi "*tempus regit actum*" e cioè al principio che «sancisce l'efficacia immediata della nuova disciplina»⁴⁴ (gli atti da compiere sono immediatamente disciplinati dalla nuova legge processuale, anche se collegati ad atti compiuti in precedenza, cfr. Cass. 4 marzo 1996, CED 204223; Cass. 3 giugno 1992, Lo Gatto, in Riv. pen. 1993, 637; Cass. 11 aprile 1979, CED 143284); quindi la natura procedurale consente l'applicazione della disciplina con riferimento a processi relativi a reati commessi prima della sua entrata in vigore (sottraendo la disciplina procedurale al principio di irretroattività in materia penale, costituzionalizzato all'art. 25, c. 2 Cost., cfr. Corte Cost. 15/1982).

Basti pensare alla vicenda Taricco in materia di prescrizione, in cui la Corte Costituzionale italiana ha difeso la natura sostanziale dell'istituto («la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità», Corte cost. ord. n. 24 del 2017, punto 8) proprio per garantirne la sottoposizione al divieto di applicazione retroattiva delle norme penali di sfavore e quindi la prevedibilità dell'applicazione della disciplina (Occorre infatti che la disposizione scritta con cui si decide quali fatti punire, con quale pena, e, nel caso qui a giudizio, entro quale limite temporale, permetta «una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo» (sentenza n. 5 del 2004)), Corte cost. ord. 24 del 2017, punto 5)⁴⁵.

⁴² G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, XIII ed., Giappichelli, 2018, 21.

⁴³ G. Cian – A. Trabucchi (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, 33: «L'irretroattività importa che di regola sono le nuove norme di natura processuale (*ius superveniens*), e non quelle di natura sostanziale, possano trovare immediata applicazione nei giudizi in corso» (Cass. 2243/82; Cass. 5460/82; Cass. 779/81; Cass. 2879/79 ove si considerano sostanziali quelle norme probatorie che disciplinano l'efficacia, i limiti di ammissibilità e disponibilità, il valore legale delle prove; Cass. 13595/2000).

⁴⁴ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 2019, XX ed., Giuffrè, 51-52.

⁴⁵ La stessa Corte di Giustizia nella sentenza Taricco 2 riconosce che il divieto di retroattività vigente in materia penale impone di escludere che possano essere disapplicate le norme sul regime di prescrizione "interno" per i fatti commessi prima della pronuncia Taricco; altrimenti, gli accusati potrebbero essere «retroattivamente assoggettate ad un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato» (punto 60). Fermo restando che la stessa Corte di Giustizia riconosce che in altri paesi membri non si attribuisce natura sostanziale alla prescrizione e afferma che «a tale riguardo, occorre ricordare che il fatto che un legislatore nazionale proroghi un termine di prescrizione con applicazione immediata, anche con riferimento a fatti addebitati che non sono ancora prescritti, non lede, in linea generale, il principio di legalità dei reati e delle pene (*vids.*, in tal senso, sentenza Taricco, punto 57, e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo citata a tale punto)» (punto 42). La disciplina della prescrizione è stata oggetto di armonizzazione con la direttiva (UE) 2017/1371, che all'art. 17 prevede che le disposizioni con cui gli Stati membri recepiranno la stessa abbiano applicazione solo «a decorrere dal 6

Anzi, sempre con riferimento al processo penale, le Sezioni Unite hanno precisato che il procedimento probatorio è plurifasico (ricerca, ammissione, assunzione, valutazione) e i giudici in camera di consiglio devono applicare la disciplina vigente nel momento della valutazione della prova, anche se tale disciplina è diversa da quella vigente al momento dell'assunzione⁴⁶ («il giudice potrà applicare un divieto probatorio di nuovo conio e non possa utilizzare elementi che, pure, erano stati legittimamente acquisiti al momento dell'assunzione»⁴⁷).

In realtà, allora, sembra emergere una forzatura nell'interpretazione dello stesso dettato dell'art. 11 che è considerato un principio applicabile a tutte le regole procedurali e che consente di applicare tali regole anche a reati che siano stati commessi prima della loro entrata in vigore, ma la cui valutazione in sede processuale avvenga dopo l'introduzione della nuova disciplina; se si fosse applicato l'art. 11 in base a tale prevalente interpretazione, nulla avrebbe impedito di applicare l'orientamento Repaci – esteso alla confisca allargata dalla l. 161/2017 e confermato dal d.lgs. n. 21/2018 nel dettato dell'art. 240-bis c.p. – nel caso in esame.

Invece la Suprema Corte attribuisce all'art. 11 un significato più garantistico per cui esso non consente di applicare una regola procedurale a *fatti* commessi prima della sua entrata in vigore, in questo caso gli arricchimenti patrimoniali, anche se valutati sotto la vigenza della nuova disposizione procedurale; la Corte garantisce al cittadino di sapere prima che se evade le tasse non potrà utilizzare i redditi sottratti alla tassazione per dimostrare il carattere lecito delle proprie acquisizioni ai fini dell'applicazione della confisca *ex art. 240-bis c.p.* – che in qualche modo punisce così il possesso ingiustificato di valori. La nuova disciplina vale solo per acquisizioni successive all'entrata in vigore della l. 161/2017.

In realtà si comprende lo sforzo della Suprema Corte che se avesse qualificato la nuova disposizione come attinente al profilo sostanziale, come emerge dal fatto che incide sull'oggetto e la natura della forma di confisca in esame, avrebbe dovuto applicare l'art. 200 c.p. trattandosi di misura di sicurezza; e, allora, la qualifica come procedurale fornendo dell'art. 11 un'interpretazione particolarmente garantista per cui la nuova regola procedurale non si applica immediatamente al processo in corso, ma invocando il principio di irretroattività – stabilito dalla norma – si nega l'applicazione della nuova

luglio 2019». Cfr. tra i tanti contributi in materia G. GRASSO, *Evoluzione del diritto penale europeo e tutela dei diritti fondamentali alla luce della «saga Taricco»*, in *Leg. pen.* 3.10.2018; L. EUSEBI, *Nemmeno la C.G. UE dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in C. Paonessa – L. Zilletti (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, Pisa 2016, 97; L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco. Dalla «virtuosa indignazione» al rilancio del diritto penale europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 24.10.2016, 3; R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2017, 20; T. E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la «crisi» del diritto penale tra le corti*, in *Dir. pen. cont.*, 28.09.2017, 8-9; A. BERNARDI – C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017.

⁴⁶ Cass., S.U., 25 febbraio 1998, Gerina, in *Cass. pen.*, 1998, 1951.

⁴⁷ Cass., Sez. VI, 11 maggio 2000, Francica, in *Dir. pen. proc.* 2000, 870. Così P. TONINI, *op. cit.*, 53.9; *contra* G. LOZZI, *op. cit.*, 23, che fa riferimento al momento dell'acquisizione e non della decisione.

regola procedurale laddove coinvolga l'accertamento di fatti del passato. Si badi bene, neanche la Corte Europea aveva fornito un'interpretazione così garantista nel caso Welch, perché la Corte EDU ritiene conforme al principio di irretroattività in materia penale, sancito dall'art. 7 CEDU, l'applicazione del *confiscation* britannico, considerato pena, a beni acquisiti prima dell'entrata in vigore della norma, a profitti derivanti da reati commessi prima della sua introduzione, purché l'ordine di confisca sia pronunciato in relazione ad un reato commesso dopo l'entrata in vigore dell'Atto. Nella sentenza in esame la Corte limita l'applicazione del divieto probatorio (ai fini dell'accertamento del carattere sproporzionato) ai beni acquisiti dopo l'entrata in vigore della regola definita procedurale.

Non solo, ma si deve evidenziare che a sostegno della propria interpretazione la Corte cita la sentenza Sez. VI Civ. ord, n. 2662 del 2018 che dichiara l'inapplicabilità retroattiva di presunzioni favorevoli alla amministrazione fiscale⁴⁸; tuttavia la sentenza citata, per argomentare l'interpretazione garantista che non vuole applicare retroattivamente le presunzioni, rivendica la natura sostanziale di tali presunzioni, piuttosto che di regole procedurali: «D'altronde, la pretesa natura procedimentale della norma di cui al D.L. n. 78 del 2009, art. 12, comma 2, che pone, in favore del fisco, una più favorevole presunzione legale relativa rispetto al quadro normativo previgente, oltre a porsi in contrasto con il tradizionale criterio della *sedes materiae*, che vede abitualmente le norme in tema di presunzioni collocate nel codice civile e dunque di diritto sostanziale e non già nel codice di rito, porrebbe il contribuente, che sulla base del quadro normativo previgente non avrebbe, ad esempio, avuto interesse alla conservazione di un certo tipo di documentazione, in condizione di sfavore, pregiudicandone l'effettivo espletamento del diritto di difesa, in contrasto con i principi di cui agli artt. 3 e 24 Cost.». L'Amministrazione finanziaria, piuttosto, insisteva nel ritenere che la disposizione in oggetto avesse natura procedimentale e che, come tale, sarebbe soggetta al principio *tempus regit actum*, trovando applicazione anche riguardo alle somme detenute all'estero in violazione dei suddetti obblighi dichiarativi negli anni precedenti l'entrata in vigore dello stesso decreto legge n. 78 del 2009.

In ogni caso quest'interpretazione garantista della Suprema Corte, pur partendo dal carattere civilistico della regola procedurale in esame, consente di superare la critica che viene mossa al principio generale dell'ordinamento sancito nell'art. 11 delle preleggi, e cioè di violare il principio di ragionevole prevedibilità poiché rendendo immediatamente applicabile qualsivoglia modifica legislativa ad atti di un processo penale pendente, si lederebbe inevitabilmente il principio dell'affidamento, la fiducia di

⁴⁸ Il D.L. n. 78 del 2009, art. 12, comma 2, in vigore dal 1 luglio 2009, convertito con modificazioni dalla L. 3 agosto 2009, n. 102, stabilisce che «in deroga ad ogni vigente disposizione di legge, gli investimenti e le attività di natura finanziaria detenute negli Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui al decreto del Ministro delle finanze 4 maggio 1999, n. 107, e al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 21 novembre 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 23 novembre 2001, n. 273, senza tener conto delle limitazioni ivi previste, in violazione degli obblighi di dichiarazione di cui al D.L. 28 giugno 1990, n. 167, art. 4, commi 1, 2 e 3, convertito dalla L. 4 agosto 1990, n. 227, ai soli fini fiscali si presumono costituite, salva la prova contraria, mediante redditi sottratti a tassazione. In tale caso, le sanzioni previste dal D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, art. 1, sono raddoppiate».

coloro che avevano regolato il loro agire, in base alla normativa previgente, oggetto di un improvviso mutamento (oltre al connesso principio della certezza del diritto, nonché del principio di uguaglianza)⁴⁹; proprio il principio dell'affidamento è richiamato dalla Suprema Corte nella sentenza in esame che fa riferimento al «dovere di interpretazione secondo ragionevolezza e principio generale di tutela dell'affidamento». Proprio tale principio è stato richiamato e difeso dalla nostra dottrina nella nota vicenda Taricco, come prevedibilità/*fairness*, cioè come affidamento a che lo Stato non cambi le regole in corsa⁵⁰; «la ragionevole prevedibilità/*fairness*, insomma, mette in crisi il confine della legalità tracciato dalla natura sostanziale o processuale delle norme penali»⁵¹.

In generale del resto, anche in altre vicende che hanno visto la Suprema Corte e la Corte Costituzionale armeggiare con le definizioni di sostanziale e procedurale per stabilire la sottoposizione o meno di una regola al principio di irretroattività in materia penale o piuttosto al regime *tempus regit actum*, testimoniano l'emergere della tendenza all'affermazione del principio del *favor rei* (o *favor libertatis*⁵²), magari in seguito all'intervento della Corte EDU; si pone così un freno all'immediata applicazione di regole procedurali o relative all'esecuzione penale (l'orientamento giurisprudenziale prevalente, ritiene la disciplina dell'esecuzione penale estranea all'ambito di garanzia dell'art. 25, c. 2 Cost., assoggettandola al principio del *tempus regit actum*⁵³) che potrebbero incidere negativamente sulla libertà o comunque i diritti degli imputati. Basti pensare alla vicenda Scoppola⁵⁴ o alla recentissima sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'interpretazione che consente l'applicazione retroattiva della legge 9 gennaio 2019, n. 3, art. 1, comma 6, che ha esteso l'applicazione dell'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (ordinamento penitenziario) ai detenuti per reati contro la p.a., così ricompresi tra i reati "ostativi" alla sospensione dell'esecuzione di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p. (artt. 314, c. 1, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, c. 1, 320, 321, 322, 322-bis); la Corte Costituzionale stabilisce che non si tratta di mere modalità di esecuzione della pena, soggette al

⁴⁹ G. TRITI, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 9, 15 ss. – 17 e 23 (per uguaglianza), 31 ss. per il principio dell'affidamento.

⁵⁰ Così C. SOTIS, "Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte Edu, in *Quest. Giust.* 2018, n. 4.

⁵¹ Cfr. innanzitutto M. DONINI, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, vol. V, 1998, c. 324; M. NOBILI, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, vol. V, 1998, c. 319; e con riferimento alla vicenda Taricco D. PULITANÒ, [La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco](#), in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2016, 235; V. MANES, *La Corte muove e in tre mosse dà scacco a "Taricco"*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, 7.

⁵² Sulla necessità che prevalga in materia il principio del *favor rei* cfr. G. TRITI, *op. cit.*, 37.

⁵³ Cass., S.U., n. 4561/2006.

⁵⁴ Corte EDU, Grande camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia ha affermato la natura sostanziale della disposizione dell'art. 442, comma 2, c.p.p., relativamente allo sconto di pena connesso al rito abbreviato (avendo incidenza diretta sulla determinazione della pena infitta), assoggettandola al principio di irretroattività, nonché al principio della *lex mitior*; Cass., 19 aprile 2012, n. 34233; Sez. U., 24 ottobre 2013, n. 18821. Conforme Grande Camera, 21 ottobre 2010, Del Rio Prada c. Spagna. *contra* Corte EDU, 27 aprile 2010, Morabito c. Italia, ha escluso che la disposizione sul consenso del PM (abrogata con la legge n. 479/1999) fosse sottoposta al medesimo statuto garantistico, sottolineando come la stessa non avesse incidenza punitiva giacché incidente sui soli "presupposti di accesso al rito". Cfr. V. MANES, [L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale](#), in *Dir. pen. cont.*, n. 2, 2019, 113 ss.

principio *tempus regit actum*, ma di **istituti che hanno a che fare con la natura della pena** con la loro incidenza sulla “libertà personale”⁵⁵. La Corte Costituzionale, del resto, ha espressamente riconosciuto che «*l’attività giurisdizionale, valutata nel concreto, ha fundamentalmente funzione di garanzia, da cui deriva la logica conseguenza dell’assimilazione delle norme processuali penali alle norme sostanziali, quando si risolvano in danno dell’imputato*»⁵⁶.

In tale direzione l’Avvocato Generale Bobek, dopo aver affermato a proposito della distinzione tra norme sostanziali e procedurali che «le difficoltà, in questo come in altri casi, inerenti alla classificazione di siffatte norme “borderline” evidenzia soltanto, ancora una volta, perché tale distinzione non sia realmente utile in casi come quello di specie»⁵⁷, riconosce che «le norme in materia di prove, ..., hanno un impatto evidente sulle sanzioni, in quanto la loro attuazione rende queste ultime più o meno probabili o efficaci»⁵⁸.

In dottrina, del resto, si ritiene che la tutela del *favor rei* deve essere il fulcro anche delle dinamiche di natura processuale quando incidono sulla pena e si includono in particolare «tre settori di ordine processuale che sono in stretta correlazione con aspetti sostanziali: il regime delle prove, il regime dell’esecuzione penale con specifico riferimento alla parte in cui si definiscono i contenuti della pena ed infine il regime delle misure cautelari»⁵⁹; tanto è vero che è stata elaborata la categoria delle c.d. norme processuali a rilevanza sostanziale che dovrebbero godere delle medesime garanzie delle norme di natura sostanziale in quanto a queste equiparabili»⁶⁰.

In verità, come più volte ribadito, la disposizione in esame incide sull’ambito di applicazione della confisca *ex art. 240-bis c.p.*, estendendolo a beni di origine lecita, e quindi sulla stessa natura della confisca allargata accentuandone i già presenti tratti

⁵⁵ Ufficio stampa della Corte costituzionale, comunicato del 12 febbraio 2020: «La Corte costituzionale ha preso atto che, secondo la costante interpretazione giurisprudenziale, le modifiche peggiorative della disciplina sulle misure alternative alla detenzione vengono applicate retroattivamente, e che questo principio è stato sinora seguito dalla giurisprudenza anche con riferimento alla legge n. 3 del 2019. La Corte ha dichiarato che questa interpretazione è costituzionalmente illegittima con riferimento alle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell’ordine di carcerazione successivo alla sentenza di condanna. Secondo la Corte, infatti, l’applicazione retroattiva di una disciplina che comporta una radicale trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale, rispetto a quella prevista al momento del reato, è incompatibile con il principio di legalità delle pene, sancito dall’articolo 25, secondo comma, della Costituzione».

⁵⁶ Corte Cost., 1 febbraio 1982, n. 15, che precisa che in realtà «*il bene tutelato, cioè la libertà personale, può venire ugualmente aggredito tanto dalla legge penale sostanziale quanto da quella procedurale*».

⁵⁷ Conclusioni dell’Avvocato Generale MICHAL BOBEK, 25 luglio 2018, C-310/16, *Spetsializirana prokuratura c. Petar Dzivev, Galina Angelova, Georgi Dimov, Milko Velkov*, § 128.

⁵⁸ *Idem*, § 116.

⁵⁹ E.M. AMBROSETTI, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, person.*, in M. Ronco (a cura di), *Commentario al Codice Penale*, vol. I, Bologna, 2006, 225; conforme G. TRITI, *op. cit.*, 38.

⁶⁰ M. GALLO, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell’istruzione sommaria)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1965, 215 e ss.; M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1987, pp. 105 e ss.; conforme G. TRITI, *op. cit.*, 38.

afflittivi, e, quindi, le si dovrebbe attribuire rilievo sostanziale; se, poi, si adottasse l'orientamento corretto della Corte Edu di andare al di là delle apparenze per verificare la reale natura di una misura, si dovrebbe applicare l'art. 7 CEDU che afferma il principio di irretroattività in materia penale. In tale direzione non solo, del resto, la nostra Corte Costituzionale ha sostenuto che la ragionevole prevedibilità si estenda anche a «ogni profilo sostanziale concernente la punibilità»⁶¹, ma in maniera più radicale ha riconosciuto la natura punitiva e quindi le garanzie della materia penale anche nei confronti di forme di confisca di carattere amministrativo come quella prevista dall'art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998 (in relazione all'illecito amministrativo di *insider trading* dell'art. 187-*bis*)⁶²; sarebbe auspicabile la stessa coerenza in materia, anche se si tratta solo di un'utopia se si considera che la sentenza n. 24/2019 ha addirittura attribuito una mera natura ripristinatoria («della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene»), di stampo civilistico, alla confisca in esame nonché alla confisca di prevenzione.

⁶¹ Corte cost., ordinanza n. 24 del 2017, § 8.

⁶² Corte Cost., 6.3.2019 – 10.5.2019, n. 112, in *Guida dir.*, 2019, 26, 64. Dopo precedenti sentenze che rigettavano la questione di costituzionalità perché avrebbe richiesto un intervento creativo (Corte Cost. 5.11.2012, n. 252, § 4), la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della confisca *ex art. 187-sexies*, nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, c. 2, a) l. n. 62/2005, nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto (Corte Cost. n. 112/2019), evidenziando che anche in seguito alla riforma introdotta dal d.lgs. n. 107/2018 la norma prevede la confisca per equivalente del *prodotto*, che è la somma di profitto e dei beni utilizzati per commettere il reato (la legge delega n. 163/2017 limitava, invece, l'oggetto della confisca al solo «profitto derivato dalle previsioni del regolamento (UE) n. 596/2014»). La Corte riconosce che si tratta di una sanzione punitiva di carattere sproporzionato rispetto al disvalore dell'illecito e una compressione eccessiva del diritto di proprietà dell'autore dell'illecito in contrasto con gli artt. 3, 42 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 Prot. addiz. CEDU, nonché degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 17 e 49, par. 3, CDFUE.