

Cassazione penale

direttore scientifico
condirettore

Domenico Carcano
Mario D'Andria

LVIII - marzo 2018, n° 03

03

20
18

| **estratto**

LA CONFISCA *EXART* 474-BIS C.P.
DEI BENI DEL TERZO ESTRANEO
E LA SUA RESPONSABILITÀ “DERIVATA”

di Pasquale Troncone

151 LA CONFISCA EX ART. 474-BIS C.P. DEI BENI DEL TERZO ESTRANEO E LA SUA RESPONSABILITÀ “DERIVATA”

The Former Confiscation Art. 474-Bis C.P. of the Assets of the Third Party Stranger and His “Derivative” Responsibility

Tra le ipotesi di confisca previste dalla legislazione penale italiana quella introdotta nel 2009 con l'art. 474-bis c.p., in materia di contraffazione di marchi e prodotti industriali, appare per alcuni profili la più originale e controversa. Il lavoro esamina la difficile posizione del terzo titolare del bene utilizzato per la commissione del reato, imponendo l'inversione dell'onere della prova della sua estraneità attraverso l'osservanza di precise regole di condotta che non appaiono in linea con l'assetto delle garanzie del sistema penale.

Among the confiscation hypotheses provided for by Italian criminal legislation, the one introduced in 2009 with art. 474-bis of the Italian Civil Code, with regard to counterfeiting trade marks and industrial products, appears to be the most original and controversial for some profiles. The work examines the difficult position of the third holder of the asset used for the commission of the crime, imposing the reversal of the burden of proof of its extraneousness through the observance of precise rules of conduct that do not appear in line with the structure of the guarantees of the penal system.

(Traduzione in inglese a cura dell'Autore)

di **Pasquale Troncone**

Professore aggregato di Diritto penale dell'economia nell'Università degli Studi Federico II di Napoli

Sommario 1. La molteplicità indefinita della confisca penale. — 1.1. Le tipologie della confisca (in breve). — 1.2. Il vincolo di pertinenzialità. — 2. L'ipotesi speciale prevista all'art. 474-bis c.p. — 2.1. Una rapida ricognizione normativa sui diritti del terzo estraneo. — 2.2. Gli effetti del mutamento del paradigma punitivo. — 3. Dalla presunzione di estraneità alla presunzione di conoscenza. — 3.1. Due decisioni in antitesi delle Sez. un. — 4. Gli obblighi impropri che gravano sul terzo estraneo. — 5. Gli angusti margini tra responsabilità penale concorsuale e pericolosità sociale “derivata”. — 5.1. Una cripto-ipotesi di responsabilità colposa?

1. LA MOLTEPLICITÀ INDEFINITA DELLA CONFISCA PENALE

Analizzare oggi l'istituto della confisca penale, tenendo però conto della definizione tradizionale di misura di sicurezza e guardando all'unica fonte normativa di carattere generale del codice penale Rocco che la delimitava con l'art. 240 al concetto di misura di sicurezza patrimoniale, vuol dire risalire al senso di una disciplina che ha perduto quasi del tutto i suoi connotati originari e non percepire un quadro sistematico che nel tempo si è dilatato, ampliando enormemente la sua base applicativa. Più che conservare le caratteristiche definitorie dell'istituto giuridico codicistico oggi la confisca in materia penale è una vera e propria ampia categoria di genere, un istituto rifranto a “fisionomia variabile” con continui disallineamenti, impreviste ricadute e privo di uno statuto penale organico.

Il tema non è più circoscritto alla confisca ma si estende alle confische, vale a dire alla nebulosa delle tante ipotesi tipologiche diversificate che spaziano da quei casi che si qualificano per la pericolosità di un bene, a prescindere dalla pericolosità sociale del suo possessore; a ipotesi di vere e proprie sanzioni penali, con l'atipico carattere di essere declinate in maniera differente a seconda dei diversi testi legislativi, codicistico o speciale, ove si trovano collocate ⁽¹⁾.

L'avvenuta frantumazione dell'istituto, volto nelle originarie intenzioni del legislatore a svolgere un ruolo preventivo e dissuasivo rispetto al reato e non sanzionatorio, non sfugge oggi a perplessità sulla tenuta del sistema delle garanzie fondamentali della persona e dei principi di carattere generale della materia penale come scrutinata nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale ⁽²⁾.

Vale la pena ricordare che la confisca colpisce la pericolosità oggettiva del bene e la sentenza che ne decide l'applicazione è un provvedimento irrevocabile, ossia istantaneo e permanente, che non perde la sua efficacia neppure se la norma incriminatrice da cui deriva è stata dichiarata incostituzionale e la sentenza di condanna è stata revocata ⁽³⁾. In questo modo la sentenza irrevocabile che statuisce la confisca impone il transito istantaneo e definitivo del bene nel patrimonio dello Stato a titolo originario.

1.1. Le tipologie della confisca (in breve)

La categoria della confisca diretta che continua a connotarsi come misura di sicurezza incide sui quei beni che si trovano in rapporto di pertinenzialità con il reato, colpendo la pericolosità indotta nel reo in ragione dalla loro disponibilità e assolve a una funzione essenzialmente preventiva: mezzo, profitto, prodotto del reato. La confisca per equivalente o di valore, invece, mette in luce una connotazione essenzialmente afflittiva e per questa ragione assume pacificamente natura sanzionatoria, come del resto ribadito ancora una volta dalle Sez. un. della Suprema Corte con la sentenza n. 31617 del 2015 e dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 68/2017 ⁽⁴⁾. È sufficiente registrare cosa è accaduto con l'estensione del d.lg. n. 74 del 2000 ⁽⁵⁾ in

⁽¹⁾ D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bononia University Press, 2007. E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Giappichelli, 2012.

⁽²⁾ Per una completa ricostruzione della confisca e tutte le implicazioni ulteriori imposte dalle innovazioni legislative, si rinvia a M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, 2001.

⁽³⁾ E. TRAPANI, *Confisca*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1991; A. ALESSANDRI, *Confisca*, in *Dig. d. pen.*, vol. III, Utet, 1989, p. 39.

⁽⁴⁾ Sez. un., sent. n. 31617 del 26 giugno 2015, in www.cassazione.it, C. cost., sent. n. 68 del 7 febbraio 2017, con nota di G. AMARELLI, *Irretroattività e sanzioni 'sostanzialmente' penali: il discorso incompiuto della Consulta sulla confisca per equivalente 'ex' art. 187-sexies t.u.f.*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 691. Sul tema in dottrina F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Ipsoa, 2009. Appare molto interessante rilevare sul punto che la decennale giurisprudenza formatasi sulla natura giuridica della confisca per equivalente l'aveva già compiutamente inquadrata, come stabilito da Sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, in www.penale.it: «La confisca per equivalente, caldeggiata a più riprese, a partire dagli anni '80, e via via con intensità crescente, in vari atti internazionali (di cui l'ultimo è la ricordata decisione quadro del Consiglio U.E. del 24 febbraio 2005), in funzione di neutralizzazione dei vantaggi economici derivanti dall'attività criminosa, fu introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento (se si eccettua la previsione di cui all'art. 735-bis c.p.p. – conseguente alla ratifica, con l. 9 agosto 1993, n. 328, della Convenzione n. 141 del Consiglio d'Europa relativa al riciclaggio, al rintracciamento, al sequestro o alla confisca dei proventi di reato, aperta alla firma a Strasburgo l'8 novembre 1990 – della esecuzione della confisca di valore in sede di cooperazione giudiziaria passiva), in relazione al reato di usura, dalla legge 7 marzo 1996, n. 108, che, novellando l'art. 644 c.p., stabilì, oltre alla obbligatorietà della

punto di confisca, attingendo attraverso il rinvio diretto sistematico all'art. 322-ter c.p. ⁽⁶⁾, per rilevare quali fossero le intenzioni legislative in materia di debito tributario come punizione ulteriore rispetto all'irrogazione della pena detentiva ⁽⁷⁾.

L'introduzione della confisca per equivalente trova il suo più risalente antecedente nella disciplina stabilita in materia di usura all'art. 644, u.c., c.p. ⁽⁸⁾ e ancora divide dottrina e giurisprudenza sulla sua natura giuridica, se sia pena principale, pena accessoria o un *tertium genus* sanzionatorio dai contorni vaghi e indeterminabili ⁽⁹⁾.

Il tema della confisca, infine, incrocia in termini controversi tutta la materia legislativa delle misure di prevenzione, nel quadro della quale le coordinate tradizionali scontano una tensione ancora maggiore con i principi di garanzia di rango costituzionale della materia punitiva. Né le determinazioni normative a livello europeo sono utili a conferire chiarezza applicativa a una materia che non riesce ad essere ancora ristretta entro i parametri di sistematicità e razionalità ⁽¹⁰⁾.

Resta fermo il dato che risulta, allo stato, impossibile ridurre a sistema una molteplicità di discipline dai contenuti frastagliati, dalla natura spesso indefinita e dalla efficacia autonoma rispetto all'affermazione della responsabilità penale del reato che lascia aperta una ferita sul piano delle garanzie di libertà. Basterebbe soltanto considerare la c.d. confisca allargata o per

confisca del prezzo e del profitto del reato di usura, che la stessa potesse estendersi a "somme di denaro, beni o utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona, per un importo pari al valore degli interessi, o degli altri vantaggi o compensi usurari)". Su tale forma di misura ablatoria (che, senza mai essere introdotta in via generale, ha nel frattempo trovato ulteriori applicazioni specifiche nel nostro ordinamento con il d.lg. 6 giugno 2001, n. 231, relativo alla responsabilità delle persone giuridiche, con il d.lg. 11 aprile 2002, n. 61, contenente la disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, e con la l. 11 agosto 2003, n. 228, che ha novellato l'art. 600-septies c.p.), la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare che essa: «esime dallo stabilire quel "rapporto di pertinenzialità" tra reato e provvedimento ablatorio dei proventi illeciti, che caratterizza invece la misura ex art. 240 c.p.: fermo restando, cioè, il presupposto della consumazione di un reato, non è più richiesto alcun rapporto tra il reato e i beni da confiscare, potendo essere detti beni diversi dal "provento (profitto o prezzo)" del reato stesso (Cass., 19 gennaio 2005, Nocco; 27 gennaio 2005, Baldas); costituendo una "forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti", viene ad assumere un carattere preminentemente sanzionatorio (Cass., 16 gennaio 2004, Napolitano)».

⁽⁵⁾ L'attuale disciplina è stata introdotta dall'art. 12-bis del d.lg. 24 settembre 2015, n. 158 che a sua volta aveva sostituito l'ipotesi prevista con l'art. 1, comma 143, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) con la rubrica "Confisca": «1. In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale per uno dei delitti previsti dal presente decreto, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto. – 2. La confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro. Nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta».

⁽⁶⁾ V. MONGILLO, *sub art. 322-ter*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretta da Lattanzi - Lupo, Giuffrè, 2015, p. 551.

⁽⁷⁾ L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 novembre 2010. V. MAIELLO, *Confisca per equivalente e pagamento del debito tributario*, in *Giur.it.*, 2014, p. 695.

⁽⁸⁾ In tema di confisca l'ultimo comma dell'art. 644 c.p. prevede: «Nel caso di condanna, o di applicazione di pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti di cui al presente articolo, è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato ovvero di somme di denaro, beni ed utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni».

⁽⁹⁾ G. BIONDI, *La confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionatorio?*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁽¹⁰⁾ A. ALBERICO, *Il recepimento della Direttiva 2014/42/UE in tema di confisca*, in *Studium iuris*, 2017, 4, p. 414.

sproporzione sancita all'art. 12-*sexies*, legge n. 356 del 1992 ⁽¹¹⁾, per comprendere come esigenze contingenti e provvedimenti non sempre opportunamente meditati per la loro efficacia espansiva, hanno sovvertito il quadro dei principi generali, inserendo nel sistema soluzioni punitive non precisamente definibili che vanno ben oltre il loro ambito applicativo di riferimento ⁽¹²⁾.

Senza contare, infine, che le determinazioni in sede europea in tema di confisca recepite nel nostro ordinamento per effetto dei Trattati lasciano una larga traccia di incertezza sulla precisa collocazione sistematica, offrendo il fianco a perplessità circa la divaricazione con sfere di autonomia tra responsabilità penale per il reato contestato e responsabilità patrimoniale per l'illecita acquisizione di beni ⁽¹³⁾. Dove il quadro che ne risulta vede confuse finalità sanzionatorie e finalità preventive, ma ancor di più il consolidarsi di una pena patrimoniale che sfida gli enunciati costituzionali sulla finalità rieducativa della pena.

All'interprete volta per volta si impone il grave compito di individuare il regime giuridico di ciascuna ipotesi per distinguere misura di sicurezza, pena patrimoniale principale, pena patrimoniale accessoria, misura di prevenzione e fissare condizioni applicative e conseguenze ablativo.

1.2. Il vincolo di pertinenzialità

Considerato l'ampio spettro e la radicale diversità tipologica tra le ipotesi di confisca, si può affermare che a essere venuto meno dell'istituto originario della confisca è il carattere di pertinenzialità del bene. La funzione ablativo-preventiva dell'art. 240 c.p. era volta, essenzialmente, a spezzare il nesso funzionale tra reo e bene, facendo venir meno la pericolosità sociale del soggetto per effetto della perdita di quel bene che gli avrebbe potuto consentire la commissione di ulteriori reati. Il nesso di pertinenzialità svolgeva, peraltro, anche una funzione di garanzia, risolvendosi nella limitazione del potere statale di sottrarre beni personali a soggetti che mostravano soltanto propensione alla commissione di reati contro il patrimonio.

Quello stesso nesso di pertinenzialità non appartiene più allo schema ermeneutico della confisca per equivalente che la stessa Corte costituzionale qualifica come sanzione: «che, infatti – come affermato dalla Corte di cassazione in numerose pronunce – la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un "rapporto di pertinenzialità" (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e

⁽¹¹⁾ 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*, in F. PALAZZO - C.E. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, XII, Giappichelli, 2015, p. 119.

⁽¹²⁾ Anche nell'ambito di questa disciplina chiamata a regolare la misura di confisca, ancora una volta si registra l'incertezza interpretativa sulle garanzie che la legge deve apprestare ai terzi estranei al possesso ingiustificato del proposto. In questo caso si pone, peraltro, un dubbio sugli strumenti processuali da adottare per far valere la posizione di estraneità da parte del terzo, dubbio risolto in parte con la modifica normativa apportata dalla l. 17 ottobre 2017, n. 161, alla disposizione contenuta nel Codice antimafia, e soprattutto per effetto dell'intervento delle Sezioni unite, sent. n. 48126 del 20 luglio 2017, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 novembre 2017. Viene affermato, allontanando ancora una garanzia effettiva di intervento a suo favore, che il terzo non può assumere il ruolo di parte processuale e che: «potrà ricorrere alla procedura dell'incidente di esecuzione solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza che dispone la confisca».

⁽¹³⁾ Sull'ampio tema, si veda V. MAIELLO, *Confisca, Cedu e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, p. 43.

detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, una natura "eminentemente sanzionatoria"»⁽¹⁴⁾.

2. L'IPOTESI SPECIALE PREVISTA ALL'ART. 474-BIS C.P.

Il cospicuo numero delle ipotesi di confisca è caratterizzato dal fatto che esiste una disciplina comune, sostanzialmente – anche se non esclusivamente – contenuta nell'art. 240 c.p. che si applica in assenza di previsioni speciali e tipiche.

Questo meccanismo legale regolato dal rapporto di specialità dell'art. 15 c.p. opera in modo che prevale l'applicazione della misura ablativa tipica stabilita per le ipotesi di reato di cui costituisce appendice normativa. Tuttavia, non sempre il legislatore segue la regola generale, per cui talvolta accade che il criterio di specialità venga superato da espresse previsioni di cumulo o di sussidiarietà, in modo tale che può scattare anche quella di natura o di contenuto diverso rispetto a quella speciale⁽¹⁵⁾. Non si può escludere per queste ragioni un vero e proprio concorso di norme in materia di confisca, talvolta regolato dal legislatore, quando stabilisce espressamente la clausola di sussidiarietà, altre volte risolte dall'interprete sulla base della prevalenza oggettiva della finalità repressiva perseguita.

La disciplina della confisca dell'art. 474-bis c.p. delinea appunto una di quelle ipotesi che si rifrangono in una sfera complessa, al punto da tenere insieme nella stessa previsione la confisca per equivalente, come sanzione; quella definita diretta; e la misura di sicurezza dell'art. 240 c.p.

La disposizione normativa dell'art. 474-bis c.p. di cui ci occupiamo è entrata in vigore con la legge 23 luglio 2009, n. 99 "Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia" in attuazione della Direttiva n. 48/2004/C.E., nota come Direttiva *Enforcement*, perché regola gli strumenti processuali attraverso i quali è possibile tutelare i diritti della proprietà intellettuale. La norma rubricata "Confisca" stabilisce con la sua prima parte una tipica ipotesi di confisca diretta: «Nei casi di cui agli articoli 473 e 474 è sempre ordinata, salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento del danno, la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto, il prodotto, il prezzo o il profitto, a chiunque appartenenti»⁽¹⁶⁾.

Con la seconda parte viene delineata una confisca per equivalente: «Quando non è possibile eseguire il provvedimento di cui al primo comma, il giudice ordina la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente al profitto. Si applica il terzo comma dell'art. 322-ter»⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ C. cost., sent. n. 97 dell'1 aprile 2009, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁽¹⁵⁾ È sufficiente considerare la possibile applicabilità delle molteplici ipotesi di confisca compatibili con la nuova disciplina del delitto di Corruzione tra privati dell'art. 2635 c.c. introdotta con il d.lg. 15 marzo 2017, n. 38, in *G.U.* 30 marzo 2017.

⁽¹⁶⁾ A. MADEO, *Lotta alla contraffazione: modifiche degli artt. 473, 474 c.p. e nuovi delitti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1347.

⁽¹⁷⁾ Infatti, il terzo comma dell'art. 322-ter c.p. sulla confisca stabilisce che: «Nel caso di condanna, o di applicazione della pena a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto previsto dall'art. 321, anche se commesso ai sensi dell'articolo 322-bis, secondo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'articolo 322-bis, secondo comma».

Nella terza parte appare la prescrizione più controversa in materia di confisca, seppure si tratta, ma solo apparentemente, di una misura di sicurezza patrimoniale ablativa: «Si applicano le disposizioni dell'art. 240, commi terzo e quarto, se si tratta di cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, ovvero che ne sono l'oggetto, il prodotto, il prezzo o il profitto, appartenenti a persona estranea al reato medesimo, qualora questa dimostri di non averne potuto prevedere l'illecito impiego, anche occasionale, o l'illecita provenienza e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza. Le disposizioni del presente articolo si osservano anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma del titolo II del libro sesto del codice di procedura penale».

Appare dunque chiaro che il legislatore ha inteso dotare di una particolare capacità aggressiva lo strumento ablativo, il sequestro in fase cautelare prima e la confisca all'esito del giudizio poi, in modo da non consentire in alcun modo che l'imputato, anche non condannato, possa sfuggire a una misura che si connota di forza punitiva. Ma ciò che colpisce è l'incremento del potenziale di perseguibilità del soggetto che viene garantito attraverso il ricorso a due diversi strumenti operativi.

In primo luogo l'ipotesi di confisca a seguito di condanna (senza distinguere tra facoltativa e obbligatoria) e poi senza condanna per i capi o gli oggetti contraffatti che vanno eliminati dal mercato, effetto che si raggiunge attraverso l'uso della locuzione estensiva "è sempre ordinata", volendo con questo intendere che la misura non è rivolta soltanto al condannato ma anche all'imputato che potrebbe essere assolto o prosciolto ma il bene non è sottoponibile a procedura di regolarizzazione ⁽¹⁸⁾.

In secondo luogo, ed è sicuramente il profilo di maggiore rilevanza politico criminale, che per ben due volte la norma chiama in causa soggetti terzi estranei rispetto alla vicenda penalmente illecita. Una prima volta con il primo comma per mezzo della locuzione prescrittiva "a chiunque appartenenti"; una seconda volta con il terzo comma dove si indica la "persona estranea".

2.1. Una rapida ricognizione normativa sui diritti del terzo estraneo

Nonostante la dissoluzione prasseologico-normativa del criterio di pertinenzialità, le numerose ipotesi di confisca mettono in luce il fatto che il legislatore è stato sempre attento a indicare la presenza e il ruolo del terzo estraneo al reato, indirizzando l'interprete e il giudice a precisi obiettivi.

Se sul piano del diritto sostanziale l'assenza di un volto unitario e coerente della confisca attribuisce oneri impropri ai soggetti estranei, sul piano processuale la ricaduta è precisa e ancora più gravosa, poiché si risolve in un problematico caso di inversione dell'onere della prova.

Volendo soltanto tratteggiare rapidamente la legislazione penale in materia di confisca, dove viene individuato un preciso ruolo del terzo estraneo in danno del quale viene adottata la misura ablativa, una concisa ricognizione può tornare utile per verificare quali soluzioni,

⁽¹⁸⁾ In buona parte è spiegabile anche il senso della locuzione, tenuto conto che i beni contraffatti sequestrati devono essere necessariamente distrutti. Non sarà possibile infatti supporre una riutilizzazione o una riconversione sanandone la natura illecita, quei beni non potranno mai essere posti in vendita sul mercato o ceduti in altro modo. Sul tema e sul versante processuale M. ANTINUCCI, *Sequestro probatorio e procedimento per la distruzione delle merci illecite o contraffatte, I procedimenti complementari*, in *La giustizia penale differenziata*, a cura di Gaito e Spangher, III, Giappichelli, 2011, p. 829.

talvolta del tutto distoniche, ha adottato il legislatore. Tutte le norme presentano un dato comune, dipendente dal fatto che viene sempre enunciato o un vincolo di pertinenzialità ovvero di funzionalità del bene o del patrimonio, da sottrarre a favore dello Stato, con il reato commesso.

Due disposizioni, oltre a quelle già riportate sopra, sono significative a questo fine.

La prima è contenuta nell'art. art. 648-*quater* c.p. "Confisca": «Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter.1*, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il prodotto o il profitto, salvo che appartengano a persone estranee al reato».

La seconda è prevista al comma 5-*bis* dell'art. 12 del d.lg. n. 286 del 1998 denominato "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero": «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La condanna con provvedimento irrevocabile ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 c.p.p., anche se è stata concessa la sospensione condizionale della pena, comporta la confisca dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti in materia di gestione e destinazione dei beni confiscati. Le somme di denaro ricavate dalla vendita, ove disposta, dei beni confiscati sono destinate al potenziamento delle attività di prevenzione e repressione dei reati in tema di immigrazione clandestina».

2.2. Gli effetti del mutamento del paradigma punitivo

In materia di confisca è agevole rilevare il profondo e radicale mutamento di concezione del ruolo e del significato del diritto punitivo odierno, in particolare della pena, nell'ambito del più ampio ordinamento giuridico. Hanno pesato, senza alcun dubbio, le sollecitazioni impartite dalle Istituzioni europee, dalle statuizioni convenzionali e una decisa spinta che il diritto giurisprudenziale ha imposto alla legalità penale.

La posizione patrimoniale del responsabile di un reato è diventata oggetto prevalente di attenzione da parte del legislatore che ha in buona misura preso le distanze da una pena detentiva incapace di assicurare gli effetti punitivi attesi. Colpire il patrimonio individuale, e si badi sia della persona fisica che della persona giuridica, è operazione tesa a garantire una maggiore efficacia alla portata sanzionatoria della norma penale. Qui, però, si apre l'ampio fronte ancora insondato del significato di una misura afflittiva, non si esita a definirla pena, in assenza dei caratteri costituzionali della vocazione rieducativa del condannato che, in questa ipotesi, dovrebbe addirittura passare attraverso una riabilitazione del bene.

Da questo punto di vista occorre prendere atto che l'impostazione culturale della pena nelle fonti e nel diritto vivente di stampo europeo, sembra prediligere una vocazione di tipo retributivo della pena piuttosto che rieducativo-risocializzativo come nella nostra tradizione costituzionale.

Orbene, quando al centro del sistema si pone il patrimonio ed in particolare l'oggetto su cui far valere il proposito preventivo o addirittura punitivo e si disperde quel vincolo di pertinenzialità con il responsabile del reato, può accadere che ne vengano coinvolti i diritti dei terzi

estranei alla commissione del reato. Diritti fondamentali che il diritto dei Trattati e le statuzioni convenzionali elevano a rango di assoluta intangibilità, trattandosi di diritti essenziali per la vita, quali la proprietà, i necessari mezzi di sussistenza e il domicilio familiare.

3. DALLA PRESUNZIONE DI ESTRANEITÀ ALLA PRESUNZIONE DI CONOSCENZA

La posizione del terzo estraneo è divenuta a tal punto decisiva per tutta la legislazione degli ultimi anni in tema di misure patrimoniali che lo stesso legislatore, si è detto, ne ha tenuto puntualmente conto nella previsione delle singole misure ablativo.

Misure che scattano anche indipendentemente dall'accertamento di un reato e dalla condanna del responsabile ⁽¹⁹⁾, ma che allo stesso tempo possono coinvolgere soggetti che sono rimasti estranei al procedimento penale e al procedimento di esecuzione.

Nel panorama estremamente variegato della confisca ma soprattutto delle garanzie che assistono i terzi, appare interessante la disciplina recentemente introdotta con la modifica del Codice antimafia che con l'art. 52 corrobora una rete di protezione dei terzi, titolari di diritti sui beni sequestrati, predisponendo anche specifici strumenti di intervento processuale.

Resta il fatto che l'assenza di una disciplina comune alle molteplici tipologie di misure patrimoniali ablativo ha per questo determinato gravi incertezze sulla posizione dei terzi, incertezze che scontano un vuoto di garanzia prima ancora che di disciplina.

L'art. 474-*bis* c.p., si pone come emblematico nel panorama legislativo, poiché rappresenta un singolare caso in cui il legislatore ha prescritto esattamente al giudice quale tipo di accertamento effettuare per ritenere indenne il patrimonio del terzo dalle conseguenze dannose di un reato commesso da altri.

Ciononostante, quel livello di garanzia dei diritti fondamentali che la norma intendeva tenere alto, assicurando un nucleo chiaro di significato al comportamento del terzo, a nostro avviso, apre il varco a conseguenze che non sempre si presentano in linea con i propositi.

Nel nostro sistema processuale vale indefettibilmente la regola secondo cui l'accusa deve dimostrare la non ingerenza del terzo al comportamento complessivo dell'autore del reato pur rimanendone estraneo. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità si è allineata negli ultimi anni: «I principi sopra richiamati sono dunque utilizzabili anche per la soluzione della questione in esame, sebbene vada rilevato, alla luce di quanto affermato dalla corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015, con riferimento a quanto disposto dalla Convenzione, che non sarà l'interessato a dover dimostrare la propria buona fede, gravando sulla pubblica accusa l'onere di dimostrarne l'insussistenza» ⁽²⁰⁾.

Come opportunamente richiamato dalla Suprema Corte, anche la Corte costituzionale, intervenuta però in materia di responsabilità patrimoniale della persona giuridica, aveva opportunamente stabilito: «il terzo acquirente di buona fede, che ha a buon titolo confidato nella conformità del bene alla normativa urbanistica, non può in nessun caso subire la confisca. Va poi da sé che l'onere di dimostrare la mala fede del terzo grava, nel processo penale,

⁽¹⁹⁾ Sul punto la Suprema Corte ha ribadito che la confisca per equivalente (addirittura diretta) scatta allorché sia stata pronunciata sentenza condanna in primo grado e successivamente, nella fase dell'appello, sia stato riconosciuto lo spirare del termine massimo della prescrizione e, dunque, la corte di appello abbia pronunciato «non doversi procedere per estinzione del reato» confermando l'applicazione della confisca del danaro rinvenuto sul conto corrente dell'imputato, come stabilito da Sez. II, sent. n. 51088 del 20 ottobre 2017, in *www.cassazione.it*.

⁽²⁰⁾ Sez. III, sent. n. 32363 del 5 luglio 2017, *www.cassazione.it*.

sulla pubblica accusa, posto che una “pena”, ai sensi dell’art. 7 della CEDU, può essere inflitta solo vincendo la presunzione di non colpevolezza formulata dall’art. 6, comma 2, della CEDU (*ex plurimis*, Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 1° marzo 2007, *Geerings contro Paesi Bassi*)»⁽²¹⁾.

Affermazione di un principio tipico di un sistema penale costituzionalmente orientato, allorché coniuga la previsione legislativa nazionale alla prescrizione convenzionale, legando dunque il profilo di diritto sostanziale sancito all’art. 7 CEDU – circa la prevedibilità –, a quello dell’art. 6 sempre della Convenzione EDU – in termini di garanzie processuali e del principio del contraddittorio –.

Svolta questa debita premessa occorre inquadrare il tema che il terzo comma dell’art. 474-*bis* c.p. propone per ritenere indenne il terzo estraneo dalla confisca del suo bene, soltanto: «qualora questa dimostri».

In primo luogo va rilevato che la previsione normativa si pone in controtendenza con il principio secondo cui l’onere della prova grava sull’accusa. Ed infatti, il terzo viene chiamato in causa o interviene soltanto per dimostrare la sua estraneità. In termini ermeneutici il meccanismo adottato dal legislatore si pone esattamente all’opposto di quello consueto, secondo cui la norma stabilisce sempre una “salvezza” per la posizione del terzo (si vedano tutte le norme richiamate in questo lavoro) che non si accompagna ad alcun dovere istruttorio ulteriore. Non a caso, quando la norma penale precisa “salvo che appartenga a persona estranea al reato” vuole chiaramente intendere che la titolarità del bene e la sua integrità è salvaguardata a prescindere da qualsiasi altra statuizione. Vi è, appunto, una presunzione assoluta in termini sostanziali, nel rispetto dell’art. 7 CEDU, e processuali, come prescrive l’art. 6 CEDU.

È pur vero che la presunzione legale esposta dal legislatore può essere vinta dalla dimostrazione dell’accusa che il terzo, pienamente a conoscenza della provenienza del bene, lo gestisce per conto dell’effettivo titolare autore del reato, ma questo costituisce l’esito di un accertamento scaturito da una indagine mirata dell’accusa che prova la circostanza e la documentazione. Solo a queste condizioni il terzo estraneo potrà essere abilitato ad intervenire ed esercitare il suo diritto di difesa giustificando l’incolpevole possesso del bene.

Sotto questo angolo visuale non sempre la giurisprudenza di legittimità ha adottato un orientamento concorde, forse anche a causa del tema che, nella produzione legislativa caotica in materia di confisca, non appariva ancora maturo. Nel tempo si sono sovrapposte, infatti, scelte altalenanti che hanno legato la materia della criminalità comune con quella organizzata qualificata e soprattutto la figura indefinita della confisca di prevenzione.

3.1. Due decisioni in antitesi delle Sez. un.

Il contrasto appare evidente in due decisioni delle Sezioni unite penali della suprema Corte, la prima in materia di responsabilità delle persone giuridiche d.lg. 231/2001, la seconda in materia di usura, che, succedutesi a distanza di molti anni, forniscono chiavi di lettura del tutto asimmetriche, ma rendono evidenti le ragioni per cui si sono generate ulteriori confusioni concettuali. La differenza è, a nostro sommo avviso, costituita dal livello di garanzie che il diritto giurisprudenziale intende assicurare alla politica criminale, nelle controverse dinamiche empiriche di una politica giudiziaria in controtendenza.

⁽²¹⁾ C. cost., sent. n. 49 del 14 gennaio 2015, in www.cortecostituzionale.it.

La decisione che ha posto fine all'incertezza applicativa è la n. 11170 del 25 settembre 2014 ⁽²²⁾, in cui il supremo Consesso afferma: «Se, come sembra, la sentenza Bacherotti ha voluto stabilire una vera e propria inversione dell'onere della prova, ponendola del tutto a carico del terzo estraneo, l'indirizzo non appare corretto perché nel processo penale è demandato al giudice l'accertamento dei fatti. Nel caso in discussione il giudice disporrà il sequestro ed ordinerà la confisca sui beni provento dell'illecito appartenenti alla società, ma non potrà apporre il vincolo su beni acquisiti dai terzi in buona fede; pertanto dovrà necessariamente accertare quale sia la titolarità dei beni e quali le modalità di acquisizione da parte dei terzi. L'inversione dell'onere della prova nella materia in discussione non trova fondamento in norme giuridiche» ⁽²³⁾.

La precedente decisione a Sezioni unite del 1999, ric. Bacherotti, infatti, poneva a carico del terzo un onere del tutto improprio, tradendo in questo modo anche la lettera della legge che in maniera inequivocabile pone a carico dell'accusa l'onere di provare la mala fede del terzo estraneo ⁽²⁴⁾.

La decisione n. 11170/2014 ineccepibile in punto di diritto e sul piano dei principi generali della materia, svolge un'considerazione importante proprio in relazione al tema della confisca che stiamo trattando, seppure con qualche riserva: «Da quanto detto risulta che il concetto di buona fede per il diritto penale è diverso da quello di buona fede civilistica a norma dell'art. 1147 c.c., dal momento che anche i profili di colposa inosservanza di doverose regole di cautela escludono che la posizione del soggetto acquirente o che vanta un titolo sui beni da confiscare o già confiscati sia giuridicamente da tutelare. Infine appare opportuno ricordare che la correttezza di tale indirizzo giurisprudenziale è stata riconosciuta dal legislatore, che lo ha, per così dire, normativizzato, perché nel prevedere la confisca obbligatoria in materia di contraffazione di marchi e segni distintivi dall'art. 474-bis c.p., introdotto dall'art. 15, comma 1, lett. c), della legge 23 luglio 2009, n. 99, ha escluso la confisca delle cose appartenenti a terzi "quando questi dimostrino di non aver potuto prevedere l'illecito impiego, anche occasionale, delle cose o la loro illecita provenienza e di non essere incorsi in un difetto di vigilanza"».

Non ci appare del tutto conferente la conclusione rispetto alla premessa svolta dalle Sezioni unite, poiché non mostra di avvedersi che la disciplina della confisca dell'art. 474-bis c.p. in materia di contraffazione, pur prescrivendo precisi contenuti e nuovi orizzonti circa l'accertamento da svolgere nei confronti del terzo, non stabilisce come di consueto una presunzione di estraneità, ma, al contrario, una presunzione di conoscenza imponendo l'inversione legale dell'onere della prova.

⁽²²⁾ Sez. un., sent. n. 11170 del 25 settembre 2014, in *www.cassazione.it*.

⁽²³⁾ E continua: «ciò che, invece, sembra del tutto ragionevole pretendere è un onere di allegazione a carico del terzo che voglia far valere un diritto acquisito sul bene in ordine agli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di appartenenza del bene e di estraneità al reato dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato, così come avviene in situazioni simili, come ad esempio in materia di misure di prevenzione. Una siffatta rigorosa impostazione trova giustificazione nel fatto che la confisca dei beni di cui all'art. 19 d.lg. n. 231 del 2001 è disposta perché viene accertato, a seguito di un processo penale, che i beni oggetto del provvedimento costituiscono profitto di un illecito amministrativo derivante da reato, cosicché per vincere una tale situazione è l'interessato, che si proclama estraneo al reato, che deve, soddisfacendo l'onere di allegazione, fare emergere la regolarità del suo titolo di acquisto e la buona fede che soggettivamente lo caratterizzava».

⁽²⁴⁾ Sez. un., sent. del 28 aprile 1999, in *Foro it.*, n. 10, 1999, c. 571.

4. GLI OBBLIGHI IMPROPRI CHE GRAVANO SUL TERZO ESTRANEO

La questione posta dalla norma che prevede la confisca in materia di contraffazione investe, dunque, i criteri di attribuzione della conoscenza della provenienza illecita del bene. Questi criteri sono, come già detto, le circostanze di fatto, in realtà veri e propri obblighi di fare, utili a vincere la presunzione: «non averne potuto prevedere l'illecito impiego, anche occasionale, o l'illecita provenienza e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza».

La prima è una circostanza che ruota su un giudizio di tipo prognostico formulato sulla base dell'adempimento di un dovere di accertamento che, tuttavia, riguarda la consumazione di un reato. La previsione dell'illecita provenienza o dell'impiego di un bene pone il terzo in una posizione di verifica antecedente la condotta dell'autore. La cifra ermeneutica di questa disposizione appare oggettivamente oscura, indefinita, giudizio avvalorato da prese di posizione della Corte di cassazione che limitano, sicuramente in termini di favore, gli effetti della norma, ma in realtà ne mortificano la portata effettiva. Sulla questione è stato affermato che: «L'art. 474-*bis* c.p. non introduce con clausola imperativa un ulteriore, diverso obbligo di vigilanza rispetto a quello eventualmente *ex contractu* imposto, pena il divieto di trasferimento della *res* a fini di noleggio, affitto, comodato»⁽²⁵⁾.

Questo tipo di interpretazione restrittiva, probabilmente anche costituzionalmente orientata, si allinea casualmente al concetto di buona fede messo in luce dalle Sez. un. n. 11170/2014, ma in questi caso il problema è completamente diverso, poiché non viene richiesta dalla norma penale un generico comportamento incolpevole, ma una precisa condotta di accertamento sulla prevedibilità in astratto del reato di commercio di prodotti con segni falsi.

Sempre la sentenza precisa i limiti oggettivi dell'agire in buona fede: «La sentenza Bacherotti ha poi precisato che al requisito oggettivo integrato dalla non derivazione di un vantaggio dall'altrui attività criminosa, deve aggiungersi la connotazione soggettiva della buona fede del terzo, intesa come "non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato"; soluzione anche questa confortata dalla Corte costituzionale (Corte cost., n. 229 del 1974; n. 259 del 1976; n. 2 del 1987) che aveva dichiarato l'incostituzionalità delle norme che prevedevano il sacrificio del diritto dei terzi sulle cose utilizzate da altri per il contrabbando, ancorché ai primi non fosse imputabile un difetto di vigilanza (vedi anche C. cost., n. 1 del 1997)».

Il caso riportato nella sentenza della Cassazione n. 48121/2017 è esemplificativo di un rapporto di funzionalità diretta tra bene e commissione del reato, ossia offrire in locazione un immobile entro il quale stivare e commerciare beni con segni falsi di cui all'art. 474 c.p. Sebbene la decisione sottolinei un preciso percorso applicativo, non sembra il linea la soluzione con quanto richiesto dal legislatore: «Sul punto, si intende fornire continuità applicativa al principio già espresso da questa Corte (cfr., Sez. I, sentenza n. 25625 del 2013) e secondo il quale l'obbligo di vigilanza previsto dall'articolo 474-*bis* c.p. non rappresenta un ulteriore obbligo disposto dalla norma in esame, quanto piuttosto un obbligo che deve discendere dalle clausole contrattuali stabilite per la utilizzazione del bene»⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Sez. V penale, sent. n. 48121 del 18 ottobre 2017, in *www.cassazione.it*.

⁽²⁶⁾ E continua: «Ed invero, interpretare, diversamente, l'articolo 474-*bis* c.p., nel senso cioè che il terzo proprietario della cosa debba in ogni caso, da un lato, prevedere l'illecito impiego della cosa e, dall'altro, vigilare sull'uso della

A ben vedere, la norma sulla confisca per esonerare il terzo estraneo esige un comportamento che va bene al di là del corretto adempimento del contratto, al punto da costituire una vera e propria posizione di garanzia a favore dell'ordinamento. L'obbligo che ne discende è quello di interrompere la condotta del reato, denunciare il fatto revocando il contratto che aveva consentito l'uso del bene divenuto funzionale alla consumazione del reato.

Il dettato normativo, nel caducare la presunzione di estraneità, introduce un elemento di turbativa che pone in contrasto la scelta con i principi di garanzia dei diritti della persona, poiché sembra quasi partire dall'assunto che esistono beni intrinsecamente pericolosi, come gli appartamenti (certamente non un'arma o un oggetto dotato di naturale offensività), il cui difetto genetico non può sfuggire alla conoscenza del proprietario.

Il concetto di pericolosità intrinseca di un bene non è nuovo all'attenzione della giurisprudenza in materia di confisca e si coglie anche l'ipotesi antesignana a quella oggetto del nostro esame. Si tratta dell'ipotesi rubricata all'art. 301 del Testo Unico in materia di contrabbando n. 43 del 23 gennaio 1973. Il comma 3 dell'art. 301 stabilisce: «Si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale se si tratta di mezzo di trasporto appartenente a persona estranea al reato qualora questa dimostri di non averne potuto prevedere l'illecito impiego anche occasionale e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza».

La notazione di contenuto che introduce la suprema Corte è in realtà generica, quando si riferisce alla disciplina normativa che regola il contratto di locazione e in particolare ai poteri di controllo e vigilanza del locatore. A partire dall'art. 1575 c.c., infatti, il codice contempla soltanto gli obblighi di manutenzione dell'immobile e il divieto di modificarne l'aspetto attraverso opere innovative. Per quanto invece concerne la destinazione dell'immobile, sul suo uso, ed eventuali obblighi che gravano sul locatore terzo estraneo non vi è alcuna specifica traccia che possa ricondurre al contenuto prescritto dalla norma penale o per rinvio ad altra disciplina. Le eventuali questioni di ordine pubblico sono fuori dalla portata di autodeterminazione e di intervento di un soggetto privato.

Il tenore letterale della norma è esattamente identico a quello della confisca nell'ipotesi di contraffazione, tuttavia il contesto normativo in cui è inserito è completamente diverso. Diversità che riguarda l'oggetto materiale della confisca, vale a dire il mezzo di trasporto per commettere il contrabbando, e la circostanza di fatto e specifica che in concreto il legislatore pone alla base del provvedimento ablativo.

L'unica ipotesi tipica della proposizione legislativa è il caso dell'uso di un mezzo di trasporto di un terzo proprietario utilizzato per trasferire merce di contrabbando. Si tratta, infatti, di mezzi che *icto oculi* apparivano difforni dagli originali o modificati strutturalmente: «Sono in ogni caso soggetti a confisca i mezzi di trasporto a chiunque appartenenti che risultino adattati allo stivaggio fraudolento di merci ovvero contengano accorgimenti idonei a maggiorarne la capacità di carico o l'autonomia in difformità delle caratteristiche costruttive omologate o che siano impiegati in violazione alle norme concernenti la circolazione o la navigazione e la sicurezza in mare».

cosa, significa affermare che la norma pone, in sostanza, delle clausole imperative ai contratti di trasferimento di detti beni e dei divieti a detto trasferimento, vietando di affittare o noleggiare o dare in comodato beni potenzialmente utilizzabili per la contraffazione a soggetti che prevedibilmente useranno detti beni con modalità illecite e imponendo in ogni caso di vigilare sull'uso che viene fatta della cosa che è stata ceduta non in proprietà. Ciò è palesemente contrario alla volontà del legislatore».

Questo vuol dire che il difetto di vigilanza o di attenzione coinvolgeva dati della realtà che non potevano sfuggire, solo se si fosse stati diligenti nell'esaminare il mezzo di trasporto. In questo caso la prova da fornire da parte del terzo estraneo era esattamente coincidente con il rispetto che ciascun cittadino dotato di patente di guida e proprietario di un veicolo deve al codice della strada. Dunque, un difetto di vigilanza che coinvolge anche altri obblighi e doveri che gravano "naturalmente" su chiunque, per il solo fatto che il veicolo deve mantenersi conforme ai criteri di omologazione stabiliti dal Ministero dei Trasporti.

Peraltro, l'intervento della Corte Costituzionale su questo aspetto, di cui si era rilevata la possibile incostituzionalità, aveva fortemente ridimensionato la portata di una condotta prescritta del tutto indeterminabile e generica, giustificando la portata politico criminale della norma preventiva: «il reato di contrabbando doganale presenta peculiari caratteristiche collegate con la lesione di primari interessi finanziari dello Stato tali da giustificare l'imposizione di un trattamento sanzionatorio particolarmente rigoroso e severo»; sulla posizione del terzo, precisava: «la maggior severità di trattamento del reato di contrabbando, non irragionevole nei confronti dell'autore dell'illecito, quando venga estesa al terzo estraneo al reato, il quale sia addirittura privato della possibilità di dimostrare la propria buona fede, non è sorretta dai requisiti di adeguatezza e proporzionalità che costituiscono vincoli generali dell'attività legislativa intesa a comprimere diritti dei privati»⁽²⁷⁾.

Va da sé che la presunzione di non estraneità è giustificata a questo punto come una misura eccezionale, circoscritta, prevedibile e in linea con l'estremo rigore punitivo che connota la materia. In altri termini, lo stato di fatto del bene non può sfuggire alla diligente attenzione del terzo proprietario, per cui, seppure in qualche misura, la previsione ritrova una sua logica motivazionale.

5. GLI ANGUSTI MARGINI TRA RESPONSABILITÀ PENALE CON-CORSUALE E PERICOLOSITÀ SOCIALE "DERIVATA"

La posizione del terzo estraneo nell'ipotesi di confisca dell'art. 474-bis c.p. si pone in una prospettiva del tutto diversa dalle altre ipotesi e sconta un rigore assolutamente ingiustificato, anche perché la generica imputazione del fatto consegna alla discrezionalità del giudice un potere di sindacato assolutamente indeterminabile e non tassativo⁽²⁸⁾.

Il solo fatto di introdurre una presunzione, all'opposto della sistematica che informa la materia, si risolve in un ingiustificato trattamento processuale e soprattutto in una irragionevole scelta sanzionatoria che evidenzia la tensione con tutti i principi di garanzia costituzionali relativi alla persona e soprattutto di derivazione convenzionale.

⁽²⁷⁾ C. cost., sent. n. 1 del 9 gennaio 1997 in www.cortecostituzionale.it. In ordine alla confisca applicata al contrabbando va segnalato che ben tre volte la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla norma precedente a quella attuale che aveva, anche se in misura più cospicua, posto gli stessi problemi.

⁽²⁸⁾ La giurisprudenza sul punto è ferma e rigorosa, si veda Sez. II, sent. n. 27961 del 22 giugno 2011, in www.cassazione.it: «Ai sensi dell'art. 474-bis c.p., secondo cui nei casi di cui agli artt. 473 e 474 c.p. è sempre ordinata, salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento del danno, la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto, il prodotto, il prezzo o il profitto, a chiunque appartenenti. Pertanto, sono oggetto di confisca obbligatoria gli immobili utilizzati per il deposito di prodotti commerciali contraffatti, avendo la suddetta norma introdotto un'ipotesi di confisca obbligatoria relativamente a situazioni che altrimenti rimarrebbero regolate dall'art. 240 c.p., comma 1, senza margini di discrezionalità sull'"opportunità" della misura cautelare reale in rapporto all'eventuale "eccesso di tutela" dei corrispondenti interessi social preventivi».

Il tema si propone come un fatto costitutivo ben al di là del concetto di buona fede, nel senso richiamato dalle Sezioni unite, che, pur non avendo una sicura cittadinanza in diritto penale diversamente dal radicamento normativo nella legislazione in materia civile, è in qualche modo calibrato nella sua parziale validità dalla prassi.

Ed infatti, nel caso in esame la rilevanza normativa e il profilo contenutistico della condotta è quella espressa dal terzo comma dell'art. 474-*bis* c.p., vale a dire non aver potuto prevedere l'impiego illecito o la provenienza illecita di un bene servito a commettere il reato e di aver violato il dovere di vigilanza.

Sotto il punto di vista ermeneutico va rilevato che la condotta omissiva su cui è imperniata la norma vede tre possibili diversi scenari, alternativi i primi, cumulati invece con il terzo. In questo caso, appunto, il difetto di vigilanza è letteralmente indicato come aggiuntivo, cumulativo e non disgiunto dal primo degli obblighi.

Per passare ora alla natura giuridica di questa prescrizione va detto che in caso di violazione degli obblighi, se si vuole tenere ferma la tesi che si tratta di una misura che incide sulla pericolosità del soggetto, si deve concludere che, transitando la pericolosità del bene al soggetto terzo estraneo, quest'ultimo assume la qualità di intraneo, in una sorta di pericolosità "derivata" per responsabilità oggettiva, se non riesce a dimostrare la sua diligenza nell'osservanza dell'obbligo.

Non solo. La questione di fatto relativa alla mancata prevedibilità, dunque alla potenziale previsione, del reato commesso da altri, che rende il terzo soggetto passivo di ablazione per non aver revocato il possesso del bene al contraffattore, finisce per delineare un ambito di punibilità concorsuale eventuale.

In termini dinamici il mancato intervento, qualificabile *ex capoverso* dell'art. 40 c.p., si trasforma in un apporto causale tipico della concorrenza nello stesso reato. Anche perché la prevedibilità, sul piano strettamente soggettivo, e il colpevole mancato intervento, delinea una posizione che è tipica del soggetto che concorre con l'autore materiale del reato, in una indeterminabile spirale di indistinta responsabilità morale e materiale.

Il tema normativo della misura ablativa, dunque, si intreccia con quello della responsabilità penale, proprio nel momento in cui il terzo non riesce convincentemente a provare la sua estraneità, vale a dire l'imprevedibilità e una vigile attenzione che invece non avrebbe fornito alcun elemento di conoscenza ulteriore.

La posizione di garanzia così prefigurata dalla norma finisce per rendere il soggetto terzo il più gravato di responsabilità, al punto da poter divenire penalmente responsabile del reato commesso materialmente da altri e destinatario della misura ablativa, con una ricaduta punitiva molto più severa di quella che attinge il contraffattore.

5.1. Una cripto-ipotesi di responsabilità colposa?

Altra cosa è invece il caso di colui che, pur avendo agito con la migliore diligenza e osservato la massima vigilanza, per come si presentava la situazione in concreto, non sia riuscito a prevedere e non avrebbe potuto prevedere la commissione del reato da parte del detentore del suo bene. In questo caso si è fuori dall'orbita della rimproverabilità, si versa nell'errore di fatto scusabile o nell'inesigibilità del comportamento doveroso.

Proprio sul presupposto dell'esigibilità della condotta di vigilanza del terzo estraneo la norma sconta la maggiore tensione con i principi generali della materia preventivo-punitiva. In questo senso la confisca, dotata di un suo autonomo profilo sanzionatorio, è come se

costituisse una fattispecie incriminatrice *a latere* della fattispecie di reato principale, con una funzione vicaria punitiva e non solo come sanzione accessoria.

Volendo tentare una ricostruzione della vicenda normativa in termini costitutivi, si giunge al punto di intravedere una vera norma penale, dotata di un precetto, come norma d'obbligo, e una sanzione, la confisca.

E che si possa trattare di sanzione discende da un *surplus* di afflittività: dettato dall'inversione dell'onere della prova che si pone a carico del terzo estraneo, diversamente dalla sistematica coerenza della confisca in materia penale; e di un ingiustificato trattamento sostanziale e processuale. È pur vero che in materia di contrabbando la norma è analoga e si caratterizza per un eccesso di tutela, ma come ha giustificato la Corte costituzionale si tratta di un *unicum* derivante dalla materia dei tributi e che per queste ragioni di natura politica prevalenti non apre conflitti con i principi costituzionali.

Seguendo questo percorso ricostruttivo, anche il precetto (gli obblighi imposti), che dovrebbe mostrare rispetto di tutti i corollari della legalità penale, evidenzia proprio la palese violazione dei principi di tassatività e colpevolezza.

Per quanto invece attiene alla natura giuridica del fatto incriminato, la punibilità del terzo intraneo si collocherebbe nel quadro della responsabilità colposa, dove il rimprovero sarebbe fondato sulla violazione di regole normative cautelari.

La norma assolverebbe, in realtà, a una funzione vicaria perché direttamente dipendente dalla fattispecie base, ma dotata di una sua autonomia per la qualificazione del fatto e per la portata degli effetti, la cui fonte normativa, tuttavia, si rivela alla stregua di un precetto indeterminabile.

Peraltro, la responsabilità nella forma colposa a condotta omissiva impropria di questa fattispecie, trova la sua ulteriore conferma nel fatto che alla persona terza estranea è attribuita una puntuale posizione di garanzia di fronte all'ordinamento, quello di impedire la commissione dei delitti di cui agli artt. 474 e 475 c.p., come diretta implicazione del non aver fatto il possibile e comunque non aver vigilato sufficientemente nel prevedere l'uso del bene come mezzo o strumento per la realizzazione del reato, impedendone la commissione.

Il sospetto di incostituzionalità appare a questo punto, e a nostro avviso, del tutto evidente, salvo che un intervento correttivo di natura legislativa o della Corte costituzionale non lo allinei alle altre previsioni in materia di confisca e lo renda in questo modo omogeneo e coerente con i principi generali di garanzia della materia penale.

