

LE SEZIONI UNITE CIVILI, LA CONFISCA DI PREVENZIONE E QUALCHE DISCUTIBILE RIFERIMENTO AL DIRITTO “COMUNITARIO”

Osservazioni a margine di Sezioni unite civili, sentenza n. 10532 del 2013

di Ignazio Juan Patrone

Abstract. *Le Sezioni unite civili della Corte di cassazione, chiamate a dirimere un risalente e complesso contrasto di giurisprudenza in tema di effetti della confisca di prevenzione e tutela dei crediti assistiti da garanzia reale, hanno ritenuto di premettere all’analisi della normativa vigente e della giurisprudenza di legittimità una disamina delle “norme sovranazionali” in materia, al fine apparente di dare sostegno alla soluzione adottata. Peccato che tali norme, allo stato, non esistano e che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo citata nella sentenza sia non pertinente. Restano poco comprensibili le ragioni per le quali la Corte suprema ha ritenuto di dover seguire una moda corrente che cerca comunque un presunto sostegno “sovranazionale” a soluzioni che ben potrebbero e dovrebbero trovare nel diritto nazionale la loro sede naturale.*

SOMMARIO: 1. Una sentenza attesa su questioni (civili) assai complesse. – 2. “Le norme sovranazionali”: un passaggio pleonastico della motivazione. – 3. Le decisioni quadro e l’interpretazione conforme. – 4. Il diritto UE e la confisca di prevenzione: un percorso ancora aperto. – 5. La CEDU e il diritto dell’UE: un *révirement* probabilmente involontario, e pericoloso. – 6. I precedenti della CtEDU citati dalla sentenza. – 7. Un’operazione, nel complesso, errata nel metodo e nella soluzione.

1. Una sentenza attesa su questioni (civili) assai complesse

La sentenza con la quale le Sezioni unite civili della Corte di cassazione hanno risolto un risalente e tortuoso contrasto tra sezioni civili e penali della Corte, riguardo alla sorte dei diritti di credito di terzi garantiti da ipoteca in caso di confisca di prevenzione di beni immobili, era molto attesa.

Le questioni devolute all’esame del supremo collegio civile riguardavano:

a) le condizioni che debbono sussistere perché l’ipoteca sia opponibile allo Stato;

b) la competenza a risolvere il conflitto tra creditore ipotecario e Stato, in particolare se essa spetti al giudice penale o a quello civile;

c) su chi incomba l’onere di provare la buona o mala fede del terzo creditore ipotecario; vale a dire se spetti al creditore, che intenda conservare ed eventualmente azionare il diritto reale di garanzia, provare la propria estraneità al sodalizio mafioso;

ovvero se spetti allo Stato, per opporsi all'esercizio di tale diritto, provare la mala fede del terzo.

In altre parole, si trattava di verificare se un fine unanimemente considerato "giusto" (la sottrazione di un bene immobile alla disponibilità di soggetti ritenuti appartenenti ad una organizzazione criminale) possa giustificare l'uso, tra gli altri, di un mezzo astrattamente "ingiusto", quale è il mancato o ridotto riconoscimento di una garanzia, reale e indubbiamente "forte" quale è, storicamente, quella ipotecaria, spettante ad un terzo estraneo al sodalizio criminoso. Un conflitto dunque, quello tra il potere/dovere dello Stato di perseguire nel modo più efficace possibile le organizzazioni criminali ed il diritto soggettivo assoluto del privato, conflitto da risolvere attraverso un bilanciamento dei valori in gioco.

La decisione¹, assai articolata, si segnala per il lodevole sforzo di "mettere assieme" alcune questioni risalenti nel tempo, dovute all'assenza di una qualsiasi coerente disciplina in materia nella legislazione antimafia previgente al decreto legislativo n. 159 del 2012, con altre scaturite dall'entrata in vigore delle disposizioni, certamente più organiche e complete, del d.lgs. citato, alle quali si è successivamente sovrapposta, nella pendenza della fissazione dell'udienza delle Sezioni unite, la novellazione introdotta dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228, c.d. legge di stabilità 2013².

Il risultato, in termini di contributo alla nomofilachia, deve ritenersi del tutto soddisfacente; le Sezioni unite, nel groviglio intertemporale determinato dalla frammentarietà della disciplina legale, dai ripetuti contrasti di giurisprudenza e dalle incertezze interpretative, hanno avuto il merito di fornire una soluzione adeguata al livello dei problemi, tale da sciogliere molti (se non tutti) i nodi al pettine.

Agli occhi di un non-specialista della materia delle misure di prevenzione, nel bilanciamento tra diritti individuali ed interesse (ritenuto preminente) pubblico operato dalle Sezioni unite, la confisca quale provvedimento ablatorio prevale nettamente, estinguendo le ipoteche sull'immobile entrato a far parte del patrimonio dello Stato; una soluzione indubbiamente "forte" che viene giustificata dalle finalità ultime del provvedimento. Il sacrificio inflitto al terzo di buona fede, titolare di un diritto reale di godimento o di garanzia, è bilanciato da una tutela esclusivamente di tipo risarcitorio.

Ai fini del presente commento, sembra perciò che qui si venga a determinare (non certo un ampliamento, quanto piuttosto) il sacrificio di un diritto soggettivo

1 La sentenza è già stata annotata adesivamente da F. MENDITTO, [Le Sezioni unite civili sulla tutela dei terzi nella confisca di prevenzione dopo la legge n. 228/12: l'ambito di applicabilità della nuova disciplina](#), in *questa Rivista*, 23 maggio 2013. V. anche I. L. NOCERA, *La confisca penale prevale sull'ipoteca. L'interesse pubblico del patrimonio sequestrato sacrifica quello del terzo creditore*, in *Diritto e Giustizia*, 2013, 0, 486.

2 Per un esame sistematico della disciplina previgente al d.lgs. n. 159 del 2012 e di quella risultante a seguito della entrata in vigore del Codice antimafia si rinvia, oltre che allo scritto di F. MENDITTO, *op. cit.*, anche a D. PIVA, [La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 1, p. 201; l'A., peraltro, non ha potuto tener conto né della legge di stabilità né, ovviamente, della sentenza qui in commento.

assoluto, quale è quello del creditore ipotecario, diritto che ha solidissime basi nel codice civile e nella stessa nostra risalente tradizione giuridica. Un'operazione dunque, da parte delle Sezioni unite, di delicato bilanciamento, all'esito della quale un diritto soggettivo cede ad un potere statale in forza di un principio di effettività della misura di prevenzione che viene ritenuto di maggior peso rispetto alle posizioni individuali, che ricevono una tutela complessivamente meno intensa.

2. "Le norme sovranazionali": un passaggio pleonastico della motivazione

In questa nota si vogliono commentare solo alcuni passi della motivazione, precisamente quelli sotto il n. 2.1, intitolato "Le norme sovranazionali"; essi infatti, a parere di chi scrive, contengono una serie di passaggi che appaiono essere in parte inesatti e in parte sostanzialmente inutili ai fini della decisione.

Sotto il titolo "Il diritto comunitario"³, le Sezioni unite affermano che «la confisca penale (con finalità sia sanzionatoria che preventiva) è presa in considerazione sia da norme comunitarie, sia da convenzioni internazionali ratificate dall'Italia». Tra le prime la Corte ricorda la decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato.

La Corte non menziona gli altri atti emanati in materia di confisca nella vigenza del terzo pilastro, che sono: (a) la decisione quadro 2001/500/GAI del Consiglio, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, il cui art. 3, "Pene sostitutive per il valore in causa", prevede che «ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché la sua legislazione e le sue procedure in materia di confisca dei proventi di reato gli consentano anche, almeno nei casi in cui tali proventi non possono essere rintracciati, di confiscare beni per un valore corrispondente a quello di siffatti proventi, sia nei procedimenti nazionali sia in quelli avviati su richiesta di un altro Stato membro, comprese le richieste di confisca straniera»; (b) la decisione quadro 2003/577/GAI, che prevede il riconoscimento reciproco dei provvedimenti di blocco dei beni; (c) la decisione quadro 2006/783/GAI, che prevede il riconoscimento reciproco dei provvedimenti di confisca; (d) la decisione 2007/845/GAI del Consiglio relativa allo scambio di informazioni e alla cooperazione tra gli uffici degli Stati membri per il recupero dei beni, che obbliga gli Stati membri ad istituire o designare uffici nazionali per il recupero dei beni in qualità di punti di contatto centrali

³ La definizione di "diritto comunitario" utilizzata dalla Corte appare, dopo le modifiche ai Trattati introdotte col Trattato di Lisbona, entrate in vigore il 1° dicembre 2009, un po' *old fashioned*, preferendosi ormai parlare di diritto dell'UE o, con un neologismo, di diritto eurounitario. Oltretutto le decisioni quadro considerate in motivazione, strumento normativo tipico dell'*ex* terzo pilastro, a rigore non sono mai state fonti "comunitarie", attributo spettante solo a quelle dell'*ex* primo pilastro, ma fonti del diritto dell'Unione, non a caso previste dal vecchio TUE e non dal TCE, come modificati dai Trattati di Amsterdam e di Nizza.

per facilitare il reperimento più rapido possibile dei proventi di reato in tutta l'Unione europea.

Si tratta di un quadro molto frammentario e poco coerente, dal quale è difficile ricavare un solido *acquis* in materia, tenuto anche conto del fatto che le disposizioni menzionate sono state attuate molto parzialmente ed a macchia di leopardo dagli Stati membri, spesso con gravi ritardi rispetto alle date previste dai singoli strumenti ⁴.

La motivazione continua citando puntualmente alcune delle disposizioni della menzionata decisione quadro 2005/212, dalle quali peraltro nulla sembrerebbe potersi ricavare riguardo alla tutela dei terzi creditori del soggetto colpito da confisca, muniti o no di garanzia reale, ciò che avrebbe dovuto costituire il tema dell'indagine e della ricognizione normativa.

Le disposizioni citate dicono infatti solamente che è possibile assoggettare a provvedimento ablatorio sia i beni appartenenti ad un soggetto "condannato"⁵, sia quelli acquisiti «da persone con le quali la persona in questione ha le relazioni più strette e i beni trasferiti a una persona giuridica su cui la persona in questione, che agisce da sola o in collegamento con persone con le quali essa ha relazioni più strette, esercita un controllo» (art. 3.3): in altre parole, pare a chi scrive che secondo la decisione quadro 212/2005 è possibile (e necessario) confiscare i beni dei condannati per reati puniti con pena superiore ad un anno di reclusione che siano stati fittiziamente intestati a terzi compiacenti, ma nulla di più.

Continuano le Sezioni unite civili affermando che «la decisione-quadro è stata recepita dalla quasi totalità dei Paesi Europei, anche se con misure delle quali si è segnalato un grado assai diverso di efficacia». L'osservazione sembra essere solo in parte esatta, posto che i Paesi membri che si sono conformati alla decisione quadro risultano essere solo 17 su 27 e che fra essi non v'è l'Italia⁶: il che avrebbe richiesto, ove si fosse voluto attribuire comunque alla decisione quadro un effetto di interpretazione conforme della disciplina nazionale (scopo non dichiarato in motivazione, ma che possiamo considerare implicito, data l'ampiezza dell'*excursus*), uno sforzo interpretativo ulteriore, secondo lo schema indicato dalla Corte di giustizia con la notissima sentenza Pupino⁷ per le decisioni quadro non trasposte.

⁴ Un quadro sinottico dello stato (non sempre brillante, specie per l'Italia) di attuazione delle misure di cooperazione e di riconoscimento reciproco emanate nella vigenza del terzo pilastro può essere reperito al sito della [Rete europea di cooperazione giudiziaria](#).

⁵ La decisione quadro non menziona mai infatti la possibilità di confiscare beni appartenenti a soggetti sottoposti a procedimenti di prevenzione, ma solo ai condannati per i reati di cui agli artt. 2 e 3. Del resto la prevenzione dei reati non era, nel regime dei Trattati *ante*-Lisbona, prevista tra le materie né del diritto comunitario (primo pilastro) né di quello dell'Unione (terzo pilastro).

⁶ Il dato è tratto dal sito ufficiale della [Rete europea di cooperazione giudiziaria](#), EJN, consultato il 31 maggio 2013.

⁷ CGUE, sentenza 16 giugno 2005 in causa C-105/03, Pupino, su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Firenze.

In definitiva, gli argomenti che si possono trarre dalla decisione quadro citata dalla Corte, ai fini della decisione dei casi sottoposti al suo esame, appaiono scarsi e sostanzialmente inconferenti⁸.

3. Le decisioni quadro e l'interpretazione conforme

Più in generale, va osservato che l'uso delle decisioni quadro allo scopo di sorreggere operazioni sistematiche di interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto eurounitario appare comunque un esercizio arduo e a volte persino pericoloso.

Le decisioni quadro, strumenti normativi tipici del solo terzo pilastro dei Trattati⁹ come modificati dal Trattato di Amsterdam sono infatti atti intrinsecamente "deboli", sforniti espressamente di effetto diretto¹⁰ e rispetto ai quali la Commissione (la "guardiana" del diritto unitario) non aveva e non ha il potere di promuovere procedure di infrazione, cui si aggiunge un regime decisamente limitato di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia¹¹.

Anche dopo l'entrata in vigore dei Trattati novellati a Lisbona esse restano uno strumento da maneggiare con grande prudenza, almeno sino al 1° dicembre 2014. Infatti l'art. 10 paragrafo 1 del Protocollo n. 36, intitolato «Sulle disposizioni transitorie», prevede che «A titolo di misura transitoria e in ordine agli atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, le attribuzioni delle istituzioni alla data di entrata in vigore di detto trattato sono le seguenti: le attribuzioni della Commissione ai sensi dell'articolo 258 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea non sono applicabili e le attribuzioni della Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi del titolo VI del trattato sull'Unione europea, nella versione vigente prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, restano invariate, anche nel caso in cui siano state accettate in forza dell'articolo 35, paragrafo 2 di detto trattato sull'Unione europea».

8 Con ben altra precisione le Sezioni unite, ma questa volta penali, della Corte avevano affrontato il tema degli effetti delle decisioni quadro – e segnatamente proprio della decisione quadro 2005/212 – nel diritto interno, con la sentenza 25 giugno 2009, n. 38691, non considerata dalla pronuncia qui in commento.

9 V. art. 34 paragrafo 2 del TUE nell'ultima versione modificata dal Trattato di Atene: «Il Consiglio adotta misure e promuove, nella forma e secondo le procedure appropriate di cui al presente titolo, la cooperazione finalizzata al conseguimento degli obiettivi dell'Unione. A questo scopo, deliberando all'unanimità, su iniziativa di uno Stato membro o della Commissione, il Consiglio può: (omissis) b) adottare decisioni-quadro per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Le decisioni-quadro sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Esse non hanno efficacia diretta».

10 Se non nei limiti indicati – con decisione decisamente pretoria – dalla CGUE nella sentenza Pupino, sopra cit.

11 V. art. 35 TUE, nel testo ante Trattato di Lisbona.

Il che significa che, sino allo scadere del quinquennio successivo alla entrata in vigore dei nuovi Trattati (e cioè sino al 1° dicembre 2014), le decisioni quadro restano ad ogni effetto ... decisioni quadro e solo dopo tale data esse diverranno *ipso iure* assimilabili a direttive. In sede di trattative per la revisione dei Trattati gli Stati membri hanno in tal modo voluto assicurare un passaggio graduale delle materie dell'*ex terzo* pilastro da un regime interstatale di cooperazione giudiziaria tra sistemi che restano distinti ad un diverso regime che si connota per unitarietà, sia pur mitigata da alcune differenze con le materie tradizionalmente "comunitarie". In mancanza di poteri di conformazione in capo alla Commissione, tramite procedure di infrazione, e di una fonte di interpretazione comunque vincolante per tutti da parte della Corte di giustizia, visti i limiti del rinvio pregiudiziale, le decisioni quadro attualmente in vigore restano quindi confinate in quella sorta di limbo normativo nel quale erano state volute dal Trattato di Amsterdam, ciò che sembra escludere la possibilità di un loro utilizzo conformativo da parte del giudice nazionale al di là dei confini tracciati dalla Corte di giustizia¹².

4. Il diritto UE e la confisca di prevenzione: un percorso ancora aperto

La motivazione in commento prosegue menzionando la proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea (2012/0036 COD), presentata dalla Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo il 12 marzo 2012, che si trova attualmente in una fase (che sino ad oggi si è mostrata lunga e difficile) di codecisione.

Senza poter entrare in questa sede nel merito delle difficoltà che sono insorte nel cammino legislativo del testo licenziato dalla Commissione¹³, basti dire che le ipotesi di confisca senza condanna che vengono previste nella proposta sono assai ristrette, essendo previsto solo che «l'introduzione di norme armonizzate sulla confisca non basata sulla condanna è prevista esclusivamente in circostanze molto limitate, ossia laddove il convenuto non possa essere processato per causa di decesso, malattia o

12 Per un completo quadro di insieme delle misure adottate nella vigenza del terzo pilastro si veda V. MITSILEGAS, *The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?*, in (2009) 34 E.L. REV. August 2009, Thomson Reuters (Legal); per una preveggenza analisi della debolezza degli strumenti del terzo pilastro agli albori della entrata in vigore del Trattato di Amsterdam v. A. WEYEMBERGH, *Building a European Legal Area, Lecture in the Cicero Foundation Great Debate seminar "Justice and Home Affairs – How to Implement the Amsterdam Treaty?"*, Paris 13-14 April 2000. Sia consentito più modestamente rinviare anche ad un mio scritto del 2013, *La dimensione costituzionale del diritto penale dell'UE dopo il Trattato di Lisbona*, su www.europeanrights.eu. Per un quadro storico-sistematico di tutta la materia penale nell'UE v. E. HERLIN-KARNELL, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, OR, 2012.

13 Il PE (almeno a livello di Commissione LIBE) è orientato ad inserire nel testo anche ipotesi di confisca di prevenzione (senza condanna), mentre in sede di Consiglio il timore è che si tenda a ridimensionare il pur non coraggiosissimo testo proposto dalla Commissione. Il 20 maggio 2013 la Commissione ha depositato la sua Relazione preliminare – [scaricabile qui](#) – che è decisamente nel senso di un ampliamento delle ipotesi di confisca allargata e di confisca senza condanna. Gli sviluppi restano però incerti.

fuga» (punto 2.4 della Relazione¹⁴), mentre viene prevista la possibilità di poteri estesi di confisca, ma sempre in caso di intervenuta condanna: «Per poteri estesi di confisca si intende la possibilità di confiscare beni al di là dei proventi diretti del reato. Una condanna definitiva può essere seguita da una confisca (estesa) non solo di beni legati al reato specifico, ma anche di beni ulteriori che, secondo quanto accertato dall'autorità giudiziaria, costituiscono i proventi di altri reati analoghi» (punto 2.6 della Relazione).

Quanto ai diritti dei terzi sui beni assoggettati a procedimento di confisca, la proposta sembra da un lato muoversi secondo linee assai garantiste e rispettose dei diritti di proprietà e di credito delle persone estranee al procedimento penale (*Considerando* nn. 13 e 15), dall'altro non contiene alcuna specifica indicazione in ordine alla sorte dei crediti sorretti da garanzia reale, i quali dovrebbero quindi godere delle generali condizioni (rafforzate, si deve presumere, dalla garanzia reale) di salvaguardia previste per tutti i terzi: secondo il *Considerando* n. 19, infatti, «le misure disposte dalla presente direttiva hanno conseguenze rilevanti sui diritti delle persone, non solo degli indagati o degli imputati, ma anche di terzi che non sono oggetto di azioni penali. È pertanto necessario contemplare *specifiche garanzie* e mezzi di ricorso *al fine di salvaguardare i loro diritti fondamentali* nell'attuazione delle norme della presente direttiva» [enfasi di chi scrive].

Che la proposta riguardi solo i casi di confisca conseguente a reato ed a condanna, e non la confisca di prevenzione, risulta infine oltremodo chiaro dall'esame della base normativa che la Commissione ha inteso dare al testo: secondo il punto 2.3 della relazione la proposta è basata sull'articolo 82, paragrafo 2¹⁵, e sull'articolo 83, paragrafo 1¹⁶, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), mentre

14 Si veda il *Considerando* n. 12 del testo della Commissione: «L'emissione di provvedimenti di confisca richiede in via generale una condanna penale. In taluni casi deve comunque essere possibile, anche laddove non possa ottenersi una condanna penale, confiscare beni al fine di contrastare le attività criminali e fare in modo che i profitti derivanti da tali attività non vengano reinvestiti nell'economia lecita. Alcuni Stati membri autorizzano la confisca laddove non vi siano prove sufficienti per l'azione penale, qualora l'autorità giudiziaria ritenga, secondo quanto è probabile, che i beni siano di origine illecita, nonché in situazioni in cui l'indagato o imputato si dia alla fuga per evitare l'azione penale, sia incapace di essere processato per altri motivi o deceda prima del termine del procedimento penale. Questa tipologia è definita confisca non basata sulla condanna. È necessario che siano adottate disposizioni per consentire la confisca non basata sulla condanna quanto meno in queste ultime, limitate, circostanze in tutti gli Stati membri. Ciò è conforme all'articolo 54, paragrafo 1, lettera c), della convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, ai sensi del quale ogni Stato partecipante è chiamato a prevedere di adottare le misure necessarie a consentire la confisca dei beni acquisiti illecitamente in assenza di una condanna penale, compresi i casi in cui l'autore del reato non possa essere giudicato per causa di decesso, fuga o assenza».

15 «Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri».

16 «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di

nessun accenno vi è all'art. 84, secondo il quale «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire misure per incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri nel campo della prevenzione della criminalità, *ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*» [enfasi di chi scrive].

Come può vedersi da questi pur brevi accenni¹⁷, l'eventuale, ad oggi ancora del tutto incerta, approvazione della proposta di direttiva ben poco aggiungerà in tema di confisca preventiva come essa è prevista dall'ordinamento italiano ed ancora meno in tema di tutela dei diritti dei terzi e, fra essi, dei creditori ipotecari. La citazione della proposta in motivazione appare dunque pleonastica ai fini della decisione dei contrasti che erano all'esame delle Sezioni unite e, soprattutto, inidonea a fondare un'interpretazione delle norme nazionali alla luce di norme del diritto dell'Unione, vigenti o in preparazione, che sulle specifiche questioni all'esame delle Sezioni unite, molto semplicemente, non esistono.

5. La CEDU e il diritto dell'UE: un *révirement* probabilmente involontario, e pericoloso

Proseguendo nell'esame della motivazione, sempre limitatamente alla parte qui considerata, ci si imbatte in un clamoroso (e probabilmente del tutto inconsapevole) *révirement* nella giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di rapporti tra diritto dell'Unione europea, diritto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e diritto nazionale, tale da poter creare (solo potenzialmente, si spera) un contrasto con la giurisprudenza della Corte costituzionale e della stessa Corte di giustizia dell'Unione.

Affermano infatti le Sezioni unite che: «Il diritto comunitario positivo, in materia di confisca penale, va integrato con i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti

criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo».

17 La proposta è già stata oggetto di ampie e documentate analisi, che ne hanno sottolineato anche alcuni aspetti problematici per il diritto italiano: si vedano, per tutti, A. M. MAUGERI, [La proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni](#), in *Dir. pen. cont – Riv. trim.*, 2012, 2, p. 180, A. BALSAMO, [Il “Codice antimafia” e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?](#), in *questa Rivista*, 20 luglio 2012, e D. PIVA, [op. cit.](#)

dell'Uomo. Infatti, nonostante che la CEDU non costituisca un organo dell'Unione¹⁸, secondo il Trattato di Amsterdam (ratificato e reso esecutivo con L. 16 giugno 1998 n. 209, ed entrato in vigore il 1.5.1999, oggi sostituito dal Trattato di Lisbona), «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" (così l'attuale art. 6, comma 3, del Trattato di Lisbona)».

Ora, a parte qualche veniale imprecisione terminologica¹⁹, ciò che colpisce nell'affermazione della Cassazione è la mancata considerazione della giurisprudenza formatasi in questi ultimi anni in tema di rapporti tra l'art. 6 TUE, gli artt. 51, 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il sistema di protezione dei diritti approntato dalla CEDU e, *last but not least*, gli artt. 11 e 117 della Costituzione.

Un'omissione ancora più evidente se si considera che la stessa Cassazione civile, con due pronunce recenti, una delle quali praticamente coeva alla decisione qui in commento, aveva affermato che «nel sistema normativo successivo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non ha modificato – in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 80 del 2011 – la propria posizione nel sistema delle fonti, ed il rinvio operato dall'art.6, par. 3, del Trattato alla Convenzione non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa (Corte di Giustizia 24 aprile 2012, C-571/10, Kamberaj), atteso che, in tale evenienza, il rimedio è costituito dal giudizio di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'art. 117 Cost.»: così la sentenza Sezione lavoro, n. 4049 del 19/02/2013, conforme alla precedente sentenza della stessa Sezione, n. 22751 del 09/11/2010 ed alla sentenza della Corte di giustizia Kamberaj, cui si è da poco unita la sentenza Corte di giustizia 26 febbraio 2013, C-617/10, Akerberg Fransson, che ha affermato che «il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale».

È ben vero che nel caso esaminato dalle Sezioni unite civili non si trattava di regolare un conflitto tra norme statali e norme convenzionali (ché, anzi, vengono dalla Corte supposte come convergenti), e neppure di ipotizzare una possibile disapplicazione di una disposizione interna per contrasto con la norma convenzionale ritenuta (alla luce della giurisprudenza della CtEDU) direttamente applicabile; è però

18 Questo è probabilmente un refuso: una Convenzione non può mai essere "un organo"; crediamo che le Sezioni unite intendessero riferirsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, il cui acronimo ormai in uso è (per differenziarlo da quello della Convenzione) CtEDU.

19 L'art. 6, comma 3, cui si riferisce la sentenza è – crediamo – la disposizione del TUE avente la stessa numerazione, "come modificata dal Trattato di Lisbona".

anche vero che l'operazione di interpretazione conforme tentata dal Collegio (la norma nazionale viene interpretata alla luce della norma convenzionale, per ricavarne un risultato più ampio, ovvero rafforzato, rispetto a quello letterale o fondato sulla sola coerenza "interna" al sistema nazionale, sul quale prevale in forza della *primauté* del diritto dell'UE) viene costruita su una operazione ermeneutica che appare fondata su di un presupposto errato: e cioè sulla natura "comunitaria" o "eurounitaria" (e perciò direttamente applicabile e prevalente) della disposizione convenzionale (sempre come ricavabile dalla giurisprudenza del Giudice europeo dei diritti), tale da rendere obbligatoria la conformazione alla stessa della disposizione nazionale. Una operazione non giustificata che si scontra, in modo inevitabile e in potenza fragoroso, con la giurisprudenza della Corte costituzionale (rappresentata da molte pronunce successive alle celeberrime sentenze "gemelle" del 2007 e, da ultimo in modo chiarissimo, dalla sentenza n. 80 del 2011) e con la stessa giurisprudenza della Corte regolatrice dell'Unione, che l'ha ripetutamente (e in maniera convincente) ritenuta non corretta.

Il discutibile risultato è quello di aver creato un contrasto (si ripete, probabilmente involontario) con i principi sino ad oggi affermati (anche dalla stessa Cassazione) senza che ciò arrechi alcun vantaggio, né in termini di chiarezza generale del sistema né (come si sta per illustrare) per la soluzione delle questioni sottoposte all'esame delle Sezioni unite.

6. I precedenti della CtEDU citati dalla sentenza

Le Sezioni unite citano, a sostegno della tesi esposta, alcuni precedenti della giurisprudenza di Strasburgo: vediamoli uno per uno, al fine di misurarne la conferenza con i temi all'esame della Cassazione che, lo ripetiamo, riguardavano la sorte sostanziale e processuale dei crediti assistiti da diritto reale di garanzia su beni sottoposti a confisca di prevenzione ai sensi della legislazione antimafia.

La sentenza 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia, in causa 12954/87, riguardava il caso di un soggetto sottoposto a processo penale per reati di criminalità organizzata, quindi assolto per insufficienza di prove e successivamente sottoposto a misura di prevenzione personale e patrimoniale; non risulta, dalla sentenza della Corte, che siano venuti in rilievo diritti di tersi sui beni confiscati²⁰.

20 «Mr Raimondo applied to the Commission on 23 April 1987. He complained of the following: (a) the unlawfulness and the length of his detention (Article 5 paras. 1 and 3 of the Convention) (art. 5-1, art. 5-3); (b) the length of various proceedings concerning him and in particular the criminal proceedings (Article 6 para. 1) (art. 6-1); (c) the failure to respect the right to be presumed innocent inasmuch as preventive measures were applied to him (Article 6 para. 2) (art. 6-2); (d) the obligation to lodge a security in order to ensure compliance with the above measures (Article 1 of Protocol No. 4) (P4-1); (e) an interference with his property resulting from the seizure and confiscation of certain of his possessions (Article 1 of Protocol No. 1) (P1-1); and (f) the fact that he had been deprived of his right to freedom of movement (Article 2 of Protocol No. 4) (P4-2)».

La decisione sulla ricevibilità 4 settembre 2001, Riela ed altri c. Italia, in causa 52439/09, riguarda anch'essa doglianze relative al diritto di proprietà dei sottoposti a misura, e non a diritti di terzi sui beni confiscati²¹.

La sentenza 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. c. Italia, in causa 75909/0, pur essa citata in motivazione, è di tutta evidenza, nel contesto dell'operazione ermeneutica delle Sezioni unite civili, un'arma a doppio taglio se non un boomerang²², sia perché, anche in quel caso, non venivano in rilievo diritti reali di terzi sul bene confiscato ma solo il diritto del proprietario che aveva subito, senza condanna, la misura, sia perché quella decisione della CtEDU sembra aver delineato i limiti di un qualsiasi intervento ablativo senza condanna, piuttosto che dato comunque legittimazione, pur se condizionata, alla confisca quale istituto autonomo, sganciato dalla affermazione di responsabilità penale.

La decisione sulla ricevibilità 5 luglio 2001, Arcuri ed altri c. Italia, in causa 52024/99, ha effettivamente affermato – come rilevano le Sezioni unite civili – che la presunzione d'innocenza non è assoluta perché qualsiasi ordinamento giuridico contempla delle presunzioni di fatto o di diritto, e che queste ben possono essere utilizzate per ritenere di provenienza illecita i beni di cui il prevenuto non sappia spiegare l'acquisto, fermo restando, ovviamente, il diritto incoercibile del prevenuto a fornire con ogni mezzo la prova contraria; anche qui però il caso deciso riguardava non terzi creditori muniti di titolo di prelazione iscritto sui beni confiscati, ma il diritto di proprietà degli stessi soggetti sottoposti a misura di prevenzione.

La sentenza 23 dicembre 2008, Grayson e Barnham c. Regno Unito, nelle cause riunite 19955/05 e 15085/06, pp. 40, 41 e 45 della motivazione²³, è una pronuncia davvero interessante sotto il profilo comparatistico che meriterebbe, da sola, ben più di un cenno. Ai fini che qui rilevano basti solo dire che: (a) si trattava di due casi di confisca estesa e non di confische di prevenzione; (b) anche qui veniva in rilievo il diritto dominicale dei condannati e non il diritto di credito di terzi; (c) la asserita violazione dell'art. 1 del Protocollo 1 alla Convenzione è stata ricondotta dalla Corte europea, attraverso un esame ragionato della propria giurisprudenza, alla questione della giustificazione della misura nei casi in esame ed al problema dell'onere della

21 «Les requérants considèrent que la mesure de prévention de la confiscation a porté atteinte à leur droit au respect de leurs biens, tel qu'il est garanti par l'article 1 du Protocole n°1. Invoquant l'article 6 §§ 1, 2 et 3 de la Convention, les requérants se plaignent de l'iniquité de la procédure pour l'application des mesures de prévention».

22 Sulla sentenza Sud Fondi, una vera e propria "bomba ad orologeria" i cui effetti sul piano interno non si sono, forse, ancora pienamente dispiegati, i commenti sono, come era ovvio, proliferati. Ai (limitati) fini che qui interessano si rimanda alle acute osservazioni di V. MAIELLO, [Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 3-4, p. 43: in particolare a pag. 50 e segg.; si v. anche E. APRILE, *I "meccanismi" di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza penale di legittimità*, in *Cass. Pen.*, 2011, 9, 3216.

23 «29. Each applicant alleged that the burden on him to prove that his realisable property was less than the amount to which he had been assessed to have benefited from drug trafficking violated his right to a fair hearing under Article 6 § 1 of the Convention. In addition, they complained that the confiscation proceedings had breached their rights under Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention».

prova. Neppure questa pronuncia sembra quindi aggiungere alcunché alla soluzione della questione che era all'esame delle Sezioni unite civili.

Infine, «con riferimento all'ipotesi di confisca ai danni di un terzo, diverso dal reo o dal prevenuto», la sentenza in commento menziona la decisione sulla ricevibilità della CtEDU 26 giugno 2001, C.M. c. Francia, in causa 28078/95. Si tratta dell'unico caso, fra quelli citati, che abbia un'effettiva attinenza alla questioni che erano all'esame delle Sezioni unite.

Il caso davanti alla Corte di Strasburgo era il seguente: in forza di disposizioni penali interne dirette a reprimere il traffico di stupefacenti, l'autorità doganale francese aveva sequestrato l'auto del ricorrente in quanto sulla stessa era stato sorpreso suo figlio, di ritorno dall'Olanda, con un carico di 19 grammi di eroina; il veicolo era stato in seguito confiscato dal giudice penale, in uno con la condanna del figlio del ricorrente; invocando l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione, C.M. aveva sostenuto di non aver avuto la possibilità di intervenire nel procedimento a carico del figlio (nel quale egli era, senza dubbio, un terzo) e, più in generale, aveva censurato l'assenza di mezzi efficaci per far valere il suo diritto di proprietà sul veicolo di fronte alla pretesa dello Stato, fondata sulla legge contro il traffico di stupefacenti, di sottoporre lo stesso a confisca.

La decisione, inusualmente articolata pur trattandosi di una decisione sulla sola ricevibilità del ricorso, è assai interessante e non può essere riassunta in due battute. Basti dire, in sintesi davvero estrema, che il punto chiave non ha riguardato il merito ma, appunto, la ricevibilità, che è stata esclusa avendo la CtEDU ritenuto che il sig. C.M. non avesse esaurito i rimedi giurisdizionali a sua disposizione. Anche la decisione C.M. contro Francia, dunque, non sembra indicare un orientamento saldo e consolidato della Corte europea in tema di diritto reale di terzi, estranei al procedimento penale, contrapposto al potere di confisca dello Stato né, tantomeno, in tema di sorte di diritti reali di garanzia su detti beni.

7. Un'operazione, nel complesso, errata nel metodo e nella soluzione

Appaiono perciò non condivisibili, né sul piano del metodo né su quello del contenuto, le conclusioni che le Sezioni unite – dopo aver menzionato anche la Convenzione del Consiglio d'Europa dell'8 novembre 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, ratificata con la legge 9 agosto 1993 n. 328 e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, ratificata e resa esecutiva con la legge 16 marzo 2006, n.146, – hanno ritenuto di poter trarre dal quadro “sovranaZIONALE” e che si sono sostanziate nelle seguenti testuali proposizioni: «il diritto comunitario ed i principi della CEDU (ricompresi nel diritto comunitario ai sensi dell'art. 6 del Trattato di Lisbona): a) impongono agli Stati membri l'adozione delle misure di prevenzione patrimoniali; b) impediscono che l'adozione di misure di prevenzione patrimoniali possa ledere di diritti dei terzi di buona fede; c) consentono, in materia di misure di prevenzione patrimoniali, di addossare al terzo l'onere della prova della buona fede».

Pare invece sommessamente a chi scrive che le conclusioni avrebbero dovuto essere, all'opposto, nel senso che: (a) esiste un generale orientamento, ricavabile dal diritto dell'Unione europea, nel senso di prevedere e favorire l'adozione da parte degli Stati di misure patrimoniali di confisca, anche per equivalente²⁴, conseguenti ad una condanna penale per i più gravi reati; (b) non esiste al contrario una disciplina uniforme, direttamente applicabile, anche nelle forme di una interpretazione conforme, negli ordinamenti nazionali relativa alla confisca "senza condanna", impregiudicata la possibilità che tale disciplina venga in futuro adottata; (c) la confisca deve in ogni caso rispettare i diritti dei terzi in buona fede, prevedendosi forme effettive di loro tutela davanti al giudice; (d) nel rispetto di tali generali coordinate, nulla osta a che vengano previste inversioni dell'onere della prova in ordine alla sussistenza della buona fede del terzo, purché la prova addossata alla parte privata non sia diabolica; infine, (e) nessuna disposizione e nessun precedente giurisprudenziale può essere riferito specificamente al caso del diritto di credito assistito da garanzia reale sul bene oggetto di confisca, ciò che costituiva l'oggetto della questione sottoposta all'esame delle Sezioni unite.

Sorge allora spontanea una domanda. Perché le Sezioni unite, per decidere una questione indubbiamente complessa, che aveva visto contrasti nella giurisprudenza precedente, sia civile che penale, segnata oltretutto da interventi del legislatore ripetuti e poco coerenti, hanno sentito il bisogno di premettere alla loro decisione una (sostanzialmente inutile) disamina, oltretutto assai parziale, di un «quadro sovranazionale» che nulla di veramente utile ha aggiunto ad una motivazione che si segnala, oltretutto, per l'analisi precisa e puntuale del quadro normativo interno e per la soluzione adottata, criticabile come tutte le decisioni ma, in questo caso, del tutto coerente con le premesse "nazionali" che, contrariamente a quelle "comunitarie", appaiono correttamente esplicitate?

Per dare una risposta occorre forse accennare ad un problema più ampio, che è quello dell'uso sempre più frequente da parte dei giudici (anche al vertice dell'ordinamento) di un "sostegno", di volta in volta eurounitario o convenzionale (o come in questo caso di entrambi) alle proprie argomentazioni, quasi che quelle fondate sul diritto nazionale (e sulla giurisprudenza costituzionale, che qui curiosamente non è stata neppure esaminata) appaiono insufficienti e poco persuasive.

Un esame del fenomeno, analizzato soprattutto dai penalisti²⁵, è impossibile in questa sede: si può forse solo azzardare che esso sembra derivare da una pluralità di

24 Pur con tutte le cautele e le distinzioni del caso: v. in proposito, in modo convincente, A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 791, in particolare §§ 4 e segg.

25 Si rimanda qui, necessariamente, al magnifico saggio di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, che è dedicato pressoché interamente ai limiti ed ai rischi dell'uso delle fonti, normative e giurisprudenziali, dell'UE e del sistema della Convenzione europea a fini non consentiti dai principi di stretta legalità, di divieto dell'interpretazione analogica o estensiva, di applicazione della *lex mitior* e, in generale, ai cardini del sistema penale in uno stato di diritto; si veda anche, nella vasta letteratura che si va formando, C. SOTIS, *La mossa del cavallo. La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 464.

fattori, alcuni dei quali estranei alla giurisprudenza propriamente detta, quali il cronico inadempimento dell'Italia agli obblighi derivanti dalla sua partecipazione sia all'Unione europea che al sistema della Convenzione europea; o, più in generale, il senso di disagio che prova il giudice per una legislazione confusa, che consegna all'interprete disposizioni sempre nuove e sempre più affastellate, ciò che lo induce a ricercare una "ragione ultima" o di fondo dei vari sottosistemi, tale da dare un senso più profondo e più razionale al suo sforzo ermeneutico.

Queste operazioni non sono però a costo zero.

A parte ogni considerazione sul fatto che la ricostruzione del sistema, o presunto tale, normativo e giurisprudenziale "superiore", dal quale si vogliono ricavare principi vincolanti o suggestioni interpretative conformative, deve essere fatta con la massima prudenza ed attenzione, senza dimenticare la coerenza interna a detti sistemi e le modalità della loro interazione reciproca e con i vari sistemi nazionali, non si deve mai dimenticare che ogni operazione che intenda conformare la disciplina interna con quelle risultanti dai due sistemi europei non può mai avere come risultato la perdita o la limitazione di diritti che altrimenti sarebbero riconosciuti: nel caso di specie la limitazione, ai limiti della perdita del diritto nella sua effettività, da parte del creditore ipotecario.