

La Konfiskation prevista dal codice penale austriaco

19 Marzo 2017

Armin Kapeller

INDICE:

- I. Introduzione
- II. Il § 19 a StGB
- III. La Konfiskation quale pena accessoria e l'applicabilità dei §§ 32 e segg. StGB
- IV. Oggetto di Konfiskation sono Tatmittel e Tatprodukte
- V. Applicabilità della Konfiskation soltanto se vi è condanna per un delitto doloso
- VI. Einziehung und Verfall
- VII. Aspetti procedurali
- VIII. Konfiskation e repressione della corruzione
- IX. Alcune recenti sentenze della Suprema Corte in materia di Konfiskation

I. Introduzione

Adeguando la propria legislazione alla decisione-quadro 2005/212/JI del Consiglio dell'UE, l'Austria ha introdotto – mediante il c.d. strafrechtlichen Kompetenzpaket del 2010 – la **Konfiskation** nel proprio ordinamento penale, prevedendo, al **§ 19 a StGB (Codice penale)**, una nuova Nebenstrafe (pena accessoria) che può essere comminata soltanto congiuntamente a pena detentiva o pecuniaria.

Ha ritenuto l'UE, che la **lotta contro la criminalità (organizzata)** non può essere efficace, se non si colpisce il “motore” principale della criminalità, vale a dire il **profitto** attraverso la sottrazione dei patrimoni illeciti, accumulati nel tempo; patrimoni, che consentono poi all'organisierten Kriminalität di infiltrarsi nell'“economia lecita” e nei gangli decisionali del potere.

Già in precedenza – con la Convenzione di Vienna del 1988 e con la Convenzione di Strasburgo del 1990 n. 141 – erano stati introdotti meccanismi atti a garantire la cooperazione giudiziaria in materia di confisca ed è stata prevista la *confisca di valore*. La successiva decisione-quadro 2005/212 sono stata indicata come quella dei “poteri estesi di confisca” ed in essa è stato previsto che provvedimenti di confisca possano essere adottati dagli Stati-membri pure con **procedimenti diversi da quelli penali**, sia pur sempre sul presupposto di una (avvenuta) condanna penale.

Successivamente alla decisione-quadro 2005/212, il Parlamento europeo ha auspicato un **approccio “più funzionalista”** (e meno garantista) rispetto alle indicazioni della citata direttiva 212/2005 attraverso l'adozione di una vera e propria **actio in rem** nella lotta contro la criminalità organizzata. Come vedremo, il legislatore austriaco, nell'attuazione della decisione-quadro 212/2005, ha dimostrato una certa “cautela” e, di certo, “hat den vorgegebenen Rahmen nur zum Teil ausgenützt”.

II. Il § 19 a StGB

Vediamo ora **com'è disciplinata la Konfiskation nello StGB austriaco**.

Prevede il **§ 19 a, 1 comma, StGB**, che devono essere sottoposti a **Konfiskation** oggetti di cui l'autore di

un reato *doloso* 1) si è servito per commettere un reato di tal genere, 2) che aveva destinato a tale scopo oppure 3) che sono il prodotto dell'azione criminosa, da intendere non nel senso della refurtiva (p. es. del ladro), ma come oggetto che è venuto in essere per effetto della commissione del reato (vale a dire, quale "risultato" del reato), qualora l'oggetto, al momento delle decisioni (sentenza) di 1° grado, sia di proprietà dell'autore del reato.

La Konfiskation – secondo il comma 1 a del citato paragrafo – **si estende anche agli Ersatzwerte** degli oggetti di cui al comma 1 che sono di proprietà dell'autore del reato al momento della decisione di 1° grado. Prevede il comma 2 che la **Konfiskation non va disposta**, se questo provvedimento si appalesa sproporzionato ("steht außer Verhältnis") in relazione alla gravità del fatto commesso o al grado di colpevolezza dell'autore del reato. Possono essere oggetto di Konfiskation oggetti che si trovano sul territorio nazionale austriaco e questa misura può essere disposta **soltanto congiuntamente ad una condanna**.

III. La Konfiskation quale pena accessoria e l'inapplicabilità dei §§ 32 e segg. StPO

Costituendo la Konfiskation pacificamente una pena – sia pure accessoria – i giudici di merito avevano ritenuto che sia la sanzione principale (Hauptstrafe) che quella accessoria (Nebenstrafe), debba essere - **entrambe – tat- und schuldangemessen**, vale a dire che si debba tenere conto della gravità del reato e della capacità a delinquere del colpevole (§ 32 StGB).

Questo indirizzo giurisprudenziale non è stato però condiviso dall'**Obersten Gerichtshof – OGH** – (Corte di Cassazione), secondo il quale, dei **criteri** per la Strafzumessung, previsti dai **§§ 32 e segg. StGB** (Cod. pen.), si può tenere conto esclusivamente in sede di determinazione delle **pene detentive e pecuniarie e non anche** quando si tratta di determinare la pena accessoria della **Konfiskation**; ai fini della Festsetzung di quest'ultima, deve farsi riferimento esclusivamente al disposto del § 19 a StGB. Ha osservato la Suprema Corte che la **Verhältnismäßigkeitsklausel, contenuta nel comma 2 del citato paragrafo**, impedisce l'inflizione di una pena inadeguata/iniqua. Pertanto pena principale e pena accessoria (della Konfiskation) seguono criteri differenti nella loro determinazione.

Quest'orientamento giurisprudenziale è stato **criticato dalla dottrina** che ha messo in rilievo che il comma 2 del § 19 a StGB garantisce soltanto che la Konfiskation non venga disposta qualora tale pena (accessoria) sia sproporzionata, ma **non la proporzionalità della medesima**. Inoltre, il comma ora citato, fa riferimento soltanto alla rilevanza/gravità del fatto e al grado di colpevolezza dell'autore del reato. Una valutazione (complessiva) dei criteri dettati per la determinazione sowohl der Haupt- als auch der Nebenstrafe, corrisponderebbe maggiormente a un'interpretazione conforme alla ratio legis.

Costituendo la Konfiskation una pena accessoria, la stessa **può essere bedingt nachgesehen** (sospesa condizionalmente), anche se tale beneficio non viene concesso per la pena principale che viene inflitta.

IV. Oggetto di Konfiskation sono Tatmittel e Tatprodukte

Per quanto concerne gli **oggetti che vanno soggetti a Konfiskation** (§ 19 a, Abs. 1, StGB) risp. gli Ersatzwerte degli stessi (comma 1 a), **si tratta di:**

- 1) oggetti che l'autore di un reato doloso ha **utilizzato per commetterlo** (p. es. l'autovettura, con la quale è stata investita una persona con l'intenzione di cagionarne la morte)
- 2) oggetti **destinati** dall'autore del reato **ad essere utilizzati** in occasione della commissione del reato (doloso)
- 3) oggetti che costituiscono il **risultato della perpetrazione** di un reato doloso ("die durch die Vorsatztat hervorgebracht wurden"); p. es. un permesso di soggiorno falsificato.

In tutti i casi ora elencati si tratta di **Tatmittel o di Tatprodukte**.

Il § 19, comma 1 a, StGB, introdotto con lo Strafrechtsänderungsgesetz del 2015, ha reso **assoggettabile a Konfiskation anche i c.d. Ersatzwerte** degli oggetti di cui sub 1-3. Con questa norma è stata data attuazione all'articolo 4 della direttiva 2014/42 dell'UE.

Per Ersatzwert, ai sensi del citato comma 1 a, **s'intende** il valore (economico) dell'oggetto utilizzato per la commissione del reato (doloso) oppure del risultato dell'azione criminosa. Gli esempi che comunemente vengono fatti sono la pistola – con la quale è stata commessa una rapina in banca – venduta dopo la rapina; il **prezzo ricavato** da tale vendita costituisce l'Ersatzwert, che sarà oggetto di Konfiskation. Se l'autore della rapina ha **permutato** la pistola, p. es. con un anello d'oro, sarà quest'anello a costituire l'Ersatzwert e quindi verrà assoggettato a Konfiskation quest'anello.

Che cosa succede se il rapinatore ha versato il **prezzo ricavato** dalla vendita della pistola su un **conto corrente bancario**? Anche in questo caso, secondo la dottrina prevalente, deve essere disposta la Konfiskation (della relativa somma), la quale è invece esclusa se il rapinatore ha **regalato** la pistola ad altra persona oppure se l'autore della falsificazione del permesso di soggiorno ha ceduto questo documento ad altri senza esigere alcun corrispettivo. In questi casi manca l'Ersatzwert.

V. Applicabilità della Konfiskation soltanto se vi è condanna per un delitto doloso

Presupposto indispensabile affinché si possa procedere a Konfiskation, è che tra oggetto (da assoggettare a Konfiskation) e reato doloso, vi sia un **enger Zusammenhang** (un nesso stretto) nel senso sopra specificato.

La Konfiskation è esclusa in tutti i casi di commissione di reato colposo, posto che il § 19 a StGB richiede una "*Vorsatztat als Anknüpfungspunkt*".

Altro presupposto affinché si possa procedere a Konfiskation, è la **Rechtswidrigkeit** dal fatto commesso. Il reato deve inoltre essere stato commesso "**schuldhaft**" e **non** devono sussistere **scriminanti**. Se pertanto chi ha commesso il fatto non può essere condannato a pena detentiva o pecuniaria perché non è imputabile, la Konfiskation è esclusa; non è però **esclusa**, sempre che sussista l'imputabilità, se il reato doloso è rimasto allo stadio del **tentativo**.

Gli oggetti indicati nel § 19 a, comma 1, StGB, nonché gli Ersatzwerte (comma 1 a del cit. par.), possono essere assoggettati a **Konfiskation soltanto se sono di proprietà (esclusiva: Alleineigentum)** dell'autore del reato nel momento della decisione di 1° **grado**. La Konfiskation, infatti, è una pena, per cui alla stessa non può essere assoggettato un Unbeteiligter (un terzo estraneo); altrimenti **si violerebbe il c.d. Schuldprinzip**. La Konfiskation non può essere disposta, se l'autore del reato ha trasferito la proprietà della cosa, da assoggettare alla stessa, **a titolo gratuito**, mancando in tal caso l'Ersatzwert. Se chi ha commesso il reato è (soltanto) comproprietario degli oggetti di cui sopra, la Konfiskation è parimenti esclusa.

Sopra abbiamo esposto che la **Konfiskation può essere omessa** ("*ist davon abzusehen*"), se questa misura non sarebbe proporzionata in relazione alla gravità del fatto e al grado di colpevolezza dell'autore del medesimo. Così p. es. è stata ritenuta l'**Unverhältnismäßigkeit** der Konfiskation di un'autovettura utilizzata per recarsi sul luogo, nel quale è stato commesso il furto di una maglietta in un supermercato. In casi del genere è stato ritenuto che la "**Tatschuld ist so gering**, dass die Konfiskation eine unangemessene Härte darstellen würde und ein inadäquates Übel wäre".

VI. Einziehung und Verfall

La Konfiskation presenta una certa similitudine con l'**Einziehung**, prevista dal § 26 StGB e con il **Verfall** (§ 20 StGB). È però da rilevare che la ratio dell'Einziehung è di "togliere dalla circolazione" oggetti

pericolosi. L'**Einziehung** adempie quindi un **fine eminentemente preventivo**, per cui la stessa va disposta indipendentemente dall'eventuale mancanza d'imputabilità'; va disposta altresì a prescindere dal fatto se l'oggetto dell'**Einziehung** sia di proprietà o meno dell'autore del reato.

Il **Verfall**, previsto dal § 20 StGB, ha per oggetto **Vermögenswerte** che sono stati conseguiti per effetto della commissione di un reato (p. es. i gioielli rapinati in una gioielleria). Anche in questo caso **si prescinde dalla punibilità** o meno dell'autore del reato.

VII. Aspetti procedurali

Per quanto concerne gli **aspetti procedurali**, è da notare che, come ha statuito l'OGH (Corte di Cassazione – sent. 14 Os 2/15y), **non è valido un eventuale consenso** dell'imputato alla **Konfiskation**, se non sussistono i presupposti di cui al § 19 a StGB.

Se vi è pericolo che quanto è suscettibile di **Konfiskation** possa essere **sottratto o disperso**, può procedersi a **Sicherstellung o a Beschlagnahme** come previsto dal § 110, comma 1, n. 3 e risp. dal § 115, comma 1, n. 3, StPO (CPP). La **Beschlagnahme** è da revocare sia nel caso in cui vengono a mancare i presupposti per la stessa, sia nel caso in cui, in sostituzione del bene sottoposto a **Beschlagnahme**, venga depositata una somma di denaro nell'ammontare determinato dal giudice.

Non può procedersi a Konfiskation nei casi di **Verfahreenseinstellung** (archiviazione) e di **Diversio** (§§ 198 e segg. StPO). La stessa cosa non vale se vi è stata **Verfahrensabbrechung** (§§ 197 StPO) in quanto il § 445, comma 2 a, StPO, legittima la **Konfiskation**, se sussistono tutti i presupposti indicati nel paragrafo ora citato. L'inflizione della **Konfiskation** (al pari dell'**Einziehung** e del **Verfall**) costituisce uno **Strafausspruch** e deve quindi essere adottata **con sentenza** (cfr. RS 0101735) e non con **Beschluss** (ordinanza).

VIII. Konfiskation e repressione della corruzione

È fuor di ogni dubbio che la **Konfiskation** è **uno strumento formidabile nella lotta** contro la corruzione. Anzi. Sarebbe, in quanto ormai (quasi) tutti sanno che se si vuole arrivare in alto, chi procede contro potenti e/o politicanti (questi ultimi anche se di basso livello), anzitutto **si deve “sorvolare”** su quanto “ist nur möglich” e poi, se tutte le saracinesche non erano azionabili, “andare con i piedi di piombo” perché, dopo derubricazioni e magari anche modifiche di legge (medio tempore intervenute), prima o poi verrà in soccorso quel santo – sempre molto venerato – che si chiama **Prescrizio(ne)** e tutto si risolve **nel miglior modo possibile per l'imputato**, che, almeno secondo organi di stampa contigui al potere, “è stato.....assolto”.

Sono di un **poeta latino**, vissuto nel 1° secolo a. C., i versi: “*Usque dum tremulum movens Cana tempus anilitas omnia omnibus annuit*”. Il denaro – è stato ben detto – deifica la corruzione. A qualcuno potrebbero anche tornare alla mente le **parole di Cicerone** che ha parlato di “*alienissimum rei publicae tempus*”. Di un rovesciamento della gerarchia dei valori hanno parlato altri, anche recentemente.

La corruzione, specie se si tratta della realizzazione di grandi opere pubbliche (p es. di un aeroporto o di una lunga galleria autostradale e/o ferroviaria), ormai ha raggiunto **una diffusione e dimensioni** tali da indurre anche le più alte cariche dello Stato a parlarne, con una certa frequenza, e a invocare misure efficienti per debellare questa “**Seuche**” (epidemia), che sembra aver contagiato tutti i poteri dello Stato. Un **proverbio latino** diceva: “*Olera olla legit*”.

Recentemente **anche il Consiglio d'Europa** ha esortato gli Stati aderenti a una lotta più incisiva contro la corruzione. Ma parlare di corruzione – che, almeno secondo alcuni (si tratta, per lo più, di corruttori o di corrotti) non esiste – non di rado può dar luogo, per lo meno, a “rumores senum severiorem”. **È sempre meglio “linguam clauso tenere in ore”**.

Sembra che a proposito della corruzione, nel conflitto tra ragione (o, meglio, tra diritto) e avidità, **prevalgano le forze istintuali** e che “postquam tellus scelere est imbuta nefando iustitia omnes cupida de mente fugarunt”.

Va rilevato che presupposto indispensabile affinché la Konfiskation possa produrre i “risultati” voluti dal legislatore, è che gli inquirenti abbiano **agito con la dovuta tempestività** e che sia stato possibile procedere a Sicherstellung (che, in alcuni casi, può anche essere disposta dalla PG “von sich aus” (di propria iniziativa)) und Beschlagnahme (riservata, quest'ultima, al giudice, la cui decisione – ai sensi del § 110, comma 2, StPO – deve essere adottata “unverzüglich”, vale a dire, senza dilazione alcuna).

IX. Alcune recenti sentenze della Suprema Corte in materia di Konfiskation

Vediamo ora alcune recenti sentenze emanate dall'OGH (Suprema Corte) in materia di Konfiskation.

Di fondamentale importanza è quella rubricata sub 15 0s 187/15 m del 2016. Nella stessa, l'OGH ha messo in rilievo **l'importanza della Verhältnismäßigkeitsklausel** prevista dal § 19 a, comma 2, StGB. La Konfiskation, quale Nebenstrafe (pena accessoria), accanto all'Hauptstrafe (pena principale), potrebbe far sì che la pena complessiva diverrebbe un'**unangemessene Strafe**. Il citato comma 2 “autorizza” in tali casi il **giudice a non disporre la Konfiskation o a disporre la stessa soltanto teilweise**, se questa pena accessoria si appaleserebbe außer Verhältnis con riferimento alla gravità del fatto o al grado di colpevolezza del reo. Con questa norma, il legislatore ha inteso evitare non soltanto **inadäquate Konfiskationen**, ma anche garantire una insgesamt schuldangemessene Bestrafung des Täters. Nei casi in cui la Gesamtstrafe, per effetto dell'inflizione – anche – della Nebenstrafe der Konfiskation, si rivelerebbe unangemessen, è in facoltà del giudice, prescindere totalmente dalla comminazione della Konfiskation o applicarla soltanto in parte.

È da rilevare anche che la Cassazione, nel 2016, ha proceduto all'**annullamento parziale di molte sentenze** (confermate per il resto), in quanto il giudice del merito non aveva osservato il § 19 a StGB, **omettendo di accertare**, se gli oggetti – che erano stati konfisziert - fossero effettivamente di **proprietà (esclusiva) del condannato**; inoltre, non risultava che fosse stata effettuata la Verhältnismäßigkeitsprüfung di cui al comma 2 del § 19 a StGB. Queste omissioni, secondo l'OGH, configurano una **nullità (Nichtigkeit)** ai sensi del § 281, Abs. 9, Z. 11, StPO e pertanto l'impugnata sentenza veniva “zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht verwiesen”(cfr. OGH 110s 144/154).

Altre sentenze annullate dall'OGH a causa dell'inosservanza del § 19 a StGB, sono le seguenti:

- 1) 140s 135/15g: mancato accertamento della proprietà di quanto è stato konfisziert
- 2) 140s 89/16v: in questa sentenza l'OGH ha anche statuito che **omissioni** in materia di accertamento della proprietà degli oggetti “confiscati” **devono essere rilevate d'ufficio dalla Cassazione**. Sostanzialmente identica è la sentenza dell'OGH rubricata sub 110s 83/16i
- 3) 130s 137/15v: mancato accertamento a) che gli oggetti che sono stati konfisziert, fossero stati utilizzati o destinati all'utilizzo per la commissione di una rapina e b) di chi fosse la proprietà al momento della decisione di 1° grado
- 4) 150s 39/16y: “Gerade noch deutlich genug” ha ritenuto l'OGH la **motivazione** del giudice di merito in punto proprietà di uno Stanley-Messer
- 5) 140s 59/16g: nullità della Konfiskation perché era stato omissso di indicare, nell'impugnata sentenza,

che gli oggetti “confiscati” fossero stati utilizzati per la commissione di un reato, per il quale vi è stata condanna (e, per di più, chi fosse proprietario degli stessi all’epoca della sentenza di 1° grado)

6) 150s 86/14g: **nuova valutazione della Verhältnismäßigkeit** der Konfiskation a seguito di **annullamento parziale** dell’impugnata sentenza

7) 140s 169/13d; 120s 42/14i: inammissibilità della Konfiskation per violazione del § 19 a StGB in quanto l’autore del reato non era imputabile

8) 150s 187/15m; 150s 189/15f: se viene “**cassata**” **la parte della sentenza relativa alla Konfiskation** disposta nella stessa, ciò **non** implica anche la “cassazione” della pena detentiva o pecuniaria, se non sussiste ein untrennbarer Zusammenhang mit der Konfiskation.

Più volte, anche nel 2016, la Suprema Corte (si veda p. es. OGH: 150s 187/15m) ha deciso che in sede di determinazione della pena detentiva o pecuniaria, **il fatto che viene anche disposta la Konfiskation “ist nicht mildernd zu berücksichtigen”**. Invece, in sede di statuizione sulla Konfiskation, deve procedersi alla Verhältnismäßigkeitsprüfung (comma 2 del § 19 s StGB) e si deve evitare che lo “Strafübel, das den Täter in seiner Gesamtheit trifft” (sanzione complessiva), non superi i limiti della Schuldangemessenheit; a tal fine, al giudice è consentito “teilweise oder ganz von der Konfiskation abzusehen”.

TAG: *Codice penale austriaco, Confisca, criminalità organizzata, diritto austriaco, diritto penale europeo*

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.