

CONFRONTO DI IDEE

OLIVIERO MAZZA

Dalla confisca di prevenzione alla pena patrimoniale

La confisca di prevenzione si è trasformata in una pena patrimoniale, sostanzialmente coincidente con la confisca penale. Occorre interrogarsi sulla legittimità di questo doppio intervento punitivo alla luce del *ne bis in idem* tanto processuale quanto sostanziale.

From prevention system to patrimonial punishment

Prevention confiscation has turned into a patrimonial penalty, substantially coinciding with the criminal confiscation. The focus is legitimacy of this double punitive intervention in the light of the ne bis in idem, procedural and substantial.

SOMMARIO: 1. L'ossimoro della prevenzione *post delictum*. - 2. La struttura del giudizio - 3. Confisca penale e confisca di prevenzione: un *bis in idem* processuale e sostanziale?

1. *L'ossimoro della prevenzione post delictum*. A partire dagli anni 90 del secolo scorso, la confisca di prevenzione si è progressivamente trasformata in una risposta giurisdizionale schiettamente punitiva, rivolta anche a nuove tipologie di destinatari, come gli evasori fiscali. Il fenomeno dell'osmosi fra processo penale e sistema di prevenzione meriterebbe riflessioni più approfondite che tengano conto anche del flusso inverso, rappresentato dalla crescente contaminazione del processo ad opera di istanze di difesa sociale. In questa sede, tuttavia, si può considerare solo la trasformazione del sistema di prevenzione da misure *praeter delictum*, ossia legate a comportamenti che non solo collegati all'area del reato, o *ante delictum*, ossia misure atte a prevenire la commissione del reato, a misure *post delictum*, vale a dire misure applicate a soggetti nei cui confronti emergono indizi della commissione di certi reati considerati sintomatici della pericolosità qualificata. La misura di prevenzione oggi surroga e, a volte, accompagna una misura di carattere penale.

Il processo di prevenzione, a sua volta, è divenuto un succedaneo del processo penale con il quale, a questo punto, condivide la medesima funzione servente alla risposta punitiva statale. Le misure di prevenzione dettate dalla pericolosità qualificata intervengono, in chiave repressiva, laddove il rigore dei principi del diritto e del processo penale non consentirebbe di intervenire.

La piena conferma di questa affermazione la troviamo nell'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti di indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, per i quali è necessario accertare il requisito della "attualità"

della pericolosità del proposto¹. Se si deve accertare l'attuale partecipazione del proposto al sodalizio criminoso, quale sarebbe la differenza con il *thema probandum* di un processo per associazione di tipo mafioso?

Il presupposto applicativo delle misure di prevenzione *post delictum*, ossia quelle riferibili ai casi di pericolosità qualificata, non è altro che la responsabilità per la commissione di un reato. Ciò che cambia rispetto al processo penale è solo il *quantum* di prova necessario per giungere alla "condanna" e all'irrogazione della "pena", *sub specie* della nuova categoria della pena patrimoniale costituita dall'ablazione dell'intero patrimonio di cui direttamente o indirettamente disponga l'indiziato.

La misura di prevenzione, in un'ideale scala cognitiva, si colloca all'ultimo gradino: si inizia con la pena e con le misure di sicurezza per le quali è richiesta la prova del reato e della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio; si anticipa l'intervento statale, sia pure in via provvisoria, con le misure cautelari che richiedono i gravi indizi di colpevolezza; e laddove sussistano meri indizi di colpevolezza, tali da non giustificare l'adozione di una misura cautelare, si accede alle misure di prevenzione e alle conseguenti pene patrimoniali.

La graduazione della cognizione non esclude, peraltro, che nel più sia contenuto anche il meno: il soggetto si trova perciò contestualmente esposto alla condanna penale "classica", magari anticipata dalle misure cautelari, e all'applicazione delle misure di prevenzione, in funzione di *quid pluris* in chiave repressiva che finisce per sovrapporsi perfettamente alle misure di sicurezza.

Per comprendere questa gravissima stratificazione punitiva basterebbe chiedersi cosa debba intendersi, ai sensi dell'art. 4 d.lgs. n. 159 del 2011, per indizio. Non certo l'indizio logicamente contrapposto alla prova sotto il profilo della struttura dell'inferenza, quanto una prova minore, nella stessa ottica dei gravi indizi cautelari. E laddove sia disponibile la prova maggiore, quella richiesta per la condanna, è evidente che sia sempre possibile invocare anche la prova minore, l'indizio di prevenzione, per aggiungervi un'ulteriore conseguenza sanzionatoria diretta al patrimonio più che alla persona. Le misure di prevenzione presentano così un'estrema duttilità nell'ottica del *law enforce-*

¹ In tal senso si è espressa Cass., Sez. un., 04 gennaio 2018, Gattuso, in *Mass. Uff.*, n. 27151101, precisando, in motivazione, che solo nel caso in cui sussistano elementi sintomatici di una "partecipazione" del proposto al sodalizio mafioso, è possibile applicare la presunzione semplice relativa alla stabilità del vincolo associativo purché la sua validità sia verificata alla luce degli specifici elementi di fatto desumibili dal caso concreto e la stessa non sia posta quale unico fondamento dell'accertamento di attualità della pericolosità.

ment: possono surrogare la condanna penale, quando manchi la prova di colpevolezza, o possono accompagnarsi ad essa sulla base di un mero indizio, inteso quale prova minore.

2. *La struttura del giudizio*. Abbandonata definitivamente l'idea, ormai logora, che il sistema della prevenzione si fondi sull'accertamento della pericolosità dell'individuo *ante delictum*², l'aggressione ai patrimoni di origine sospetta mostra sempre più chiaramente il suo vero volto di strumento repressivo di intervento *post delictum* e *praeter probationem delicti*³. Venuto perciò meno il tratto caratteristico delle misure di prevenzione rappresentato dal giudizio prognostico di pericolosità, tanto della persona quanto del bene, la decisione che applica la confisca *ex art. 24 d.lg. n. 159 del 2011* rappresenta oggi semplicemente un clone deformalizzato di ciò che avviene, in modo probatoriamente più garantito, ma su presupposti pressoché coincidenti, nel processo penale quando è disposta la confisca estesa dell'intero patrimonio ai sensi dell'art. 240-bis c.p. (già art. 12-*sexies* d.l. 306 del 1992).

Dopo le più recenti riforme, il giudice della prevenzione patrimoniale è infatti chiamato a volgere lo sguardo solamente al passato, abbandonando ogni vaticinio rivolto al futuro, per ricostruire in modo sommario fatti da cui poi trarre conseguenze "sanzionatorie", secondo lo schema tipico del giudizio storico penale. La scomparsa delle valutazioni prognostiche di pericolosità, ancorché circoscritte alla sola pericolosità reale del patrimonio, segna dunque una netta involuzione del sistema della prevenzione, sempre più appiattito sull'accertamento penale di cui rappresenta però una comoda alternativa connotata da scorciatoie probatorie e logiche decisorie meno stringenti⁴.

Se, tuttavia, non vi è più distinzione concettuale fra profili patrimoniali dell'accertamento penale e prevenzione *in rem*, il quesito che l'interprete si deve porre finisce per investire direttamente la ragione d'essere, o meglio la legittimità, di un autonomo apparato di prevenzione reale sganciato dalle più garantite regole processuali penali. Sia pure fra molti dubbi da tempo sollevati

² NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *ED*, XXVI, Milano, 1976, 632-633.

³ D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità "patrimoniale"*, in *La giustizia penale patrimoniale*, a cura di Bargi, Cisterna, I, Torino, 2011, 131-132; MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in *Il pacchetto sicurezza 2009*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2009, 446.

⁴ Per FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. Pen.*, VIII, 1994, 120, si tratta di «un sistema di intervento parallelo e più duttile, da utilizzare come una sorta di 'scorciatoia' per sfuggire alle strettoie probatorie del normale processo penale».

in dottrina⁵, le misure di prevenzione, comprese quelle patrimoniali, sono state tradizionalmente giustificate e inserite a pieno titolo nel sistema penale proprio in ragione della loro peculiare funzione teleologica, come strumenti atti a prevenire la commissione di delitti e, dunque, ontologicamente diverse dalle sanzioni penali in quanto, ancorché applicate successivamente alla commissione di un delitto o alla sussistenza di indizi riguardanti la commissione di un delitto, non riconducibili allo schema logico “violazione del precetto normativo-accertamento di responsabilità-irrogazione della sanzione”. L’originaria caratterizzazione teleologica delle misure di prevenzione si rifletteva sui presupposti applicativi: l’accertamento di una situazione del passato che lasciava presagire la commissione di reati nel futuro. Dunque, un giudizio composito, fondato sulla sommaria ricostruzione di fatti sintomatici di una pericolosità e sulla previsione di comportamenti futuri. Giudizio che, per la sua stessa tipologia, non poteva forse essere imbrigliato nelle regole processuali pensate per il diverso accertamento (*rectius*, ricostruzione) di un fatto del passato e non certo per la prognosi di accadimenti futuri. Venuta ora meno la necessità di «un giudizio finalisticamente orientato a collegare il presente al futuribile, nell’ambito di una evoluzione criminologicamente rilevante»⁶, cade inevitabilmente anche la premessa di una ripartizione legislativa fra accertamento successivo di responsabilità penale e accertamento preventivo degli indici di pericolosità.

3. *Confisca penale e confisca di prevenzione: un bis in idem processuale e sostanziale?* L’unico elemento effettivamente distintivo fra confisca penale (misura di sicurezza) e confisca di prevenzione è oggi rappresentato dal profilo applicativo degli standard probatori e, di conseguenza, decisori. Nel giudizio di prevenzione, al di là della possibile coincidenza dei contenuti normativi, è comunemente accettato il ricorso a presunzioni e semplificazioni probatorie che non avrebbero, o meglio, non dovrebbero avere diritto di cittadinanza nel processo penale. Al tempo stesso, l’ontologica incompatibilità con la presunzione d’innocenza di un’asserita valutazione prognostica di pericolo-

⁵ V., per tutti, BRICOLA, *Forme di tutela «ante-delictum» e profili costituzionali della prevenzione* (1975), in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 27 ss.; PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. ita. dir. pen. proc.*, 1995, 635, il quale ricorda che la finalità delle misure di prevenzione è quella di «colpire attività criminose per le quali non esiste prova sufficiente, ma solo il sospetto: il loro statuto reale consiste quindi in una repressione meramente sintomatica. Paradossalmente, le misure di prevenzione tendono a recuperare una funzione preventiva ‘reale’ solo quando vengono utilizzate *post delictum* e cioè in connessione ad una sentenza di condanna, in contrasto col loro conclamato ruolo ‘ante’ o ‘praeter’ delictum».

⁶ NUVOLONE, *Misure di prevenzione*, cit., 633

sità, consente al giudice della prevenzione di forzare i dati cognitivi a sua disposizione anche quando gli stessi non risultino altamente o perfino solo mediamente persuasivi.

La confisca penale è ancora ascritta formalmente alla categoria delle misure di sicurezza, ma da tempo la giurisprudenza europea ne ha disvelato i tratti della materia penale sotto forma di vera e propria sanzione⁷. La confisca di prevenzione è anch'essa una misura punitiva perfettamente sovrapponibile a quella penale estesa al patrimonio.

Se, dunque, la confisca di prevenzione consentita dall'art. 24 d.lg. n. 159 del 2011 è coincidente, quanto a presupposti, struttura e finalità, con la confisca estesa *ex art. 12-sexies* d.l. n. 306 del 1992, ora art. 240-*bis* c.p., la compresenza dell'istituto di prevenzione meno garantito non trova più una valida ragione d'essere giuridica. In un ordinamento razionale e dotato di un minimo di coerenza interna il medesimo risultato, costituito da una confisca di carattere sanzionatorio estesa all'intero patrimonio, non può essere raggiunto attraverso due distinti procedimenti, attivabili alternativamente o anche cumulativamente. Di fronte alle attuali strade parallele e/o sovrapposte, è netta l'impressione che la confisca di prevenzione venga prescelta solo quando le già deboli garanzie processuali penali rappresentino comunque un ostacolo insormontabile, da aggirare grazie a un compiacente *escamotage* normativo.

In definitiva, chi ha la capacità di vedere oltre l'illusione ottica di una prevenzione reale distinta dalla sanzione incidente sul patrimonio non può non convenire sulla necessità di riportare l'aggressione ai beni di presunta origine illecita nel naturale alveo processuale e penale. Questo risultato, in attesa di una riforma legislativa ispirata a un realismo garantista difficilmente ipotizzabile nell'attuale congiuntura storica, può forse già essere conseguito sul piano esegetico, lasciandosi guidare dalla regola ermeneutica per cui determinati principi costituzionali non sono incompatibili con un giudizio di prevenzione privato della tipica impronta prognostica e della connotazione teleologicamente orientata alla profilassi del reato.

Nella misura in cui la prevenzione si riduce a mera etichetta⁸ e il giudice è concretamente indotto ad accertare l'accumulazione illecita del patrimonio per poi irrogare la "sanzione" della confisca, lo schema decisorio è quello tipicamente penalistico e non può sfuggire alle coordinate costituzionali ed eu-

⁷ Sulla giurisprudenza europea, v., riassuntivamente, CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, in *questa Rivista*, 2018.

⁸ Efficacemente, D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca*, 128 parla, al riguardo, di «vera e propria truffa delle etichette».

ropee della “materia penale”. Del resto, il procedimento di prevenzione è sempre stato considerato compatibile con la Costituzione e con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo proprio in ragione della autonoma finalità perseguita, non meramente punitiva, bensì schiettamente preventiva⁹. Esclusa la componente prognostico-preventiva, il giudizio di prevenzione si riduce a uno sbiadito duplicato dell’accertamento della responsabilità penale la cui legittimità torna ad essere seriamente eccepibile anche alla luce della di per sé contestabile giurisprudenza costituzionale ed europea.

L’antica battaglia condotta dalla dottrina per denunciare l’effettiva natura punitiva della prevenzione, e il conseguente deficit di garanzie, trova oggi nuova linfa in un sistema normativo che, irrazionalmente e probabilmente illegittimamente, consente di adottare, tanto nella sede penale quanto in quella preventiva, la medesima confisca di fatto estesa all’intero patrimonio di valore sproporzionato, a titolo di sanzione per la presunta illecita accumulazione dello stesso.

Non è più un’eresia interrogarsi non solo sull’astratta legittimità della doppia pena patrimoniale, ma anche sulla compatibilità di tale doppio binario sanzionatorio con il principio, anch’esso rivisto in ottica europea, del *ne bis in idem* tanto processuale quanto sostanziale.

⁹ Come da giurisprudenza europea costante, «*la Cour rappelle que les mesures de prévention prévues par les lois italiennes de 1956 et 1965 n’impliquent pas un jugement de culpabilité, mais visent à empêcher l’accomplissement d’actes criminels ... Par conséquent, les requérants ne sauraient affirmer avoir été ‘poursuivis ou punis pénalement’ dans le cadre de la procédure litigieuse*» (Corte EDU, Sez. II, 17 agosto 2011, Capitani e Campanella c. Italia, § 37 e 38). Analogamente, secondo Corte EDU, Sez. I, 4 settembre 2001, Riela e altri, § 2, «*les mesures de prévention prévues par les lois italiennes de 1956, 1965 et 1982 n’impliquent pas un jugement de culpabilité, mais visent à empêcher l’accomplissement d’actes criminels. En outre, leur imposition n’est pas tributaire du prononcé préalable d’une condamnation pour une infraction pénale. Dès lors, elles ne sauraient se comparer à une peine*».

Analogamente, secondo Corte cost., n. 275 del 1996, «più in generale, devono essere sottolineate le profonde differenze, di procedimento e di sostanza, tra le due sedi, penale e di prevenzione: la prima ricollegata a un determinato fatto-reato oggetto di verifica nel processo, a seguito dell’esercizio dell’azione penale; la seconda riferita a una complessiva notazione di pericolosità, espressa mediante condotte che non necessariamente costituiscono reato e che sono localizzate attraverso il concetto di “dimora” della persona, e altresì verificate in un procedimento che, pur se giurisdizionalizzato, vede quali titolari dell’ “azione” di prevenzione soggetti diversi, appartenenti all’amministrazione». In termini non dissimili, v. anche Corte cost., n. 321 del 2004, che ha ribadito l’impossibilità di un «confronto tra settori direttamente non comparabili, posto che il procedimento di prevenzione, il processo penale e il procedimento per l’applicazione delle misure di sicurezza sono dotati di proprie peculiarità, sia sul terreno processuale che nei presupposti sostanziali». Più di recente, nella medesima direzione, v. Corte cost., n. 270 del 2011.