

Anna Maria Maugeri

La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione

La riforma della disciplina delle misure di prevenzione, introdotta dalla legge n. 161/2017, se, da una parte, ha dei meriti (come l'introduzione del controllo giudiziario ex art. 34-bis), dall'altra continua ad esprimere una precisa strategia di politica criminale efficientista e vorace volta a estendere l'ambito di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali e a cercare di semplificare l'onere probatorio dell'accusa, come emerge, innanzitutto, dall'inclusione nella categoria dei soggetti a pericolosità qualificata degli indiziati dei reati contro la p.a., realizzati in forma associata, che già rientravano nella categoria dei destinatari a pericolosità generica. Nonostante lo sforzo della Suprema Corte di fornire «un'interpretazione in senso convenzionalmente conforme» della pericolosità sociale, in particolare generica ma non solo, in seguito alla sentenza De Tommaso della Corte EDU, rimane la genetica problematicità delle misure di prevenzione, applicate in un procedimento non sufficientemente garantistico anche in seguito ai piccoli passi in avanti in tale direzione fatti con la riforma. Il tutto è particolarmente drammatico, perché come afferma sempre la Suprema Corte, il sistema delle misure di prevenzione «tende a porsi con sempre maggiore forza in termini di alternatività alla risposta sanzionatoria penale».

The reform of the preventive measure, introduced by law n. 161/2017, if, on one hand, has some merits (i.e. the introduction of judicial control in art. 34-bis d.lgs, 159/2011), on the other hand, it carry on pursuing a precise strategy of efficient and voracious criminal policy, aimed at extending the scope of preventive measures against property and at simplifying the prosecutor's burden of the proof. This is demonstrated, in particular, by the inclusion in the categories of subjects with a "special dangerousness" of the individuals suspected of crimes against the public administration, if realized in associated form, who already fell into the categories of recipients with "ordinary dangerousness". Despite the Supreme Court's effort to provide an interpretation of the concept of "dangerousness", "ordinary" but not only, consistent with the De Tommaso judgment of ECHR Court, the genetic problematicity of preventive measures remains, also in consideration of the fact that they are applied in a proceeding with not sufficient safeguards, also after the small steps forward in this direction, made with the reform. This is particularly dramatic, because as the Supreme Court affirms, the system of preventive measures «tends to put itself with ever increasing strength in terms of alternativeness to the penal sanction response».

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La riforma della confisca di prevenzione: l'estensione della categoria dei soggetti a pericolosità qualificata ad opera della legge n. 161/2017. - 3. Tentativi di interpretazione convenzionalmente orientata delle categorie dei destinatari dopo la sentenza della Corte EDU De Tommaso. - 3.1. Recenti orientamenti giurisprudenziali sulla categoria dei destinatari a "pericolosità qualificata". - 3.2. La nozione di traffici delittuosi nella sentenza n. 349/2018. - 3.3. *Segue*: La natura afflittiva della confisca di prevenzione. - 4. La nozione di sproporzione dopo la riforma, alla luce del principio di proporzionalità. - 5. La riforma della confisca per equivalente: una pena nei confronti dei successori? - 6. Alcune ulteriori osservazioni sulla riforma della confisca di prevenzione: il procedimento e le impugnazioni. Prospettive. - 7. La riforma dell'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011) e l'introduzione del controllo giudiziario (art. 34-bis). - 8. Conclusioni.

1. *Premessa.* Dopo un lungo *iter* parlamentare il 29 settembre 2017 è stato approvato il disegno di legge n. 2134 con la legge n. 161 recante «Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate»¹. Tale normativa riforma la disciplina delle misure di prevenzione e della confisca allargata *ex art. 12-sexies* d.l. 306/'92 (convertito in l. 356/'92).

Pur non mancando delle significative modifiche in chiave garantista del procedimento di prevenzione e, in particolare, della disciplina in materia di tutela dei terzi, anche questa volta emerge la tendenza del legislatore moderno a estendere l'ambito di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali e a cercare di semplificare l'onere probatorio dell'accusa, perseguendo una precisa politica criminale efficientista e vorace, nella consapevolezza dell'importanza della confisca quale strumento che presenta un sicuro impatto deterrente e mediatico. Come recentemente affermato in un'interessante sentenza della Suprema Corte, le misure di prevenzione rappresentano un «sistema che tende a porsi con sempre maggiore forza in termini di alternatività alla risposta sanzionatoria penale».

L'importanza che viene attribuita nella lotta al crimine a tali misure, e in particolare alle patrimoniali, è testimoniata, infatti, dall'inserimento di un nuovo Capo *V-bis*, a chiusura del Titolo II del codice antimafia, destinato a contenere un'unica disposizione (l'art. 34-*ter*) rubricata «Trattazione prioritaria dei procedimenti di prevenzione patrimoniale». La nuova norma prevede che «è assicurata la priorità assoluta ai procedimenti volti all'applicazione di misure di prevenzione patrimoniali». Nella stessa direzione efficientista si prevede anche la specializzazione del giudice della prevenzione attraverso una riforma dell'ordinamento giudiziario (comma 2-*sexies* dell'articolo 7-*bis* dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12)²; si tratta di un'ottica corretta laddove

1. GU n. 258 del 4/11/2017.

2. Presso il tribunale del capoluogo del distretto e presso la corte di appello, sono istituite sezioni ovvero individuati collegi che trattano in via esclusiva i procedimenti previsti dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Presso il Tribunale circondariale di Trapani e il Tribunale circondariale di Santa Maria Capua Vetere sono istituiti sezioni o collegi specializzati in materia di misure di prevenzione. A tali collegi o sezioni, ai quali è garantita una copertura prioritaria delle eventuali carenze di organico, è assegnato un numero di magistrati rispetto all'organico complessivo dell'ufficio pari alla percentuale che sarà stabilita con delibera del Consiglio superiore della magistratura e comunque non inferiore a tre componenti. Se per le dimensioni dell'ufficio i magistrati componenti delle sezioni o collegi specializzati in materia di misure di prevenzione dovranno svolgere anche altre funzioni, il carico di lavoro nelle altre materia dovrà essere proporzionalmente ridotto nella misura che sarà stabilita con delibera del Consiglio superiore della magistratura. Il Presidente del tribunale o della Corte di appello assicura che il collegio o la sezione sia prevalentemente composto da magistrati forniti di specifica esperienza nella materia della pre-

si consideri che questo tipo di procedimenti richiede una particolare specializzazione, nonché la multidisciplinarietà delle competenze, come prevede la normativa in esame precisando che il «Presidente del tribunale o della Corte di appello assicura che il collegio o la sezione sia prevalentemente composto da magistrati forniti di specifica esperienza nella materia della prevenzione o dei reati di criminalità organizzata, o che abbiano svolto funzioni civili, fallimentari e societarie, garantendo la necessaria integrazione delle competenze» (co. 2-*sexies*, art. 7-*bis* regio decreto n. 12/'41).

L'aspetto problematico è rappresentato dal fatto che il sistema delle misure di prevenzione rappresenta un'alternativa che, dinanzi ai limiti e all'inefficienza del sistema penale, può rivelarsi nella prassi più efficace, ma strutturalmente a scapito delle garanzie. Come riconosce nella sentenza citata la Suprema Corte, infatti, si tratta comunque di misure che, pur nascendo come mere misure di prevenzione *ante delictum*, si applicano *post delictum* e presentano un carattere affittivo³.

Lo scopo del lavoro è quello di analizzare la riforma delle misure di prevenzione patrimoniali introdotta dalla legge n. 161/2017, per valutarne la problematicità e l'impatto anche alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia.

2. *La riforma della confisca di prevenzione: l'estensione della categoria dei soggetti a pericolosità qualificata ad opera della legge n. 161/2017.* La legge n. 161/2017 ha esteso, innanzitutto, la categoria dei soggetti a pericolosità qualificata, includendo, tra l'altro⁴, con la lett. i-*bis*) dell'art. 4 d.lgs. n. 159/2011 i soggetti indiziati di associazione a delinquere finalizzata alla consumazione di reati contro la p.a.⁵, nonché i soggetti indiziati del delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche *ex* art. 640-*bis* c.p., reato di cui questa stessa riforma provvede a modificare il quadro edittale. Tali soggetti, in realtà, già rientravano nella categoria dei soggetti a pericolosità generica; la *ratio* politico-criminale di tale riforma è rappresentata, allora, – oltre che da una finalità simbolica con riferi-

venzione o dei reati di criminalità organizzata, o che abbiano svolto funzioni civili, fallimentari e societarie, garantendo la necessaria integrazione delle competenze.

3. Cass., Sez. I, 9 gennaio 2018, Bosco Mario, n. 349, in *Mass. Uff.*, n. 271996.

4. E inoltre gli indiziati per il reato di assistenza agli associati di cui all'art. 418 c.p. (art. 4, lett. b) e gli indiziati di atti di persecuzione (art. 612-*bis* c.p.).

5. E in particolare di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, comma 1 (peculato), 316 (peculato mediante profitto dell'errore altrui), 316-*bis* (malversazione a danno dello Stato), 316-*ter* (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato), 317 (concussione), 318 (corruzione per l'esercizio della funzione), 319 (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319-*ter* (corruzione in atti giudiziari), 319-*quater* (induzione indebita a dare o promettere utilità), 320 (corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio), 321 (pene per il corruttore), 322 (istigazione alla corruzione) e 322-*bis* c.p. (cfr. nuova lett. i-*bis* dell'art. 4).

mento alla lotta alla corruzione –, dallo scopo di sottrarre all'accertamento della *dedizione all'illecito* l'applicazione della confisca nei confronti di tali soggetti, in modo che basti l'iscrizione nel registro degli indagati o comunque l'inizio di un procedimento penale per fare iniziare il procedimento di prevenzione (ciò anche in reazione alla più recente giurisprudenza che cerca correttamente di interpretare rigorosamente la dedizione all'illecito).

In relazione ai reati contro la p.a. si è cercato di superare le primissime critiche al progetto di riforma⁶ richiedendo indizi di una fattispecie associativa, quale espressione di un'organizzazione stabile destinata alla consumazione di un numero indeterminato di reati e quindi quale più pregnante fondamento della presunzione di illecito arricchimento in capo ai prevenuti; nella prassi basterà che sia iniziato un procedimento nei confronti di tre soggetti per iniziare il procedimento di prevenzione (si consideri che alcuni di questi reati, come la corruzione, sono già a concorso necessario; per cui basterà un terzo soggetto, come l'intermediario) o che ciò sia avvenuto anche in un remoto passato, e anche in relazione ad un'associazione destinata al peculato mediante profitto dell'errore altrui⁷. Né si può ritenere, come correttamente evidenziato, che «il *background* fattuale e quindi indiziario per ipotizzare la sussistenza di una mera associazione per delinquere semplice finalizzata alla commissione di reati di corruzione possa essere paragonato a quello occorrente per la ben diversa associazione di tipo mafioso», peculiare fattispecie associativa “a struttura mista”: l'equiparazione «è fuorviante sotto il profilo giuridico ed empirico»⁸. E in ogni caso gli indizi della consumazione di una sola fattispecie di truffa aggravata saranno sufficienti. Si vuole semplificare l'accertamento della parte cognitiva del giudizio di pericolosità, in cui si appiattisce la stessa valutazione di pericolosità nell'ipotesi che non sia più attuale. La dottrina teme la sostanziale violazione del principio del *ne bis in idem*⁹, ma soprattutto emerge la voracità statuale che fonda sugli indizi di consumazione anche di un solo reato contro la p.a., – e non solo concussione, induzione indebita e corruzione –, seppure in forma associata, la presunzione di illecito arricchimento alla base della misura patrimoniale.

6. Così VISCONTI, *Approvate in prima lettura dalla Camera importanti modifiche al procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *Dir. pen. cont.*, 23 novembre 2015.

7. MAUGERI, *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di “processo” al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 564 ss.; cfr. in materia PELISSERO, *La fattispecie di pericolosità: i presupposti di applicazione delle misure e le tipologie soggettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 465.

8. Così VISCONTI, *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, in *Dir. pen. e proc.* 2018, 145.

9. BRIZZI, *Il “canto del cigno” delle misure di prevenzione?*, in *Arch. pen.*, 2015, 3; ID., *Prospettive di riforma per le misure di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2016, 2; così come problematica appare la scelta di far rientrare nel “catalogo” dei delitti che giustificano l'azione di prevenzione personale e patrimoniale anche quello di cui all'art. 418 c.p., assistenza agli associati.

Si consideri, inoltre, che nella prassi spesso le imputazioni per associazione a delinquere finalizzata alla consumazione di reati contro la p.a. decade in sede dibattimentale¹⁰; quali saranno le conseguenze per il procedimento di prevenzione? Viene meno la possibilità di inquadrare i propositi nella categoria dei destinatari o il giudice della prevenzione, – soluzione più probabile –, in base al principio dell'autonomia valutativa, considererà sufficienti quegli elementi probatori che non sono stati considerati idonei in sede penale per sostenere la realizzazione in forma associata del reato contro la p.a.? Tale operazione di equiparazione tra la criminalità mafiosa e i responsabili di reati contro la p.a. era già avvenuta discutibilmente in relazione all'ambito di applicazione della confisca *ex art. 12-sexies* d.l. 306/'92 (ora art. 240-*bis* c.p.) con l'art. 1, co. 220, a), l. 296/'06, ma almeno in quest'ultimo caso si presuppone una condanna.

Tale estensione preoccupa in termini di politica criminale perché la presunzione di illecita accumulazione che la Corte costituzionale ha ritenuto ragionevole in relazione a soggetti indiziati di reati connessi al crimine organizzato¹¹, non trova uguale fondamento in tale settore e non sembra rispettata la *ratio* politico criminale che ha giustificato la previsione di così invasive misure patrimoniali, e cioè non sembra che in relazione ai reati contro la p.a. sussistano quelle esigenze

10. Cfr. Trib. Pistoia, 20 gennaio 2017, n. 122, in <https://www.dpei.it/pa-impresa/l'associazione-per-delinquere-finalizzata-alla-commissione-delitti-conto-pubblica>, in cui si afferma «Muovendo da un tale assunto, il Tribunale procede quindi ad una serrata rilettura di tutti gli elementi ritenuti dall'Accusa emblematici di come gli imputati si muovessero nell'ambito di un contesto associativo, giungendo così ad escludere la sussistenza degli elementi costitutivi del delitto previsto e punito dall'art. 416 c.p. I contestati rapporti tra gli imputati, infatti, costituirebbero 'unicamente la espressione di malcostume politico, ossia di un atteggiamento diffuso di mancato rispetto della legalità e della morale', sicuramente legato a 'logiche affaristiche e clientelari', ma in alcun modo rivelatore, nel caso di specie, dell'esistenza di una stabile struttura associativa»; caso Maurgeri, Formigoni condannato a 6 anni: «Corrotto con almeno 6 milioni di euro», in *Il Messaggero*, http://www.ilmessaggero.it/primopiano/cronaca/formigoni_processo_condanna-2515002.html#: I giudici della decima sezione penale hanno fatto cadere l'accusa di associazione a delinquere, mantenendo la corruzione e non concedendo alcuna attenuante; Sanitopoli, Del Turco assolto da reato associativo; Caso D'Amico (qui è caduta pure la corruzione; condanna solo per abuso d'ufficio): http://www.ilcentro.it/pescara/d-amico-condannato-a-un-anno-cadono-associazione-e-corruzione-1.1169683?utm_medium=migrazione; Caso ex Acciaierie di Terni: <http://www.primonumero.it/attualita/primopiano/articolo.php?id=19600>; Caso Romeo (inchiesta Global Service): http://www.adnkronos.com/fatti/cronaca/2017/03/01/caso-consip-chi-alfredo-romeo_Sgp4tbhwdxJm45iTM9duGJ.html?refresh_ce; http://www.ilmessaggero.it/latina/inchiesta_tiberio_sperlonga_latina_arresti-2238042.html; Indagine Tiberio a Sperlonga: <http://www.latinatoday.it/cronaca/operazione-tiberio-riesame-annulla-associazione-a-delinquere.html>.

11. Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 335, in FI 1997, I, 21; Corte cost., 9 febbraio 2012, n. 21; Corte cost., 15 aprile (9 giugno) 2015, n. 106. In relazione alla confisca *ex art. 12-sexies* d.l. 306/'92 (ora 240-*bis* c.p.), cfr. Corte cost., 22 gennaio 1996, n. 18, in *Cass. pen.*, 1996, 1385; Corte cost. 28 marzo 2000, n. 88, in *Cass. pen.*, 2000, 1054; da ultimo Corte cost., 8 novembre 2017 (21 febbraio 2018), n. 33.

di tutela dell'economia, della concorrenza e del mercato contro l'infiltrazione di patrimoni illeciti (e dell'influenza mafiosa) richiamate dalla sentenza Spinelli a Sezioni unite del 2014 («Finalità questa che si giustifica non solo per ragioni etiche, ma anche per motivazioni d'ordine economico in quanto l'accumulo di ricchezza, frutto di attività delittuosa, è fenomeno tale da inquinare le ordinarie dinamiche concorrenziali del libero mercato»)¹² e anche dalla Corte costituzionale¹³. Piuttosto, come si afferma nella stessa sentenza Spinelli – nel tentare di giustificare l'estensione delle misure di prevenzione a tutti i soggetti a pericolosità generica –, emerge come lo scopo della confisca di prevenzione diventa *tout court* il *perseguimento dell'ingiustificato arricchimento*, invece che la lotta alla mafia: «un ulteriore fattore vale ad accumulare, pur nell'oggettiva diversità, il perseguimento delle due forme di pericolosità sociale, ovvero sia l'esigenza di eliminare dal circuito economico-legale beni ed altre attività illecitamente acquisiti...»¹⁴.

La riforma include tra i destinatari delle misure di prevenzione all'art. 4 lett. b) d.lgs. 159/2011 anche i soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 418 c.p., assistenza agli associati; si tratta di un'ipotesi che assume un maggiore rilievo ai fini dell'applicazione delle misure personali, non trattandosi di una fattispecie destinata necessariamente al conseguimento di un profitto, salvo a considerare l'assistenza come indizio di un più ampio coinvolgimento nell'attività dell'associazione mafiosa o, comunque, di coinvolgimento in attività illecite fonte di lucro.

La legge n. 161/2017 riforma anche la categoria dei soggetti prevista alla lettera d) dell'art. 4 d.lgs. 159/2011 includendo le persone che abbiano posto in essere atti esecutivi – e non più, dunque, solamente preparatori – diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati indicati, tra cui figurano anche i reati con finalità di terrorismo; la medesima estensione agli «atti esecutivi» è inserita anche alla lett. f) relativa alla ricostituzione del partito fascista¹⁵. Nella Relazione della Commissione Fiandaca (Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata, d.m. 10 giugno 2013)¹⁶ si proponeva una simile riforma in modo da realizzare l'ampliamento dell'ambito di applicazione delle misure di prevenzione anche ai soggetti indiziati dei reati in questione consumati o tentati, e non solo a coloro che pongono in essere comportamenti prodromici ai suddetti reati;

12. Cass., Sez. un., 2 febbraio 2015, Spinelli, n. 4880, in *Mass. Uff.*, n. 26260; nella medesima direzione Cass., Sez. I, 22 luglio 2005, *Libri*, n. 27433, in *Mass. Uff.*, n. 231755; Cass., Sez. un., 17 luglio 1996, *Simonelli*, n. 18, in *Mass. Uff.*, n. 205262.

13. Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 335, in *FI* 1997, I, 21.

14. Cass., Sez. un., 2 febbraio 2015, Spinelli, n. 4880, in *Mass. Uff.*, n. 26260.

15. In materia ampiamente MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzionalità*, in *Ind. pen.*, 2017, 99 ss.

16. In *Dir. pen. cont.*, 12 gennaio 2014.

si riproporrebbe il modello utilizzato per la pericolosità qualificata e generica volto a emancipare l'intervento prevenzionistico dalla mera fase *ante delictum* per trasformarlo in un modello di intervento parallelo e complementare, se non sussidiario, a quello penale. Lo scopo dichiarato è quello di rivitalizzare l'utilizzo delle misure di prevenzione in questo settore in cui si registra una mancanza di «funzionalità dell'intervento patrimoniale, rimasto finora privo di un significativo riscontro applicativo»¹⁷. In realtà, come evidenziato in altra sede¹⁸, nel settore del terrorismo la scarsa prassi applicativa delle misure di prevenzione è legata all'intervento penale fortemente anticipato attraverso la fattispecie associativa incentrata sul dolo specifico della finalità di terrorismo, art. 270-bis c.p., insieme alle nuove fattispecie che incriminano autonome condotte preparatorie e collaterali al reato di associazione – ulteriormente potenziate dalla l. n. 153/2016 in tema di contrasto al terrorismo –¹⁹. A ciò si aggiunga anche una certa prassi giurisprudenziale che adotta interpretazioni fortemente soggettivistiche e anticipate della condotta di partecipazione all'associazione terroristica²⁰. In tale contesto lo spazio per l'ulteriore intervento preventivo si riduce e diventa difficile distinguere la consistenza degli elementi indiziari sufficienti a fondare le misure preventive piuttosto che l'intervento penale, prediletto nella prassi a fronte della drammatica pericolosità del fenomeno terroristico²¹.

17. Così BALSAMO, voce *Codice antimafia*, in *Digesto delle discipline penalistiche-Aggiornamento*, Torino, 2014, 72: «Sembra, in altri termini, che il legislatore, pur avendo compreso le potenzialità positive - sul piano della modernità, dell'efficacia e delle garanzie sostanziali - insite nel sistema prevenzionistico patrimoniale anche sul terreno della lotta al terrorismo, non abbia portato questa intuizione alle sue logiche conseguenze, attribuendo alle misure di prevenzione un ruolo corrispondente a quello sperimentato, con importanti risultati, sul piano del contrasto delle basi economiche del crimine organizzato».

18. MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione*, cit., 109.

19. Finanziamento art. 270-quinquies.1, arruolamento 270-quater, addestramento e auto-addestramento 270-quinquies, organizzazione di viaggi all'estero 270-quater.1, assistenza agli associati artt. 270-ter, attentato per finalità terroristiche o di eversione 280, atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi 280-bis; a tali fattispecie si possono aggiungere quelle, già conosciute dal codice Rocco, che incriminano le condotte ulteriormente preparatorie di cospirazione mediante accordo, istigazione e apologia, artt. 302, 304 e 414 c.p.

20. Cass., Sez. V, 25 luglio 2008, Bouyahia, n. 31389, in *Mass. Uff.*, n. 241175; Cass., Sez. II, 5 maggio 2009, Frediani, n. 18581, in *Mass. Uff.*, n. 244544; Cass., Sez. fer., 4 settembre 2009, Er, n. 34180, in *Mass. Uff.*, n. 245375; Ass. Milano, 6 novembre 2006, inedita, citata in FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova 2016, 261; Ass. Milano 25 maggio 2016, in *Dir. pen. cont.*, 21 ottobre 2016; G.u.p. Trib. Milano, 23 febbraio 2016, in *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2016, con nota di BERIOLESI. Cfr. Cass., Sez. VI, 29 novembre 2012, Chabchoub, n. 46308, in *Mass. Uff.*, n. 253944; Ass. Milano, 19 dicembre 2016 (dep. 24 febbraio 2017), n. 8, con nota di ALBANESE, in *Dir. pen. cont.*, 2017, f. 3.

21. Cfr. PELISSERO, *op. cit.*, 462-463. Cfr. sull'inefficacia delle misure di prevenzione nel settore BRIZZI, *Le misure di prevenzione, tra elaborazione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, Milano, 2015, 207.

Teoricamente gli indiziati di terrorismo potevano, comunque, rientrare tra i soggetti a pericolosità generica laddove fossero emersi indizi di attività illecita abituale; fermo restando che, pur con tutte le perplessità sulle misure di prevenzione, una simile riforma attribuisce al sistema della prevenzione una maggiore *coerenza*. Probabilmente le misure di prevenzione personali, piuttosto che le patrimoniali, possono assumere un maggiore significato come reali misure *ante delictum* in questo settore, in quanto difficilmente i reati di terrorismo sono fonte di arricchimento, tanto è vero che nella prassi incominciano ad emergere interessanti tentativi di utilizzo in chiave rieducativa-preventiva delle misure personali²². Le misure patrimoniali potrebbero diventare interessanti nei confronti dei soggetti descritti nell'art. 4, lett. h), «agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. È finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati», laddove tali soggetti finanzino il terrorismo con i proventi di altri reati, come ad esempio il traffico di stupefacenti o di beni culturali, perché comunque oggetto della confisca *ex art.* 24 d.lgs. 159/2011 possono essere solo i beni di «valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché» i «beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego»; non è possibile confiscare i beni per la loro destinazione illecita.

Quest'ultima ipotesi potrebbe verificarsi qualora le misure patrimoniali siano applicate alla problematica categoria descritta dalla lettera b) dell'art. 16 d.lgs. n. 159/2011, persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi siano fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali. In questo caso nella descrizione della categoria il legislatore ha esteso l'ambito di applicazione del sequestro e della confisca ai beni utilizzati per il finanziamento²³.

Con la riforma del 2017 tra i destinatari delle misure di prevenzione rientrano anche i soggetti indicati del delitto di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p., art. u. i-*ter*) d.lgs. 159/11), che già conosceva una sorta di misura di prevenzione, rappresentata dall'ammonimento (art. 8 d.l. 3 febbraio 2009, n. 11, conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38)²⁴; chiaramente anche in questo caso l'estensione riguarda sostanzialmente le misure personali, trattandosi di una fattispecie che non è destinata a produrre profitto. Tale settore, in realtà, richiederebbe l'imposizione di misure terapeutiche, che potrebbero essere prescritte dal giudice nell'ambito delle misure rimesse alla

22. Trib. Bari, Sez. II, 8 febbraio 2017, n. 26.

23. Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione*, cit., 109 ss.

24. Cfr. MAUGERI, *Atti persecutori*, in PULITANÒ, *Diritto Penale - Parte speciale - Tutela penale della persona*, vol. I, Torino 2014, 244; ID., *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, 230.

sua discrezionalità *ex art. 8, co. 2, d.lgs. n. 159/2011*, ma che forse in ossequio al principio di legalità dovrebbero essere espressamente previste dalla normativa in materia, e soprattutto concretamente predisposte.

3. *Tentativi di interpretazione convenzionalmente orientata delle categorie dei destinatari dopo la sentenza della Corte EDU De Tommaso*. In relazione ai destinatari delle misure di prevenzione dopo la pronuncia della Corte EDU De Tommaso²⁵, senza voler riesaminare la sentenza in esame, si ritiene, però, opportuno evidenziare alcune questioni ed analizzare recenti orientamenti giurisprudenziali conseguenti alla pronuncia della Corte di Strasburgo.

Lasciando da parte la problematica relativa alla mancanza di conformità al principio di legalità/tassatività delle prescrizioni che il giudice può impartire in sede di misure di prevenzione personali e alla connessa mancanza di tassatività della fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 75 d.lgs. n. 159/2011²⁶ (questione oggetto della sentenza delle Sezioni unite Paternò²⁷ che ha tentato un'interpretazione convenzionalmente conforme nel rispetto del principio di tassatività²⁸,

25. Corte EDU, 23 febbraio 2017, Grande Camera, De Tommaso, n. 43395/09. In materia VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2017; MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, *ibidem*, 6 marzo 2017; MAGI, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale*, *ivi*, 13 marzo 2017; MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, *ivi*, 26 aprile 2017. |

26. Ad avviso della Corte EDU, alcune delle prescrizioni previste dal comma 3 dell'art 5 della legge n. 1423/1956 sono espresse in termini troppo generici e il loro contenuto è estremamente vago e indeterminato. Questo vale in particolare per le previsioni concernenti gli obblighi di «vivere onestamente, di rispettare le leggi e non dare ragione di sospetti» (formulazione cambiata nel codice antimafia che non contiene più l'ultima ipotesi), nonostante l'intervento della Corte costituzionale che con la sentenza n. 282/2010 ha negato la violazione del principio di tassatività da parte delle disposizioni in questione (§ 119). L'aspetto più inquietante di tale mancanza di tassatività è determinato, inoltre, dal fatto che la violazione di tali prescrizioni è incriminata ai sensi dell'art. 9 della legge n. 1423/1956 (come modificato dall'art. 14 del d.l. n. 144 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 155 del 2005) e oggi ai sensi dell'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011, fattispecie punita con pena detentiva sino a cinque anni.

27. Cass., Sez. un., 5 settembre 2017, Paternò, n. 40076, in *Mass. Uff.*, n. 270496, in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2017, che hanno precisato, con un'interpretazione convenzionalmente orientata, e con una sorta di operazione di ortopedia interpretativa, che la norma incriminatrice di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011, che punisce la condotta di chi violi gli obblighi e le prescrizioni imposti con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale *ex art. 8 del d.lgs. cit.*, non ha ad oggetto anche la violazione delle prescrizioni di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi», perché si tratta di «prescrizioni generiche e indeterminate, la cui violazione può tuttavia rilevare in sede di esecuzione del provvedimento ai fini dell'eventuale aggravamento della misura».

28. Principio di precisione/tassatività come canone ermeneutico a disposizione del giudice comune per ridurre l'area delle fattispecie criminose in conformità alla ratio del principio di lega-

mentre la Seconda sezione della Cassazione, non soddisfatta di questa soluzione, ha sollecitato l'intervento della Corte costituzionale²⁹), si deve, innanzitutto, ricordare che mentre alcune sentenze di merito hanno sostanzialmente ignorato la sentenza De Tommaso³⁰, per contro la Corte di appello di Napoli e il Tribunale di Udine hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale delle norme relative, nella versione precedente all'entrata in vigore del codice antimafia (in quanto applicabili *ratione tempore* alla fattispecie sottoposta al suo esame), sospettandone il contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 2 prot. 4 C.E.D.U., per ciò che concerne le misure di prevenzione *personali*³¹. La Corte di appello di Napoli ha, inoltre, correttamente sollevato la questione anche in relazione all'art. 1, co. 1, Prot. add. C.E.D.U., per ciò che concerne la misura di prevenzione *patrimoniale* della confisca³²; la norma convenzionale, nell'ammettere sacrifici al diritto di proprietà, presuppone che essi siano legalmente previsti, pretendendo una certa qualità della legge³³. Come esaminato in altra sede, anche

lità, rappresentata da esigenze di garanzia per l'individuo, cfr. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, 13 settembre 2017.

29. Perché dichiarare l'illegittimità della disposizione penale in questione nella parte in cui, appunto, sanziona penalmente la violazione dei due precetti "vivere onestamente" e "rispettare le leggi", considerati incompatibili con gli artt. 25 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 C.E.D.U. e all'art. 2 prot. 4 C.E.D.U., «interpretati alla luce della *ratio decidendi* espressa dalla sentenza della Corte EDU, Grande camera, De Tommaso c. Italia del 23 febbraio 2017».

30. Trib. Milano, Sez. autonoma misure di prevenzione, decreto 7 marzo 2017 (dep. 13 marzo 2017), con nota di FINOCCHIARO, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera De Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2017, 4, 319 ss.; Trib. Palermo, decreto 28 marzo 2017, con nota di BALATO, *Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte Edu De Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*, *ivi*, 316 ss.; Trib. Vercelli, decreto 24 maggio 2017.

31. App. Napoli, Sez. VIII mis. prev., ord. 14 marzo 2017, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2017, con nota di VIGANÒ; Trib. Udine, ord. 4 aprile 2017, consultabile all'indirizzo internet www.giurisprudenzapenale.it. Conforme attribuisce immediata efficace vincolante alla sentenza De Tommaso per le figure di pericolosità generica, Trib. Monza, Sez. unica pen., decr. 15 maggio 2017.

32. App. Napoli, Sez. VIII mis. prev., ord. 14 marzo 2017, *cit.*

33. Si può ricordare a tal proposito che la Corte EDU pretende la conformità al principio di legalità (*lawfulness*) del sacrificio del diritto di proprietà nel senso che la relativa disposizione deve essere conforme ai canoni della «clarity, precision or foreseeability» (cfr. Corte EDU, *Khoniakina v. Georgia*, 19 giugno 2012, n. 17767/08, § 75; *Grifhorst v. France*, 26 febbraio 2009, n. 28336/02, § 91), non si pretende, però, il rispetto del principio di irretroattività proprio perché non si tratta di una sanzione penale («the 'lawfulness' requirement contained in Article of Protocol No. 1 cannot normally be construed as preventing the legislature from controlling the use of property or otherwise interfering with pecuniary rights via new retrospective provisions regulating continuing factual situations or legal relations anew»), Corte EDU, *Azienda Agricola Silverfunghi S.a.s. v. Italy*, 24 giugno 2014, nn. 48357-52677-52687-52701/07, § 103, § 104; 14 febbraio 2012, *Arras and Others*, n. 17972/07, § 81; 13 gennaio 2015, *Huitson*, n. 50131/12, §§ 31-35.

se la sentenza De Tommaso concerne le misure personali contestando la violazione dell'art. 2 del IV Protocollo che tutela la libertà di circolazione, – poiché la descrizione legislativa della categoria dei destinatari a pericolosità generica non è conforme al principio di legalità e la sua applicazione rimane eccessivamente affidata alla discrezionalità del giudice –, nondimeno i principi in essa espressi riguardano anche le misure patrimoniali in quanto la normativa di riferimento, che stabilisce i destinatari a pericolosità generica delle misure di prevenzione personali, è richiamata dalle norme che dispongono le misure patrimoniali (l'art. 19 della l. 22 maggio 1975, n. 152, che richiama l'art. 1 della l. 1423/'56; art. 16 d.lgs. n. 159/2011 che richiama l'art. 4, che richiama l'art. 1).

Si sono poi susseguite alcune pronunce della Suprema Corte che hanno ritenuto di non dover investire la Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale a causa di una presunta incompatibilità tra il sistema delle misure di prevenzione patrimoniali e i principi convenzionali di legalità *ex art. 7*, in punto di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie³⁴, da una parte, e di tutela del diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1, co. 1, Prot. add. C.E.D.U. La Suprema Corte ritiene, infatti, possibile fornire *una interpretazione in senso convenzionalmente conforme*, senza la necessità di sollevare la questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.³⁵.

La Corte EDU contesta, come evidenzia la Suprema Corte, che «né la Legge né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente le 'prove fattuali' o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione»; si denuncia «l'assenza di 'denotazione fattuale' contenuta nelle previsioni di legge incidenti sul tema, che – in virtù di tale eccessiva elasticità – consegnerebbero nelle mani del giudice un congegno normativo essenzialmente discrezionale e basato su 'sospetti', nel cui ambito il giudizio prognostico di pericolosità sociale (inteso come concreta probabilità della commissione di condotte devianti e lesive di beni fondamentali) finisce con il non derivare da una precedente analisi di 'fatti', unica operazione che, in teoria, lo consentirebbe». La Suprema Corte risponde osservando che pur avendo avuto la Corte di Strasburgo il merito di evidenziare «un segnale di sofferenza» del sistema della prevenzione, tuttavia la giurisprudenza ha già provveduto ad interpretare la normativa di riferimento in

34. Sulla giurisprudenza della Corte EDU su discipline che comportano soluzioni ermeneutiche imprevedibili cfr. MAZZACUVA, *Art. 7 – Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis, Viganò, Torino 2016, 239, e giurisprudenza ivi citata.

35. Cass., Sez. I, 9 gennaio 2018, Bosco Mario, n. 349, in *Mass. Uff.*, n. 271996; conforme Cass., Sez. VI, 21 settembre 2017, Cristodaro e altri, n. 43446, in *Mass. Uff.*, n. 271220. Sulla necessità di sollevare la questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost., *ex plurimis*, sentenze n. 150 del 2015; n. 264 del 2012; n. 113 del 2011; n. 93 del 2010; n. 311 e n. 239 del 2009.

maniera conforme ai principi convenzionali. In particolare valorizzando la sentenza Mondini³⁶ della Suprema Corte, che ha avuto il merito di distinguere la fase constatativa-diagnostica e la fase prognostica del giudizio di pericolosità sociale, la più recente giurisprudenza, anche precedente alla sentenza De Tommaso³⁷, nell'attribuzione della condizione di «pericolosità» alla persona del proposto, non si limita a «un giudizio di marca soggettivistica ed incontrollabile», ma «richiede una complessa operazione preliminare di 'inquadramento' del soggetto – in virtù dell'apprezzamento di fatti – in una delle categorie criminologiche 'tipizzanti' di rango legislativo, e ciò sia sul fronte della cd. pericolosità generica che di quella qualificata». Si ribadisce come evidenziato nella sentenza Scagliarini, che «nessuna misura di prevenzione (sia essa personale o patrimoniale) può essere, dunque, applicata lì dove manchi una congrua ricostruzione di 'fatti' idonei a determinare l'inquadramento (attuale o pregresso) del soggetto proposto in una delle 'categorie specifiche' di pericolosità espressamente 'tipizzate' dal legislatore all'art. 1 e all'art. 4 dell'attuale d.lgs. n. 159 del 2011»; si precisa, poi, che un soggetto è ritenuto pericoloso o non pericoloso in rapporto al suo precedente agire, elevato ad «indice rivelatore» della possibilità di compiere future condotte perturbatrici dell'ordine sociale costituzionale o dell'ordine economico³⁸.

Si deve ricordare a tal proposito che la più recente giurisprudenza interpreta rigorosamente la “dedizione a traffici delittuosi” e, quindi, considerando sostanzialmente la parte cognitiva del giudizio di pericolosità sociale come una sorta di ricostruzione dell'abitudine al delitto del proposto, pretende la «compiuta individuazione degli elementi dimostrativi della continuativa dedizione del *de cuius* ad attività delittuose, anche risalenti nel tempo, di natura estorsiva, truffaldina ed usuraria»³⁹; l'abitudine al delitto deve essere fundamentalmente accertata, come evidenziato dalle Sezioni unite Spinelli⁴⁰, sulla *base di precedenti penali e*

36. Cass., Sez. I, 05 giugno 2014, Mondini, n. 23641, in *Mass. Uff.*, n. 260103.

37. Si veda, in particolare, quanto affermato da Cass., Sez. I, 17 luglio 2015, Scagliarini, n. 31209, in *Mass. Uff.*, n. 264321; Cass., Sez. II, 22 giugno 2015, Friolo, n. 26235, in *Mass. Uff.*, n. 264387; Cass., Sez. I, (11 giugno) 29 ottobre 2015, Pagone, n. 43720; Cass., Sez. I, 19 aprile 2016, Targia, n. 16038; Cass., Sez. I, 21 luglio 2017, n. 36258.

38. Cfr. sugli sforzi della giurisprudenza per la tipizzazione delle categorie di pericolosità MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2017, 2, 127; MAGI, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale*, cit.

39. Cass., 18 gennaio 2012, n. 10153, in *Mass. Uff.*, n. 254545; Cass., Sez. I, 17 luglio 2015, Scagliarini, n. 31209, in *Mass. Uff.*, n. 264321, cit.: «O, ancora, il giudice della prevenzione, ove il reato oggetto di previa cognizione in sede penale sia rappresentato dal delitto di corruzione, non può prescindere dalla verifica, a carico del corruttore, della effettiva derivazione di profitti illeciti dal reato commesso, in ragione della testuale formulazione del citato art. 1, che richiede la constatazione di ricorrenti attività delittuose produttive di reddito».

40. Cass., Sez. un., 2 febbraio 2015, Spinelli, n. 4880, in *Mass. Uff.*, n. 26260.

giudiziari, o comunque come *fattispecie indiziaria di una consumazione abituale di reati*. Si precisa che «il giudice della prevenzione, in assenza di giudicato penale, può ricostruire in via autonoma la rilevanza penale di condotte emerse durante l'istruttoria, dando conto in motivazione della ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice idonea alla produzione di proventi illeciti» (corsivo aggiunto)⁴¹; si tratta sicuramente di un apprezzabile «recupero dei connotati di tassatività delle previsioni legislative descrittive dei presupposti di iscrizione nelle categorie della pericolosità generica, ove desumibili dai contenuti della norma»⁴² e anzi si deve sottolineare che la necessità di provare la “dedizione” all'illecito, richiede un maggiore sforzo probatorio dell'accusa nella ricostruzione, anche se a livello indiziario, dell'abitudine al delitto, di una pluralità di episodi criminosi.

Richiamando tale giurisprudenza, allora, la Suprema Corte nella recentissima sentenza in esame n. 349/2018 ritiene che il giudizio di prevenzione, come giudizio «ricostruttivo» di *condotte materiali*, non comporta un effettivo “contrasto” con i principi convenzionali; e che anche in questo contesto “la discrezionalità del giudice” rimane entro «gli ‘ordinari’ compiti di interpretazione del valore degli elementi di prova e di manifestazione di un giudizio prognostico...»⁴³. In conclusione la Corte ritiene necessaria non già «la denuncia di incostituzionalità quanto il “rafforzamento della – già espressa – considerazione per cui la descrizione della ‘categoria criminologica’ di cui agli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159 del 2011 ha il medesimo ‘valore’ che nel sistema penale è assegnato alla norma incriminatrice, ossia esprime la ‘previa’ selezione e connotazione, con fonte primaria, dei parametri fattuali rilevanti, siano gli stessi rappresentati da una condotta specifica (le ipotesi di ‘indizio di commissione’ di un particolare reato, con pericolosità qualificata) o da un ‘fascio di condotte’ (le ipotesi di pericolosità generica)».

Tale sentenza è assolutamente apprezzabile nel suo sforzo di ricostruzione tassativa del giudizio di pericolosità sociale e in particolare della parte cognitiva del

41. Cass., Sez. I, 17 luglio 2015, n. 31209, in *Mass. Uff.*, n. 264320; in tale direzione cfr. Sez. VI, 29 maggio 2015, Baracchi e altri, n. 23294; 29 maggio 2015, Pergolizzi, n. 2308, e Sez. II, 29 maggio, Porzio e altri, n. 23041, in cui si contesta l'assenza di motivazione sulla pericolosità, in quanto una coerente applicazione del dato normativo di riferimento imponeva l'indicazione delle condotte poi riscontrate a fondamento della ritenuta responsabilità penale, destinate a giustificare la ripetitività e la durata nel tempo dell'azione delittuosa, così da giustificare quel giudizio di abitudine ai traffici delittuosi destinato a fondare la ritenuta pericolosità; cfr. BRIZZI, *Il procedimento di prevenzione: prospettive de jure condendo*, in *Arch. pen.*, 2015, 3.

42. Si veda, in particolare Cass., Sez. I, 17 luglio 2015, Scagliarini, n. 31209, in *Mass. Uff.*, n. 264321; nonché Cass., Sez. I, 11 giugno (29 ottobre) 2015, Pagone, n. 43720, inedita.

43. Cfr. in tale direzione MANGIONE, *La ‘situazione spirituale’ della confisca di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 619: «Sicché l'abito del giudice della prevenzione solo apparentemente rivendica una sua peculiarità e diversità: non solo per la comune provenienza dei magistrati della prevenzione dall'area del ‘penale’, ma soprattutto perché il modello decisionario che in quella sede devono adottare non è dissimile da quello cui sono già adusi in sede penale».

giudizio, che è quello che più rileva in relazione alle misure di prevenzione patrimoniale, e allo stesso tempo è assolutamente comprensibile e razionale lo sforzo della Suprema Corte di svolgere il suo ruolo di nomofilachia convenzionalmente orientata, tentando di salvaguardare la tenuta del fragile sistema delle misure di prevenzione, in particolare patrimoniali. Rimangono, però, alcune perplessità circa la scelta della Corte di non sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Si deve ricordare, infatti, che la Corte EDU nella sentenza De Tommaso aveva ben presente, da una parte, la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, che ha sempre richiamato al rispetto del principio di legalità e di giurisdizione («si tratta di due requisiti essenziali ed intimamente connessi, perché la mancanza dell'uno vanifica l'altro, rendendolo meramente illusorio», sentenze n. 2, 10 e 11 del 1956, n. 45 del 1960, n. 23 del 1964)⁴⁴ e che già in epoca risalente esprime un netto rifiuto del sospetto come presupposto delle misure di prevenzione, pretendendo la sussistenza di elementi obiettivi di fatto: il legislatore deve sussumere nelle fattispecie preventive «comportamenti obiettivamente identificabili...» e «un'oggettiva valutazione dei fatti... in modo da escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili da parte di chi promuove o applica misure di prevenzione»⁴⁵. In particolare la Corte europea richiama la giurisprudenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità della categoria dei proclivi a delinquere per la sua indeterminatezza, pretendendo «la definizione dei comportamenti in base ai quali stabilire la pericolosità e i reati rispetto a cui valutare la pericolosità sociale del prevenuto»⁴⁶ (n. 177/'80). Del resto proprio in seguito a tale giurisprudenza la l. 3 agosto 1988 n. 327 ha ridisegnato le categorie dei soggetti a pericolosità generica, abbandonando la logica del «tipo normativo d'autore socialmente pericoloso»⁴⁷ per aderire a tipi descrittivi ad impronta empirico-probatoria, così costruendo la tipologia soggettiva sull'indizio di reità, sulla figura del presunto autore di reato: nelle misure a pericolosità qualificata attraverso il modello dell'"indiziato di reato", nelle misure a pericolosità generica attraverso il riferimento agli *elementi di fatto in base ai quali si debba ritenere*, o meglio inserendo il requisito degli «elementi di fatto» quale prova della «dedizione alla commissione di delitti» o «del vivere coi relativi

44. La sentenza n. 23 del 1964 della Corte costituzionale esclude la violazione della presunzione d'innocenza. La Corte EDU richiama, inoltre, la sentenza 126/1962 che considera le misure personali compatibili con l'art. 16 della Costituzione; la 32/1969 che non ritiene sufficiente l'iscrizione in una delle categorie indicate dalla legge, in mancanza di condotte da cui dedurre che il soggetto rappresenti concretamente un pericolo; la sentenza n. 76/1970 che ha dichiarato incostituzionale la sezione 4 della l. 1423/'56 laddove non prevedeva la difesa obbligatoria nel procedimento di prevenzione; nonché dopo la sentenza n. 177/'80, la pronuncia n. 93/2010 che ha dichiarato l'incostituzionalità della l. 1423/'56 laddove non prevedeva l'udienza pubblica; e, infine, la n. 282/2010.

45. Corte cost., 23 dicembre 1964, n. 23; Corte cost., 30 giugno 1964, n. 68.

46. Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. cost.*, 1980, 1546.

47. TAGLIARINI, *Le misure di prevenzione contro la mafia*, in *Ind. pen.*, 1974, 382.

proventi»⁴⁸. Il legislatore ha così adottato, come evidenziato da autorevole dottrina, un modello che non è più esclusivamente *prognostico e sintomatico-soggettivo*, costruito sulle caratteristiche personali e di vita dell'autore pericoloso, ma nella definizione dei soggetti destinatari ha incorporato un elemento normativo costituito dal riferimento ad una fattispecie criminosa, che si presta ad una valutazione in chiave diagnostica⁴⁹ o meglio cognitiva.

Dall'altra parte, la Corte europea menziona espressamente la sentenza Mondini che richiama la necessità di distinguere la fase cognitiva dalla fase prognostica del giudizio di pericolosità sociale e che, soprattutto, pretende che il giudizio cognitivo sia rigorosamente fondato sull'accertamento di fatti: «anche il giudizio di prevenzione, lungi dal consistere in una mera valutazione di pericolosità soggettiva (la parte prognostica del giudizio) si alimenta *in primis* dall'apprezzamento di “fatti” storicamente apprezzabili e costituenti a loro volta ‘indicatori’ della possibilità di iscrivere il soggetto proposto in una delle categorie criminologiche previste dalla legge (la parte constatativa e dunque ricostruttiva del giudizio)»; si evidenzia che «ciò, peraltro, rappresenta l'approdo inevitabile della fisionomia costituzionale assunta da tale versante della giurisdizione a seguito di numerose decisioni della Corte costituzionale, tra cui va ricordata la sentenza n. 177 del 22.12.1980, [...]: [...] nonché l'altrettanto fondamentale sentenza del 23 marzo 1964, n. 23, con cui la Corte cost. ebbe a dichiarare ‘non è esatto che dette misure [...] possano essere adottate sul fondamento di semplici sospetti’».

Pur non citando la giurisprudenza seguente a Mondini, non sembra che la Corte EDU non tenga conto della più apprezzabile giurisprudenza che pretende l'apprezzamento di fatti nel giudizio di pericolosità sociale. Siamo allora sicuri che non fosse il caso che intervenisse la Corte costituzionale, laddove la Corte EDU, la Grande Camera, considera in contrasto con il principio di legalità la disciplina in esame anche alla luce della più garantistica giurisprudenza? E ciò anche alla luce della pronuncia della Corte costituzionale n. 317/2009 che ha enunciato una serie di principi che mirano a porre un qualche freno all'esplosione di questioni di legittimità costituzionale innescata dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007, ma pur sempre precisando che «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla *massima espansione delle garanzie*, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti»⁵⁰; fermo restando che poi la Corte possa ritenere infondata la questione all'esito di un proprio bilanciamento tra il diritto riconosciuto dalla fonte internazionale, sostanzialmente il principio di legalità attraverso l'art. 1, co. 1 del I Protocollo

48. MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Giur. it.*, 2015, 6, 1524.

49. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 334 s.

50. Corte cost., 4 novembre 2009, n. 317, § 7 (corsivi aggiunti).

laddove pretende una certa qualità della legge che impone sacrifici al diritto di proprietà, e l'insieme degli altri diritti, valori, interessi presi in considerazione dalla normativa in esame e riconosciuti dalla Costituzione⁵¹, come la protezione dell'ordine pubblico, dell'economia, della libera concorrenza.

Del resto, come sottolineato in altra sede, se, come emerge dalla giurisprudenza garantistica citata, la parte cognitiva del giudizio di pericolosità sociale consiste in una valutazione *post delictum* di fatti tipici ma fondata su un più basso standard probatorio, rimane l'ampia discrezionalità giudiziaria nello stabilire quale sia la qualità e quantità di materiale indiziario sufficiente per ritenere il soggetto dedito a traffici delittuosi, o, ancor peggio, soggetto che vive abitualmente anche in parte con il provento del crimine, anche altrui, – ipotesi in cui non si richiede necessariamente una carriera criminale, ma si finisce per punire con una mera *actio in rem* il possesso ingiustificato di valori –. Non solo, ma non possiamo negare che, a parte la giurisprudenza che si accontenta (o speriamo accontentava) di meri sospetti in violazione dello stesso principio di legalità⁵² (o di un unico indizio di appartenenza ad un'associazione di tipo mafioso⁵³), anche la giurisprudenza più recente ritiene sufficienti: «una serie di elementi che siano sintomatici della pericolosità sociale della persona» o «elementi di fondato sospetto»; o indizi, quantunque privi dei requisiti della gravità, precisione e concordanza *ex art. 192, co. 2, c.p.p.*⁵⁴; o elementi deducibili da sentenze di assoluzione

51. Cfr. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis, Viganò, cit., 29-30.

52. Cass., 23 gennaio 1992, in *Mass. Uff.*, n. 189334; 27 agosto 2004, in *Mass. Uff.*, n. 231016; 31 marzo 2010, in *Mass. Uff.*, n. 247502; 3 febbraio 2010, in *Mass. Uff.*, n. 246308.

53. Così Cass., Sez. I, 3 dicembre 1993, Labate, n. 4436, in *Mass. Uff.*, n. 195736, in *Cass. pen.*, 1995, 163; in questa direzione cfr. Cass., 5 marzo 1998, Consolato, n. 332, in *Mass. Uff.*, n. 210819, in *Riv. pen.*, 1998, 921; Cass., 17 gennaio 1995, Di Maio, n. 4962, in *Mass. Uff.*, n. 200326, in *Cass. pen.*, 1995, 3520, richiede dei “semplici indizi”; Cass., 1° aprile 1994, Cartagine, n. 743, in *Mass. Uff.*, n. 197000, in *Cass. pen.*, 1995, 693; Cass., Sez. VI, 20 ottobre 1992, Longordo, n. 3153, in *Mass. Uff.*, n. 192853, in *Cass. pen.*, 1994, 396; Cass., 1 marzo 1991, Piromalli, n. 212, in *Mass. Uff.*, n. 186502, in *Cass. pen.*, 1992, 1326. Cfr. RAMAJOLI, *La prova nel processo penale*, Padova, 1995, 31.

54. Cass., Sez. VI, 8 gennaio (1/03/2016), 2016, n. 8389, in D&G, 2016, 2 marzo (con nota di CAPITANI): «Per l'autonomia di giudizio che governa l'accertamento di prevenzione rispetto a quello di cognizione, i giudici della misura, nel dare composita costruzione al necessario quadro indiziario, si sono avvalsi di quegli indizi che (così per i reati di associazione a delinquere pure contestato nel medesimo contesto dell'usura), pur non avendo superato la soglia della concluzione, per i necessari caratteri di gravità, precisione e concordanza tale da condurre a condanna, sono comunque in grado di esprimere la pericolosità sociale della persona (Sez. I, 25 maggio 1994, Sor-giovanni, n. 1575, in *Mass. Uff.*, n. 197678; Sez. VI, 20 ottobre 1992, Longordo, n. 3153, in *Mass. Uff.*, n. 192853)»; Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2014, n. 50946, in *Mass. Uff.*, n. 261591; Cass., 29 gennaio 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 1597; Cass., 19 giugno 1997, Di Giovanni, n. 2148, in *Cass. pen.*, 1998, n. 243, in *Mass. Uff.*, n. 208310; Cass., 30 maggio 1995, P.G. in proc. Cafai, n. 2019, in *Riv. pen.*, 1996, 245, in *Mass. Uff.*, n. 201459.

ex c. art. 530, co. 2, c.p.p.⁵⁵ o anche co. 1 c.p.p.⁵⁶. Come recentemente ribadito «il problema del rispetto delle garanzie individuali non è di per sé assicurato dalla presenza del controllo giurisdizionale che non può compensare la maggior vaghezza delle condizioni di applicazione delle misure di prevenzione, in quanto la garanzia del controllo è effettiva solo se ha ad oggetto una fattispecie che, per quanto sia di pericolosità, sia sufficientemente determinata: se così non fosse, sarebbe solo apparente la garanzia giurisdizionale e sarebbe compromesso lo stesso diritto di difesa»⁵⁷.

3.1. *Recenti orientamenti giurisprudenziali sulla categoria dei destinatari a “pericolosità qualificata”*. Si deve, infine, registrare positivamente un orientamento giurisprudenziale più garantista anche in relazione alle fattispecie a pericolosità qualificata. Come evidenziato in altra sede, infatti, e nonostante la contraria posizione

55. Cass., 22 ottobre 2013, Gatto, n. 43145, in *Mass. Uff.*, n. 257609; 30 gennaio 2013, Parmigiano, n. 4668, in *Mass. Uff.*, n. 254417; Sez. I, 29 aprile 2011, Bagalà, n. 20160, in *Mass. Uff.*, n. 250278; Sez. II, 26 giugno 2008, Rosaniti, n. 25919, *ivi*, in *Mass. Uff.*, n. 240629; Sez. I, 12 luglio 2007, Muscolino, n. 27665, in *Mass. Uff.*, n. 236902; 20 novembre 1998, Iorio e altri, n. 5760, in *Mass. Uff.*, n. 212444, in *Cass. pen.*, 1999, 3238; 16 marzo 1994, Lo Faro, n. 110, *ivi*, 391, in *Mass. Uff.*, n. 196823; 19 aprile 1994, La Cava, n. 1324, *ivi*, 1995, 1050, in *Mass. Uff.*, n. 197483; 3 dicembre 1993, Labate, n. 4436, *ivi*, 1995, 163, in *Mass. Uff.*, n. 195735.

56. Cfr. Cass., sez. VI, 18 settembre 2014, *Catalano*, n. 50946, in *Mass. Uff.* n. 261591; sez. V, 22 luglio 2014, *Grillone*, n. 32353, in *Mass. Uff.* n. 260483; sez. 1, 29 aprile 2011, *Bagalà*, n. 20160, in *Mass. Uff.* n. 250278; sez. 1, 12 febbraio 2008, *Carvelli e altri*, n. 6613, in *Mass. Uff.* n. 239359; 21 ottobre 1999, *Casteluccia*, in *Mass. Uff.* n. 215117; 12 gennaio 1999, *Bonanno*, in *Mass. Uff.* n. 213189; FALLONE, *Luci ed ombre del procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *Documenti Giustizia* 1995, n. 4, 608; TURONE, *Le strategie di contrasto dell'economia criminale*, in *Quest. giust.* 1994, 67, il quale esprime delle perplessità sul piano delle garanzie. Cfr. TRIPICCIÓN, *La pericolosità sociale dell'indiziato di appartenenza ad un'associazione mafiosa*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità - Gli orientamenti delle sezioni penali, a cura dell'ufficio del massimario - Corte di Cassazione*, 2017 Roma, 209: «La giurisprudenza di legittimità esclude che la sentenza di assoluzione, anche irrevocabile, possa comportare un'automatica esclusione della pericolosità sociale del proposto; anche in tal caso è, dunque, possibile un'autonoma valutazione di quegli stessi elementi indiziari ritenuti non sufficienti per un'affermazione di penale responsabilità, a condizione che nello stesso non ne sia stata esclusa la veridicità (Sez. 1, n. 6636 del 07/01/2016, Pandico, Rv. 266364; Sez. 6, n. 50946 del 18/09/2014, Catalano, Rv. 261591; Sez. 5, n. 32353 del 16/05/2014, Grillone, Rv. 260482; Sez. 1, n. 7585 del 22/01/2014, Bonavota, Rv. 259672 sull'onere di motivazione rafforzata ed autonoma in merito alla pericolosità sociale del proposto in caso di annullamento con rinvio della sentenza di condanna, richiamata come presupposto in fatto di siffatto giudizio; Sez. 5, n. 9505 del 17/01/2006, Pangallo, Rv. 233892). In tal caso, secondo quanto affermato da Sez. 2, n. 26774 del 30/04/2013, Chianese, Rv. 256819, il giudice della prevenzione dovrà dare atto in motivazione delle ragioni per cui i medesimi elementi probatori o indiziari siano sintomatici della attuale pericolosità del proposto».

57. PELISSERO, *op. cit.*, 450; PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa 2015, 234; FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel Codice antimafia, in materia di stupefacenti e nell'ambito delle manifestazioni sportive*, Milano 2012, 25.

della giurisprudenza di merito⁵⁸, la difficoltà di conciliare con il principio di tassatività l'accertamento della categoria dei destinatari, e quindi la valutazione di pericolosità sociale, si presenta anche in relazione alle fattispecie a pericolosità qualificata, – fermo restando che in tale ipotesi il legislatore indica i reati in relazione ai quali sviluppare il giudizio prognostico –. In particolare sembra inquietante l'orientamento, anche sostenuto dalle Sezioni unite Spinelli, che fa rientrare nella categoria dei soggetti a pericolosità qualificata in quanto *appartenenti* all'associazione mafiosa *ex art. 1 l. 575/'65* e oggi in quanto *partecipi* all'associazione *ex art. 4 d.lgs. n. 159/2011*, non solo condotte riconducibili alla fattispecie di associazione di stampo mafioso, da cui si differenzierebbero solo per il più basso standard probatorio necessario ai fini del giudizio di pericolosità sociale (come affermato dal più garantistico orientamento⁵⁹), ma, come categoria dotata di più ampia portata semantica, anche forme di contiguità «che non si riducono a mera passiva accettazione – a livello di opinione – della subcultura mafiosa, ma concretamente la incrementano, creandole attorno un alone di rispettabilità e comunque di inevitabilità»⁶⁰; oppure «ogni comportamento che, pur non integrando gli estremi del reato di partecipazione ad associazione mafiosa, sia funzionale agli interessi dei poteri criminali e nel contempo denoti la pericolosità sociale specifica che sottende al trattamento prevenzionale, costituendo una sorta di terreno favorevole permeato di cultura mafiosa»⁶¹; o ancora «stili di vita e metodiche comportamentali che si collocano al di fuori degli ordinari schemi della civile convivenza e del sistema democratico. Ed invero, si tratta, [...] di scelte esistenziali e di sistematici comportamenti, antitetici alle regole del consorzio civile, ma pur essi orientati a logiche di profitto e di facile arricchimento»⁶². Si tratta di preoccupanti e vaghe categorie sociologiche, di difficile determinazione

58. Trib. Monza, sez. unica pen., decr. 15 maggio 2017 (con nota di FINOCCHIARO, *Ancora in tema di ricadute della sentenza De Tommaso. Una pronuncia del Tribunale di Monza su misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità qualificata*, in *Dir. Pen. Cont.* 5 febbraio 2018) che attribuisce efficacia vincolante alla sentenza De Tommaso, ma solo in relazione alle fattispecie di pericolosità c.d. generica di cui all'art. 1 lett. a) e b) del d.lgs. 159/2011, e non anche delle fattispecie di pericolosità c.d. qualificata, attinenti ai reati elencati all'art. 4 del medesimo decreto.

59. Cfr. da ultimo Cass., Sez. VI, 8 gennaio (1/03/2016), 2016, n. 8389.

60. Cfr. Trib. Lecce, 4 novembre 1989, Riotti, in *Cass. pen.*, 1990, 690; in questa direzione cfr. LA BRUNA, TROVATO, *Sequestro e confisca dei beni*, in *Manuale pratico dell'inchiesta penale*, Milano, 1986, 373, che evidenziano che il procedimento di prevenzione si collega ad un accertamento globale della personalità e della pericolosità del soggetto, mentre il procedimento penale tende all'accertamento di singoli e specifici fatti costituenti reato.

61. Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2014, n. 9747, in *Mass. Uff.*, n. 259074; Sez. II, 21 febbraio 2012, n. 19943, in *Mass. Uff.*, n. 252841; Sez. II, 16 febbraio 2006, n. 7616, in *Mass. Uff.*, n. 234745.

62. Cass., Sez. un., 2 febbraio 2015, Spinelli, n. 4880, in *Mass. Uff.*, n. 26260 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 922.

tassativa, che realmente rimettono alla mera discrezionalità giudiziaria l'inquadramento dei destinatari delle misure di prevenzione.

Contro un simile orientamento si possono apprezzare delle recenti pronunce che pretendono che «il concetto di 'appartenenza' ad una associazione mafiosa, rilevante per l'applicazione delle misure di prevenzione, richiede l'apprezzamento di una situazione di contiguità all'associazione stessa che risulti funzionale agli interessi della struttura criminale (nel senso che il proposto deve offrire un 'contributo fattivo' alle attività ed allo sviluppo del sodalizio criminoso)»;⁶³ oppure si richiede di accertare in cosa sarebbe «consistito il sinallagma sotteso all'attrazione di tale impresa nell'area di influenza della consorteria»⁶⁴. Anzi, la stessa giurisprudenza sottolinea che tale recente orientamento «*rappresenta una sensibile progressione interpretativa rispetto a precedenti arresti (tra cui Sez. VI n. 9747 del 29.1.2014, rv 259074 ed altre), nel cui ambito veniva valorizzata unitamente all'aspetto di funzionalità della condotta agli interessi dell'ente criminale una atipica e sfuggente constatazione di un sottostante terreno favorevole permeato di cultura mafiosa*»⁶⁵ (corsivo aggiunto). Da ultimo la Suprema Corte, rifiutando «approcci interpretativi tesi a degradarne il significato in termini di mera contiguità ideologica, comunanza di cultura mafiosa e riconosciuta frequentazione con soggetti coinvolti nel sodalizio», ha preteso un'interpretazione più "tassativizzante" – in linea con le sollecitazioni contenute nella sentenza della Corte EDU De Tommaso – della nozione di "appartenenza", che evoca «il far parte o almeno il rendere un contributo concreto al gruppo»; ne consegue che «l'impropria dilatazione del termine in chiave di connotazione del comportamento sarebbe non solo di per sé illegittima, ma foriera di una possibile esposizione del sistema interno a nuove denunce di violazione dei parametri convenzionali»⁶⁶.

Così come da ultimo risulta assolutamente apprezzabile l'affermarsi nella sentenza Gattuso dell'orientamento più garantistico che pretende l'accertamento della pericolosità sociale e della sua attualità, ai fini dell'applicazione delle misure personali, anche per gli indiziati di appartenere ad associazione mafiosa⁶⁷.

63. Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2016, Gaglianò ed altri, n. 3941, in *Mass. Uff.*, n. 266541.

64. Cass., Sez. V, 18 gennaio 2016, Mannina e altri, n. 1831, in *Mass. Uff.*, n. 265863.

65. Cass., Sez. I, 23 ottobre 2017, n. 48441; Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2016, Gaglianò ed altri, n. 3941, in *Mass. Uff.*, n. 266541.

66. Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, dep. 30/11/2017, Sottile, n. 54119; così TRIPICCIÓN, *op. cit.*, 208.

67. Cass., Sez. un., 4 gennaio 2018, Gattuso, n. 111, in *Mass. Uff.*, n. 271511, con nota di CERFEDA, *La presunzione semel mafioso semper mafioso, applicata alle misure di prevenzione, non è ammissibile: osservazioni in attesa delle motivazioni delle sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 12; QUATTROCCHI, *Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, 51 ss.; Cass., Sez. V, 8 giugno 2017, Cammarata, n. 28624, in *Mass. Uff.*, n. 270554; Cass., Sez. II, 31 gennaio 2017, Zagaria, in *Mass. Uff.*, n. 269555; Cass., Sez. VI, 9 febbraio 2016, Grande Aracri, n. 5267, in *Mass. Uff.*, n. 266184; Cass., Sez. VI, 2 dicembre 2016, Rindone, n. 51666, in *Mass. Uff.*, n. 268087;

Le Sezioni Unite affermano, alla luce dei rilievi mossi dalla Corte EDU con la sentenza De Tommaso, che l'esigenza di una lettura in chiave tassativizzante e tipizzante deve necessariamente estendersi ai criteri applicativi delle misure, in considerazione della loro caratteristica di afflittività, al di fuori della connessione con un fatto reato, e della loro pertinenza ad una situazione di allarme sociale di cui devono essere definiti specificamente i contorni per giustificarne l'applicazione senza alcun automatismo applicativo⁶⁸ (in tale direzione la Corte costituzionale con la sentenza n. 291 del 2013 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 15 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, «nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura»; mentre con la sentenza n. 48/15 ha stabilito l'incostituzionalità delle presunzioni assolute di pericolosità sociale poste a base dell'art. 275, co. 3, anche nei confronti dei soggetti indiziati di appartenenza all'associazione mafiosa⁶⁹ e non solo nei confronti dei soggetti indiziati di altre, pur gravi, figure delittuose assoggettate al regime cautelare speciale⁷⁰);

Cass., Sez. VI, 25 novembre 2016, Agui, n. 50128, in *Mass. Uff.*, n. 268215; Cass., Sez. V, 18 gennaio 2016, Mannina e altri, n. 1831, in *Mass. Uff.*, n. 265863; Cass., Sez. II, 24 settembre 2014, Gambino, n. 39057, in *Mass. Uff.*, n. 260781; Cass., Sez. I, 05 giugno 2014, Mondini, n. 23641, in *Mass. Uff.*, n. 260103. *Contra* Cass., Sez. II, 14 aprile 2017, Manti, n. 18756, in *Mass. Uff.*, n. 269742; Cass., Sez. II, 5 dicembre 2016, Prestifilippo Cirimbolo, n. 51735, in *Mass. Uff.*, n. 268849; Cass., Sez. II, 29 febbraio 2016, Pierro, n. 8106, in *Mass. Uff.*, n. 266155; Cass., Sez. V, 28 ottobre 2015, Nirta, n. 43490/2015, in *Mass. Uff.*, n. 264927; Cass., Sez. V, 22 luglio 2014, Grillone, n. 32353, in *Mass. Uff.*, n. 260483; Cass., 18 dicembre 2008 (16 aprile 2009), P.V., n. 16030, in *D&G* 2009; Cass., Sez. VI, 21 novembre 2008 (9 gennaio 2009), C., n. 499; Cass., Sez. II, 7 febbraio 2007, Giordano, n. 5248, in *Mass. Uff.*, n. 236129, in *Cass. pen.*, 2008, 1174; Cass., 15 maggio (19 giugno) 2007, S.O., n. 23869, (che cita Cass., Sez. II, 12 gennaio 2006, Lo Presti, n. 1014, in *Mass. Uff.*, n. 233148; Cass., Sez. V, 5 novembre 2004, Marsalone, n. 43432, in *Mass. Uff.*, n. 231016; Cass., Sez. II, 2 marzo 2006, Catalano, n. 7616, in *Mass. Uff.*, n. 234746); Cass., 16 aprile (28 maggio) 2007, F. e altro, n. 21048, in *Guida al dir.*, 2007, 27, 82; Cass., Sez. VI, 6 luglio 1999, Riela, n. 950, in *Mass. Uff.*, n. 214505, in *Cass. pen.*, 2000, 1778; Cass., 20 novembre 1998, Iorio e altri, n. 5760, in *Mass. Uff.*, n. 212444, in *Cass. pen.*, 1999, 3238. Cfr. MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione*, cit., 73 ss.

68. Così TRIPICCIÓN, *op. cit.*, 211.

69. Cass., Sez. V, 18 gennaio 2016, Mannina e altri, n. 1831, in *Mass. Uff.*, n. 265863.

70. L'art. 275, co. 3, prevedeva una presunzione relativa di sussistenza del *periculum libertatis* e una presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura cautelare della custodia in carcere, in relazione ai delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso; tale scelta era stata considerata ragionevole dalla Consulta - 24 ottobre 1995, n. 450 - in considerazione del coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato e anche la Corte europea l'ha ritenuta compatibile con la C.E.D.U. in considerazione della «natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata e soprattutto di quella di stampo mafioso», Corte EDU, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia. Cfr. per la precedente giurisprudenza

nonché l'indirizzo che impone una particolare cautela al giudice nel dare conto ai rilievi difensivi nella sua motivazione, soprattutto in relazione a chiamate in reità o correità di cui sia messa in discussione «l'attendibilità intrinseca ed estrinseca» (difetto di motivazione)⁷¹.

Anche in questo caso, però, pur apprezzando assolutamente tale approdo interpretativo, rimane l'intrinseco problema che è rimessa alla mera discrezionalità giudiziaria la determinazione del livello indiziario sufficiente a ritenere soddisfatta per lo meno la parte cognitiva del giudizio di pericolosità sociale (non si richiedono in materia neanche quei «gravi indizi di colpevolezza» richiesti ai fini dell'applicazione di una misura cautelare personale *ex art. 273 c.p.p.*⁷²; si attribuisce rilievo anche a una chiamata in reità o correità, priva di riscontri fattuali e individualizzanti – necessari per la sua utilizzazione ai fini della formazione della prova dibattimentale –⁷³). Non solo ma nelle fattispecie a pericolosità qualificata rientrano anche le altre categorie di destinatari espressamente elencate dall'art. 4, – sempre c.d. “presunti autori di reato” («il fatto di reato nel suo accadimento storico permane sospeso nel mondo delle prequalificazioni giuridiche») –, ma la dottrina dubita della ragionevolezza del giudizio di pericolosità fondato sulla piattaforma fattuale degli indizi di talune delle fattispecie presupposte⁷⁴.

Insomma è difficile negare che le misure di prevenzione in quanto fondate sul giudizio di pericolosità sociale, stridono con il principio di legalità/tassatività. Per non parlare, poi, di tutte le perplessità relative alla parte prognostica del giudizio di pericolosità sociale, meramente affidato all'intuito del giudice; profilo che, però, non viene in rilievo per le misure patrimoniali che possono essere applicate indipendentemente dall'attualità della pericolosità sociale, la cui valutazione finisce per coincidere con la parte prognostica del giudizio di pericolosità sociale⁷⁵.

costituzionale BALSAMO, voce *Codice antimafia*, cit., 72. Cfr. in materia le interessanti considerazioni critiche rispetto alla presunzione in questione di MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 20 aprile, 9 ss.

71. Cass., Sez. V, 18 gennaio 2016, Mannina e altri, n. 1831, in *Mass. Uff.*, n. 265863.

72. Cass., 23 gennaio 1992, in *Mass. Uff.*, n. 189334; 27 agosto 2004, in *Mass. Uff.*, n. 231016; Sez. V, 28 marzo 2002, n. 23041, in *Mass. Uff.*, n. 221677, in *Cass. pen.*, 2003, 605; 31 marzo 2010, in *Mass. Uff.*, n. 247502; 3 febbraio 2010, in *Mass. Uff.*, n. 246308.

73. Cass., Sez. I, 29 aprile 2011, Bagalà, n. 20160, in *Mass. Uff.*, n. 250278; Cass., 21 ottobre 1999, n. 1571, in *Cass. pen.*, 2000, 2766; Cass., 19 marzo 1998, *ivi*, 1999, 2345; Cass., Sez. II, 25 novembre 1998, Bonventre ed altro, n. 1976, in *Mass. Uff.*, n. 211908; Cass., Sez. VI, 27 maggio 1995, Calà, n. 1605, in *Mass. Uff.*, n. 201700.

74. MANGIONE, *Misure di prevenzione (dir. pen.)*, in *Il Diritto – Enc. giur. Sole 24 ore*, Milano, IX, 2007, 613; *Id.*, *Le misure di prevenzione*, in *Trattato di diritto penale*, Torino, 2014, 447.

75. Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione*, cit., 73 ss.; cfr. MANGIONE, *La ‘situazione spirituale’ della confisca di prevenzione*, cit., 621.

3.2. *La nozione di traffici delittuosi nella sentenza n. 349/2018.* Altre osservazioni merita l'interessante sentenza n. 349/2018 per la definizione fornita del concetto di *traffici delittuosi*. La Corte pretende, innanzitutto e correttamente, un accertamento a livello indiziario di un'attività delittuosa *abituale*: «il 'delittuoso' non è connotazione di disvalore generico della condotta pregressa ma attributo che la qualifica, dunque il giudice della misura di prevenzione deve, preliminarmente, attribuire al soggetto proposto una pluralità di condotte passate (dato il riferimento alla *abitualità*) che della misura, sui seguenti aspetti: a) la realizzazione di attività *delittuose* (trattasi di termine inequivoco) non episodica ma almeno caratterizzante un significativo intervallo temporale della vita del proposto».

Poi la Suprema Corte specifica in termini piuttosto originali che «il legislatore ha inteso prendere in esame la condizione di un soggetto che – seppure con valutazione incidentale operata dal giudice della prevenzione – ha, in precedenza, commesso dei 'delitti' consistenti in attività di intermediazione in vendita di beni vietati (traffici delittuosi) o genericamente produttivi di reddito (provento di attività delittuose)». Si richiede quindi: «b) la realizzazione di attività delittuose che oltre ad avere la caratteristica che precede siano *produttive* di reddito illecito (il provento) o caratterizzate da un particolare *modus operandi* (il traffico); c) la destinazione, almeno parziale, di tali proventi al soddisfacimento dei bisogni di sostentamento della persona e del suo eventuale nucleo familiare (per l'ipotesi di cui alla lettera b)». Si tratta di un concetto assolutamente restrittivo di traffici delittuosi, che la precedente giurisprudenza sembrava ricondurre in maniera più ampia alla generica nozione di attività delittuosa.

Questa delimitazione del concetto di traffici delittuosi a '*delitti*' consistenti in attività di intermediazione in vendita di beni vietati (traffici delittuosi), ha come conseguenza che tutti i reati che non rientrano nelle qualifiche a pericolosità qualificata e non comportano questa attività di intermediazione in vendita, potranno essere sottoposte alle misure di prevenzione solo se rientrano nella lettera b) dell'art. 1 e, quindi, non solo devono produrre redditi illeciti, – requisito comunque indispensabile per essere soggetti alle misure patrimoniali –, ma questi proventi devono essere destinati al sostentamento della persona e dell'eventuale nucleo familiare. E se sono destinati ad altre attività illecite o semplicemente nascosti? L'evasore fiscale è soggetto alle misure patrimoniali solo se spende il profitto-risparmio per il mantenimento e non conserva o investe in un'attività economica il profitto risparmio (in quest'ultimo caso commettendo autoriciclaggio), salvo che si tratti di attività di intermediazione in vendita? Tale interpretazione restrittiva, pur apprezzabile nel tentativo di attribuire un significato tassativo al termine "traffici", sembra porsi in contrasto con l'interpretazione consolidata e con la stessa *ratio legis*; certo una simile interpretazione farebbe comprendere la necessità del legislatore della riforma di estendere le qualifiche a pericolosità qualificata.

3.3. Segue: *La natura afflittiva della confisca di prevenzione*. E, infine, una ultima notazione. Sembra interessante da parte della sentenza n. 349/2018 della Suprema Corte l'onesto riconoscimento del carattere *punitivo* delle misure di prevenzione laddove si afferma che «trattandosi, infatti, di applicare in via giurisdizionale misure tese a delimitare la fruibilità di diritti della persona costituzionalmente garantiti, o ad incidere pesantemente e in via definitiva sul diritto di proprietà (si veda quanto affermato da Corte cost. n. 93 del 2010), le misure di prevenzione, pur se sprovviste di natura sanzionatoria in senso stretto, rientrano in una accezione lata di provvedimenti con portata afflittiva (in chiave preventiva), il che impone di ritenere applicabile il generale principio di tassatività e determinatezza della descrizione normativa dei comportamenti presi in considerazione come 'fonte giustificatrice' di dette limitazioni» (corsivo aggiunto).

La Corte cerca però di salvaguardare il riconoscimento della natura preventiva di queste anomale misure aventi portata afflittiva, precisando che anche se si tratta di misure *post delictum* come le misure di sicurezza, «le misure di prevenzione mantengono una ragion d'essere di natura *essenzialmente anticipatoria* (rispetto agli esiti dei giudizi penali correlati) e di verifica 'complessiva' della condotta tenuta dal soggetto in un determinato arco temporale, specie ai fini di eventuale applicazione della confisca disgiunta, misura di prevenzione patrimoniale che appare correlata – come il caso in esame dimostra – ad un giudizio constatativo di pericolosità» di tipo storico, data la mancanza di attualità della condizione».

Rimane l'anomalia di una misura di natura *anticipatoria* ma che, come riconosce la Corte, sarebbe fondata sull'accertamento di reati *consumati*, – «il giudice della prevenzione – come ogni soggetto giudicante cui viene attribuito un potere ricostruttivo – valuti, in fase constatativa ed ai suoi propri fini, come 'commessi' dal soggetto alcuni dei delitti idonei a connotarne la condizione», anzi già coperti dal giudicato [«tali condotte potrebbero essere (e spesso, nella concreta applicazione sono) già coperte da giudicato di condanna»].

In ogni caso, rimane apprezzabile lo sforzo della Suprema Corte di interpretare il giudizio di prevenzione come ricostruzione in chiave indiziaria di fattispecie delittuose tipizzate. Tale tentativo rappresenta il tentativo di parzialmente ricondurre nelle garanzie penalistiche il sistema delle misure di prevenzione che, attraverso la nozione di *pericolosità* fondata su indizi di passata attività criminale, va oltre il fenomeno di c.d. "processualizzazione del fatto tipico o di cogestione della tipicità" («dubbia razionalizzazione di un'ampia e incontrollabile discrezionalità giudiziaria nell'opera di costruzione del tipo»)⁷⁶, e consente l'imputazione

76. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in LP, 2013, v. 33, 850.

di addebiti «senza fattispecie»⁷⁷, rinunciando alla tipicità per affidarsi alla mera ricostruzione processuale.

4. *La nozione di sproporzione dopo la riforma, alla luce del principio di proporzione.* La legge n. 161/2017 ha riformato l'art. 24 cristallizzando l'interpretazione consolidata in base alla quale *i proventi dell'evasione fiscale non possono rilevare per giustificare la provenienza legittima dei beni*⁷⁸; la norma oggi precisa che «In ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale».

Come emerge anche dal dossier al d.d.l. 2134 (31) non si chiarisce però «se tali proventi si dovessero identificare con l'intero imponibile al lordo dell'imposta dovuta ovvero solo con l'importo corrispondente all'imposta evasa»⁷⁹. Secondo questo orientamento, peraltro non rileva neppure l'eventuale condono fiscale che abbia l'effetto di far rientrare legalmente nel patrimonio del proposto le somme sottratte al fisco, 'dal momento che l'illiceità originaria del comportamento con cui quest'ultimo se le era procurate continua a dispiegare i suoi effetti ai fini della confisca' (così Cass., Sez. II, 6 maggio 1999, n. 2181)».

Come esaminato in altra sede⁸⁰, la prima interpretazione in base alla quale non sarebbe possibile tenere conto dell'intero imponibile, finisce per considerare di origine illecita dei redditi lecitamente acquisiti solo perché sottratti alla tassazione, e finisce per ampliare l'ambito di applicazione della confisca in esame facendo risultare di valore sproporzionato anche dei beni acquisiti con redditi

77. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello Stato – epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, 36 ss.; MARAFIOTI, *Funzioni della pena e processo penale*, in *Il reato lungo. Gli impervi sentieri del processo*, a cura di De Francesco, Marzaduri, Torino, 215. Cfr. ORLANDI, *La 'fattispecie di pericolosità'. Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, che precisa che l'elemento constatativo, a ben vedere, infatti, gioca un doppio ruolo nella struttura della fattispecie preventiva: è, al contempo, affermazione di pericolosità e prova (o indizio) della stessa.

78. Cass., Sez. VI, 21 settembre 2017, Cristodaro e altri, n. 43446, in *Mass. Uff.*, n. 271221.

79. Si vedano tra le altre, Cass., Sez. IV, 5 febbraio 1990, Montalto, n. 265, in *Mass. Uff.*, n. 183642; Cass., Sez. V, 07 dicembre 1993, Ciancimino ed altri, n. 3561, in *Mass. Uff.*, n. 196461; Cass., Sez. I, 22 febbraio 1996, Anzelmo, n. 148, in *Mass. Uff.*, n. 204036; Cass., Sez. VI, 23 gennaio 1996, n. 258; Cass., Sez. II, 23 settembre 1998, Corsa, n. 705, in *Mass. Uff.*, n. 211435; Cass., Sez. I, 12 settembre 1998, Arcuri, n. 3964, in *Mass. Uff.*, n. 211329; Cass., Sez. I, 20 novembre 1998, Iorio e altri, n. 5760, in *Mass. Uff.*, n. 212444; Cass., Sez. VI, 13 aprile 1999, Zabeo, n. 95, in *Mass. Uff.*, n. 213130; Cass., Sez. VI, 25 settembre 2003, Lo Iacono, n. 36762, in *Mass. Uff.*, n. 226655; Cass., Sez. VI, 17 febbraio 2012, Brandi n. 6570, in *Mass. Uff.*, n. 252039; Cass., Sez. II, 10 luglio 2012, Bini, n. 27037, in *Mass. Uff.*, n. 253405; Sez. I, 23 settembre 2013, Ferrara, n. 39204, in *Mass. Uff.*, n. 256140.

80. MAUGERI, *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di processo al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 577; cfr. Id., *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?*, in *Dir. pen. e proc. riv. trim.*, 2014, 2, 191; Id., *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.*, 2 marzo 2015.

leciti, dei beni, insomma, il cui valore non è sproporzionato (e, quindi, non sono di origine illecita) in contrasto con lo stesso principio di legalità, – perché l'art. 24 consente solo la confisca dei beni di valore sproporzionato o che risultino frutto o reimpiego –, nonché con il principio proporzione e di colpevolezza, come criterio di commisurazione della pena perché la confisca di prevenzione colpirebbe dei beni di origine lecita, divenendo una pena patrimoniale (del sospetto).

Sarebbe auspicabile, allora, che si affermi un'interpretazione giurisprudenziale che chiarisca che non è possibile confiscare i redditi di origine lecita ma sottratti alla tassazione, e che il condannato potrà dimostrare il carattere proporzionato dei suoi acquisti anche attraverso tali redditi (di origine lecita ma sottratti al fisco); *non potrà utilizzare solo la quota corrispondente all'imposta evasa*. Tale interpretazione è consentita dalla lettera della legge. Si ricordi, tra l'altro, che per pacifica giurisprudenza il provento dei delitti tributari «non va identificato con l'imponibile sottratto a tassazione bensì nel quantum dell'imposta evasa»⁸¹, «con il risparmio economico derivante dalla sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale; vincolo che non può avere ad oggetto beni per un ammontare eccedente il profitto medesimo»⁸².

In realtà la giurisprudenza, come emerge dalla sentenza Repaci delle Sezioni unite, sembra accogliere in maniera draconiana il primo orientamento⁸³.

Per il resto si può evidenziare in relazione a tale requisito della sproporzione che, pur apprezzando l'interpretazione garantista di tale elemento fornita dalla Suprema Corte e da ultimo anche dalla Corte costituzionale⁸⁴ che ne richiedono l'accertamento in relazione ad ogni singolo bene al momento dell'acquisto⁸⁵, – perché altrimenti si trasformerebbe tale misura in una sorta di confisca generale dei beni –⁸⁶, emerge il timore che l'eccessiva estensione dell'ambito di applicazione

81. Cass., Sez. II, 4 marzo 2015, Chiavaroli, n. 9392, in *Mass. Uff.*, n. 263301.

82. Cass., 22 aprile 2015, n. 24965.

83. Cass., Sez. un., 29 luglio 2014, Repaci, Sez. un., n. 33451, in *Mass. Uff.* 260247, in *DPC*, 2014, 30 maggio.

84. Corte cost., 8 novembre 2017 (21 febbraio 2018), n. 33.

85. «Non è sufficiente un raffronto globale tra il patrimonio ed il reddito formalmente disponibile, ma è necessario accertare l'illecita provenienza di ogni singolo bene inserito nel patrimonio, comparando, al momento dell'acquisizione, il reddito ufficialmente disponibile con l'incremento patrimoniale determinato con l'acquisto del bene» Cass., 28 marzo 2002, Ferrara e altri, n. 23041, in *Mass. Uff.*, n. 221677, *ivi*, 2003, 605; Cass., Sez. II, 27 agosto 2004, Palumbo, n. 35628, in *Mass. Uff.*, n. 229725, *ivi*, 2005, 2704; Cass., Sez. V, 25 gennaio 2012, Richichi-Vadalà, n. 17739; Cass., Sez. V, n. 17 dicembre 2013 (17 marzo 2014), n. 12493, Cinà, con nota di MAUGERI, *La Suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2015, 1, 337; Sez. V, 28 novembre 2017, n. 54882.

86. Cass., Sez. VI, 13 marzo 1997, Mannolo, n. 1105, in *Mass. Uff.*, n. 208636, in *Cass. pen.*, 1998, 1774; 28 marzo 2002, Ferrara e altri, n. 23041, in *Mass. Uff.*, n. 221677, *ivi*, 2003, 605; Sez. II, 27 agosto 2004, Palumbo, n. 35628, in *Mass. Uff.*, n. 229725, *ivi*, 2005, 2704.

della confisca di prevenzione ponga in crisi la valenza probatoria di tale elemento. Si evidenziava in dottrina che esso «perde le sue connotazioni di inadeguatezza – a prima vista con rilievo addirittura di anticostituzionalità – per rivelarsi un normale strumento critico di prove, in un contesto caratterizzato – diciamo così – dallo *status professionale* del mafioso»⁸⁷, o per le ipotesi a pericolosità generica si dovrebbe fondare su un'accertata, per lo meno a livello indiziario, abitudine al delitto. Ma se si estendono le fattispecie a pericolosità qualificata all'indiziato di un solo reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, o di corruzione o peculato – seppure in forma associata –, si dubita della ragionevolezza della presunzione di illecito arricchimento di cui la sproporzione sarebbe indice sintomatico. Da ultimo, in tale direzione la Corte costituzionale, con la sentenza n. 33/2018, cita come esempio di estensione alluvionale dell'ambito di applicazione della confisca allargata *ex art. 12-sexies* d.l. 306/'92 (ora 240-bis c.p.) a fattispecie estranee alla sua logica originaria, – «il contrasto all'accumulazione dei patrimoni della criminalità organizzata, e mafiosa in specie, e alla loro infiltrazione massiccia nel circuito economico» –, proprio l'«ampia platea di delitti contro la pubblica amministrazione, disposta dall'art. 1, comma 220, della legge 27 dicembre 2006, n. 296».

5. *La riforma della confisca per equivalente: una pena nei confronti dei successori?* La legge n. 161/2017 ha significativamente riformato la disciplina della confisca di valore prevista dall'art. 25 d.lgs. n. 159/2011, semplificandone la disciplina e, soprattutto, estendendone l'applicabilità ai successori.

La confisca di valore della confisca di prevenzione era stata introdotta con il decreto legge n. 92/2008 che consentiva di sottrarre altri beni di valore equivalente qualora «la persona nei cui confronti è proposta la misura di prevenzione disperde, distrae, occulta o svaluta i beni al fine di eludere l'esecuzione dei provvedimenti di sequestro o di confisca su di essi» oppure «qualora *siano stati trasferiti legittimamente, prima dell'esecuzione del sequestro, a terzi in buona fede*»⁸⁸.

La prima ipotesi, che richiedeva una specifica condotta fraudolenta del proposto volta a sottrarre i beni alla confisca, non rappresenta più un presupposto per l'applicazione di tale forma di confisca, ma invece si prevede espressamente la confisca di beni di valore equivalente anche nei confronti dei successori, come già ammesso in giurisprudenza.

87. NANULA, *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, in *Il Fisco*, 1993, 10117-18; CASANO, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni*, Milano, 1998, 59; da notare, però, che NANULA in un altro articolo, *Le nuove norme sul possesso ingiustificato di valori*, in *Il Fisco*, 1995, 10137, precisa che l'art. 12-sexies d.l. 306/1992 ha introdotto un'inammissibile inversione dell'onere della prova in relazione all'origine illecita dei beni che non derivano dal reato oggetto di condanna.

88. Cfr. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 163 ss.

La confisca per equivalente di una forma di confisca allargata che può colpire tutti i beni di valore sproporzionato o che risultino di origine illecita sembra discutibile; la confisca per equivalente sembra fisiologicamente uno strumento per combattere i tentativi del reo di frustrare l'applicazione della confisca diretta di *specifici* beni che rappresentino il profitto o il prodotto di un determinato reato, presupponendo che sia stato accertato che dal crimine sia derivato un determinato profitto o prodotto ben *identificato, legato da un nesso di causalità al crimine*, e non sia possibile confiscarlo perché disperso, alienato, nascosto. La confisca per equivalente è il primo fondamentale strumento per superare quel limite delle forme tradizionali di confisca che richiedono l'accertamento del nesso di causalità tra il crimine e il profitto o il prodotto. In relazione alle forme di confisca allargata che non richiedono l'accertamento del nesso di causalità in questione, ma si estendono a tutti i profitti di valore sproporzionato in base alla presunzione che la sproporzione costituisca un indizio dell'origine illecita, o nei confronti dei beni di *indiziata* origine illecita, l'applicazione anche della confisca per equivalente appare come un'*esasperazione* (espressione di voracità statuale).

La confisca per equivalente di una forma di confisca allargata non avrebbe alcun senso, in ogni caso, laddove si ritenesse che la sproporzione debba essere intesa come elemento indiziario dell'illecita provenienza di tutto il patrimonio e non come criterio delimitante l'oggetto della confisca, trasformando la confisca *ex art. 2-ter* da mero strumento di sottrazione dei profitti di origine illecita, a *confisca generale dei beni, di tutto il patrimonio*⁸⁹, o laddove si ritenesse – come avviene nella prassi – che, soprattutto in relazione al patrimonio di un'impresa, non sia possibile distinguere tra patrimonio lecito e patrimonio illecito una volta che nell'impresa siano stati investiti proventi di origine illecita⁹⁰.

La confisca del valore equivalente può assumere un significato solo laddove si accoglie l'orientamento giurisprudenziale più garantista, sopra menzionato, in base al quale la confisca di prevenzione può colpire solo singoli beni rispetto ai quali sia stato accertato dall'accusa il carattere sproporzionato o l'origine illecita⁹¹ o, comunque, cespiti patrimoniali delimitati, come ad esempio gli introiti di

89. Cfr. Cass., Sez. VI, 08 maggio 1998, Bosetti, n. 1087, in *Mass. Uff.*, n. 211955, in *Cass. pen.*, 1999, 3551.

90. Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *La Suprema Corte pretende un uso più consapevole*, cit., e giurisprudenza e dottrina ivi citata. Da ultimo con apprezzabile approccio garantistico, cfr. Cass., Sez. VI, 27 giugno 2017, Lamberti e altro, n. 31634, in *Mass. Uff.*, n. 270711 che precisa che «in tema di misure di prevenzione, la confisca integrale di un complesso aziendale può essere disposta solo nel caso di assoluta o prevalente natura illecita delle risorse impiegate per l'acquisto dei beni e la formazione del capitale, dovendosi altrimenti distinguere gli apporti leciti da quelli illeciti e sottoporre ad ablazione solo quelle parti o quote di valore e di patrimonio riferibili ai secondi».

91. Si veda MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, 319-373 e dottrina ivi citata. Cass., 1 marzo 1991, Piromalli ed altri, n. 212, in *Mass. Uff.*, n. 186502,

un anno preciso, rispetto ai quali si accerta il carattere sproporzionato («nel caso in cui il sequestro colpisca il complesso dei beni del soggetto indiziato, non si tratta di misura che coinvolga l'intero patrimonio, ma di sequestro che coinvolge i singoli beni, per cui l'accertamento dell'illecita provenienza va effettuato con riguardo a ciascuno dei beni che lo compongono»⁹²).

Chiaramente l'applicazione della confisca per equivalente presuppone che sussistano nel patrimonio del soggetto sia beni di valore sproporzionato (al momento dell'acquisto) o di origine illecita, sia altri beni di valore proporzionato o di origine lecita, perché in caso contrario tutti i beni potranno essere sottoposti alla confisca *ex art. 24 d.lgs. n. 159/2011*.

Si prevede, in particolare e anche in seguito alla riforma, la possibilità di applicare la confisca per equivalente laddove i beni da confiscare siano stati «*trasferiti legittimamente in qualunque epoca a terzi in buona fede*»; tale ipotesi di confisca di valore è finalizzata a garantire che la *deminutio* patrimoni conseguente alla confisca *ex art. 24* corrisponda al valore del patrimonio di valore sproporzionato o di origine illecita, al fine di impedire l'illecito arricchimento dell'organizzazione criminale o, comunque, del proposto, e, quindi, l'infiltrazione criminale nell'economia o più genericamente il futuro reinvestimento dei beni per fini illeciti. Il denaro o i beni ottenuti in seguito al trasferimento, potrebbero comunque essere confiscati senza ricorrere alla confisca per equivalente in quanto, se derivano dal trasferimento di un bene avente origine illecita, dovrebbero rientrare nella categoria dei beni confiscabili in qualità di *frutto* o *reimpiego*. In ogni caso si dovrà evitare di violare il principio del *ne bis in idem* e di *proporzione* imponendo sia la confisca del bene o del denaro ottenuto con la transazione, sia la confisca per equivalente del bene oggetto del trasferimento: l'una esclude l'altra.

Tale disposizione che diventa più invasiva della *relation back doctrine* nordamericana (che consente di considerare confiscabili tutti i beni acquistati dal momento della consumazione del crimine), allarga la confisca per equivalente a qualun-

in *Giur. it.*, 1992, II, 299; Cass., Sez. I, 20 dicembre 1989, Nuvoletta ed altri, n. 2924, in *Mass. Uff.*, n. 182892, in *Giust. pen.*, 1991, 354; Cass., Sez. I, 05 agosto 1992, Vincenti ed altri, n. 2186, in *Mass. Uff.*, n. 191582, in *Cass. pen.*, 1993, 2377; Cass., Sez. I, 11 giugno 1999, Corria, n. 3134, in *Mass. Uff.*, n. 213836, *ivi*, 2000, 1048; Cass., 20 novembre 1998, Iorio e altri, n. 5760, in *Mass. Uff.*, n. 212444, *ivi*, 1999, n. 1708, 3238; Cass., Sez. I, 22 giugno 1988, Raffa, in *Mass. Uff.*, n. 178683, *ivi*, 1989, 672; Cass., Sez. VI, 13 marzo 1997, Mannolo, n. 1105, in *Mass. Uff.*, n. 208636, *ivi*, 1998, n. 1070, 1774.

92. Cass., Sez. I, 05 agosto 1992, Vincenti ed altri, n. 2186, in *Mass. Uff.*, n. 191582, in *Cass. pen.*, 1993, 2377; conforme Cass., 16 gennaio 2007, n. 5234 in *Guida al dir.*, 2007, 1067; Cass., 13 giugno 2006, Cosoleto e altri, in *Mass. Uff.*, n. 234733; Cass., Sez. II, 27 agosto 2004, Palumbo, n. 35628, in *Mass. Uff.*, n. 229725, in *Cass. pen.*, 2005, 2704; Cass., 28 marzo 2002, Ferrara, n. 23041, in *Mass. Uff.*, n. 221677, *ivi*, 2003, 605; Cass., Sez. I, 11 giugno 1999, Corria, n. 3134, in *Mass. Uff.*, n. 213836, *ivi*, 2000, 1048; Cass., 20 novembre 1998, Iorio e altri, n. 5760, in *Mass. Uff.*, n. 212444, *ivi*, 1999, n. 1708, 3238; Cass., Sez. VI, 13 marzo 1997, Mannolo, n. 1105, in *Mass. Uff.*, n. 208636, *ivi*, 1998, n. 1070, 1774; Cass., Sez. I, 22 giugno 1988, Raffa, in *Mass. Uff.*, n. 178683, *ivi*, 1989, 672.

que bene, oggetto di transazione da parte dell'indiziato *senza alcuna delimitazione temporale*; non solo, allora, tutto l'attuale patrimonio del soggetto indiziato, laddove si accerti il carattere sproporzionato o illecito dei singoli beni, può essere confiscato, ma l'indiziato diventa debitore di un valore economico pari al valore di tutti i beni trasferiti nella sua vita, purché l'accusa accerti il carattere sproporzionato o illecito di ogni singolo bene oggetto di trasferimento a terzi.

In base ai più recenti orientamenti giurisprudenziali e, in particolare, come sancito dalle Sezioni unite nella sentenza Spinelli⁹³, si deve trattare, però, di beni acquisiti in *connessione temporale con la pericolosità sociale*, e, quindi, nel periodo in relazione al quale sussistono indizi del coinvolgimento del proposto in attività delittuose. Tale ipotesi, nella prassi, si dovrebbe delimitare solo in relazione a trasferimenti abbastanza contigui al periodo oggetto di indagine, trasferimenti conclusi poco prima del sequestro per sottrarre i beni alla confisca, perché difficilmente l'accusa potrà dare conto di trasferimenti eccessivamente risalenti ed accertare il carattere sproporzionato o illecito rispetto a beni che non si trovino più nel patrimonio del soggetto e che siano stati trasferiti in epoca ormai remota.

Tale disposizione deve essere coordinata con le disposizioni seguenti (art. 26 d.lgs. n. 159/2011) che prevedono che il giudice, con la sentenza che dispone la confisca, può dichiarare la nullità degli atti di disposizione quando accerta che taluni beni siano stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi; quindi, in ogni caso, laddove il giudice riesca a provare il carattere fittizio del trasferimento può dichiarare nullo l'atto e confiscare direttamente i beni che il proposto aveva tentato di sottrarre con l'atto di disposizione. La confisca per equivalente dovrebbe intervenire solo nelle ipotesi in cui il giudice non riesca ad accertare il carattere fittizio del trasferimento oppure quando realmente il soggetto abbia ceduto i beni a terzi in buona fede. Non solo ma in alcune ipotesi si presume il carattere fittizio dei trasferimenti ai sensi dell'art. 26 ((a) i trasferimenti e le intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado; b) i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione), con la conseguenza che in relazione ai trasferimenti a titolo gratuito compiuti nei due anni precedenti si dovrebbe dichiarare la nullità e quindi applicare direttamente la confisca nei confronti dei beni (e non la confisca per equivalente), e lo stesso anche se si tratta di trasferimenti a titolo oneroso nei confronti dei parenti indicati nella norma. In entrambe le ipotesi, però, sarà possibile che i terzi, compresi i parenti, che abbiano realmente acquistato i beni (sia a titolo

93. Cass., Sez. un., 2 febbraio 2015, Spinelli, n. 4880, in *Mass. Uff.*, n. 26260.

gratuito sia a titolo oneroso), possano confutare la presunzione e dimostrare che i trasferimenti non siano fittizi; allora, sarà eventualmente possibile procedere nei confronti di altri beni di valore equivalente rispetto a quelli trasferiti.

La norma richiedendo che il bene sia stato trasferito legittimamente a terzi in *buona fede* sembrerebbe, inoltre, subordinare la legittimità del trasferimento all'accertamento della buona fede del terzo, che dovrebbe *essere provata dall'accusa per procedere alla confisca per equivalente*. Non sussiste una significativa prassi applicativa della confisca per equivalente, ma la giurisprudenza ha chiarito in relazione alla prova delle intestazioni fittizie che «il titolare formale, peraltro, non è soggetto su cui gravi un dovere di dimostrare la buona fede al momento dell'acquisto, non essendo un soggetto che invochi la tutela di un diritto di credito, ma può limitarsi ad allegare circostanze di fatto che appaiano tese a convalidare la 'coincidenza' tra l'intestazione formale e l'impiego di risorse proprie o comunque diverse da quelle provenienti dal soggetto pericoloso (dunque la 'realtà' dell'acquisto). Il titolare formale, che impieghi risorse 'proprie' per l'acquisto del bene è dunque immune da provvedimento di confisca (anche se, in ipotesi, fosse consapevole del fatto che il venditore è soggetto pericoloso) perché tale condizione (l'acquisto reale a titolo oneroso) spezza il nesso di riferibilità del bene alla persona pericolosa, con le conseguenze prima evidenziate»⁹⁴. In tale ambito si dovrebbe escludere, allora, l'applicazione dell'orientamento che, ai fini del riconoscimento dei diritti di credito, impone al terzo la prova della sua buona fede (si è affermata una giurisprudenza, problematica in termini di garanzie, risalente alla sentenza Bacherotti, in base alla quale spetta al terzo l'onere di provare la sua buona fede e il suo affidamento incolpevole⁹⁵ se vuole fare valere i suoi diritti sui beni da confiscare⁹⁶, nonché la mancanza di qualsiasi collegamento del proprio diritto con l'attività illecita del proposto indiziato di mafia⁹⁷). In tale direzione nella sentenza in questione la Suprema Corte evidenzia, infatti, che «nel caso in esame, la ricostruzione emergente dal provvedimento impugnato non appare rispondente alle considerazioni che precedono e finisce con il porre in rilievo sia

94. Cass, Sez. I, 15 settembre 2017, Mancuso, n. 42238, *Mass. Uff.*, n. 270972.

95. Cass., Sez. un., 08 giugno 1999, Baccherotti, in *Mass. Uff.*, n. 213511, in *Foro it.*, 1999, II, 580, relativa alla confisca *ex art.* 644 c.p. Da ultimo cfr. Cass., 16 dicembre 2003, San Paolo IMI e altri, n. 47887, in *Mass. Uff.*, n. 227585, in *Cass. pen.*, 2005, 870; Cass., 16 febbraio 2000, Ienna e altri, in *Cass. pen.*, 2000, 2770 con nota di MOLINARI; *contra* Trib. Napoli, 20 marzo 2002, Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., in *Cass. pen.*, 2002, 3560; Trib. Palermo, 23 giugno 2001, S.a. Sicilcassa c.p. Drago, in *Il Fallimento*, 2002, 659. Cfr. CASSANO, *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, in *Cass. pen.*, 2005, 2165.

96. Cass., 9 marzo 2005, n. 13413, in *Mass. Uff.*, n. 231264, in *Cass. pen.*, 2006, 634; Cass., Sez. V, 16 dicembre 2003, San Paolo IMI, n. 47887, in *Mass. Uff.*, n. 227585/2003.

97. Cass., 11 febbraio 2005, Daci, n. 12881, in *Mass. Uff.*, n. 231252, in *Cass. pen.*, 2006, 638-641; Cass. civ., 29 ottobre 2003, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2004, 16.

incertezze di inquadramento giuridico (*vengono valorizzate circostanze di fatto in realtà ininfluenti, che paiono virare verso l'analisi della condizione del soggetto titolare di un mero diritto di credito*)» (corsivo aggiunto)⁹⁸.

La legge n. 161/2017 estende l'applicazione di tale forma di confisca anche nei confronti dei successori. Tale estensione era già divenuta prassi in seguito alla pronuncia delle Sezioni unite che affermavano che «in tema di misure di prevenzione patrimoniali, è consentita, ai sensi degli artt. 18, comma terzo e 26, comma primo, d.lgs. n. 159 del 2011, la confisca del bene che si accerti essere stato dai successori del *'de cuius'* fittiziamente trasferito a terzi in mala fede; mentre, nell'ipotesi di terzi acquirenti in buona fede, può essere disposta nei confronti del successore la confisca per equivalente del valore del bene trasferito *ex art. 25, d.lgs. cit.*»⁹⁹. Le Sezioni unite ritengono che la confisca di valore rientri tra le «forme di tutela, dunque, particolarmente incisive, [...] predisposte dal legislatore per colpire l'intento elusivo della esecuzione di un provvedimento, anche solo potenziale, in materia di prevenzione patrimoniale». Si precisa che «l'applicazione della specifica disciplina del sequestro o confisca per equivalente di cui al d.lgs. n. 159 del 2011, art. 25, in quanto finalizzata, senza alcuna delimitazione temporale e nei confronti di qualsiasi persona venga fatta oggetto di una proposta di misura (ivi compresi gli eredi), a colpire le condotte elusive delle misure di prevenzione patrimoniale per un valore corrispondente a quello dei beni ad esse assoggettabili, finanche nelle ipotesi di legittimo trasferimento a terzi in buona fede». «Nella diversa ipotesi in cui il successore abbia realmente alienato il bene pervenutogli dal *de cuius* a terzi in buona fede, sostituendolo con il controvalore di un'effettiva operazione negoziale, la fuoriuscita del cespite dal compendio ereditario ne recide radicalmente il rapporto con la sua originaria provenienza illecita, escludendone l'apprensione per effetto di un provvedimento ablativo. Ciò, tuttavia, non comporta alcuna rinuncia all'obiettivo di colpire l'illecito arricchimento a suo tempo maturato dal *de cuius*, che ben potrebbe essere conseguito, ricorrendone i presupposti, attraverso il ricorso all'istituto della confisca per equivalente prevista dall'art. 25, d.lgs. cit., dovendo la stessa ritenersi applicabile, oltre che al proposto, anche ai suoi successori, i quali subentrano, in prosecuzione o per effetto di un'autonoma proposta, come destinatari dell'azione di prevenzione patrimoniale, nella posizione propria del soggetto già proposto, ovvero del potenziale destinatario della misura che ne costituisce l'oggetto. A conforto di tale opzione ermeneutica, si rileva che nella Relazione ministeriale illustrativa del d.lgs. n. 159 del 2011, si legge che il rischio di una lacuna normativa, al riguardo evidenziata nel parere espresso dalle Commissioni giustizia di Camera e Senato, non è in re-

98. Cass, Sez. I, 15 settembre 2017, Mancuso, n. 42238, in *Mass. Uff.*, n. 270972.

99. Cass., Sez. un., 16 marzo 2017, De Angelis, n. 12621, in *Mass. Uff.*, n. 270081.

altà tale, in quanto «la confisca per equivalente è già applicabile nei confronti di qualunque persona nei cui confronti è proposta la misura di prevenzione, quindi anche nei confronti degli eredi».

Il legislatore della riforma del 2017 ha eliminato la temuta lacuna normativa, eliminando ogni dubbio interpretativo: «2. Nei casi di cui all'articolo 18, commi 2 e 3, si procede con le modalità di cui al comma 1 del presente articolo nei riguardi dei soggetti nei cui confronti prosegue o inizia il procedimento con riferimento a beni di legittima provenienza loro pervenuti dal proposto». La norma chiarisce che la confisca di valore si può applicare ai successori solo nei limiti del valore dei beni di origine lecita del *de cuius*, ottenuti in successione; se il successore cede ad un terzo in buona fede un bene di origine illecita o di valore sproporzionato pervenuto dal proposto, si dovrà, allora, procedere presso il successore alla confisca di altri beni, pur sempre provenienti dal proposto, di origine lecita. Non potranno essere colpiti beni di origine lecita del successore. Si vuole garantire la sottrazione anche presso il successore di un ammontare corrispondente all'illecito profitto del *de cuius*, eventualmente anche nella forma per equivalente.

Pur con queste precisazioni doverose, tale estensione sembra assolutamente discutibile se solo si considera che la giurisprudenza della Suprema Corte e la Corte costituzionale con la pronuncia n. 301/2009 ha riconosciuto natura punitiva alla confisca per equivalente, tanto è vero che la Suprema Corte ha applicato il principio di irretroattività alla confisca per equivalente della confisca di prevenzione¹⁰⁰. Anzi a monte sarebbe discutibile applicare una sanzione considerata punitiva nei confronti di soggetti non condannati, in relazione ai quali si continua a giustificare l'applicazione della confisca *ex art.* 24 d.lgs. n. 159/2011 in quanto considerata misura di prevenzione, come ribadito dalle Sezioni unite Spinelli¹⁰¹. La natura punitiva della confisca di valore è affermata in giurisprudenza in maniera piuttosto uniforme, come precisato da ultimo in relazione alla confisca per equivalente sancita dall'art. 19 decreto lgs. n. 231/2001: «Costituisce ormai consolidato principio di diritto che la confisca per equivalente assolve ad una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile. Tale misura ablatoria, pertanto, si connota per il carattere afflittivo e la consequenzialità con l'illecito proprie della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione, che costituisce la princi-

100. Corte cost. 20 novembre 2009, n. 301, in *Giur. cost.*, 2009, 6, 4587; Cass., Sez. I, 28 febbraio 2012, Barilari, n. 11768, in *Mass. Uff.*, n. 252297 che nega l'applicazione retroattiva di tale forma di confisca, ammessa invece per la confisca di prevenzione *ex art.* 24 d.lgs. n. 159/2011; cfr. Cass., 5 febbraio 2016, Hadjovich, n. 4908, in *Mass. Uff.*, n. 266312; Cass., 10 febbraio 2016, Bevilacqua, n. 5336, in *Mass. Uff.*, n. 265957.

101. Spinelli: cfr. MANGIONE, *La 'situazione spirituale' della confisca di prevenzione*, cit., 622.

pale finalità delle misure di sicurezza. [...] Dalla natura di sanzione penale della confisca per equivalente deriva altresì la inapplicabilità dell'istituto nei confronti di un soggetto diverso dall'autore del reato *ex art. 27 Cost.*, comma 1, a nulla rilevando, con riferimento alle persone giuridiche, il cosiddetto rapporto di immedesimazione organica del reo con l'ente del quale con compiti o poteri vari fa parte»¹⁰².

Ne consegue che non dovrebbe essere possibile l'applicazione di tale sanzione punitiva ai successori, non socialmente pericolosi (neanche in passato), se non violando il principio di colpevolezza nella sua accezione minima di divieto di responsabilità per fatto altrui. Appare onestamente incomprensibile come tale problema non sia stato oggetto di considerazione da parte delle Sezioni unite prima e da parte del legislatore, dopo; una mera logica funzionalista, poco attenta alle garanzie, continua ad emergere in quest'approccio alla confisca sia da parte del legislatore sia da parte della giurisprudenza. La confisca di valore è trattata come una sorta di neutra obbligazione debitoria del *de cuius* a favore dello Stato, trasferita dal preposto ai successori.

Ciò non toglie, però, che si possa ritenere che la confisca di prevenzione, *ex art. 24 e 18 d.lgs. n. 159/2011*, nei confronti dei successori si possa estendere ai *surrogati*, derivanti dal trasferimento a terzi in buona fede, dei beni confiscabili, di valore sproporzionato o di origine illecita; come affermato dalle Sezioni unite nella sentenza Caruso, il concetto di profitto *confiscabile*, in virtù del suo nesso causale con il crimine ai sensi della confisca diretta *ex art. 240 c.p.*, si estende ai surrogati derivanti dal trasferimento dell'originario profitto, anche alla luce della Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale laddove afferma che «le utili trasformazioni dell'immediato prodotto del reato, gli impieghi redditizi del denaro di provenienza delittuosa non debbono né possono impedire che al colpevole venga sottratto ciò che era precisamente oggetto del disegno criminoso e che egli sperava di convertire in mezzo di maggior lucro e di illeciti guadagni», nonché della *ratio* dell'istituto, che «è quella di rendere l'illecito penale improduttivo»¹⁰³. Sicuramente una simile interpretazione sembra possibile in relazione al surrogato del trasferimento dei beni di origine illecita, che rappresentano il profitto o prodotto

102. Cass., 29 agosto 2012, n. 33371 Conforme Cass., Sez. III, 23 ottobre 2013, n. 4595; Cass., Sez. III, 17 ottobre 2013, n. 42638; Cass., Sez. III, 16 ottobre 2013, Salvatori, n. 42476, in *Mass. Uff.* n. 257353; Cass., Sez. III, 16 ottobre 2013, n. 42477; Cass., Sez. III, 9 ottobre 2013, Scocca, n. 41694, in *Mass. Uff.*, n. 257354; Cass., Sez. III, 25 settembre 2013, n. 39308; Cass., Sez. III, 5 marzo 2013, n. 32799; Cass., 19 febbraio 2012, n. 1693; Cass., Sez. III, 28 febbraio 2013 n. 9576; Cass., Sez. III, 29 agosto 2012, n. 33371; Cass., Sez. V, 10 novembre 2011, Mazzieri, n. 1843, in *Mass. Uff.*, n. 251525; Cass., Sez. VI, 1 dicembre 2010 n. 42703.

103. «e, quindi, scoraggiare la commissione di ulteriori illeciti. La funzione general-preventiva che la confisca, quale misura di sicurezza, sta sempre più assumendo nella legislazione italiana e comunitaria non può, infatti, essere frustrata da una interpretazione restrittiva dell'articolo 240 c.p., che renderebbe difficilmente aggredibile il bene oggetto della trasformazione del danaro frutto dell'illecito commesso».

del reato (frutto); qualche perplessità in relazione all'eventuale surrogato del trasferimento dei beni di valore sproporzionato che non rappresentano tecnicamente un profitto di reato, anche se sono confiscati proprio in quanto la sproporzione è indizio sintomatico dell'origine illecita. In ogni caso la *ratio* dell'estensione della confisca nei confronti dei successori era connessa alla lotta al crimine organizzato e alla sua infiltrazione nell'economia lecita, e si è edulcorata in seguito all'estensione progressiva delle misure di prevenzione patrimoniale nei confronti di qualunque forma di criminalità del profitto, ma in ogni caso si tratta di sottrarre qualcosa di origine illecita che non si avrebbe diritto a detenere – perlomeno nella misura in cui tale origine sia effettivamente accertata –, garantire che il crimine non paga e prevenire l'infiltrazione nell'economia di illeciti arricchimenti che compromettono la libera concorrenza. Le Sezioni unite precisano che la fuoriuscita del cespite dal compendio ereditario ne recide radicalmente il rapporto con la sua originaria provenienza illecita, escludendone l'apprensione per effetto di un provvedimento ablativo in capo ai terzi in buona fede, ma non si pronunciano in relazione al “controllore di un'effettiva operazione negoziale” o, meglio, sembrano ritenere che sia confiscabile solo con la confisca per equivalente.

Fermo restando che sembra *sproporzionato* prevedere la confisca di valore di una forma di confisca allargata, come la confisca *ex art. 24 d.lgs. n. 159/2011*, nonché tutte le perplessità, esaminate in altra sede, sulla natura della confisca di prevenzione¹⁰⁴, si deve evidenziare che il problema, in ogni caso, non si porrebbe se si negasse la natura punitiva della confisca per equivalente, che rappresenta solo un espediente tecnico per garantire la sottrazione dell'illecito profitto nonostante le manovre fraudolente o comunque i trasferimenti dell'originario profitto. La confisca per equivalente dovrebbe assumere *la stessa natura* della forma di confisca rispetto alla quale svolge funzione surrogatoria (nel caso di confisca diretta del profitto accertato, si tratterà di una mera forma di riequilibrio economico, non rappresentando il reato un legittimo titolo di acquisto di beni e, di conseguenza, non rappresentando la sottrazione, anche se in forma equivalente, di tale forma di profitto una limitazione del diritto di proprietà, con carattere punitivo) e, quindi, dovrebbe rivestire natura punitiva solo se si attribuisce natura punitiva alla forma di confisca surrogata¹⁰⁵. Sembrano interessanti le considerazioni in questa direzione espresse in talune sentenze che negano la natura puni-

104. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 960 ss.

105. Cfr. MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 826 ss.; conforme MONGILLO, *Art. 322-ter*, in *Codice penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2010, 256; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione – I delitti dei pubblici ufficiali*, *Commentario sistematico*, II ed., Milano, 2006, 254, parla di misura che mira «ad attuare un riequilibrio compensativo a favore della collettività», pur riconoscendo che l'aspetto

tiva della confisca di valore, anche se in relazione alla confisca per equivalente di una forma di confisca diretta del profitto in materia di responsabilità degli enti (art. 19 d.lgs. n. 231/2001). La Suprema Corte ha affermato che non si può «affatto [...] trasferire la misura patrimoniale della confisca per equivalente nel panorama delle pene propriamente intese», innanzitutto per la sua “natura surrogatoria” rispetto alla confisca di proprietà essendo applicabile solo nella sfera giuridico patrimoniale dell’indagata laddove non sia stato «rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o il profitto del reato per cui si proceda, ma di cui sia ovviamente certa l’esistenza»: *«non può certo presupporre una sorta di novatio della misura, tale da trasformare il provvedimento ablatorio in una vera e propria pena patrimoniale. È del tutto evidente, infatti, che risulterebbe a dir poco eccentrica rispetto al sistema ed alla stessa tavola dei valori costituzionali, la possibilità di far discendere l’applicazione di una pena dalla semplice e casuale eventualità rappresentata dalla impossibilità di rinvenire – e conseguentemente aggredire – il profitto o il prezzo del reato»* (corsivo agg.). La Suprema Corte evidenzia che la confisca per equivalente si può applicare solo laddove non sia possibile la confisca diretta, come una sorta di suo surrogato, e nella misura strettamente corrispondente al profitto accertato¹⁰⁶. Si precisa che «si tratta comunque di una forma di confisca che trova il suo fondamento e limite nel vantaggio tratto dal reato e prescinde dalla pericolosità derivante dalla *res*, in quanto non è commisurata né alla colpevolezza dell’autore del reato, né alla gravità della condotta, avendo come obiettivo quello di impedire al colpevole di garantirsi le utilità ottenute attraverso la sua condotta criminosa. Scopo di questo istituto è quello di superare le angustie della confisca ‘tradizionale’, rispetto alla quale si pone in un rapporto di alternatività – sussidiarietà, per la sua attitudine a costituire un rimedio alle difficoltà di apprensione dei beni coinvolti nella vicenda criminale»¹⁰⁷. Sia chiaro, come evidenziato in al-

(generalpreventivo-) repressivo già presente nella confisca tradizionale, si chiarisce e si accentua con l’espressa previsione della confisca di valore (248).

106. Cass., Sez. III, 11 maggio 2011, Gargiulo ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 235356; Cass., Sez. VI, 2 febbraio 2012, Castelli, n. 6248, in *Mass. Uff.*, n. 252426; Cass., Sez. II, 09 ottobre 2012, Bondi ed altro, n. 39840, in *Mass. Uff.*, n. 232759. In tale direzione in relazione ad altre ipotesi di confisca per equivalente Cass., 3 luglio 2002, Silletti, n. 32797, in *Mass. Uff.*, n. 222741; Cass., 16 gennaio 2004, Napolitano e altro, n. 15445, in *Mass. Uff.*, n. 228750; Cass., 14 giugno 2006, Chetta, n. 31988, in *Mass. Uff.*, n. 235357, in *Giur. it.*, 2007, 966, con nota di SANTORIELLO e FURFARO; conforme Cass., 1 luglio 2008, n. 31339, in *Dir. e giust.*, 2008; Cass., 16 maggio 2012, Caneva e altro, n. 25677, in *Mass. Uff.*, n. 252996; Cass., Sez. VI, 2 febbraio 2012, Castelli, n. 6248, in *Mass. Uff.*, n. 252426; Cass., Sez. II, 6 novembre 2012, P.C. in proc. Gambescia e altro, n. 46295, in *Mass. Uff.*, n. 238290, in *Guida al dir.*, 2013, 7, 63.

107. Cass., Sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, in *Mass. Uff.*, n. 255255, su *Guida al dir.*, 2013, 22, 67, con nota di AMATO, *Non serve dimostrare il “nesso di pertinenzialità” tra reato e cose da sottoporre alla misura ablatoria*; conforme Cass., Sez. II, 6 novembre 2012, P.C. in proc. Gambescia e altro, n. 46295, in *Mass. Uff.*, n. 238290, in *Guida al dir.*, 2013, 7, 63.

tra sede, che anche se si nega la natura punitiva *tout court* alla confisca di valore, si ritiene opportuno in chiave garantista applicarle il principio di irretroattività, come in relazione a qualunque forma di confisca misura sicurezza, come previsto ad esempio nell'ordinamento tedesco (che qualifica *Maßnahme*¹⁰⁸ e non *Strafe* la confisca – anche allargata –)¹⁰⁹.

6. *Alcune ulteriori osservazioni sulla riforma della confisca di prevenzione: il procedimento e le impugnazioni. Prospettive.* Il procedimento di prevenzione, pur oggetto di una sempre maggiore giurisdizionalizzazione grazie soprattutto al lavoro della giurisprudenza e all'imperativo della Corte costituzionale in tale direzione¹¹⁰, dovrebbe ulteriormente procedere in questa direzione anche alla luce dell'esame della giurisprudenza della Corte europea in materia di giusto processo *ex art.* 6 C.E.D.U. e in conformità alle pretese dell'art. 8 della Direttiva 42/2014, nonché al fine di incrementare la fiducia reciproca alla base della cooperazione giudiziaria e del mutuo riconoscimento.

In tale direzione piccoli passi in avanti sono stati fatti con la legge n. 161/2017 che ha modificato in diversi aspetti la disciplina del procedimento di prevenzione anche in termini garantistici, richiedendo, ad esempio, che l'avviso di fissazione della data dell'udienza contenga una concisa esposizione dei contenuti della proposta (art. 7, comma 2, codice antimafia); introducendo un nuovo comma 4-*bis* all'art. 7 secondo cui il Tribunale, concluso l'accertamento circa la regolare costituzione delle parti, ammette le prove rilevanti, escludendo quelle vietate dalla legge o superflue; la garanzia di intervento nel procedimento riconosciuta ai terzi dall'art. 23 del codice antimafia viene estesa (dall'art. 5, comma 7, della riforma) anche a coloro che vantino sul bene in sequestro diritti reali di garanzia, e non più solo diritti reali o personali di godimento; è prevista inoltre la partecipazione del difensore del prevenuto alla Camera di consiglio in cui va adottata la decisione se proseguire o meno l'attività di impresa colpita dal sequestro (art. 41, comma 1-*sexies*).

108. BGH, 22. Novembre 1994 – 4 StR 516/94 – BGHSt - 62 – 4, 371-374, Rn. 8; BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 – 2 BvR 564/95 – BVerfGE 110, 1-33, Rn. 86; BVerfG, 14. 1. 2004. Cfr. BGH, 23 maggio 2012 – 4 StR 76/12 (Lexetius.com/2012,2366); BGH 1 StR 662/15 – 15 Marzo 2016 (LG Hof) [=HRRS 2016 Nr. 583].

109. Mentre non si ritengono accettabili le interpretazioni della Suprema Corte che talora proprio in virtù della natura punitiva di tale forma di confisca, ne ha imposto l'applicazione come pena patrimoniale nei confronti di ciascun concorrente nel reato Cass., 17 agosto 2009, Alloum, n. 33409, in *Mass. Uff.*, nn. 244839-244840, in *Cass. pen.*, 2009, 3102; conforme Cass., 13 maggio 2010, P.m. in proc. Ferretti, n. 21027, in *Mass. Uff.*, n. 247115. Cfr. criticamente MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322*, cit., 826 ss.; EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Padova, 2011, 102.

110. Corte cost. 29 maggio 1968, n. 53; sentenze n. 2, 10 e 11 del 1956, n. 45 del 1960, n. 23 del 1964.

La legge n. 161/2017 ha previsto, poi, sempre in termini garantistici la possibilità per l'interessato di impugnare il provvedimento di sequestro innanzi alla Corte di appello (art. 27, comma 1 e 2), sia pure nelle forme "sincopate" già previste dall'art. 10 per il decreto di confisca. Si tratta di una direzione di marcia certamente condivisibile ma probabilmente non sufficientemente meditata sul piano del rito: la specificità del provvedimento interinale in materia di misure di prevenzione patrimoniali, infatti, richiederebbe verosimilmente una disciplina *ad hoc*. Non è stata prevista, inoltre, la possibilità di impugnare il provvedimento del Tribunale che rigetta l'istanza di revoca del sequestro, istanza che verosimilmente apre maggiori spazi alla difesa rispetto alla stessa impugnazione del provvedimento di applicazione del sequestro: lacuna grave, sol se si pensi che invece il pubblico ministero può impugnare la revoca del sequestro¹¹¹ e, in seguito alla riforma, il diniego di confisca non preceduta da sequestro (già prima in base all'orientamento giurisprudenziale, confermato dalle Sez. Un. 23/2/2017, n. 20215¹¹², in base ad un'interpretazione estensiva fondata sui «principi generali che regolano il sistema delle impugnazione dei provvedimenti in materia di misure personali»). Tale asimmetria tra accusa e difesa potrebbe costituire oggetto di censura di costituzionalità.

Ancora, per garantire il contraddittorio nel procedimento di prevenzione, la l. 161/2017 attribuisce rilievo al legittimo impedimento del difensore.

Per contro, però, l'Unione camere penali contesta l'introduzione di inaccettabili limitazioni processuali quali la audizione a distanza, o la carenza nella riforma di quei minimi adeguamenti procedurali in grado di rendere effettiva la difesa quali, solo per citarne alcuni, la concessione di termini a comparire congrui e rispettosi del dettato costituzionale e la eliminazione del limite della sola violazione di legge fra i vizi denunciabili in sede di legittimità¹¹³.

Come evidenziato nei lavori degli Stati generali della lotta alla Mafia, infatti, «nel testo di riforma non vengono affrontate alcune delle questioni – come quelle attinenti all'esercizio del diritto alla prova, alle modalità di conduzione dell'attività istruttoria, al regime di conoscibilità degli atti formati dall'accusa – che appaiono più rilevanti per la compiuta realizzazione di un 'giusto processo di prevenzione'»¹¹⁴.

111. VISCONTI, *Approvate in prima lettura*, cit.

112. In materia cfr. FORTE, *Impugnare o non impugnare? Questo è il dilemma. Le Sezioni unite della Cassazione prendono l'armi contro una "svista del legislatore"*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2017, 2017, 7-8.

113. Unione camere penali, *Modifiche al sistema delle confische: l'Unione delibera lo stato di agitazione*, http://www.camerepenali.it/cat/8550/modifiche_al_sistema_delle_confischel'unione_delibera_lo_stato_di_agitazione.html.

114. Così contributo di BALSAMO, nell'ambito della relazione del Tavolo *Mafia e Europa*, coordinato dalla Prof.ssa MAUGERI, in https://giustizia.it/giustizia/it/mg_2_22.page.

Altre riforme, allora, sono necessarie per garantire il rispetto, innanzitutto, dei principi del giusto processo (art. 111 Cost.), a partire dall'attribuzione del potere di iniziativa solo all'autorità giudiziaria e una migliore garanzia dell'imparzialità del giudice¹¹⁵; principio riconosciuto dall'art. 6, comma 1, C.E.D.U. In particolare, la procedura prevista dalla legge n. 575/1965 e oggi dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione introdotto dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159¹¹⁶, non prevede l'applicabilità al procedimento di prevenzione delle norme ordinarie in tema di astensione e ricusazione, compreso lo specifico segmento di quella disciplina riguardante l'efficacia degli atti posti in essere dal giudice astenuto o ricusato (art. 42 c.p.p.).

Si dovrebbe realmente garantire il diritto al contraddittorio, pacificamente riconosciuto dalla Corte EDU anche in materia civile, quale espressione del principio dell'equo processo *ex art. 6 C.E.D.U.*¹¹⁷. La dottrina contesta la mancanza di un effettivo contraddittorio nell'ambito del procedimento di prevenzione, troppo piegato a una struttura inquisitoria¹¹⁸, a partire dalla mancanza di una reale separazione tra la fase preliminare di investigazione e la fase dedicata al giudizio ed alla valutazione dei temi di prova¹¹⁹. Il contraddittorio è imposto dal principio della giurisdizione preteso dalla stessa Corte costituzionale¹²⁰ e presuppone adeguate regole probatorie e di giudizio inerenti alla fase strettamente processuale¹²¹. Per contro la Suprema Corte, ad esempio, ritiene che in tema di procedimento di prevenzione, non è necessaria l'assunzione delle prove dichiarative in contraddittorio tra le parti, essendo sufficiente che al proposto sia consentito, mediante l'esame degli atti, la possibilità di piena conoscenza del loro contenuto ed il diritto di controdedurre (fattispecie in cui la misura di prevenzione patrimoniale era stata adottata anche sulla base di sommarie informazioni, oltre

115. Cfr. MONTAGNA, *Procedimento applicativo delle misure ablativo di prevenzione e garanzie del giusto processo*, in BARGI-CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011, 456.

116. In GU 31 ottobre 2011.

117. Corte EDU, 22 settembre 2009, Cimolino c. Italia, n. 12532/05, § 43; 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, § 33; 16 febbraio 2006, Prikyan e Angelova c. Bulgaria, § 52; 13 ottobre 2005, Clinique de Acacias e Altri c. Francia, § 38; 25 ottobre 2013, Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, n. 11082/06 e 13772/05, § 707.

118. FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, Padova, 2002, 69; MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, 2001, 263; ID., *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo*, in CASSANO, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, Nel Diritto Editore, 2009, 20 ss.; VALENTINI, *Motivazioni della pronuncia*, Padova, 2008, 72. Cfr. QUATTROCCHI, *op. cit.*, 82 ss.; MAZZA, *La decisione di confisca dei beni sequestrati*, in *Misure di prevenzione*, a cura di FURFARO, Torino, 2013, 480.

119. MONTAGNA, *Procedimento applicativo*, cit., 457.

120. Corte cost., sentenze n. 2, 10 e 11 del 1956, n. 45 del 1960, n. 23 del 1964.

121. Cfr. BARGI, *Il nuovo volto della confisca nell'attuale ordinamento penale*, in BARGI, CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, cit., 93; MONTAGNA, *Procedimento applicativo*, cit., 453 ss.

che su prove dichiarative assunte nel corso del parallelo giudizio penale)¹²². Per garantire il diritto al contraddittorio, invece, la Corte EDU pretende il riconoscimento effettivo del diritto per ogni accusato di poter esaminare o far esaminare i testimoni a carico¹²³, e l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico¹²⁴. In tale direzione sempre nei lavori degli Stati generali si propone di disciplinare (nell'art. 7 del d. lgs. n. 159/2011) «il diritto di ciascuna delle parti di ottenere l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono contenute negli atti e documenti prodotte da altre parti, a meno che l'esame stesso sia divenuto impossibile»¹²⁵.

In tale ambito, inoltre, si può sottolineare la necessità di garantire il diritto di difendersi provando¹²⁶, espressione del principio della parità delle armi nel senso di un giusto equilibrio tra le parti che «vale di regola in civile come in penale»¹²⁷ e si traduce nell'esigenza di garantire a ciascuna parte una possibilità ragionevole di presentare le proprie prove in condizioni di eguaglianza, nonché l'obbligo per il giudicante di procedere all'esame effettivo dei mezzi, degli argomenti e delle offerte di prova delle parti¹²⁸, salvo verificarne la pertinenza ai fini della decisione (in caso contrario la Corte EDU parla di denegata giustizia)¹²⁹. La stessa Suprema Corte ha evidenziato «l'obbligo di autonoma valutazione gravante sul giudice della prevenzione comporta innanzi tutto che questi, nel giudizio di impugna-

122. Cass., Sez. VI, 19 luglio 2017, Maggi e altro, n. 40552, in *Mass. Uff.*, n. 271055.

123. Corte EDU, AlKhawaja e Tahery c. Regno Unito, n. 26766/05; Id., 15 dicembre 2011, n. 22228/06. In materia cfr. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights - Commentary*, München, 2014, 161 ss.

124. MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della Corte Europea in tema di confisca*, in *Sequestro e confisca*, a cura di Montagna, Torino, 2017, 60 ss.

125. La norma dovrebbe prevedere, inoltre, che «Durante l'esame, il Presidente, anche di ufficio, interviene per assicurare la pertinenza delle domande, escludendo quelle che risultano superflue tenuto conto del contenuto degli atti e documenti acquisiti». La disciplina del potere del Presidente di assicurare la pertinenza delle domande nel corso dell'esame testimoniale, prevista dall'art. 499, comma 6, c.p.p., viene qui integrata con la precisazione che tale potere si estende all'esclusione delle domande che risultano superflue tenuto conto del contenuto degli atti e documenti acquisiti. Si tratta di una precisazione opportuna per evitare che l'assunzione delle prove dichiarative possa essere strumentalizzata per esiti meramente dilatori, senza alcuna concreta utilità sul piano dimostrativo. Così contributo di BALSAMO, *op. cit.*

126. Corte EDU 11 dicembre 2008, Mirilashvili v. Russia, n. 6293/04, §§ 222-227.

127. Corte EDU 27 ottobre 1993, Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi, Serie A n. 274, § 32-33.

128. Cfr. Cass., Sez. V, 18 gennaio 2016, Mannina e altri, n. 1831, in *Mass. Uff.*, n. 265863, in cui si precisa che «2.5 L'obbligo di autonoma valutazione gravante sul giudice della prevenzione comporta innanzi tutto che questi, nel giudizio di impugnazione, debba compiutamente confrontarsi con le obiezioni svolte dalla difesa a confutazione del valore effettivamente indiziante degli elementi mutuati dal procedimento penale nel quale, sulla base degli stessi, con sentenza non ancora definitiva è stata affermata la partecipazione del proposto all'associazione mafiosa».

129. Corte EDU 19 aprile 1994, Van de Hurk c. Paesi Bassi, Serie A n. 288, § 59; Kraska c. Svizzera, 19 aprile 1993, § 30; Dombo Beheer B.V., *cit.*, § 35.

zione, debba *compiutamente confrontarsi con le obiezioni svolte dalla difesa a confutazione del valore effettivamente indiziante degli elementi mutuati dal procedimento penale nel quale, sulla base degli stessi, con sentenza non ancora definitiva è stata affermata la partecipazione del proposto all'associazione mafiosa*¹³⁰ (corsivo aggiunto).

Sempre nell'ambito dei lavori degli Stati generali si propone, inoltre, in chiave garantistica una riforma dell'art. 10 del d.lgs. n. 159/2011, al fine di «rimuovere la limitazione – ormai difficilmente giustificabile – secondo cui il ricorso per cassazione avverso il decreto della Corte di appello è ammesso soltanto per violazione di legge, con la conseguenza che, in tema di sindacato sulla motivazione, è esclusa dal novero dei vizi deducibili in sede di legittimità l'ipotesi dell'illogicità manifesta di cui all'art. 606, lett. e), c.p.p., potendosi esclusivamente denunciare con il ricorso il caso di motivazione inesistente o meramente apparente, qualificabile come violazione dell'obbligo di provvedere con decreto motivato imposto al giudice d'appello. La incerta linea di confine tra motivazione illogica e motivazione inesistente o meramente apparente, quale emerge dal 'diritto vivente', rappresenta una chiara dimostrazione della necessità di ammettere il ricorso per cassazione avverso i decreti di prevenzione per gli stessi motivi previsti per le sentenze. La identità della natura sostanziale dei suddetti provvedimenti rende, infatti, irragionevole una netta distinzione tra gli stessi quanto alla natura del giudizio di legittimità.

A tale estensione dei possibili motivi potrebbe aggiungersi la previsione della procedura camerale partecipata, analogamente a quanto avviene nel giudizio di legittimità per le misure cautelari personali e reali. Si tratta di una innovazione che tende a sfuggire alla tentazione di 'sacrificare alla lotta ai numeri anche un valore centrale quale quello del contraddittorio', come ha persuasivamente osservato il procuratore generale presso la Corte di cassazione nella sua relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2016 a proposito dell'analoga questione¹³¹.

La compiuta realizzazione di un "giusto processo di prevenzione" diventerà ancora più stringente ai fini della cooperazione giudiziaria e del mutuo riconoscimento, laddove, come accennato, venisse approvata la proposta di Regolamento (nel dicembre del 2016, oggetto di revisione da parte del Consiglio nel dicembre del 2017) che impone il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di

130. Cass., Sez. V, 18 gennaio 2016, Mannina e altri, n. 1831, in *Mass. Uff.*, n. 265863, § 2.5.

131. «Non va, poi, sopravvalutato il rischio di un appesantimento del giudizio di cassazione in materia di misure di prevenzione. Da un lato, infatti, già adesso le misure sono soggette a numerosi ricorsi che prospettano come ipotesi di mancanza di motivazione profili che in realtà attingono alla logicità della stessa. Dall'altro, la procedura camerale partecipata agevola un dialogo più semplice e pratico tra le parti, disincentivando il ricorso a lunghi atti scritti». Così contributo di BALSAMO, *op cit.*

confisca senza condanna, purché pronunciati in un procedimento che, indipendentemente dalla qualifica, presenti le garanzie della materia penale. Una simile prospettiva potrebbe rappresentare una sfida per l'ordinamento italiano in cui il procedimento di prevenzione viene ancora considerato una sorta di ibrido, privo di taluni fondamentali garanzie¹³².

7. *La riforma dell'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011) e l'introduzione del controllo giudiziario (art. 34-bis)*. La legge n. 161/2017 ha modificato anche la disciplina dell'amministrazione giudiziaria dei beni, sequestro e confisca previsti dall'art. 34 del codice delle misure di prevenzione¹³³, – prima art. 3-*quater* e 3-*quinqies* della legge n. 575/65, inseriti dall'art. 24 del d.l. 306 del 1992, convertito nella l. n. 356/92 –.

Nella versione non riformata l'amministrazione giudiziaria, prima definita sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni, si applicava nei confronti non di un indiziato di determinati reati, ma direttamente di determinate attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, in relazione alle quali sussistevano sufficienti indizi per ritenere che il loro esercizio «agevoli l'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti previsti dagli articoli 416-*bis*, 629, 630, 644, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale»; la norma precisava che l'amministrazione si applicava laddove «non ri-

132. Cfr. MAUGERI, *Prime osservazioni sulla nuova "Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca"*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2017, 2, 231. In materia di prospettive di giusto processo patrimoniale cfr. CISTERNA, *La natura promiscua della confisca tra misura di sicurezza e sanzione punitiva in rapporto alle nuove tecniche sanzionatorie della criminalità del profitto*, in BARGI, CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, cit., 96 ss.

133. Art. 34, co. 1, versione riformata: 1. Quando, a seguito degli accertamenti di cui all'articolo 19 o di quelli compiuti per verificare i pericoli di infiltrazione mafiosa, previsti dall'articolo 92, ovvero di quelli compiuti ai sensi dell'articolo 213 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dall'Autorità nazionale anticorruzione, sussistono sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale o possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione personale o patrimoniale previste dagli articoli 6 e 24 del presente decreto, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a), b) e i-*bis*), del presente decreto, ovvero per i delitti di cui agli articoli 603-*bis*, 629, 644, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale, e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali di cui al Capo I del presente Titolo, il tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti delle persone sopraindicate dispone l'amministrazione giudiziaria delle aziende o dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività economiche, su proposta dei soggetti di cui al comma 1 dell'articolo 17 del presente decreto.

corrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione»¹³⁴. Quindi i titolari dei beni, «utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività» sottoponibili ad amministrazione giudiziaria, non dovevano essere socialmente pericolosi, neanche in passato, altrimenti si sarebbe proceduto con il sequestro e confisca *ex art. 20 ss.-24*; i beni sono confiscabili laddove il tribunale «ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego». Alle indagini finalizzate all'applicazione della misura potevano essere sottoposte anche le attività soggette direttamente o indirettamente alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-*bis* c.p., così realizzando un arretramento della soglia minima necessaria per dare l'avvio alle indagini¹³⁵.

La l. 161/17 estende *tout court* l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria nei confronti delle attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, direttamente o indirettamente sottoposte alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-*bis* c.p.¹³⁶. Nella precedente versione, come accennato, la condizione di intimidazione o di assoggettamento poteva consentire solo le indagini di cui al primo comma e faceva scattare nei confronti del proprietario l'obbligo di giustificazione dell'origine lecita dei beni di valore

134. 3-*quater*. 1. Quando, a seguito degli accertamenti di cui all'articolo 2-*bis* o di quelli compiuti per verificare i pericoli di infiltrazione da parte della delinquenza di tipo mafioso, ricorrono sufficienti indizi per ritenere che l'esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale o che possa, comunque, agevolare l'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 2, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti indicati nel comma 2, e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione di cui all'articolo 2, il procuratore della Repubblica o il questore possono richiedere al tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti delle persone sopraindicate, di disporre ulteriori indagini e verifiche, da compiersi anche a mezzo della Guardia di finanza o della polizia giudiziaria, sulle predette attività, nonché l'obbligo, nei confronti di chi ha la proprietà o la disponibilità, a qualsiasi titolo, di beni o altre utilità di valore non proporzionato al proprio reddito o alla propria capacità economica, di giustificarne la legittima provenienza (42).

2. Quando ricorrono sufficienti elementi per ritenere che il libero esercizio delle attività economiche di cui al comma 1 agevoli l'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 2, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti previsti dagli articoli 416-*bis*, 629, 630, 644, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale, il tribunale dispone la sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività (43).

135. CURI, *Le misure di prevenzione: profili sostanziali*, in CORSO, INSOLERA, STORTONI, *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995, 223.

136. In questa direzione già in relazione alla precedente versione cfr. LICATA, *La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni e la successiva confisca ex artt. 3-*quater* e 3-*quinqueis*, l. n. 575/1965. L'agevolazione incolpevole delle attività mafiose tra prevenzione e sanzione*, in BARGI, CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, cit., 1088.

sproporzionato; per applicare l'amministrazione giudiziaria, in virtù del secondo comma dell'art. 34, si pretendeva che, in seguito agli ulteriori accertamenti richiesti ai sensi del primo comma, emergessero «*sufficienti elementi per ritenere che il libero esercizio delle attività economiche di cui al comma 1 agevolò l'attività delle persone*» (e quindi anche le attività sottoposte a intimidazione o assoggettamento dovevano agevolare per essere sottoposte all'amministrazione giudiziaria¹³⁷)¹³⁸. In seguito alla riforma, l'art. 34 si limita a richiedere che «Quando, a seguito degli accertamenti di cui all'articolo 19 [...], sussistono sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-bis del codice penale o possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali [...], e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali di cui al Capo I del presente Titolo, il tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti delle persone sopraindicate dispone l'amministrazione giudiziaria delle aziende o dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività economiche»: o possa comunque agevolare (espressione utilizzata anche nella precedente versione dell'art. 34) lascia intendere che anche la prima attività indicata, quella sottoposta a intimidazione o assoggettamento, agevolò e, quindi, deve essere sottoposta all'amministrazione giudiziaria, senza necessità di una ulteriore specifica verifica dell'agevolazione, come richiesto invece nella precedente versione dell'art. 34, co. 2; non solo, l'attività sottoposta a intimidazione o assoggettamento sembra diventare la principale attività sottoposta ad amministrazione, salvo farvi rientrare altre attività economiche che possano "comunque agevolare" (anche se non sottoposte a intimidazione e assoggettamento). In tale direzione un recentissimo provvedimento del Tribunale di Milano¹³⁹ si limita a stabilire che l'istituto in esame può essere applicato «a condizione che vi siano sufficienti indizi per ritenere che il relativo esercizio sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'art. 416-bis c.p. o che possa, comunque, agevolare l'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti specificamente indicati dalla norma».

137. Cfr. Trib. Catania, Tecnis e altri, cit.: «È però l'art. 34, co. 2, del d.lgs n. 159/11 che regola l'amministrazione giudiziaria e che indica che quando vi sono sufficienti elementi per ritenere che le attività economiche di cui al primo comma, ossia quelle sottoposte ad intimidazione ed assoggettamento, agevolino attività di persone sottoposte a misure di prevenzione o inserite in organizzazioni mafiose, il tribunale dispone l'amministrazione giudiziaria, che comporta la nomina di un amministratore giudiziario e del giudice delegato».

138. Cfr. LICATA, *La sospensione temporanea dell'amministrazione*, cit., 1083 ss.

139. Trib. Milano, 27 gennaio 2017, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, 4, 421.

Si tipicizza nella disposizione in esame quella situazione che sino ad ora la dottrina ha temuto (salvo il suo verificarsi nella prassi) e cioè di confondere, o meglio di equiparare deliberatamente per una sorta di precisa scelta politico-criminale, la vittima di estorsione con l'agevolatore¹⁴⁰; o peggio si esprime la cultura del sospetto in base alla quale chi paga la "messa a posto" fornisce un contributo all'associazione e quindi l'agevola, finendo per parificare nell'identica fattispecie della "contiguità" due condotte assolutamente diverse. Non si colpiscono solo, come affermato in dottrina, le imprese «che non sono mafiose ma che hanno rapporti con la mafia»¹⁴¹, ma anche la vittima pura di estorsione andrebbe sottoposta ad amministrazione giudiziaria, che comunque comporta uno spossessamento dei titolari dell'attività economica, che viene affidata all'amministratore giudiziario (il quale la gestirà insieme al giudice delegato).

Un altro problema interpretativo viene posto dalla riforma. Sino ad ora la clausola dell'art. 34, co. 1, che stabiliva «e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione», è stata interpretata nel senso che fosse possibile l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria solo laddove mancassero gli indizi di pericolosità sociale¹⁴², anche se nel passato, che avrebbero consentito di applicare direttamente il sequestro e la confisca *ex artt.* 20 ss. e 24 d.lgs. 159/2011, anche perché l'art. 34 richiede che sia indiziato o imputato, e quindi pericoloso, solo il titolare dell'attività agevolata. La l. 161/'17 ha riformulato tale clausola, stabilendo «e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali di cui al Capo I del presente Titolo». In continuità con il passato, si potrebbe trattare di soggetti che non possono essere sottoposti alle misure patrimoniali perché non solo non sono attualmente pericolosi, come richiesto per applicare le misure personali, ma non lo sono mai stati neanche nel passato, come invece preteso dall'art. 18 per applicare le misure patrimoniali; anzi la specificazione avrebbe proprio la finalità di eliminare ogni equivoco in seguito alle riforme del 2008 e del 2009 che hanno sancito la separazione delle misure personali dalle patrimoniali, nel senso di ricomprendere nella clausola di

140. Cfr. VISCONTI, *Approvate in prima lettura*, cit., il quale osserva che il riferimento anche a imprese «sottoposte al condizionamento mafioso» potrebbe preludere a un'applicazione dell'istituto in contesti ove l'imprenditore è semplicemente vittima dell'attività estorsiva, il che significherebbe avallare una forma di "pedagogia bullonata" o di "autoritarismo ben intenzionato", non facilmente condivisibile.

141. O le «imprese che non vivono 'solo' di corruzione ma che accettano 'anche' un *quantum* di corruzione (intendendo questo termine non solo con riferimento agli artt. 317 e segg. c.p., ma nel senso lato che ha ormai assunto anche nel dibattito tecnico-giuridico)», così PIGNATONE, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2015, 4, 261.

142. Cfr. Trib. Catania, 15 febbraio 2016, Tecnis s.p.a. e altri, inedito; LICATA, *La sospensione temporanea dell'amministrazione*, cit., 1087; CASTAGNOLI, PERINA, *Le misure di prevenzione e la normativa antimafia*, Roma, 1992, 81.

esclusione i soggetti che siano stati pericolosi nel passato, che non potrebbero essere sottoposti alle misure personali. Si dovrebbe trattare in sostanza di ipotesi in cui non sussistano sufficienti indizi per considerare il soggetto pericoloso in quanto rientrante nelle categorie previste dall'art. 4 d.lgs. n. 159/'11, ma piuttosto è l'attività economica che assume connotati agevolativi dell'attività di soggetti pericolosi o risulti vittima di intimidazione o assoggettamento; si potrà trattare di ipotesi di «infiltrazione criminale meno spesse» o «delle attività economiche intaccate da infiltrazioni mafiose ma sostanzialmente sane» («tanto più se complesse e di dimensioni rilevanti»)¹⁴³. «Siamo quindi fuori dalla logica preventiva-repressiva nei confronti un'impresa mafiosa o collusa e la misura mira invece a salvare, attraverso la sospensione temporanea dell'amministrazione, imprese di per sé sane, ma condizionate dalla criminalità organizzata, in modo da metterle in grado, in tempi brevi, di operare secondo le regole del libero mercato»¹⁴⁴. In quest'ipotesi se si ha motivo di ritenere che i beni siano di origine illecita si potrà applicare il sequestro e la confisca ex art. 34, rispettivamente co. 7 e co. 6; la mancanza di pericolosità impedisce l'applicazione del sequestro e della confisca ex artt. 20 e 24. Questa dovrebbe rappresentare l'ipotesi *fondamentale* rientrante nell'art. 34 e presa in considerazione dal legislatore, perché è l'unica rispetto alla quale risulta rilevante la previsione dei commi 7 e 6 che consentono il sequestro e la confisca e che risponde alla ratio originaria dell'introduzione di tale disciplina volta a colpire non i beni nella disponibilità diretta o indiretta del prevenuto, ma i beni-mezzo, che si innestino in particolari rapporti con gli scopi dell'associazione mafiosa, prescindendo da una loro collocazione nella sfera di disponibilità del *socium sceleris*¹⁴⁵; la norma non richiede l'esistenza di un rapporto di interposizione fittizia tra il terzo ed il proposto, come avviene nell'art. 24, in quanto non presuppone un proposto, ma si limita a richiedere «sufficienti indizi per ritenere che l'esercizio di determinate attività economiche [...] possa comunque agevolare (ad esempio riciclaggio) l'attività delle persone affiliate al clan» e così via¹⁴⁶. Nella logica del legislatore del 1992 si è così eliminato uno dei principali ostacoli all'individuazione dei patrimoni di illecita provenienza e all'applicazione della confisca, e cioè la difficoltà connessa alla dimostrazione dell'effettivo rapporto esistente tra il prestanome e la persona per conto della quale il prestanome detiene¹⁴⁷. «Rileva invece la condizione oggettiva di potenziale asservimento di esse

143. Per tali espressioni cfr. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, in *Dir. pen. cont.*, 20 gennaio 2012.

144. PIGNATONE, *op. cit.*, 261.

145. DI CHIARA, *Commento all'art. 24 D.L. 8/6/1992 n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, 241.

146. FALLONE, *op. cit.*, 631; sul contenuto concreto da attribuire al "contributo agevolatore" cfr. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 348. Cfr. Cass., Sez. V, 17 febbraio 2014, Casarubea, n. 7449, in *Mass. Uff.*, n. 259526.

147. FALLONE, *op. cit.*, c. 631.

[le attività] ai disegni dei soggetti sopra indicati. Emerge quindi anche in questi casi una pericolosità autonoma dei beni destinati all'attività imprenditoriale ed utilizzati in modo tale da favorire interessi di associazioni di stampo mafioso»¹⁴⁸. O, comunque, tale misura consente di colpire l'attività agevolatrice anche se non si riescono a fornire indizi in relazione a ciascun socio – o, comunque, senza la necessità di fornire tali indizi –¹⁴⁹. La fattispecie in esame, addirittura, non richiede necessariamente che il soggetto *agevolato* sia sottoposto ad una misura di prevenzione personale, essendo sufficiente che sussista la mera proposta di applicazione della misura personale o la mera sottoposizione del soggetto medesimo ad un procedimento penale.

Si consideri, inoltre, che mentre la precedente formulazione del comma 9 dell'art. 34 ammetteva il sequestro come misura cautelare finalizzata a garantire innanzitutto l'amministrazione giudiziaria, come sottolineato dalla giurisprudenza¹⁵⁰, e solo eventualmente la confisca¹⁵¹, nella versione attuale (comma 7) conseguente alla riforma dell'art. 34, la sua applicazione sembra presupporre necessariamente la sussistenza di indizi di origine illecita e, quindi, la sua funzionalità alla confisca, piuttosto che alla stessa amministrazione giudiziaria: «7. Quando vi sia concreto pericolo che i beni sottoposti al provvedimento di cui al comma 1 vengano dispersi, sottratti o alienati, nei casi in cui si ha motivo di ritenere che i beni siano frutto di attività illecite o ne costituiscano l'impiego, i soggetti di cui all'articolo 17 possono richiedere al tribunale di disporre il sequestro, osservate, in quanto applicabili, le disposizioni previste dal presente Titolo. Il sequestro è disposto sino alla scadenza del termine stabilito a norma del comma 2».

Rimane l'anomalia per cui sarà possibile applicare la confisca *ex art. 34* a soggetti che non sono considerati socialmente pericolosi, come richiesto dall'art. 6 d.lgs. 159/2011 e come preteso dalle Sez. Un. nella sentenza Spinelli, che ha stabilito che la confisca di prevenzione *ex art. 24* d.lgs. n. 159/2011 finirebbe per

148. PIGNATONE, *op. cit.*, 261.

149. FALLONE, *op. cit.*, c. 634 che evidenzia che, nel caso di società con una pluralità di titolari in relazione ai quali sussistono gli estremi per l'applicazione delle misure preventive, non è necessario iniziare tanti procedimenti preventivi quanti sono i titolari, essendo sufficiente esperire un unico procedimento nei confronti della stessa società unitariamente considerata.

150. Trib. Catania, Tecnis e altri, cit.: «Infine, l'ultimo comma dell'art. 34 legge citata prevede anche il sequestro dei beni di cui vi è un pericolo di alienazione, sequestro che appare sicuramente di natura cautelare e legato da un lato alla efficacia dell'amministrazione giudiziaria prima e, dopo, alla eventuale confisca dei beni».

151. «9. Quando vi sia concreto pericolo che i beni sottoposti al provvedimento di cui al comma 2 vengano dispersi, sottratti o alienati, il procuratore della Repubblica, il Direttore della Direzione investigativa antimafia o il questore possono richiedere al tribunale di disporre il sequestro, osservate, in quanto applicabili, le disposizioni previste dal presente titolo. Il sequestro è disposto sino alla scadenza del termine stabilito a norma del comma 3».

diventare una sanzione punitiva in contrasto con i principi costituzionali, se fosse applicata in mancanza della pericolosità sociale: «la pericolosità, anche se non più attuale, rimane un presupposto indefettibile della misura in esame», sarebbe «ovviamente aberrante – ed *avulso da ogni logica di civiltà giuridica* – che sia possibile applicare una misura ablativa nei confronti di chi non sia mai stato pericoloso (Corte cost., ord n. 368 del 2004). [...] Donde, la persistente possibilità di assimilare la confisca in esame alle ordinarie misure di sicurezza»¹⁵². Anzi la Corte fa della pericolosità sociale non solo il fondamento ma anche la “misura” della confisca attraverso il requisito della correlazione temporale, considerato indispensabile per preservare la natura preventiva della confisca¹⁵³. Salvo ad accogliere l’interpretazione della Corte costituzionale che con la sentenza n. 487/’95, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3-*quinquies*, sollevata, con riferimento all’art. 27, primo comma, della Costituzione¹⁵⁴, osservando che i titolari di quelle attività economiche che presentano connotazioni agevolative del fenomeno mafioso «non possano affatto ritenersi terzi rispetto alla realizzazione di quegli interessi», né in una situazione soggettiva di «sostanziale incolpevolezza», in virtù della consapevolezza del carattere agevolativo delle loro attività¹⁵⁵.

In seguito alla riforma, che ha specificato che non devono ricorrere i presupposti per l’applicazione delle misure di prevenzione *patrimoniali*, si potrebbe,

152. Cfr. Cass., 25 settembre 2014, P.G. in proc. Di Biase e altro, n. 46068, in *Mass. Uff.*, n. 261082; 21 marzo 2014, P.G. in proc. Cirillo e altri, n. 32398, in *Mass. Uff.*, n. 260281; Cass., Sez. I, 05 giugno 2014, Mondini, n. 23641, in *Mass. Uff.*, n. 260103.

153. «Diversamente, ove fosse possibile aggredire, indiscriminatamente, i beni del proposto, indipendentemente da ogni relazione ‘pertinenziale’ e temporale con la pericolosità, lo strumento ablatorio finirebbe, inevitabilmente, con l’assumere connotati di vera e propria sanzione. Una siffatta misura sarebbe, così, difficilmente compatibile con i parametri costituzionali in tema di tutela dell’iniziativa economica e della proprietà privata, di cui agli artt. 41 e 42 Cost., oltretutto con i principi convenzionali (segnatamente, con il dettato dell’art. 1, Prot. 1, C.E.D.U.) [...]». Conforme Cass., Sez. I, 4 dicembre 2014, n. 14817.

154. La Corte costituzionale ha dichiarato, però, costituzionalmente illegittimo l’art. 3-*quinquies*, secondo comma, per violazione dell’art. 3 Cost. nella parte in cui non prevede che avverso il provvedimento di confisca possano proporsi le impugnazioni previste e con gli effetti indicati nell’art. 3-*ter*, secondo comma, della stessa legge Corte cost. 8-20 novembre 1995, n. 487, in *Cass. pen.*, 1996, 1063 e in *Giur. cost.*, 1996, 4173, con nota di SOTTANI relativa al doppio grado di giurisdizione. Cfr. conforme Cass., Sez. VI, 27 novembre 2014, P.G. in proc. Nigro e altri, n. 49550, in *Mass. Uff.*, n. 261257. Cfr. MAUGERI, *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/2008): la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema corte*, in *Gli strumenti di contrasto ai patrimoni di mafia*, a cura di Cassano, Roma 2009, 61 ss.

155. Così IONTA, *Legittima la disposizione che blocca le attività del soggetto “consapevole” di aiutare le cosche*, in *Guida al diritto - Il Sole 24 Ore*, 16 dicembre 1995, n. 48, 70; Cass., 29 agosto 2007, Pesto, n. 33617, in *Mass. Uff.*, n. 236968, in *Cass. pen.*, 2008, 2054, con nota di MOLINARI; Trib. Reggio Calabria, 5 ottobre 2007, in *dejure.giuffre.it*.

però, ritenere in base al dato letterale che i destinatari dell'amministrazione giudiziaria possano essere anche soggetti non sottoponibili alle misure patrimoniali ma suscettibili di essere sottoposti alle misure personali, e quindi soggetti *attualmente socialmente pericolosi*, ma in relazione ai quali mancano i *presupposti oggettivi* per applicare il sequestro e la confisca, e cioè il carattere sproporzionato o l'origine illecita dei beni (altrimenti si potrebbe applicare il sequestro e la confisca *ex artt. 20 e 24*); si tratterà di soggetti che non siano mere vittime (dato che sono pericolosi) e la cui attività abbia i connotati agevolativi dell'attività di altri soggetti indiziati o imputati. Chiaramente, però, rispetto a questa categoria di soggetti diventa meno significativa la previsione del sequestro e della confisca *ex co. 7 e 6 dell'art. 34*, essendo già applicabili, laddove in relazione ai beni «si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego», quelli previsti dagli *artt. 20 e 24*. Proprio per questo è impensabile che lo scopo della riforma del 2017, quasi in considerazione della sentenza Spinelli che pretende la pericolosità per applicare la confisca, sia stato quello di *pretendere comunque la pericolosità dei destinatari dell'amministrazione giudiziaria*, pur in presenza di requisiti oggettivi meno pregnanti (mancanza di carattere sproporzionato o di origine illecita), perché una simile interpretazione renderebbe piuttosto irrazionale il mantenimento della previsione del sequestro e della confisca nell'*art. 34*.

Del resto anche prima sarebbe stato pensabile ritenere che la clausola di riserva, laddove non sia possibile applicare le misure di prevenzione, fosse riferita anche ai presupposti oggettivi e non solo a quelli soggettivi, fermo restando che l'*art. 34* pretende determinati requisiti soggettivi solo in capo agli agevolati.

Se si ammettesse, in ogni caso, la possibilità di applicare l'*art. 34* a soggetti pericolosi, ma in mancanza di requisiti oggettivi per procedere al sequestro e alla confisca *ex artt. 20 e 24*, un'altra ipotesi in realtà si potrebbe configurare, pur sempre rientrando nel significato letterale della clausola di riserva in esame, e cioè il caso in cui pur essendo il destinatario della misura *pericoloso* nel passato, non sussistano sufficienti indizi di origine illecita dei beni o i beni non presentino un valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività economica. In entrambe le ultime due ipotesi considerate, l'amministrazione giudiziaria dovrebbe consentire di bonificare l'impresa oppure consentire di accertare i presupposti oggettivi per procedere alla confisca.

La l. 161, inoltre, ha inserito nell'*art. 20*, all'interno della disciplina del *sequestro*, la possibilità per il tribunale di disporre, in luogo del sequestro, «le misure di cui agli articoli 34 e 34-bis ove ricorrano i presupposti ivi previsti», e nell'*art. 24* si prevede che «Se il tribunale non dispone la confisca, può applicare anche d'ufficio le misure di cui agli articoli 34 e 34-bis ove ne ricorrano i presupposti ivi previsti». Da tali disposizioni emerge, intanto, la precisa volontà legislativa di *valorizzare* tale istituto, la cui applicazione dovrebbe sempre essere presa in considerazione dal tribunale laddove non sussistano i presupposti per applicare il sequestro e la confi-

sca ex art. 20 e 24. Sicuramente vi rientra l'ipotesi in cui non sussistano sufficienti elementi per considerare il soggetto *pericoloso*, anche se nel passato, ma emergano elementi per considerare l'attività imprenditoriale agevolatrice o vittima; oppure, se si accoglie l'interpretazione più estesa favorita dalla riforma, vi potrebbe rientrare l'ipotesi in cui, pur essendo (attualmente) o essendo stato il soggetto *pericoloso*, non sussistano i requisiti oggettivi, in termini di valore sproporzionato o origine illecita, per procedere al sequestro e confisca ex artt. 20 e 24, salvo poi procedere al sequestro e alla confisca ex art. 34 co. 6 e co. 7 laddove solo successivamente, grazie all'amministrazione giudiziaria, emergano gli indizi dell'origine illecita dei beni. La Suprema Corte, del resto, ritiene che in seguito all'amministrazione giudiziaria si dovrà procedere alla confisca ex co. 6 dell'art. 34 e non ex art. 24 d.lgs. n. 159/2011: «in materia di misure di prevenzione nei confronti di indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose, la confisca dei beni che, nel corso del procedimento conclusosi con l'applicazione della misura a carico del proposto, siano stati ritenuti pertinenti ad attività oggettivamente agevolative di quelle mafiose, ai sensi dell'art. 3-quater della legge 31.5.1965 n. 575, va disposta non sulla base dei criteri riconducibili alla disciplina dettata dall'art. 2-ter di detta legge, ma facendo riferimento ai distinti parametri dello schema procedimentale disegnato dagli artt. 3-quater e 3-quinquies e quindi verificando soltanto, sulla base di univoci e pregnanti elementi indiziari, che trattisi di beni costituenti frutto o reimpiego del frutto di attività illecite, si da potersi dire realizzata una obiettiva commistione di interessi tra attività d'impresa e attività mafiosa»¹⁵⁶.

La riforma, insomma, sembra valorizzare la possibilità di applicare la misura nei confronti di un soggetto pericoloso, laddove si ritenga che tale misura sia sufficiente a bonificare l'impresa e in mancanza di sufficienti indizi di origine illecita dei beni, o meglio laddove si possa rinunciare al sequestro e alla confisca in presenza di un'attività economica vitale (salva l'emersione di ulteriori indizi circa l'origine illecita dei beni, proprio grazie all'amministrazione giudiziaria). Quest'ultima logica, in realtà, ha già ispirato nella prassi taluni provvedimenti di cui all'art. 34 d.lgs. n. 159/2011 applicati dal Tribunale di Milano, in conformità al principio di proporzionalità, che suggerisce l'utilizzo progressivo degli strumenti in esame (amministrazione giudiziaria e confisca)¹⁵⁷.

156. Cass. pen., Sez. I, sent. 29 marzo 1999, Proc. gen. in proc. Galuppo ed altri, n. 1112, in *Mass. Uff.*, n. 212790; Trib. Catania, Tecnis, cit.

157. Cfr. Trib. Milano, 15 aprile 2011, TNT, n. 48, inedito, (v. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca*, cit.) ha revocato il provvedimento ex art. 34, ritenendo che «la procedura abbia raggiunto il suo scopo» e cioè quello di «sterilizzare» l'azienda e la sua attività economica dal contagio mafioso. «Il nuovo corso impartito dalla società al proprio metodo organizzativo possa già in questo momento comportare una tranquillizzante prospettiva sul venir meno di quelle pesanti infiltrazioni che avevano motivato l'adozione del provvedimento». Cfr. Russo, *Le misure patrimoniali antimafia applicabili agli enti*, in FURFARO, *Misure di prevenzione*, cit., 523 ss.

Lo strumento in esame, quindi, nella logica della riforma è destinato ad assumere un ruolo significativo, come del resto incomincia ad emergere anche nella prassi, perché mentre nel passato in considerazione delle «caratteristiche di pervasività, di capacità di condizionamento e, anche, di notorietà in loco delle mafie tradizionali, quella dell'art. 3-*quater* era quasi solo un'ipotesi teorica ed era invece molto più probabile che quelle attività economiche e imprenditoriali rientrassero comunque, direttamente o indirettamente, nella disponibilità dell'associato mafioso o addirittura che il loro titolare dovesse essere considerato a sua volta un associato, magari a titolo di concorso esterno, e comunque fosse in condizioni tali da dover essere egli stesso proposto per una misura di prevenzione in quanto socialmente pericoloso. La situazione è cambiata in questi ultimissimi anni perché è diventato sempre più frequente che i giudici abbiano ritenuto sussistenti le condizioni di cui all'art. 34 in relazione – per restare ai casi di cui si sono occupati i mezzi di informazione – a multinazionali e grandi banche in rapporti economici con la 'ndrangheta presente in Lombardia; a grandi società, sia a capitale pubblico che a capitale privato, con rapporti accertati con cosche di Cosa nostra e 'ndrangheta per lavori da effettuare in Sicilia e Calabria; a consorzi di cooperative di rilevanza nazionale in rapporti con l'organizzazione mafiosa romana, Mafia capitale, (fattispecie in cui ha peraltro giocato un ruolo anche la contestazione di corruzione). In tutti questi casi l'operato di uno o più soggetti operanti all'interno dell'impresa e disponibili a entrare in rapporti di affari con le associazioni mafiose, di regola sulla base di un calcolo di reciproca convenienza, *non mette in discussione l'origine e la formazione lecita del patrimonio aziendale; ferme restando le eventuali responsabilità penali dei singoli, siamo di fronte a forme di inquinamento mafioso che non giustificano, di regola, sequestro e confisca, ma che possono essere 'curate', nel senso che si è detto, per esempio con la rimozione di amministratori e/o dirigenti collusi, cambiando fornitori e subappaltatori e così via*¹⁵⁸.

A parte le perplessità sull'applicazione di tale misura a un'impresa vittima, si può valutare, allora, positivamente tale valorizzazione dell'amministrazione giudiziaria nei confronti di soggetti, per lo più non pericolosi, ma la cui attività *agevoli*, in quanto si tratta di una *misura strettamente preventiva* destinata a rompere il legame dell'attività economica con l'organizzazione criminale e, quindi, a *bonificare l'impresa*¹⁵⁹, applicata come afferma il Tribunale di Milano nell'interesse dell'impresa (che vuole liberarsi dall'infiltrazione mafiosa).

158. PIGNATONE, *op. cit.*, 262, il quale continua affermando che «Infatti, giudici di varie parti d'Italia hanno ravvisato nei casi sopra indicati proprio le condizioni dell'art. 34 escludendo, probabilmente anche per le dimensioni delle attività economiche interessate, per la loro complessità organizzativa e per l'estraneità ai territori tradizionalmente mafiosi, che i soggetti titolari di quelle attività, pur in presenza della condizione dell'«agevolazione», potessero essere essi stessi destinatari di misure di prevenzione personali o patrimoniali di carattere ablativo».

159. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca*, cit.

A tal proposito si può ricordare che, in conformità al principio di proporzionalità, il progetto della Commissione Fiandaca del 2001, nel tentativo di «ammodernare nelle fondamenta la stessa logica dell'intervento preventivo», proponeva una serie di nuovi strumenti volti a «recidere il perverso intreccio tra mafia, mondo delle imprese e sistema economico», in una dialettica, si sottolinea nella relazione, non vetero-sanzionatoria, ma piuttosto finalizzata ad emancipare le imprese dal potere mafioso e porle in condizioni, responsabilizzandole o rieducandole si potrebbe dire, di operare nel rispetto delle regole del mercato, secondo normali criteri di efficienza economica (– questa è del resto la filosofia sottesa alla responsabilità degli enti *ex d.lgs. 231/2001*, prevista anche per il reato di associazione di stampo mafioso –)¹⁶⁰. Tale logica potrebbe essere considerata conforme alle indicazioni della Direttiva 42/2014 che al considerando 17 e 18 promuove l'applicazione del principio di proporzionalità.

Maggiori perplessità sorgono, invece, sulla legittimità della forma di confisca prevista dall'art. 34 che prescinde dal requisito della pericolosità sociale del proprietario dei beni e si fonda solo sui requisiti oggettivi del rapporto di agevolazione (non è neanche chiaro, se rispetto alla mera attività criminale o, addirittura, in maniera più generica ma soprattutto neutra, rispetto all'attività economica del prevenuto o imputato), se non addirittura sulla condizione di vittima, e sui sufficienti indizi circa l'origine illecita dei beni (frutto o reimpiego; non si richiede come previsto dall'art. 24 che i beni «risultino frutto o reimpiego», ma che si abbia «motivo di ritenere» e, quindi, addirittura uno standard probatorio più basso di quello preteso per applicare la confisca al prevenuto). Il legame con la pericolosità sociale è assolutamente indiretto, essendo attinto dagli indizi di pericolosità di colui che detiene l'attività agevolata. Il tutto in linea con l'interpretazione oggettivistica di tale disciplina, offerta dalla giurisprudenza che ne ha individuato lo scopo nell'urgente necessità di frenare l'infiltrazione criminale nell'economia lecita (il riciclaggio), considerando la pericolosità intrinseca di tali beni di origine illecita che inquinano l'economia¹⁶¹. In relazione a questa forma di confisca, allora, si dovrebbe pretendere in maniera ancora più pregnante di quanto non sia necessario per la confisca *ex art. 24*, almeno la prova indiziaria *ex art. 192 c.p.p.* dell'origine illecita dei beni, che sola può giustificare in uno Stato di diritto la sottrazione dei beni in quanto provento di reato. Tale forma di confisca dovrebbe essere applicata

160. Per l'esame di tali misure sia consentito il rinvio a MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 432 ss.; ID., *Dall'actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia?*, in *Scenari di mafia*, a cura di FIANDACA, COSTANTINO, 2010, cit., 271 ss.

161. App. Palermo, decreto 1° ottobre 1996, Tre Noci s.r.l. ed altri, in *Cass. pen.*, 1997, 2257; App. Catania, 21 novembre 1997, Spampinato, in *Cass. pen.*, 1998, n. 1558, 2726-2730.

solo laddove, grazie all'amministrazione giudiziaria, emerge la *prova indiziaria* dell'origine illecita dei singoli beni.

Sempre, in conformità al principio di proporzione, appare assolutamente pregevole il nuovo strumento di intervento introdotto dalla l. 161/'17 all'art. 34-*bis*, e cioè il *controllo giudiziario* («Controllo giudiziario delle aziende»); sarebbe applicabile qualora l'agevolazione degli interessi mafiosi da parte di un'azienda «risulta occasionale» e «sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività»: il tribunale può limitarsi a imporre all'azienda oneri comunicativi nei confronti dell'autorità giudiziaria e di polizia, oppure nominare una sorta di tutor (definito impropriamente «amministratore giudiziario») che, guidato dal giudice delegato, attua una «vigilanza prescrittiva» entro un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre, al fine di munire l'attività imprenditoriale dei presidi occorrenti per tenerla indenne dal condizionamento mafioso. In particolare si prevede che l'amministratore possa imporre «d) di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-*ter* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231» e quindi di munirsi dei modelli organizzativi volti a prevenire il rischio reato e, in particolare, il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi. La logica del decreto 231/2001, del resto, è proprio quella di prevenire il rischio reato, piuttosto che quello repressivo, attraverso l'adozione di idonei modelli organizzativi; già nella prassi sono emersi dei casi virtuosi in cui il tribunale ha considerato l'adozione di un idoneo modello organizzativo, – «congegnato proprio per prevenire le 'intrusioni mafiose' nell'area aziendale rivelatasi più esposta, ossia la selezione dei fornitori dei servizi di smistamento e distribuzione» –, come indice da cui desumere che l'azienda fossa stata bonificata e che la procedura avesse raggiunto il suo scopo («il nuovo corso impartito dalla società al proprio metodo organizzativo possa già in questo momento comportare una tranquillizzante prospettiva sul venir meno di quelle pesanti infiltrazioni che avevano motivato l'adozione del provvedimento»¹⁶²).

La stessa azienda può chiedere al tribunale di essere sottoposta al controllo giudiziario qualora sia stata destinataria di un'interdittiva antimafia e l'abbia, però, impugnata innanzi al TAR competente: se l'autorità giudiziaria accoglie l'istanza, si sospendono gli effetti del provvedimento prefettizio (art. 34-*bis*, comma 6 e 7)¹⁶³. Anche tale misura rimane nei confini di uno strumento autenticamente preventivo contro forme di infiltrazione criminale nell'economia lecita. Paradossalmente, invece, l'interdittiva antimafia assume connotati maggiormente punitivi dell'amministrazione giudiziaria e del controllo giudiziario, in

162. Tribunale di Milano, aprile 2011, TNT. Cfr. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca*, cit.

163. Cfr. VISCONTI, *Approvate in prima lettura*, cit., 150.

quanto impone l'interruzione dei rapporti con la pubblica amministrazione in presenza di presupposti meno gravi, come il mero tentativo di infiltrazione mafiosa, e di un accertamento ancor meno garantistico di quello previsto in sede di prevenzione e soprattutto non giurisdizionale¹⁶⁴.

8. *Conclusioni.* La riforma introdotta dalla l. 161/2017 presenta dei piccoli passi in avanti in termini di garanzie procedurali nell'ambito del procedimento di prevenzione e anche in termini di tutela dei terzi creditori¹⁶⁵ (fermo restando che si continua ad invertire l'onere della prova della buona fede a carico del terzo creditore, che i crediti sono soddisfatti solo nei limiti del 60% e, in seguito alla riforma, al netto delle spese del procedimento di confisca *ex art. 53*¹⁶⁶; non si capisce perché le banche, fondamentali per garantire il credito e la continuità aziendale, non rientrino nei «tavoli provinciali permanenti sulle aziende sequestrate e confiscate, presso le prefetture-uffici territoriali del Governo», *ex art. 41-ter*, ecc.). L'intervento novellistico, inoltre, ha il merito di valorizzare l'amministrazione giudiziaria dei beni *ex art. 34 d.lgs. n. 159/2011*, – purché non venga applicata alla mera vittima –, e di avere introdotto il controllo giudiziario *ex art. 34-bis d.lgs. n. 159/2011* in una logica di uso delle misure di prevenzione ispirata al principio di proporzionalità.

Nonostante tali profili positivi la riforma continua ad esprimere una precisa scelta politica criminale di esasperato potenziamento degli strumenti patrimoniali come strategia vincente nella lotta a qualunque forma di criminalità, anche se a scapito delle garanzie della materia penale.

La scelta di valorizzare lo strumento patrimoniale è sicuramente una scelta razionale, ispirata a corretti canoni di efficienza, nei confronti della criminalità del profitto, rispondente anche a parametri di proporzionalità dell'intervento penale laddove esprimesse una volontà di uso parsimonioso della pena detentiva. Ciò che non si condivide è quella continua frode delle etichette che attraverso la qualifica di misura di prevenzione consente di applicare le sanzioni patrimoniali senza le garanzie della materia penale. Riemerge sempre quell'assunto, sotteso alla sentenza Montella delle Sezioni unite¹⁶⁷, in base al quale la tutela connessa al principio di colpevolezza e alla presunzione d'innocenza vale solo laddove è

164. PIGNATONE, *op. cit.*, 263; da ultimo in materia Corte cost., ud. 21 novembre 2017, ordinanza n. 4/2018.

165. Cfr. VISCONTI, *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, cit., 150; AIELLO, *Brevi riflessioni sulla disciplina del Codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2016; MENDITTO, *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice antimafia) e della confisca allargata*, *ivi*, 22 dicembre 2015.

166. «nonché di amministrazione dei beni sequestrati e di quelle sostenute nel procedimento di cui agli articoli da 57 a 61», art. 53 d.lgs. n. 159/2011.

167. Cass., Sez. un., 19 gennaio 2004, Montella, n. 920, in *Mass. Uff.*, 226490, in *Cass. pen.*, 2004, 1187.

in gioco la libertà personale, e non si applica alla tutela del patrimonio, come se fosse possibile confiscare interi patrimoni in quanto presunti di origine illecita, senza stigmatizzare un soggetto come “mafioso”, “corrotto o corruttore”, o comunque “delinquente”, coinvolgendo il cuore della presunzione d’innocenza che dovrebbe comportare la tutela della dignità del cittadino contro la stigmatizzazione dell’intervento penale.

Si dimentica, inoltre, che il diritto di proprietà costituzionalmente garantito (art. 42 Cost.) è riconosciuto dall’art. 1 del I Protocollo C.E.D.U.¹⁶⁸, unica norma della Convenzione europea che ha ad oggetto la tutela di un diritto economico, in quanto, come emerge dai lavori preparatori, «il diritto di proprietà costituisce una condizione per l’indipendenza personale e familiare»¹⁶⁹; l’inclusione nel primo protocollo rappresenta il risultato di un lungo dibattito circa l’opportunità di inserire un tale diritto nella Convenzione, dopo la prima proposta preparata dall’*International Judicial Section of the European Movement*, guidata da Pierre-Henri Teitgen, con Maxwell Fyfe e Dehousse come relatori (entrambi avevano partecipato alla redazione della Dichiarazione universale dei diritti umani) che proponevano di inserire la «libertà dall’arbitraria privazione della proprietà»¹⁷⁰. Emerge, quindi, immediatamente la rilevanza di tale bene come strumento di realizzazione personale, di garanzia della propria indipendenza e di quella della propria famiglia, nonché la connessione di tale principio con la libertà di iniziativa economica e la libertà dagli abusi dell’autorità¹⁷¹. La Convenzione EDU ammette delle delimitazioni del diritto di proprietà, come del resto la Costitu-

168. «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

169. *Recueil des travaux préparatoires, publié par Martinus Nijhoff*, La Haye, vol. I, 221; cfr. EISSEN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, 36-37; RUSSO, *L’applicabilité aux nationaux des “principes généraux du droit international” visés à l’article 1 du Protocole n° 1*, in *Protecting Human Rights. Protecting Human Rights: The European Dimension - Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, edited by MATSCHER, PETZOLD, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990, 547; SCHERMERS, *The international protection of the right of property*, *ivi*, 565; GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights - Commentary*, München, 2014, 359; HARRIS, O’BOYLE, WARBRICK: *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, 862.

170. Cfr. SHABAS (a cura di), *Art. 1 Protection of Property, The European convention on human rights: a commentary*, Oxford, 2015, 960.

171. Cfr. *United States v. James Daniel Good Real Property*, 114 Supreme Court 492 (1993) in cui la Suprema Corte statunitense afferma che il diritto di proprietà è legato da un nesso inscindibile al diritto personale alla libertà, al punto che l’uno non avrebbe senso senza l’altro. Quando un governo possiede un potere incontrollabile sui diritti di proprietà di un cittadino, tutti gli altri diritti diventano privi di valore, così *Lynch v. Household Finance Corp.*, 405 U.S. 538, 552 (1972), 737.

zione italiana, ma solo: a) nei limiti previsti dalla legge, in quanto si tratta di una riserva di legge formale, in conformità al principio di legalità (art. 7 C.E.D.U.), che pretende una certa qualità della legge, che deve essere accessibile, precisa e prevedibile¹⁷²; b) in quanto necessarie in uno Stato di diritto, e, quindi garantendo un rapporto di proporzionalità tra i mezzi usati e lo scopo perseguito, un equo bilanciamento tra l'interesse del singolo e quello dello Stato¹⁷³. La Corte europea ritiene che l'interesse a combattere e prevenire il crimine rientra nel generale interesse indicato nell'art. 1, Prot. n. 1, C.E.D.U.¹⁷⁴ e riconosce agli Stati un ampio margine di apprezzamento nel valutare l'interesse generale che legittima ai sensi del secondo paragrafo il controllo dell'uso della proprietà¹⁷⁵, ma sempre nel rispetto del principio di proporzionalità: tale bilanciamento non sarà realizzato laddove si impone un onere individuale eccessivo¹⁷⁶. Non solo ma la Corte europea ritiene che la confisca per essere conforme alla Convenzione deve essere applicata in una *procedura* che offra adeguate garanzie contro l'arbitrarietà¹⁷⁷.

In questa prospettiva (e a dispetto di quanto emerge anche nella giurisprudenza della Corte EDU¹⁷⁸) l'attuale uso irrefrenabile della confisca nell'ordinamento italiano, nel comprimere la libertà di godimento dei propri beni comporta spesso un *onere individuale eccessivo*, sproporzionato, nonché «una menomazione della libertà morale dell'individuo, una mortificazione della sua dignità e del suo prestigio», «una restrizione della sua libertà personale»¹⁷⁹. Il tutto attraverso una normativa che non sempre è pienamente rispettosa del principio di legalità, come sottolineato dalla Corte EDU nel caso De Tommaso¹⁸⁰, e con delle procedure prive di adeguate garanzie contro l'arbitrarietà, come evidenziato in relazione al procedimento di prevenzione.

172. PADELLETTI, *Art. 1 Protocollo n. 1*, in *Commentario breve alla C.e.d.u.*, Cedam, Padova, 2012, 797; Corte EDU, 30 maggio 2005, Belvedere Alberghiera c. Italia, §§ 57 s.; Id., 30 maggio 2005, Carbonara e Sulej Ventura c. Italia; Id., 20 gennaio 2009, Sud Fondi Srl e Altre 2 c. Italia, n. 75909/01, § 108; Beyeler v. Italy [GC], n. 33202/96, § 109, ECHR 2000-I.

173. Corte EDU, 24 ottobre 1986, Agosi, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, serie A, vol. 108, 18 ss. e in *E.H.R.R.* 1987, vol. 9, 1; conforme 5 maggio 1995, Air Canada c. Regno Unito, *ivi*, Serie A, n. 316 e in *Riv. trim. dir. uomo*, 1996, 753.

174. Corte EDU, Lavrechov v. the Czech Republic, n. 57404/08, § 46, ECHR 2013; Id., 1° aprile 2010, Denisova and Moiseyeva v. Russia, n. 16903/03, § 58; SHABAS, *op. cit.*, 976.

175. SHABAS, *op. cit.*, 979.

176. Corte EDU 23 Settembre 1982, Sporrang and Lönnroth v. Sweden, §§ 69-74, Series A n. 52, and Brumărescu v. Romania [GC], n. 28342/95, § 78, ECHR 1999-VII.

177. Tra le altre Corte EDU, 5 luglio 2001, Arcuri and Others v. Italy (dec.), n. 52024/99, ECHR 2001-VII; Id., 4 settembre 2001, Riela and Others v. Italy (dec.), n. 52439/99, n. 52439/99.

178. Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U.*, cit.

179. Così CUPELLI, DE SANTIS, *L'intervento sul patrimonio come strumento di contrasto all'economia illecita*, in MONTAGNA, *Sequestro e confisca*, cit., 128 che citano Corte cost., sent. 419/1994 per l'adozione di una nozione elastica di "libertà personale", non limitata all'integrità fisica.

180. Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, n. 43395/09.

In particolare, attraverso l'esame della recente riforma è emerso come l'inclusione nella categoria dei soggetti a pericolosità qualificata degli indiziati dei reati contro la p.a. è il «prodotto di populismo penale onnivoro, che strumentalizza politicamente la lotta alla corruzione come spot elettorale»¹⁸¹; l'applicazione delle misure di prevenzione ai soggetti dediti a corruzione era già possibile attraverso la categoria dei soggetti a pericolosità generica, ma si è voluto ancora di più semplificare l'onere probatorio dell'accusa, sottraendola al fastidio di fornire gli indizi di un'attività delinquenziale abituale o della condizione di soggetto che vive in tutto o in parte con il provento del crimine. Del resto, è emblematica la lettera del Capo dello Stato al Presidente del Consiglio che ha accompagnato l'atto di promulgazione della legge di riforma del codice antimafia, in cui si legge che «proprio l'estensione degli interventi effettuati e gli aspetti di novità che alcune delle norme introdotte presentano rendono di certo opportuno che, particolarmente con riferimento all'ambito applicativo delle misure di prevenzione, il Governo proceda a un attento monitoraggio degli effetti applicativi della disciplina, come è stato previsto dall'ordine del giorno approvato dalla Camera dei deputati nella seduta del 27 settembre 2017». «È probabilmente un inedito della legislazione italiana: un Parlamento 'perplesso' che approva una riforma e contestualmente chiede al Governo di monitorarne gli effetti per approntare eventualmente le correzioni reputate necessarie; un Capo dello Stato che, evidentemente, considera fondate quelle stesse perplessità e invita il Governo a tenere i riflettori puntati sul provvedimento»¹⁸².

Se non si vuole, allora, semplicemente piegare ad esigenze di semplificazione probatoria e di alleggerimento dell'onere della prova gravante sulla pubblica accusa, le categorie penalistiche, – tipicità e colpevolezza –, e le stesse garanzie processuali, – presunzione d'innocenza, *in dubio pro reo*, *ne bis in idem* –, svalutandole e sacrificandole all'altare dell'efficienza, il giusto processo al patrimonio *ex art.* 111 Cost., 24 e 27, co. 2, Cost., va costruito con le *adeguate garanzie della materia penale*, a partire dall'eliminazione di quella contraddizione rappresentata dalla «scarna considerazione verso i relativi aspetti procedurali»¹⁸³, nonostante il sempre più intenso ricorso allo strumento patrimoniale nella lotta a qualunque forma di criminalità.

Un ulteriore intervento riformatore in chiave garantistica, come ripetutamente sottolineato, sarà necessario del resto anche in vista dell'approvazione del Regolamento europeo in materia di mutuo riconoscimento dei provvedimenti

181. COSÌ FIANDACA, *L'antimafia per tutti nel Parlamento degli incompetenti*, in *Il Mattino*, 30 giugno 2017; cfr. CASSESE, *Riforma incostituzionale che non fermerà la corruzione*, *ivi*, <http://www.camerepenali.it/public/file/Stampa/2017/sabino-cassese-30-06-17.pdf>.

182. VISCONTI, *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, cit., 150.

183. MONTAGNA, *Procedimento applicativo*, cit., 454.

di confisca. Quest'ultimo pretende che il provvedimento di confisca sia assunto con le garanzie della materia penale, anche se non richiede nell'ultima versione, riformata dal Consiglio in seguito all'accordo dell'8 dicembre 2017, che il provvedimento sia emanato in un procedimento penale (*criminal proceeding*), ma si accontenta di *proceedings in criminal matters*; si passa dalla nozione di procedimenti penali in senso stretto a quella di procedimenti che hanno a vedere con affari criminali. Il considerando (13) della Proposta recita che il Regolamento dovrebbe applicarsi a tutti i provvedimenti di congelamento e confisca emessi nel quadro di un'azione penale, con l'avvertenza che "azione penale" è un concetto autonomo del diritto dell'Unione europea, e che pertanto il Regolamento dovrebbe coprire tutti i tipi di provvedimenti di congelamento e di confisca emessi in seguito a «procedimenti connessi ad un reato»¹⁸⁴, anche provvedimenti non previsti nella Direttiva 42/2014 ed emessi in assenza di condanna definitiva¹⁸⁵. Si continua, però, ad escludere il mutuo riconoscimento per provvedimenti adottati con procedimenti di carattere amministrativo o civile¹⁸⁶, e si pretende il rispetto delle garanzie della materia penale (considerando n. 18: «In particolare, le garanzie essenziali applicabili ai procedimenti penali previste dalla Carta dovrebbero applicarsi all'azione penale contemplata dal presente regolamento, che non corrisponde ad un procedimento penale»).

184. Inquietante il considerando 13 laddove precisa che «l'azione penale può comprendere anche indagini penali svolte dalla polizia e da altri servizi di contrasto»; chiaramente ciò dovrebbe riguardare solo i provvedimenti di congelamento.

185. Cfr. MAUGERI, *Prime osservazioni sulla nuova "Proposta di Regolamento"*, cit., 231.

186. MAUGERI, *Prime osservazioni sulla nuova "Proposta di Regolamento"*, cit.; ID., *La legittimità della confisca di prevenzione*, cit., 591 ss.