

Osservazioni in ordine all'accertamento probatorio nelle ipotesi di confisca

Assenza di prova ed efficacia dell'accertamento patrimoniale

Observations in order to the evidences in the different models of forfeiture

Absence of proof and the effectiveness of the assessment on the asset

EDOARDO BANDIERA

*Dottorando di ricerca in diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Ferrara
bnddrd@unife.it*

CONFISCA, PROVA, ACCERTAMENTO, PRESUNZIONE,
INDIZIO, EFFICACIA

FORFEITURE, PROOF, EVIDENCE, CLUE,
PRESUMPTION

ABSTRACT

L'autore, passate in rassegna le differenti tipologie di confisca presenti nell'ordinamento italiano, e soffermatosi con particolare attenzione su quelle c.d. per sproporzione, analizza i differenti requisiti per applicare le differenti tipologie di. Dall'analisi emerge la tendenza da parte del legislatore di svincolare sempre di più l'accertamento dalla applicazione della misura ablatoria; simile tendenza, però, rischia di avere ripercussioni negative proprio sulla presunta efficacia del nuovo paradigma punitivo fondato sulla confisca.

The author, after an overview of the different confiscation models in the national legal system, with particular regard to the so called confiscation "per sproporzione", focuses on the necessary profiles concerning the application of the measure in the different models.

The trend emerging is that the legislator tends to release the ascertaining of the confiscation from the application. But a similar trend might have a negative impact on the efficiency of the new punitive system based on confiscation.

SOMMARIO

1. Il mare dell'illegalità — 2. Alla ricerca di una rotta fra l'arcipelago delle confische — 3. La bussola dell'accertamento probatorio — 4. Navigazione a vista: prova, presunzioni e processo penale — 5. Il faro dell'accertamento del fatto — 6. Conclusioni: gli scogli del crimine transnazionale ed il cambio di rotta necessario

1. Il mare dell'illegalità

Negli ultimi trent'anni, la criminalità, tanto quella domestica, quanto quella transnazionale, ha cambiato veste e, liberatasi in apparenza del proprio volto predatorio e violento, ha trovato nuovi modi di arricchirsi cavalcando l'onda del libero mercato.

Il mondo globalizzato è stato, cioè, il volano che ha permesso, prima, la nascita e, poi, la prosperità di un modello di criminalità che, sul modello di un apparato pubblico, offre alle persone beni e servizi, smarcandosi, però, dagli angusti limiti territoriali di azione propri degli Stati nazionali. La domanda è stata, anzitutto, rivolta a beni e servizi illegali: prostituzione, droga, tabacco, gioco d'azzardo; il crimine ha finito, così, per prosperare sui vizi dell'uomo comune. L'offerta ha, poi, coperto anche proposte legate tradizionalmente ai mercati legali, oggi, infatti, le organizzazioni criminali forniscono servizi a costi più vantaggiosi rispetto a quelli che può offrire lo Stato (si pensi allo smaltimento di rifiuti).

È il fenomeno dell'impresa criminale che persegue, come unico valore, la massimizzazione del profitto¹.

Questa evoluzione delle organizzazioni criminali in strutture 'complesse' ha portato gli Stati a ripensare le proprie politiche di contrasto al crimine, posto che alla tradizionale tutela dell'ordine pubblico si è dapprima affiancata, per poi primeggiare, l'esigenza di tutela dell'ordine economico. Il passaggio, oramai consolidatosi, da un diritto penale 'classico' ad un diritto penale 'moderno' ha avuto come corollari, sul versante sostanziale, lo sganciamento della sanzione dal fatto ed un ritrovato legame con fattispecie improntate sulla pericolosità e sul sospetto; sul versante processuale, invece, si è assistito ad un ritorno della concezione strumentale del processo, nella sua accezione più retriva, quale asservimento della norma processuale alle istanze punitive del diritto penale sostanziale e con essa, quindi, la ricomparsa dell'idea del processo come strumento di lotta².

In particolare, l'attenzione è stata catalizzata dai patrimoni, dalle ricchezze illecitamente accumulate dalle organizzazioni criminali, divenuti il «bersaglio privilegiato dell'intervento punitivo»³. Si è così edificato un 'diritto penale patrimoniale' e, parimenti, un 'processo al patrimonio' che, rivoltisi al proprio arsenale sanzionatorio alla spasmodica ricerca di uno strumento adatto a fronteggiare le moderne esigenze, hanno individuato nella confisca l'arma con cui ingaggiare la nuova battaglia⁴.

¹ In merito la riflessione, soprattutto dei sociologici, è oramai consolidata, si vedano: P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, Bologna, 1983; CATANZARO, *Il delitto come impresa. Storia sociale della mafia*, Padova, 1988; U. SANTINO-G. LA FIURA, *L'impresa mafiosa. Dall'Italia agli Stati Uniti*, Milano, 1990; A. BECCHI- G.M. REY, *L'economia criminale*, Roma, 1994; A. DINO, *L'impresa mafiosa?: colletti bianchi e crimini di potere*, Sesto San Giovanni (Milano), 2016; G. CONZO-R. VONA (a cura di), *L'impresa criminale. La metamorfosi aziendale delle attività malavitose*, Napoli, 2017.

² Il problema cova da tempo e già alle soglie del nuovo millennio F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela della vittima*, Milano, 2001, p. 3 e 5, affermava che «gli ordinamenti e la scienza giuridica di tutto il mondo si trovano oggi di fronte alla necessità di risolvere quei problemi che [...] vanno sotto il nome di 'problemi della modernità' fra i quali l'autore annovera in particolare «il grado di tutela che gli Stati contemporanei possono e debbono accordare ai diritti individuali». Per i problemi che il diritto penale ha affrontato, e con cui continua a rapportarsi, in questa fase di transizione v. C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1221.

³ Così D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, p. 1. Afferma già A. GIALANELLA, *Patrimoni di mafia*, Esi, 1998, p. 52, che «nella recente legislazione penale e non solo in campo nazionale v'è sempre maggiore articolazione delle risposte sanzionatorie rivolte ad aggredire non tanto il bene libertà quanto il bene patrimonio».

⁴ Cfr. L. FURNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova, 1997, p. 5. Peraltro, la riscoperta di questo modello ha aperto una riflessione nella letteratura circa il superamento del paradigma della pena come privazione della libertà. Si veda in merito V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1259 ss., in cui l'autore afferma: «il dogma illuministico *nullum crimen sine poena* – messo in crisi sia dal pragmatismo dell'ineffettività delle pene classiche sia da un disposto punitivo che finalmente aspira a differenziarsi e a dimostrarsi persino disposto a rinunciare alla pena – sembra avviato a una riconversione nel dogma *nullum crimen sine confiscatione*, che vede appunto nella confisca l'unico avamposto irrinunciabile, la prima forma di risposta statale coercitiva a cui sono affidate, anzitutto, le medesime istanze retributive, non senza chiare contaminazioni di marca general-preventiva».

La raggiunta presa di coscienza che, a fronte di una criminalità senza frontiere, le risposte punitive non possono provenire dai singoli Stati in maniera disarmonica e differenziata ha spinto ad una riflessione comune circa la necessità di adottare strumenti di contrasto al crimine organizzato; addivendo, a livello di comunità internazionale, a stipulare la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale.

2.

Alla ricerca di una rotta fra l'arcipelago delle confische

Se, da un lato, la confisca rappresenta una «costante del fenomeno punitivo»⁵, dall'altro, non si può non rimarcare come l'ordinamento abbia progressivamente assistito ad una proliferazione dello strumento, tale che, oggi, il lemma "confisca" esprime solo un concetto di genere.

Sono, infatti, sorte moderne figure di confisca, ed oggi sarebbe più corretto parlare di "arcipelago" delle confische⁶; di un sistema centrifugo in cui, al di là del *nomen iuris*, l'unico denominatore comune, oltre all'effetto di ablazione delle *res*, può individuarsi nella presenza di una *probatio semiplena*, di uno *standard* probatorio di accertamento, cioè, che se non è assente, è di lunga inferiore rispetto a quello proprio del processo penale. Il problema, peraltro, come si vedrà nel prosieguo, non attiene solo alla 'quantità' di prova richiesta per la misura, ma anche alle modalità di formazione della stessa.

La incalcolabile produzione, sia letteraria, sia giurisprudenziale, che si è occupata di questo istituto negli ultimi quindici anni, ha messo in evidenza quanti e quali siano i nodi dogmatici e pratici che si faticano a sciogliere: natura giuridica, oggetto; tutela dei terzi, sono solo alcuni fra i principali problemi che hanno investito gli studiosi. Fuor d'opera sarebbe, allora, il tentativo di occuparsi di tutti questi aspetti; lo scritto si limiterà, mutuando una domanda posta da un maestro del diritto processuale penale, a soffermarsi su di un aspetto specifico: in che «maniera [...] è amministrata la prova» per l'applicazione della confisca?⁷

Sarà, quindi, la "grammatica della prova" la bussola con cui si cercherà di tracciare la rotta per uscire indenni da questo arcipelago, cercando di valutare quale sia lo statuto probatorio che la legge richiede come presupposto per la applicazione della misura.

3.

La bussola dell'(assenza di) accertamento probatorio nelle 'moderne' forme di aggressione al patrimonio

Si può sin da subito avanzare una osservazione: anche laddove la confisca venga applicata al termine del processo penale, e, quindi, dovendo la stessa rapportarsi con lo statuto probatorio tipico del processo, i principi in materia di prova ne escono vulnerati. Ciò è indubbiamente dovuto alla 'contaminazione' operata dalla confisca di prevenzione sulle altre forme di ablazione patrimoniale, con l'implicito intento di elevare la prima, svincolata dalle ristrettezze proprie del diritto penale, a modello operativo cui guardare.

L'analisi non può che partire dalla confisca 'comune' *ex art. 240 c.p.* che rappresenta l'archetipo dello strumento ablativo, e che, tuttavia, oggi ricopre un ruolo meramente residuale e sussidiario. Essa rientra nel novero delle misure di sicurezza e, pertanto, per la sua applicazione richiede che venga provata l'avvenuta commissione di un reato – intesa propriamente come integrazione di una fattispecie tipica, anti-giuridica e colpevole – o di un quasi reato⁸. Di più, perché venga applicata la misura di sicurezza è richiesto che l'accertamento sia contenuto in

⁵ A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale* (voce), in *Dig. d. pen.*, vol. IV, 1989, p. 42.

⁶ Cfr. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit.; E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivi-applicativi*, Torino, 2012.

⁷ Così M. NOBILI, *Ritorno al medioevo? (Note sulla prova nel processo di prevenzione criminale)*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 419.

⁸ Il riferimento va alle tre ipotesi canoniche: reato impossibile (art. 49 c.p.); accordo per commettere un reato o istigazione alla commissione di un reato, senza che poi non segua la commissione dello stesso (art. 115 c.p.). In queste ipotesi, benché non si è in presenza di un reato, si ha un fatto che presenta estremi di disvalore tale che il legislatore consente l'applicazione di una misura di sicurezza se dovesse emergere la pericolosità sociale dell'agente.

una sentenza di condanna⁹.

Il modello si caratterizza, poi, perché ruota attorno al vincolo pertinenziale che lega la *res ablanda* all'illecito penale. Diviene, allora, necessario che venga accertata l'esistenza di un rapporto eziologico fra il bene da confiscare e la condotta sanzionata; va, cioè, provato se quel bene sia il 'prezzo', il 'prodotto' o il 'profitto' del reato, ovvero siano i c.d. *instrumenta sceleris*¹⁰.

Questo legame, però, è divenuto «un ostacolo insuperabile»¹¹ all'aggressione dei patrimoni. Il vincolo causale fra i beni e l'illecito, infatti, impedisce che la misura venga applicata nei casi di riciclaggio di capitali, di reinvestimenti di profitti, di intestazione fittizia, ovvero di ricorso a prestanome, facendo sorgere, così, la necessità di individuare nuove forme di ablazione.

Viene, così, ideato un modello che si basa sulla presunzione di provenienza illecita delle ricchezze e che si connota per l'assenza di un rapporto di pertinenzialità fra il reato oggetto del procedimento in cui la misura viene applicata ed i beni che vengono confiscati. Ascrivibili a questo modello sono tanto la confisca di prevenzione, quanto la confisca allargata o per sproporzione¹².

Da un punto di vista cronologico, la prima 'cesura' al modello tradizionale va individuata nella confisca di prevenzione¹³, uno strumento che opera in una situazione di *precrime*¹⁴. Lo strumento di ablazione patrimoniale preventiva, disciplinato dall'art. 24 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, costituisce ancora oggi il perno della strategia ablatoria patrimoniale. Essa, in particolare, si connota per una forte valenza simbolico-dissuasiva derivatagli, da un lato, dalla particolare duttilità del procedimento con cui la misura viene irrogata; dall'altro, dallo standard di garanzie degradato rispetto a quello proprio del processo penale.

Lo strumento nasce come intimamente legato alla sola criminalità di tipo mafioso. La misura reale, infatti, si atteggia a *poena extraordinaria*, a sostituto della sanzione penale, in grado di colpire al cuore i patrimoni degli affiliati alle organizzazioni criminali, allorché l'istruzione probatoria del processo penale non sia riuscita ad accertarne la responsabilità. Ben presto, tuttavia, la confisca di prevenzione ha visto dilatarsi il suo spettro applicativo, venendo meno il riferimento esclusivo alle fattispecie legate alla criminalità mafiosa, e ritenendosi sufficiente

⁹ Fa eccezione la previsione di cui all'art. 240, comma 2 n. 2 c.p. per la confisca delle cose obiettivamente illecite. In questo caso la sentenza di condanna non è necessaria in quanto trattasi di cose che, a seguito di una valutazione circa la pericolosità operata *ex ante* dal legislatore, devono essere eliminate dalla circolazione e/o dalla disponibilità dei privati in ogni caso. Inoltre, come chiarito da Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci, in *Dir. pen. cont.*, 30 luglio 2015, anche in caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione è possibile disporre la confisca obbligatoria del prezzo del reato (art. 240, comma 2 n. 1 c.p.) sempre che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna.

¹⁰ L'art. 240 c.p. prevede, invero, un regime duplice: a) al comma 1 è disciplinata la confisca facoltativa per «le cose che servono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto»; b) al comma 2, invece, si prevede la confisca obbligatoria delle «cose che costituiscono il prezzo del reato», dovendosi intendere con ciò ogni corrispettivo pattuito per la commissione del reato. Va, peraltro, segnalato come a più riprese il legislatore, a partire dall'introduzione dell'art. 416-bis c.p., abbia introdotto numerose disposizioni, sia a livello codicistico, sia di legislazione speciale, in cui si è resa obbligatoria la confisca prevista come facoltativa dall'art. 240 c.p. Si deve, altresì, segnalare come l'opera giurisprudenziale abbia forzata il valore semantico del termine 'profitto', sradicandolo dai connotati che gli erano tradizionalmente propri e trasformandolo nel lemma, dai confini più evanescenti, di 'vantaggio'. Si veda *funditus* Cass., ord. 30 ottobre 2013, n. 46726, in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2013, con commento di T. TRINCHERA, [Confisca per equivalente di beni appartenenti alla società e reati tributari: la parola passe alle Sezioni Unite](#); Cass., Sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10561, *Dir. pen. cont.*, con commento di T. TRINCHERA, [La sentenza delle Sezioni Unite in team di confisca di beni societari e reati fiscali](#).

¹¹ Così A. BARGI, "Processo al patrimonio" e principi del giusto processo, in A. BARGI-A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, t. I, Torino, 2011, p. 7.

¹² Individua gli aspetti correttamente D. FONDAROLI, *Misure di prevenzione e presunta pericolosità dei beni*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011, la dove afferma «La 'comune' ispirazione della misura di prevenzione patrimoniale ex art. 2-ter l. 575/1965 e delle 'ipotesi particolari di confisca' di cui all'art. 12-sexies l. 356/1992 [...] si evidenzia nel riferimento al criterio di imputazione, che è di tipo soggettivo [...]; al presupposto della titolarità o disponibilità dei beni; al parametro della sproporzione fra il valore dei beni e il reddito o l'attività economica [...]; infine, alla mancata giustificazione della provenienza legittima dei beni».

¹³ Strumento introdotto con la l. 13 settembre 1982, n. 642 (c.d. Rognoni-La Torre). Per un primo commento: F. BRICOLA-G. FIANDACA, *Legge 13 settembre 1982, n. 642: disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alle l. 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575. Istituzioni di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 237.

¹⁴ Il riferimento è tratto da P.K. DICK, *Minority report*, in ID., *Tutti i racconti: le presenze invisibili*, Milano, 1994.

una pericolosità c.d. generica, cioè riferibile ad ogni tipo di reato¹⁵.

Di più, il procedimento si caratterizza per una certa speditezza che ne consente l'attivazione a fronte di uno *standard* probatorio lasco, in cui le fattispecie di pericolosità 'collassano' sull'indizio. All'ineffabilità del presupposto si accompagnano *ex art. 24 D.lgs. 159/2011*, poi, le due presunzioni di provenienza illecita dei beni di cui il proposto non giustifichi la provenienza, ovvero di cui sia titolare o abbia la disponibilità, anche per interposta persona, ma in valore sproporzionato al proprio reddito. La norma, pertanto, presenta due condizioni fra loro alternative tali che spetta al proposto fornire la prova della proporzione dei beni rispetto al reddito, ovvero dimostrarne l'origine lecita, pena l'ablazione delle res¹⁶.

Al *deficit* in materia di prova, peraltro, si accompagnano garanzie difensive se non assenti, ridotte, rapportate al procedimento di esecuzione, modello su cui si innesta il procedimento di profilassi grazie al richiamo dell'art. 7, comma 6 D.lgs. 159/2001 all'art. 666 c.p.p. Non si richiede, difatti, che ad essere accertato sia un fatto, non è necessaria alcuna contestazione specifica attraverso un capo di imputazione. Si è, invece, di fronte ad una attribuzione labile, vaga, che pregiudica in partenza l'esercizio del diritto alla difesa, il quale postulerebbe, invece, un addebito chiaro e preciso circa un fatto da provare.

Ancora, all'autorità requirente non serve collocare nel tempo queste condotte pericolose, poiché l'azione preventiva, a differenza di quella penale, non conosce alcun limite prescrizionale.¹⁷

Cosicché, il più delle volte, nel giudizio di prevenzione finisce che la prova della confisca si risolve nella stessa notizia che permette l'apertura del procedimento¹⁸; si è così di fronte a pene non solo *preater* o *ante delicto*, ma anche *sine probatione*¹⁹.

A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 12-*quinquies* del d.l. 306/1992, che prevedeva una confisca obbligatoria per il 'possesso ingiustificato di valori'²⁰, il legislatore introdusse una nuova forma di incapacitazione patrimoniale: la confisca allargata *ex art. 12-sexies* d.l. 306/1992²¹. Strumento versatile, dalla natura di misura di prevenzione 'atipica'²², si differenzia dalla misura di profilassi patrimoniale perché forma di ablazione che opera solamente *post delictum*, venendo applicata a seguito di una sentenza di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti, per determinate ipotesi delittuose tassativamente indicate²³.

La confisca per sproporzione, parimenti alla confisca di prevenzione, ha ad oggetto beni, denaro o altre utilità «di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito».

Anche questo modello viene, così, a basarsi su di una presunzione di illecita accumulazione; non si distingue, né tanto meno accerta, cioè, fra i beni quali siano derivanti dal fatto og-

¹⁵ In merito va, peraltro, affermato che si è ancora in attesa delle ricadute della sentenza della Corte eur., Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, sul sistema della prevenzione patrimoniale. Con questa pronuncia, infatti, la Corte europea dei diritti ha ritenuto che le misure di prevenzione personali basate su di una fattispecie di 'pericolosità generica' violino l'art. 2 del IV protocollo in materia di libertà di circolazione. Il concetto di 'pericolosità generica', infatti, ancorché accessibile, non soddisfa il requisito delle prevedibilità della misura e, perciò, rimette all'autorità giudiziaria una eccessiva discrezionalità che si traduce in una violazione del principio di tassatività della materia penale previsto e garantito dall'art. 7 della convenzione. È pendente davanti alla Corte costituzionale l'ordinanza di rimessione della Corte di appello di Napoli, sezioni prevenzione, con cui è stato sollevato un dubbio di legittimità della disciplina che prevede l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali per soggetti a pericolosità 'generica' perché contrastante con l'art. 117 Cost. e art. 1 del I protocollo alla Cedu. Cfr. A. M. 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*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 15 ss.; S. FINOCCHIARO, *Le misure di prevenzione italiane, sul banco degli imputati a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2017, p. 881 ss.

¹⁶ Nonostante la giurisprudenza parli di "onere di allegazione", la dottrina in maniera coconorde ritiene che si sia in presenza di un vero e proprio onere probatorio ribaltato (*amplius v. infra* § 5). Cfr. F. VERGINE, *Le misure preventive patrimoniali*, in *La giustizia penale preventiva. Atti del Convegno di Cagliari, 29-31 Ottobre 2015*, Milano, 2016, p. 215; L. FILIPPI, *Dinamica del procedimento di prevenzione: profili problematici*, *ivi*, p. 252.

¹⁷ Cfr. O. DOMINIONI, *Imputazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, p. 818.

¹⁸ Così D. SIRACUSANO, *Indagini, indizi e prove nella nuova legge antimafia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 910 che afferma che la qualifica di indiziato non serve a legittimare l'indagine «ma se mai a giustificarla».

¹⁹ Cfr. L. FILIPPI, *La confisca di prevenzione un'anomalia tutta italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 270 ss.

²⁰ Cfr. Corte cost., 17 febbraio 1994, n. 48, in *Giur. cost.*, 1994, p. 271. Cfr. G. FORNASARI, *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12-sexies della legge n. 356 del 1992*, in *Crit. dir.*, 3, 1994, p. 11 ss. La misura era stata introdotta con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356.

²¹ Il nuovo modello di confisca per sproporzione fu introdotto con il d.l. 20 giugno 1994, n. 309, convertito in l. 8 agosto 1994, n. 501.

²² Così Cass., Sez. un., 17 dicembre 2003, n. 920, Montella, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1182, con commento di G. FIDELBO, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12-sexies, l. n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*.

²³ Ipotesi che sono state ulteriormente ampliate dalla l. n. 161/2017.

getto dell'imputazione e quali, viceversa, derivino da altre attività, lecite o illecite. Mutuando il modello della *confisca ante delictum*, la sproporzione del valore dei beni ablandi rispetto al reddito dichiarato, nonché l'illiceità della provenienza, sono presunte.

Le presunzioni finiscono, allora, per gravare l'imputato della necessità di giustificare la provenienza dei beni, sollevando l'autorità inquirente dall'onere probatorio. La giurisprudenza di legittimità, però, ritiene che la presunzione *iuris tantum* sia ragionevole, posto che il legislatore ha indicato una fascia di delitti che si pongono quale fonte di ricchezza illecita²⁴. Di più, essa ritiene, in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale, non si sia in presenza di un'inversione dell'onere della prova, quanto, piuttosto, di una «presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale» che richiede solamente «l'allegazione di elementi [...] idonei a vincere la presunzione».

Di più, mentre viene accertato il reato con cui si applica la confisca allargata, rimangono, invece, non provati i reati da cui si presume che provengano i prodotti illeciti, finendo così per colpire «un reato occulto»²⁵.

L'unico baluardo alla fagocitante forza ablativa è, o per meglio dire era, rappresentato dalla necessità di una pronuncia che riconoscesse la responsabilità dell'imputato, ovvero in una sentenza di patteggiamento.

Si deve, infatti, dare atto che con la l. 17 ottobre 2017, n. 16, con cui il legislatore ha interpolato il Codice Antimafia, è stata, altresì, toccata la disciplina della confisca allargata che oggi assume, sempre più, caratteri di assonanza con la confisca di prevenzione²⁶. Si è infatti prevista la possibilità, da un lato, di procedere alla confisca nei confronti degli eredi in caso di morte del condannato (art. 12-*sexies*, comma 4-*octies*); dall'altro, di applicare la confisca allargata anche in sede di proscioglimento per intervenuta prescrizione o amnistia, purché in un precedente grado di giudizio si sia addivenuti ad un accertamento circa la responsabilità (art. 12-*sexies*, comma 4-*septies*).

Ad un diverso modello risponde, invece, la confisca per equivalente²⁷. Strumento di chiusura del sistema, essa consente di aggredire beni o utilità per un valore corrispondente al profitto che deriverebbe dal reato, ma che è stato precedentemente occultato o sottratto, rischiando, quindi, di non essere recuperato.

Loggetto potenziale della misura subisce un significativo ampliamento: essa, infatti, continuare a richiede la necessaria integrazione della fattispecie penale, ma riguarda beni che non hanno alcun in rapporto di pertinenza con il singolo reato contestato ed accertato, avendo come unico limite oggettivo la corrispondenza del «valore».

Viepiù, simile strumento non è incentrato neppure sulla pericolosità attuale o remota dei beni che si confiscano, i quali, infatti, non sono soggetti ad una presunzione di provenienza illecita. Pertanto, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, posto che non v'è alcuna pertinenza che lega reato e beni ablandi, è possibile che ad essere sottoposti a confisca siano beni legittimamente acquisiti al patrimonio del reo²⁸. Scopo della confisca di valore, allora, è quello di lanciare un monito: «il crimine non paga»²⁹.

Ed è questa, in particolare, la confisca che l'art. 11 della l. 16 marzo 2006, n. 146, in ratifica della c.d. «Convenzione di Palermo», ha introdotto nel nostro ordinamento per il prezzo ed il profitto dei reati c.d. transnazionali³⁰. Anche in questa ipotesi va rilevato come l'art. 12 § 7 della Convenzione prevedeva la possibilità per gli Stati di introdurre un meccanismo di

²⁴ Cfr. Cass., Sez. un., n. 920/2003, cit.

²⁵ Così M. NOBILI, *Associazioni mafiose criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Crit. dir.*, 1995, p. 268.

²⁶ Concorda su una progressione omologazione S. FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2/2018, p. 131.

²⁷ Lo strumento è stato introdotto nel nostro ordinamento con la l. 7 marzo 1996, n. 108 che andava a novellare l'art. 644 c.p.

²⁸ Cfr. Cass., sez. VI, 27 gennaio 2005, n. , in *Cass. pen.*, 2006, p. 2851.

²⁹ Cfr. A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Milano, 2006, p. 2107.

³⁰ Si tratta della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale e degli annessi Protocolli adottati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio del 2001. V. Aa.Vv., *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano, La convenzione ONU di Palermo*, a cura di E. Rosi, Torino, 2007; A. MANGIARACINA, *Il «congelamento dei beni e la confisca come misure di contrasto alla criminalità organizzata transnazionale e al terrorismo*, in A. BARGI-A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale*, cit., to. II, Torino, p. 976 ss.

inversione della prova³¹.

4.

Navigazione a vista: fra indizi, presunzioni ed il rischio di uscita dalla rotta

All'interprete, già disorientato nel muoversi fra le differenti tipologie di confisca, non sfugge che le singole ipotesi non sono monadi, ma, al contrario, esse concorrono fra loro in una ottica di maggior efficienza ed efficacia della risposta ablativa. Difatti, si possono ipotizzare situazioni in cui, da un lato, gli stessi beni sono toccati da differenti forme di ablazione; dall'altro, beni diversi sono toccati da forme di confisca alternative.

L'efficacia del processo al patrimonio è stata raggiunta, però, in nome di una semplificazione probatoria ottenuta "costi quel che costi", sacrificando l'accertamento e, con questo, la conoscenza dei fatti. Il tutto in nome di uno *speedy trial* che ha ormai soppiantato il *fair trial*, il processo che ha ad oggetto la responsabilità penale. Difatti, gli spazi difensivi consentiti per impedire l'emissione del provvedimento ablativo si rapportano sempre con un *quantum* di prova degradato, che finisce inesorabilmente per favorire l'accusa.

Nel caso della confisca di prevenzione è necessario che si integrino due condizioni per l'emissione del provvedimento: in primo luogo, infatti, il proposto per la misura va inquadrato in uno dei 'tipi pericolosi' di cui agli artt. 1 e 4 D.lgs. n. 159/2011; in secondo luogo, va effettuato un giudizio circa la sua pericolosità per la sicurezza pubblica *ex art.* 4³². Tuttavia, per soddisfare entrambi i requisiti sarà sufficiente una piattaforma indiziaria³³. Il termine di 'indizio', in questa sede, indica non già la prova critica, bensì la prova debole, la *probatio minus plena*³⁴; d'altro canto, non potrebbe essere altrimenti, ché, in caso contrario, verrebbe meno la stessa presunta efficienza della prevenzione, intesa quale surrogato della risposta punitiva mediante il processo penale, e si finirebbe per richiedere l'accertamento tipico del processo penale.

La situazione indiziaria, quindi, non si deve connotare né per gravità, né per pluralità, né tantomeno per concordanza, come verrebbe richiesto dall'art. 192, comma 2 c.p.p., giacché sarebbe sufficiente anche un unico indizio, ovvero più indizi anche solo fra loro non discordanti. Si è, così, in presenza di quella che è stata definita una operazione giuridica «a levare», definibile solo in negativo³⁵. Così, con buona pace delle ortopedie interpretative con cui la Corte costituzionale ha cercato di legittimare la disciplina della prevenzione³⁶, si finisce per fondare il giudizio circa la pericolosità al meglio sugli indizi, con il rischio sempre in agguato che questi degradino a congetture, ammennicoli, meri sospetti³⁷; posto che non è operazione agevole quella di distinguere fra un indizio, un mero sospetto e un sospetto fondato. È, invece, evidente che il sospetto svela come non si abbiano prove circa i fatti che si vogliono prevenire,

³¹ Cfr. G. DI CHIARA, *Modelli e standard probatori in tema di confisca dei proventi di reato nello spazio giudiziario europeo: problemi e prospettive* (Nota a Cass., 5 febbraio 2001, Di Bella), in *Foro italiano*, 2002, II, p. 265 ss., il quale afferma che si auspica che «in sede della deliberazione della domanda proveniente dall'estero, il singolo Stato possa predisporre strumenti normativi atti a facilitarne l'accoglienza, non solo abbassando la soglia del substrato probatorio ai fini dell'azione della misura, ma, addirittura, rimodellandolo secondo il modello della prova invertita».

³² V. G. CASAROLI, *Le misure di prevenzione patrimoniali tra accertamento del fatto e valutazione degli indizi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, *Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale-diritto processuale penale- diritto, storia e società*, 2006, Milano, p. 2223; A. MARTINI, *Essere pericolosi: giudizi soggettivi e valutazioni personali*, Torino, 2017, p. 149 ss.

³³ Sul significato di indizio e la sua storia cfr. M. DANIELE, *Indizi (diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur., Agg.*, p. 505; G. BELLAVISTA, *Indizi, ivi.*, vol. XXI, 1971, p. 22; I. ROSSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano, 1995.

³⁴ Sulla distinzione fra prova ed indizio v.: V. GIANTURCO, *La prova indiziaria*, Milano, 1958; F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Id.*, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1967, p. 35; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, MILANO, 1992; G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, TORINO, 1995. La nozione di indizio come *probatio minus quam plena* deriva direttamente dai pratici medioevali e si riconnette non all'oggetto della prova, quanto al grado di persuasività dell'elemento probatorio, cosicché, come affermato da A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2004, p. 212, mentre la prova è «idonea a sorreggere un giudizio in termini di certezza» l'indizio è, invece, «idoneo a giustificare il convincimento del giudice solo in termini di probabilità o di verosimiglianza».

³⁵ Così T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione. Giustizia Criminale*, Pisa, 2015, p. 267. Si veda, altresì, la nota Cass., 14 giugno 2002, n. 23041, Ferrara, per la quale nel procedimento di prevenzione «gli indizi utilizzabili, non devono avere i caratteri di cui all'art. 192 c.p.p., mentre le chiamate in correità (o reità) non debbono essere confermate da riscontri esterni individualizzanti (anche dopo l'introduzione del comma 1 bis nell'art. 273 c.p.p.) ai fini dell'accertamento della pericolosità, che si basa essenzialmente su condotte sintomatiche».

³⁶ Il riferimento va a Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. cost.*, 1980, p. 1537. Con questa sentenza la Consulta cercò di segnare un mutamento di tendenza rispetto ai propri precedenti, rifiutando il sospetto quale presupposto per l'applicazione di una misure di prevenzione e cercando di dare al sistema una lettura che ancorasse la profilassi al fatto.

³⁷ Cfr. C.G.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale*, trad. it., Milano, 1858, in G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 118, il quale afferma «i confini tra il sospetto e la certezza prodotta da indizi sono molto sottili, e il passarli dipende in gran parte dall'arbitrio del giudice».

giacché esso «non è conoscenza certa, ma dubbio incerto»³⁸.

V'è, poi, un'ulteriore complicazione probatoria che gioca a sfavore del proposto per la misura. Mentre il dato normativo originario disegnava la profilassi patrimoniale come ancillare rispetto alla personale, tale che la pericolosità del bene deriva della persona, e le due convivevano nel medesimo intervallo temporale, con le riforme del 2008-2009 si sancì l'autonomia della misura di prevenzione patrimoniale³⁹. Attraverso una ridefinizione del comma 6-*bis* dell'art. 2-*bis*, si legittimò la possibilità di una richiesta disgiunta fra le due tipologie di misure, nonché la possibilità di richiedere la misura di prevenzione patrimoniale «indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto».

L'interpretazione della normativa data dalla giurisprudenza di legittimità dopo le novelle legislative, e avallata dal consenso più autorevole della Corte di Cassazione⁴⁰, è quella per cui il bene può essere sottoposto a confisca di prevenzione a condizione che il titolare fosse, al momento dell'acquisto, un soggetto socialmente pericoloso. Una pericolosità che, quindi, dal momento dell'acquisto inerisce alla *res* in maniera permanente e diviene tendenzialmente ineliminabile. Ciò comporta non solo che al soggetto sia richiesta una prova liberatoria 'ora per allora', ma, altresì, che sia legittima la possibilità di procedere alla confisca in caso di morte del proposto, spettando agli eredi l'onere di dimostrare che l'acquisto compiuto dal *de cuius* non fosse illegittimo;⁴¹ nonché, da ultimo, la possibilità di procedersi anche nei confronti di un indiziato che difetti della capacità processuale per infermità di mente, posto che è il bene ad essere l'oggetto dell'apprensione⁴².

Tanto nell'ipotesi di confisca allargata, quanto in quella preventiva, poi, la prova dei fatti è sostituita dalla presunzione di avveramento dei medesimi. Il meccanismo presuntivo diviene, così, un chiaro indice della pretesa statale di punire senza (per forza) accertare⁴³.

Come, infatti, chiarito da un autorevole civilista: quando la legge stabilisce una presunzione manca la struttura inferenziale del ragionamento probatorio; si può, cioè, dire che non si discute della conseguenza di un fatto noto, se si deve ritenere per vero il fatto⁴⁴. Lo strumento rende, così, visibile il divorzio che si crea fra la proposizione normativa ed il dato di realtà fattuale⁴⁵.

Meritano alcune precisazioni circa la legittimità delle presunzioni nel processo penale.

La giurisprudenza della Corte costituzionale si è espressa diverse volte in merito alla deroga della valutazione in concreto del giudice⁴⁶, richiamandosi soprattutto ai propri precedenti in materia tributaria, dove frequente è il ricorso da parte del legislatore all'uso della presunzioni. Le presunzioni, «verità giuridic[he] avent[i] come substrato fatti reali di difficile accertamento», dovevano essere sempre empiricamente fondate⁴⁷, e violano il principio di eguaglianza quando sono arbitrarie ed irrazionali, cioè, quando non sono corrispondenti ai dati derivanti

³⁸ Così I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Milano, 1979, p. 12. Va nel senso opposto, invece, anche se riguardante le sole misure di prevenzione personali, la recente sentenza Cass., Sez. un., 30 novembre 2017, n. 111, Gattuso, che ha sostenuto la necessità di una motivazione in positivo sull'attualità della pericolosità sociale dell'indiziato di appartenere ad una associazione mafiosa proposto per una misura di profilassi personale. È stato detto, infatti, che la pronuncia ha un «intento [...] meritevole, perché tende a dare consistenza probatoria alle incerte categorie concettuali di "elementi di fatto" e "indizi"» così M. 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.*, fasc. 12/2017, p. 75 ss.

³⁹ L'operazione fu iniziata dapprima con il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125; poi, portata a compimento con la l. 15 luglio 2009, n. 94.

⁴⁰ Così Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880, Spinelli, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 942, con nota di A.M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*.

⁴¹ V. Corte cost., 9 febbraio 2012, n. 21, in *Giur. cost.*, 2012, p. 224; con nota di F. LICATA, *La costituzionalità della confisca antimafia nei confronti degli eredi: un altro passo verso la definizione della natura dell'actio in rem*; nonché F. MENDITTO, *La confisca di prevenzione nei confronti del 'morto'. Un non liquet della Corte costituzionale con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate*, in *Dir. pen. cont.*, 21 febbraio 2012. Recentemente Cass., Sez. un., 26 dicembre 2016, n. 12621, De Angelis, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2700 ss.

⁴² V. Corte cost., 17 luglio 2017, n. 208.

⁴³ Cfr. T. PADOVANI, in *Misure di sicurezza*, cit., p. 306 ss.

⁴⁴ Cfr. M. TARUFFO, *Presunzioni i) Diritto processuale civili*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, 1991, p.2; ID., *Le prove per induzione*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile, in Trattato di diritto civile e commerciale*, p. 1101 ss.

⁴⁵ F. PALAZZO, *Verità come modello di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, in G. FORTI - G. VARRASO - M. CAPUTO (a cura di), *Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, p. 99 ss. Affermava già, pur ritenendo legittimo lo strumento preventivo, P. NUVOLONE, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, p. 633, che «allorché si tratta di applicare una misura di prevenzione [...] i fatti da accertare sono i 'sintomi' di un pericolo e, come tali, essendo riferibili al caso concreto, difficilmente possono essere indicati, se non genericamente, in una norma legislativa; e la correlazione tra questi fatti e il futuribile è oggetto di un giudizio che non può essere, se non in via di discutibili presunzioni, proprio del legislatore».

⁴⁶ Il caso più eclatante riguarda lo 'sciame' di sentenze di parziale illegittimità costituzionale che si sono abbattute sull'art. 275, comma 3 c.p.p.

⁴⁷ Corte cost., n. 139/1982 con nota di G. VASSALLI, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.*, p. 1202.

dalla comune esperienza, riassumibili nella forma *dell'id quod plerumque accidit*. Poiché, però, le massime di esperienza sono, al contempo, la giustificazione della presunzione ed il suo limite, in quanto «*plerumque* non vuol dire *universe*»⁴⁸, esse erano destinate a scostarsi, per eccesso o per difetto, dalla realtà; ogni volta in cui, allora, è agevole formulare una ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta dalla presunzione, il meccanismo presuntivo sarebbe da considerarsi illegittimo.

Viepiù, ciò che è certo è che il giudice, qualora non si provi il contrario di quanto contenuto nella presunzione, debba assumere come vero il fatto, senza che questo sia stato provato⁴⁹.

Ulteriore problema è quello per cui la presunzione individua, per sua stessa natura, una *relevatio ab onere probandi*, gravando l'imputato dell'onere di provare la propria innocenza e il proposto per la misura l'assenza dei temi del procedimento preventivo (cfr. art. 2728, co. 1 c.c.).

Si è a lungo discusso circa l'estraneità del concetto di onere della prova dal processo penale, luogo in cui, fino alla definitività della sentenza, vige la presunzione di innocenza⁵⁰; ma è innegabile che il «rischio per la mancata prova»⁵¹ gravi sul soggetto che subisce la misura.

In definitiva, troppe sono le assonanze con la *purgatio* medioevale, posto che si impone al soggetto di fugare ogni sospetto circa pericolosità propria e dei suoi beni da ogni sospetto, pena l'ablazione degli stessi⁵².

Una riflessione a sè merita, poi, la disciplina della confisca del valore equivalente. In questa ipotesi, infatti, poiché si va a prelevare il *tantundem* e non 'quel' profitto illecito frutto del reato accertato nel corso del processo, è evidente che non vi sia alcuno spazio alla prova contraria, salvo che questa non si concreti in rimedi riguardanti la determinazione economica del profitto o l'individuazione dei beni da confiscare⁵³.

5. Il faro dell'accertamento del fatto

Nel breve *excursus* compiuto al largo delle correnti generate dalla strategia di politica criminale imperniata sull'imperativo dell'incapacitazione economica, si è cercato di metter in evidenza come il momento dell'accertamento sia, se non eluso, degradato ai minimi termini, attraverso scorciatoie che favoriscono gli organi dell'accusa mediante una 'prova debole', meccanismi di inversione dell'onere probatorio, ovvero colpendo beni che non rientrano nell'oggetto del procedimento.

Se è vero che la prova non riguarda «fatti, [...] ma enunciati fattuali»⁵⁴, sullo sfondo v'è sempre un fatto che si assume essere avvenuto e, parimenti, v'è un soggetto che si ritiene lo abbia causato⁵⁵. Il processo diviene, allora, lo strumento gnoseologico mediante cui si cerca di ottenere la ricostruzione del fatto, con il miglior grado di verosimiglianza rispetto a 'quel fatto' che è fenomenicamente accaduto. In definitiva, si può sostenere che senza prova non v'è processo⁵⁶; ecco perché «fissazione formale del fatto e prova sono due aspetti dello stesso problema»⁵⁷.

⁴⁸ P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Milano, 1940, p. 8.

⁴⁹ Afferma icasticamente F. PALAZZO, *Verità come metodo di legiferazione*, cit., p. 105, che con le presunzioni si sbarra «deliberatamente la strada al giudice per qualunque verifica empirico fattuale e, dunque, [si mette] nel contro a priori la non-verità dell'affermazione normativa». Cfr. anche M. FERRAIOLI, *Presunzioni (dir. Pen. proc.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, p. 307, che parla di «ammissione della verità di un fatto non provato».

⁵⁰ Cfr. V. GREVI, *Presunzione di non colpevolezza. Garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*. Atti del convegno. Foggia-Mattinata 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, p. 19 ss.; R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, *ivi*, p. 123 ss.; G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, Bologna, 1974. V. anche Corte cost., 24 novembre 1993, n. 111, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 916, che ha affermato come non può parlarsi di onere della prova all'interno del processo penale, ché questo violerebbe tanto la libertà personale, quanto l'esercizio obbligatorio dell'azione penale.

⁵¹ Così preferisce chiamarlo P. FERRUA, in *La prova nel processo penale*, Vol. I, *Struttura e procedimento*, II ed., Torino, 2017, p. 83. Vigente il codice Rocco F. CORDERO parlava di «rischio di non persuasione», in *Procedura Penale*, IX ed., Milano, 1987, p. 1108.

⁵² M. NOBILI, *Ritorno al medioevo?*, cit., p. 422.

⁵³ Afferma correttamente A. BARGI, *La rarefazione delle garanzie costituzionali nella disciplina della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2071, che il diritto di difesa dell'imputato si concreta nella sola «delimitazione giuridica della nozione di profitto e ai profili civilistici inerenti all'individuazione dei beni e al giudizio di equivalenza di valore degli stessi al profitto e al prezzo del reato ritenuti nella sentenza di condanna, cui consegue la sanzione punitiva della confisca obbligatoria dei beni».

⁵⁴ Così G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, vol. I, *Principi generale*, Torino, 2017, p. 62.

⁵⁵ Cfr. S. FURFARO, *Il fatto come oggetto di prova*, in *La prova penale*, vol. I, *Il sistema della prova*, diretto da A. Gaito, Torino, 2008, p.345.

⁵⁶ Affermava L. LEONE, *Spunti sul problema della prova nel processo penale*, in *La Scuola positiva*, 1956, p. 323 che «Il problema della prova è il motore del processo penale».

⁵⁷ Così A. GIULIANI, *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 526.

Poi, il modo con cui si ‘prova’, questo sì, può essere differente e mutevole, a seconda dei differenti modelli di accertamento, ma prescindere dalla prova sarebbe un *nonsense*: non esistono, infatti, strumenti differenti dalla prova su cui compiere il giudizio di fatto.

Di qui, per quanto attiene alle ‘confische penali’, la silente violazione dell’art. 187 c.p.p. che, nel tratteggiare oggetto e limiti del *thema probandum*, non si limita ad indicare i fatti oggetto dell’imputazione, ma richiede che siano oggetto di prova anche quelli inerenti alla determinazione della pena e delle misure di sicurezza⁵⁸; con l’evidente corollario che, per ciascuno di questi temi, vi deve essere il medesimo procedimento probatorio, e, quindi, le medesime regole.

Un processo che non accerti i fatti, che li presuma, che crei scorciatoie probatorie, impedendo di controvertere efficacemente sull’addebito mosso, non è uno strumento in grado, contrariamente a quanti pensano il contrario, di svolgere il ruolo di “scudo e spada” della società nei confronti della criminalità, sempre che sia questo il ruolo che si vuole dare al processo penale.

6.

Conclusioni: gli scogli del crimine transnazionale ed il cambio di rotta necessario

L’interrogativo a cui si deve dare risposta, perciò, attiene alla paventata efficienza di un sistema penale oramai incentrato sull’ablazione patrimoniale. In particolare, ci si chiede se sia davvero una strategia efficace quella di punire senza accertare, o se, al contrario, si sia in presenza d’ennesimo «mito dell’efficienza»⁵⁹.

Due le argomentazioni che portano a far dubitare circa la dissuasività, nonché la riuscita, di questa strategia. Anzitutto, la dimensione spaziale del crimine. Spesso, infatti, le autorità dei singoli Paesi si trovano a confrontarsi con strutture criminali che hanno una dimensione a rete; si tratta, cioè, di *network* che operano travalicando i confini nazionali, superando, così, la dimensione “geo-diritto”⁶⁰ e manifestando la propria presenza in diverse nazioni.

Si è, così, in presenza di una struttura in cui la produzione di merci e la fornitura di servizi illegali proviene da più sedi; l’opera, spesso, frammentata e diluita in più Stati; il coinvolgimento di una moltitudine di operatori che potrebbero non solo non conoscersi fra di loro, ma neppure conoscere chi siano, e dove si trovino, i vertici dell’organizzazione, richiederebbero indagini più approfondite ed accertamenti solidi, i soli in grado di infliggere danni permanenti. Posto che, secondo l’insegnamento tradizionale, più è elevata la gravità dell’addebito, maggiore dovrebbe essere il vaglio concreto dell’autorità giudiziale⁶¹.

Di più, si tratta di organizzazioni criminali in quanto produttive; come tali, esse sono dotate delle risorse per riuscire a sostituire i prodotti, i mezzi e gli strumenti che vengono loro confiscati.

Ecco, allora, che si concretizza la miopia di una strategia così impostata: si preferisce rallentare il traffico, piuttosto che stroncarlo; si predilige il palliativo alla cura, per una battaglia che, forse, si riconosce persa in partenza. Il problema viene allontanato, le cause non vengono risolte, ma ci si accontenta di agire sugli effetti; le autorità di pubblica sicurezza sperano nel sequestro eclatante, quello che è in grado di fare notizia finendo sulle prime pagine dei giornali, consentendo, così, di sedare l’allarme sociale per un breve lasso di tempo e mettere a tacere ogni questione.

E, allora, quotidianamente si è ‘bombardati’ con notizie di sequestri e di confische disposte dalle nostre autorità: ingenti quantitativi di droghe provenienti dall’America latina o dai Paesi dell’Est europeo; lotti di tabacchi dai Balcani; le navi della speranza delle organizzazioni criminali con le quali, dietro lauto pagamento, viene diretto l’esodo umano di vite dall’Africa...

La mancanza di accertamento, però, non solo non permette lo smantellamento del fenomeno criminale, ma ingenera una spirale perversa che consente al gruppo criminale di continuare ad operare, ben consapevole di quale sarà la risposta dell’ordinamento e, quindi, di quali

⁵⁸ Così S. FURFARO, *La compatibilità delle varie forme di confisca con i principi garantistici*, in A. BARGI- A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, t. I, Torino, 2011, p. 279.

⁵⁹ È questa espressione di E. SQUILLACI, *La confisca allargata*, in *Diritto penale e processo*, 2012, p. 1525.

⁶⁰ Cfr. in merito N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 3.

⁶¹ Cfr., anche se con riferimento ad un diverso problema, S. CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, in L. GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 123.

sono i suoi limiti.

Si potrebbe obiettare che si tratta di una rappresentazione fin troppo azzardata, ma se si guarda alla storia degli ultimi trent'anni ed all'uso che si è fatto dello strumento della confisca contro la criminalità organizzata domestica, in ispecie quella di tipo mafioso, che è ben lungi dall'essere scomparsa, forse ci si accorgerà che non è così, ma forse sarà troppo tardi.