

LE SEZIONI UNITE SULLA NATURA DELLA CONFISCA DI PREVENZIONE: UN’ALTRA OCCASIONE PERSA PER UN CHIARIMENTO SULLE REALI FINALITÀ DELLA MISURA

*Nota a Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880,
Pres. Santacroce, Rel. Bruno, ric. Spinelli e altro*

Francesco Mazzacuva

ABSTRACT

Le Sezioni Unite riaffermano la natura preventiva dell’ipotesi di confisca attualmente prevista dal c.d. “codice antimafia”, nonostante l’evoluzione legislativa e giurisprudenziale ne attesti sempre più nitidamente una diversa funzione di neutralizzazione dei profitti di provenienza illecita, indipendentemente dalla pericolosità dei beni e dei destinatari. Rimangono aperti, quindi, gli interrogativi circa l’esatta collocazione sistematica di tale istituto ed i limiti che devono presidiarne l’applicazione, anche alla luce della sua progressiva estensione ad ipotesi delittuose estranee al fenomeno mafioso.

SOMMARIO

1. Rilevi introduttivi: le ragioni di un nuovo intervento delle Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione. – 2. Confisca “di prevenzione”, ma quale prevenzione? – 3. Dalle “anomalie” al mutamento di paradigma: la reale funzione della confisca dei proventi da attività criminali. – 4. La neutralizzazione dei vantaggi da reato: “terzo binario” ovvero forma di repressione della criminalità del profitto? – 5. Oltre i confini della “materia penale”, il fine giustifica sempre i mezzi?

1.

Rilievi introduttivi: le ragioni di un nuovo intervento delle Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione.

Trascorsi diversi mesi dalla pubblicazione dell'informazione provvisoria, sono state finalmente depositate le motivazioni della sentenza con la quale le Sezioni Unite hanno affermato (*rectius*, confermato) la natura *preventiva* dell'ipotesi speciale di confisca introdotta nell'ordinamento con la legge n. 646/1982 ed attualmente disciplinata dagli artt. 16 e ss. del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. "codice antimafia")¹. Sulla scorta di tale qualificazione, il Massimo Collegio ha così ammesso l'efficacia retroattiva della misura e, nello specifico, dell'*estensione* del suo *ambito operativo* a determinate categorie di soggetti *comunemente* pericolosi, ossia non indiziati di appartenere ad associazioni di stampo mafioso ma comunque rientranti tra i possibili destinatari delle misure di prevenzione.

La decisione di rimettere la questione interpretativa alle Sezioni Unite² era stata dettata dall'emersione, nella stessa giurisprudenza di legittimità, di un indirizzo secondo il quale le riforme intervenute negli ultimi anni – e, in particolare, l'affrancamento dal requisito dell'*attualità* della pericolosità del proposto maturato nei "pacchetti sicurezza" del 2008 e del 2009³ – avrebbero conferito una funzione più spiccatamente *sanzionatoria* all'ipotesi di confisca in esame, con la conseguente inammissibilità di ogni applicazione retroattiva (sentenza Occhipinti)⁴. Tale pronuncia "eterodossa" è stata quindi prontamente fulminata dalla sentenza in commento la quale, pur offrendo un'ampia ricostruzione dell'evoluzione del sistema di prevenzione patrimoniale e delle fonti nazionali e sovranazionali rilevanti in materia, non convince proprio nei passaggi argomentativi che conducono alla conferma della natura *preventiva* della misura.

Prima di soffermarsi su tale aspetto, tuttavia, si deve segnalare una questione che il Massimo Collegio risolve in via pregiudiziale: la sentenza conferma, infatti, che l'abrogazione, avvenuta con il d.l. n. 92/2008, dell'art. 14 della legge n. 55/1990 – che limitava l'applicabilità delle misure di prevenzione a *specifiche* categorie di soggetti comunemente pericolosi – ha avuto l'effetto di *riespandere* la platea dei destinatari della confisca e non di restringerla alle sole ipotesi di pericolosità qualificata. Il rinvio contenuto nell'art. 19 della legge n. 152/1975 – non più limitato dalla disposizione abrogata – è stato infatti interpretato come clausola di estensione dell'ambito soggettivo di *tutte* le misure di prevenzione, ancorché all'epoca quelle patrimoniali non fossero state ancora introdotte nell'ordinamento. Si tratta, peraltro, di una soluzione attualmente confermata dall'art. 16 del codice antimafia il quale, tuttavia, non poteva trovare applicazione nel caso di specie, essendo i procedimenti di prevenzione iniziati prima dell'entrata in vigore della suddetta normativa.

2.

Confisca "di prevenzione", ma quale prevenzione?

Entrando *in medias res* ed accostandosi al tema della *natura* della confisca di prevenzione, occorre ricordare che proprio l'*analisi delle funzioni* concretamente assolte da una misura deve orientare la determinazione del relativo *statuto garantistico*. Tale conclusione emerge chiaramente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo la quale si attesta sulla distinzione tra le nozioni di *riparazione*, *punizione* e *prevenzione*; in particolare, l'antitesi tra gli

¹ Cfr. sentenza [Cass., Sezioni Unite, 26-6-2014, n. 4880](#), le cui motivazioni (depositate il 2 febbraio 2015) sono state pubblicate in *Dir. pen. cont.* il 5 febbraio 2015.

² Cfr. Cass., 30-1-2014, n. 11752, pubblicata in *Dir. pen. cont.* con note di [MAUGERI, Le Sezioni Unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività: la necessità della correlazione temporale](#), 7 aprile 2014, e [MENDITTO, Le Sezioni Unite verso lo "statuto" della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale](#), 26 maggio 2014.

³ In particolare, sebbene già emersa negli anni precedenti in relazione ad ipotesi specifiche, tale soluzione è stata affermata definitivamente attraverso l'inserimento, ad opera del d.l. n. 92/2008, convertito con la legge n. 125/2008, di un comma 6-*bis* nell'art. 2-*bis* della legge n. 575/1965, successivamente modificato dalla legge n. 94/2009, e risulta oggi confermata dall'art. 18, comma 1, del codice antimafia. Su tale evoluzione legislativa e sulle principali questioni interpretative che essa ha originato, cfr. [MENDITTO, Le Sezioni Unite, cit.](#), 13 ss.

⁴ Cfr. Cass., 13-11-2012, n. 14044, in *Dir. pen. cont.* con nota di [MAUGERI, La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"?](#), 26 luglio 2013.

ultimi due termini – significativamente recepita dalla Corte costituzionale⁵ – risulta essenzialmente incentrata sulla contrapposizione tra finalità special-preventive di *contrasto della pericolosità* (trattamento, neutralizzazione) e finalità anch'esse *lato sensu* preventive ma riconducibili al concetto di punizione (come deterrenza ed intimidazione)⁶.

Tale dato di partenza risulta sostanzialmente condiviso dalle Sezioni Unite che – ricordando che la confisca è istituto “neutro” e “camaleontico”, in quanto capace di assumere *natura e fisionomia* diverse, a seconda del *regime normativo* che la contempla⁷ – si muovono alla ricerca di “tracce” delle funzioni di contrasto della pericolosità nel sistema di prevenzione patrimoniale. In particolare, nella sentenza si sottolinea a più riprese come, anche all'esito delle recenti riforme, l'*accertamento della pericolosità* del proposto sia rimasto momento *imprescindibile* ai fini dell'applicazione della confisca di prevenzione⁸. Le novelle degli ultimi anni, infatti, si sarebbero limitate ad elidere il requisito dell'*attualità* di tale condizione – tuttora necessario, invece, ai fini dell'applicazione delle misure personali (rispetto alle quali, pertanto, si assiste ad uno “sganciamento”) – dato che la stessa rimarrebbe “impressa” nei *beni* acquisiti in maniera illecita anche se successivamente venuta meno in capo al *soggetto*⁹.

Tale conclusione, già emersa in precedenza tanto in documenti parlamentari, quanto nel dibattito dottrinale¹⁰, consente così alle Sezioni Unite – forti anche della nota giurisprudenza della Corte europea (pur erroneamente definita come “comunitaria”) secondo cui le misure di prevenzione «non implicano un giudizio di colpevolezza, ma tendono ad impedire la commissione di atti criminali, non potendo quindi essere comparate a una pena»¹¹ – di escludere, ancora una volta, qualsiasi deriva sanzionatoria della confisca di prevenzione. Tuttavia, come premesso, tale argomentazione non riesce veramente a superare tutte le perplessità che sono emerse nel tempo nei confronti della qualificazione della confisca in parola come *preventiva* e che trovano origine, per l'appunto, nel progressivo *arretramento* della pericolosità dalla scena dei *presupposti applicativi* della misura.

Anzitutto, infatti, si deve considerare che il giudizio di *pericolosità sociale* (o, meglio, peri-

⁵ Si consideri, in particolare, quanto affermato nella fondamentale sentenza n. 196/2010, nella quale, recependo la definizione convenzionale di “materia penale” ai fini della determinazione dello spettro di operatività del principio di irretroattività, la Corte costituzionale si è concentrata proprio sulla distinzione tra i concetti di punizione e prevenzione criminale in senso stretto (pur richiamando, a quest'ultimo proposito, esclusivamente le misure di sicurezza, “dimenticando” quelle di prevenzione). Sull'importanza della sentenza per la “premessa maggiore” rappresentata dall'accoglimento della nozione convenzionale di materia penale, cfr. MANES, *La confisca “punitiva” tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla “truffa delle etichette”*, in *Cass. pen.*, 2011, 535 ss.

⁶ Sui tali profili, sia consentito il rinvio a FR. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, in ptc. 1908 ss., in cui si è osservato come la dicotomia tra i diversi significati del concetto di *prevenzione* che emerge nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo possa essere ricostruita distinguendo quelli accomunati dalla logica della pena come sofferenza “voluta” o “necessaria” – che reclamano l'operatività delle garanzie collegate al *principio di colpevolezza* – da quelli in cui tale aspetto passa in secondo piano, cosicché l'eventuale sofferenza prodotta è semmai effetto indiretto di una strategia di profilassi della pericolosità.

⁷ Cfr. il considerato in diritto n. 8, in cui riecheggiano chiaramente i termini di una delle prime pronunce della Corte costituzionale in materia (sentenza n. 29/1961, sulla quale si dovrà tornare *infra*, § 4), nelle quali si affermava che «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica. Il suo contenuto, infatti, è sempre la stessa privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, si da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa. Ciò che, pertanto, spetta di considerare non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge».

⁸ In particolare, osservano le Sezioni Unite come «la pericolosità del soggetto inciso è – anche nel nuovo regime normativo – ineludibile presupposto di applicabilità della stessa misura reale, relativamente alla quale è dato ora prescindere solo dalla verifica dell'attualità di quella stessa condizione» (considerato in diritto n. 8.5).

⁹ Giova ancora richiamare direttamente i termini utilizzati dalle Sezioni Unite, secondo cui «la connotazione di pericolosità è immanente alla *res*, per via della sua illegittima acquisizione, e ad essa inerisce “geneticamente”, in via permanente e, tendenzialmente, indissolubile» e «nel caso di beni illecitamente acquistati, il carattere della pericolosità si riconnette non tanto alle modalità della loro acquisizione ovvero a particolari caratteristiche strutturali degli stessi, quanto piuttosto alla qualità soggettiva di chi ha proceduto al loro acquisto. Si intende dire che la pericolosità sociale del soggetto acquirente si riverbera *eo ipso* sul bene acquistato, ma ancora una volta non già in dimensione statica, ovvero sia per il fatto stesso della qualità soggettiva, quanto piuttosto in proiezione dinamica, fondata sull'assioma dell'oggettiva pericolosità del mantenimento delle cose, illecitamente acquistate, in mani di chi sia ritenuto appartenere – o sia appartenuta – ad una delle categorie soggettive previste dal legislatore. L'anzidetto riflesso finisce, poi, con l'“oggettivarsi”, traducendosi in attributo obiettivo o “qualità” peculiare del bene, capace di incidere sulla sua condizione giuridica» (considerato in diritto n. 9).

¹⁰ Nel primo senso, cfr. i termini della relazione della Commissione Antimafia riportati da MAUGERI, *Le Sezioni Unite, cit.*, 15, nei quali si osserva che «in ragione di tale accertata illecita provenienza [i beni] sono dotati di una perdurante pericolosità e di un insito potere destabilizzante per l'economia lecita [...] In sintesi, si immagina una sorta di “perdurante illecità dei beni” strettamente connessa alla formazione degli stessi». In senso analogo, cfr. le considerazioni di MENDITTO, *Le Sezioni Unite, cit.*, 30 ss.

¹¹ In questi termini la decisione *Riela e a. c. Italia*, 4-9-2001, § 2, volta a specificare il precedente orientamento espresso nelle pronunce *Guzzardi c. Italia*, 6-11-1980, § 108, *Ciancimino c. Italia*, 27-5-1991, e *Raimondo c. Italia*, 22-2-1994, § 43. Più di recente, cfr. *Cacucci e Sabatelli c. Italia*, 17-6-2014; *Capitani e Campanella c. Italia*, 17-8-2011; *Leone c. Italia*, 2-2-2010; *Bongiorno e a. c. Italia*, 5-1-2010.

colosità per la sicurezza pubblica)¹² del proposto – attualmente previsto dagli artt. 2 e 6 del codice antimafia –, anche a causa dell'inafferrabilità dei parametri che lo dovrebbero orientare¹³, risulta nella prassi largamente appiattito su quello di appartenenza ad una delle categorie soggettive indicate dall'art. 4 del medesimo codice, tanto da far emergere nel tempo inclinazioni giurisprudenziali verso la logica della *pericolosità presunta*¹⁴. Ebbene, considerando che tali categorie, a loro volta, sono descritte secondo la tecnica della *fattispecie indiziaria*, l'intera valutazione finisce per avere una prospettiva sostanzialmente *retrospettiva* invece che *prognostica*, il che peraltro getta un'ombra sull'intero sistema di prevenzione (anche *personale*)¹⁵.

È proprio nella disciplina delle *misure patrimoniali*, d'altra parte, che le logiche preventive diventano ancor più rarefatte, atteso che i presupposti applicativi del sequestro e della confisca non attengono alla *destinazione* dei beni – come avviene, semmai, nella disciplina dell'*ammi-*

¹² Se la dottrina maggioritaria ha sempre teso ad escludere una sostanziale identità tra i due concetti di pericolosità, infatti, tale soluzione appare invece essere stata recepita nella giurisprudenza della Corte costituzionale – la quale ha riconosciuto un «fondamento comune» ed una «comune finalità» tra misure di sicurezza e misure di prevenzione «nell'esigenza di prevenzione di fronte alla pericolosità sociale del soggetto» (cfr. sentenza n. 68/1964) – e della Corte di cassazione, nei cui orientamenti si può registrare un indistinto riferimento alla pericolosità sociale come presupposto per l'applicazione delle misure di prevenzione.

¹³ Sulla crisi del concetto di pericolosità e sulla difficoltà di una prognosi scevra da riferimenti astratti e, allo stesso tempo, immune da momenti di incontrollabile discrezionalità, cfr. soprattutto le osservazioni critiche di PETRINI, *La prevenzione inutile*, Napoli, 1996, 181 ss. (ma, nello stesso senso, cfr. anche LOMONTE, *Marginalità sociale e prognosi di pericolosità nelle misure di prevenzione personale, le ragioni di un disagio*, in *Questione giustizia*, 1999, 730 ss.). Peraltro, se tale criticità affiora anche nel settore delle misure di sicurezza, nella disciplina di quelle di prevenzione la stessa risulta maggiormente avvertita non soltanto per la maggior indeterminatezza del presupposto oggettivo (la fattispecie indiziaria) ma anche poiché l'applicabilità in assenza dei presupposti della condanna aumenta ulteriormente il rischio che tali misure siano di fatto utilizzate come «surrogato» della risposta penale.

¹⁴ L'adesione a tale categoria, in particolare, era consolidato in materia di criminalità organizzata prima delle modifiche introdotte dal codice antimafia, con il quale il requisito della pericolosità è stato esteso espressamente anche agli indiziati di appartenere ad associazione mafiosa (cfr., ad esempio, Cass., 15-5-2007, n. 23869; Cass., 16-4-2007, n. 21048; Cass., 16-12-2005, n. 1014). Peraltro, se è vero che alcune pronunce più recenti hanno richiesto, di conseguenza, un effettivo accertamento di tale presupposto (cfr. Cass., 18-7-2013 n. 44327 e Cass., 11-2-2014, n. 23641, quest'ultima pubblicata in *Dir. pen. cont.* con nota di MENDITTO, *L'attualità della pericolosità sociale va accertata, senza presunzioni, anche per gli indiziati di mafia*), non mancano indirizzi volti ad affermare presunzioni semplici ovvero oneri motivazionali mitigati (v., ad esempio, Cass., 3-6-2014, n. 39057; Cass., 5-7-2013, n. 29478; Cass., 15-1-2013, n. 3809). La stessa Corte costituzionale, dopotutto, ha in passato ritenuto legittima la presunzione di adeguatezza della misura carceraria esclusivamente per i delitti di mafia «atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connotato» (ordinanza n. 450/1995, anche se si deve segnalare che con la sentenza n. 48/2015 la presunzione è stata dichiarata illegittima per gli accusati di concorso c.d. «esterno»), secondo un'impostazione avallata dalla stessa Corte europea nella sentenza *Pantano c. Italia*, 6-11-2003, § 69. Si deve anche notare, tuttavia, che ragionamenti presuntivi si sono talvolta pericolosamente affacciati anche rispetto a forme criminali meno gravi, come quando si è affermato che rispetto a «soggetti o «abituamente dediti a traffici delittuosi», o viventi «abituamente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose», ovvero ancora «dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza e la tranquillità pubblica», il giudizio di pericolosità (...) risulta pressoché connotato alla riscontrata sussistenza delle suindicate condizioni, essendo alquanto difficile immaginare che soggetti rispondenti alle descritte caratteristiche possano essere, al tempo stesso, non pericolosi per la sicurezza pubblica, latamente intesa» (cfr. Cass., 22-3-1996, n. 1921, in *Cass. pen.*, 1997, 538, con osservazioni critiche di MOLINARI).

¹⁵ Tale osservazione emergeva già negli autorevoli termini di NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in *Indice penale*, 1974, 461 ss., il quale, pur sostenendo la necessità di conservare un sistema a «doppio binario» fondato sulla dualità tra *prevenzione e punizione* (con le conseguenti ricadute sui principi applicabili), individuava proprio nel ruolo dominante svolto dalla fattispecie indiziaria rispetto all'accertamento concreto della pericolosità il principale vizio della disciplina delle misure di prevenzione. Tale osservazione è stata nel tempo recepita da ampi settori della dottrina, concordi nel ritenere che il modello indiziario su cui si basa l'intera architettura del sistema di prevenzione – soprattutto all'esito della riforma del 1988 e dello spostamento del fuoco del giudizio sugli «elementi di fatto» dimostrativi di un trascorso criminale – implichi inesorabilmente un'attenzione «retrospettiva» rispetto ad un fatto commesso ma non provato, piuttosto che rispetto alla neutralizzazione della pericolosità in chiave prognostica. In questo senso, ad esempio, cfr. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 116, secondo cui una valutazione troppo approfondita di tali elementi di fatto si risolverebbe nient'altro che in un apprezzamento sull'opportunità di procedere penalmente sui reati presupposto e come, di conseguenza, emerge il carattere «per certi aspetti paradossale e contraddittorio» delle modifiche introdotte dal legislatore del 1988, il quale «nell'intento, pur giustificato e lodevole, di svecchiare ed emendare la tipizzazione legislativa delle cerchie di soggetti previste dalla legge n. 1423/1956, (...) ha in realtà finito col configurare soltanto «fattispecie di sospetto» di commesso reato: così (inconsapevolmente?) riducendo il ruolo del sistema preventivo alla sola – criticabilissima – funzione di surrogato di una repressione penale inattuabile per mancanza dei normali presupposti probatori». Nello stesso senso, cfr. anche MOCCIA, *La perenne emergenza*, 2^a ed., Napoli, 1997, 77, nonché PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit. 221, il quale osserva in termini ancor più critici che «dove ci sono misure di prevenzione non ci possono essere elementi di fatto, perché se si chiede al giudice di «provare un fatto» che, come nel nostro caso, costituisce reato, allora significa che vi sono gli estremi per procedere penalmente». Si rivela ancora attuale, allora, l'autorevole tesi secondo cui qualsiasi strategia preventiva non potrebbe che essere incardinata nella fase cautelare del procedimento penale finalizzato all'accertamento dei reati presupposto (cfr. BRICOLA, *Forme di tutela «ante-delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Pol. dir.*, 1974, 374 e 387 ss.).

nistrazione giudiziaria¹⁶ –, bensì alla loro *provenienza*¹⁷. E se, certamente, si potrebbe osservare che i beni di (sospetta) provenienza illecita possono essere riutilizzati nelle (sospette) attività criminali, specialmente se esercitate in forma organizzata, non si può neanche ignorare il fatto che la confisca abbraccia anche patrimoni insuscettibili di qualsiasi reimpiego economico¹⁸. Tale aspetto diviene ancor più evidente avendo riguardo ai soggetti comunemente pericolosi, come dimostra l'emblematica vicenda oggetto del procedimento giunto fino alle Sezioni Unite: quale sarebbe la pericolosità dei beni (immobili e libretti postali) sproporzionati rispetto al reddito posseduti da persone dedite al furto? Sempre che non si voglia riesumare la tesi della pericolosità intrinseca dei proventi del reato in ragione della loro "efficacia motivazionale"¹⁹, non si può che prendere atto dell'assenza di qualsiasi collegamento tra disponibilità degli stessi e continuazione dell'attività illecita.

Reciprocamente, si deve poi considerare che alla confisca di prevenzione possono "sfuggire" beni sicuramente idonei ad essere reinvestiti nelle attività criminose e che si trovano nella disponibilità di soggetti *attualmente* pericolosi, qualora ne sia dimostrata l'origine lecita²⁰. La "commistione" con la confisca per equivalente maturata nelle riforme del 2008 e 2009²¹, infatti, consente l'apprensione di tali entità solo limitatamente (nell'*an* e nel *quantum*) alle ipotesi di impossibilità di agire sui beni di sospetta derivazione illecita, cosicché la *ratio* ispiratrice di tale riforma non pare riconducibile ad una matrice preventiva ma, semmai, ad una *compensativo-ripristinatoria* (come si dirà meglio *infra*, § 3).

Già tenui nei presupposti originari, infine, le colorazioni preventive della confisca si sbiadiscono definitivamente nel momento in cui viene reciso il legame con l'*attualità* della pericolosità del proposto, consentendo la sottrazione di beni che sono nella disponibilità di soggetti rispetto ai quali è stata formulata una prognosi favorevole (come nel caso oggetto della sentenza Occhipinti)²² ovvero che non sono mai stati indiziati (ad es. gli eredi del proposto). A queste condizioni, l'idea di una pericolosità della *res* "derivata" da quella del proposto al momento dell'acquisizione illecita e che vi rimane "impressa" in maniera definitiva si rivela nient'altro che un artificio retorico privo di qualsiasi riscontro fattuale²³: salve le rare ipotesi di

¹⁶ Tale misura, attualmente disciplinata dall'art. 34 del codice antimafia, può infatti essere applicata qualora un'attività economica sia sottoposta alle intimidazioni di associazioni di stampo mafioso ovvero qualora la stessa possa agevolare l'attività delle suddette associazioni. Proprio la natura prognostica di tale giudizio e la funzione più spiccatamente preventiva della misura, in effetti, consentono di agire su beni appartenenti a soggetti estranei al sodalizio mafioso (e neanche acquirenti, creditori o eredi di un proposto per l'applicazione delle misure di prevenzione). Sul punto, cfr. lo sguardo favorevole di VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese (working paper)*, in *Dir. pen. cont.*, 20 gennaio 2012.

¹⁷ Tra i tanti, su tale aspetto, cfr. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 384 ss.

¹⁸ La cronaca giudiziaria, in effetti, narra quotidianamente di sequestri disposti su beni di sospetta provenienza illecita ma insuscettibili di reimpiego illecito e tale aspetto pare confermato da una recente statistica (riportata da MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità 'da profitto' (mafie, corruzione, evasione fiscale)*, in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2015, 10), secondo cui nel totale dei beni confiscati quasi la metà sarebbe costituita da immobili, mentre la somma dei beni finanziari e delle aziende non supera il 20%.

¹⁹ Su tale tesi, emergente dai *Lavori preparatori del codice penale*, V, 1, Roma, 1929, 245, e valorizzata soprattutto da MASSA, voce *Confisca* (*dir. e proc. pen.*), in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 982 ss., cfr. già l'autorevole critica mossa da ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 46, secondo cui tale valutazione di pericolosità delle cose non farebbe che riproporre un giudizio prognostico sulla persona, risultando quindi «priva di parametri valutativi suoi propri, (...) ibrida, inafferrabile, disposta a riempirsi di scelte fortemente soggettive, intuitive, che costituiscono collaudati veicoli di infiltrazioni repressive, agevolate dalla sbrigatività concessa dalle forme processuali» (nello stesso senso, cfr. anche GRASSO, Art. 240, in Romano-Grasso-Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, 2° ed., Milano, 2011, 606 ss.). Si tratta peraltro di considerazioni che, sebbene formulate con riguardo all'ipotesi generale prevista dall'art. 240 c.p., possono essere certamente richiamate anche con riferimento alla confisca di prevenzione (e, infatti, sono riprese in senso adesivo da MANGIONE, *La misura di prevenzione*, cit., 386 ss.), a dimostrazione della stretta parentela delle varie ipotesi di confisca dei proventi previste dall'ordinamento (sul punto, si tornerà *infra*, § 3).

²⁰ Osserva sempre ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, cit., 45, come, infatti, nella prospettiva della pericolosità "oggettiva" diversa da quella personale o soggettiva, «non si vede per quale logica la sussistenza della prima debba riferirsi solo a *res* coinvolte nell'attività di un soggetto punibile».

²¹ Soluzione che ha preso forma con l'introduzione, ad opera del d.l. n. 92/2008, di un decimo comma nell'art. 2-ter della legge n. 575/1965 (oltre che essere riprodotta, in sede di conversione dello stesso decreto, nell'art. 12-sexies del d.l. n. 306/1992) e risulta oggi confermata dall'art. 25 del codice antimafia. Sul punto, in chiave critica, 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 Cassano (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, Roma, 2009.

²² Tale considerazione, peraltro, era già svolta da autorevole dottrina con riferimento alla confisca prevista dall'art. 240 c.p., osservando come l'implausibilità della *ratio* preventiva fosse svelata proprio dall'applicabilità a soggetti giudicati meritevoli di sospensione condizionale della pena: in questo senso, cfr. ancora ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, cit., 45 s.

²³ Non si vede, infatti, come una cosa possa divenire "intrinsecamente" pericolosa solo perché il suo acquirente rientrava in una delle categorie di destinatari delle misure di prevenzione, né tantomeno come la derivazione illecita possa "imprimerle" tale qualità in via definitiva.

pericolosità oggettiva previste nell'ordinamento²⁴, infatti, il riconoscimento di tale caratteristica rispetto ai patrimoni non può prescindere da un accertamento dell'inclinazione a delinquere della persona che ne ha la *disponibilità* oltre che, come già osservato, dall'*idoneità* degli stessi ad essere reinvestiti nelle attività illecite.

A quest'ultimo proposito, merita di essere ridimensionato anche l'argomento secondo cui l'apprensione di beni di origine illecita indipendentemente da tali presupposti sarebbe giustificato, sempre in chiave *preventiva*, dalla loro capacità di pregiudicare la *libera concorrenza*. A parte il fatto che la confisca opera anche rispetto a beni e situazioni in cui tale rischio non sussiste, in questa prospettiva il concetto di *prevenzione* pare assumere un significato del tutto diverso e sostanzialmente coincidente con le esigenze di *repressione* delle condotte di reintroduzione dei proventi da reato nel circuito economico (ossia di riciclaggio, di reimpiego e, da ultimo, di "autoriciclaggio").

3. Dalle "anomalie" al mutamento di paradigma: la reale funzione della confisca dei proventi da attività criminali.

Lo sganciamento delle misure di prevenzione patrimoniali da quelle personali svela definitivamente la reale funzione assolta dalle prime, ossia quella di *neutralizzazione dei vantaggi* prodotti dall'attività illecita (in questo settore, anche soltanto sospetta) indipendentemente da qualsiasi giudizio in ordine alla pericolosità del titolare ed alla idoneità ad essere reimpiegati (in attività illecite o addirittura lecite), elementi la cui sussistenza è sostanzialmente accidentale²⁵. Se certamente tale soluzione rappresenta un ulteriore tassello nell'opera di *torsione* o *stravolgimento* dell'originaria aspirazione preventiva del sistema antimafia²⁶, la stessa risulta però *coerente* con una diversa prospettiva teleologica che, già emergente negli originari presupposti applicativi, nel tempo si è manifestata in maniera sempre più nitida nel panorama legislativo e giurisprudenziale.

Già a metà degli anni '90, infatti, il Massimo Collegio si trovava a giustificare l'operatività della misura nei confronti degli eredi del proposto riconoscendone una natura (non preventiva bensì) di *tertium genus* dettata dalla peculiare strumentalità all'eliminazione dei beni provenienti da attività criminali dal tessuto dell'economia lecita²⁷. La stessa Corte costituzionale, dichiarando legittima la scelta del legislatore di accogliere espressamente tale soluzione²⁸, ha poi affermato che la *ratio* della misura «comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione personale consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al "circuito economico" di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo» e che «a differenza di quella delle misure di prevenzione in senso proprio, va al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di soggetti pericolosi determinati e sorregge dunque la misura

²⁴ Neanche gli strumenti del reato indicati dall'art. 240, comma 1, c.p., ad esempio, possono essere definiti come cose intrinsecamente pericolose, tanto che lo stesso legislatore prevede la confisca come facoltativa (laddove il criterio che orienta la discrezionalità del giudice dovrebbe essere proprio rappresentato dalla pericolosità del bene). Si discute, ancora, se dei beni di cui è illecita la stessa detenzione indicati dal comma 2, n. 2, della medesima disposizione sia imposta come obbligatoria la confisca perché realmente pericolosi ovvero perché l'istituto non rappresenti una semplice "proiezione" del regime giuridico cui tali beni sono sottoposti (su entrambi i profili, cfr. GRASSO, Art. 240, cit., 610).

²⁵ Non è quindi la funzione di sottrazione dei patrimoni illeciti che si affianca a quella preventiva (in questo senso, cfr. MENDITTO, *Le Sezioni Unite*, cit., 31) ma, semmai, è la seconda che talvolta può accedere alla prima.

²⁶ In questo senso, cfr. DI LELLO FINUOLI, *La torsione della confisca di prevenzione per la soluzione del problema dell'evasione fiscale*, in *Dir. pen. cont.*, 12 marzo 2015, 2, la quale richiama, a sua volta, TRAPASSO, *Osservatorio sulla Corte di cassazione*, in www.archiviopenale.it, 2014, 5, che parla di "opera di stravolgimento" avviata dalle riforme del 2008 e del 2009.

²⁷ Tale orientamento, volto a riconoscere una natura di *tertium genus* alla confisca, risale alla nota sentenza Cass., Sezioni Unite, 3-7-1996, n. 18, Simonelli, ed è stato più volte ribadito in giurisprudenza (di recente, cfr. Cass., 17-5-2013, n. 39204). Sul tale orientamento giurisprudenziale, cfr. MAUGERI, *Le Sezioni Unite*, cit., 5 ss.

²⁸ In particolare, l'applicabilità agli eredi (già auspicata in dottrina da E. GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, 15) veniva espressamente prevista attraverso l'introduzione di un comma 6-bis nel testo dell'art. 2-bis, della legge 575/1965 ad opera del d.l. n. 92/2008. La soluzione è oggi confermata dall'art. 18 del codice antimafia.

anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso»²⁹.

Leggendo la sentenza in commento, pertanto, i passaggi nei quali si riconosce che le misure patrimoniali rispondono «all'esigenza di eliminare dal circuito economico-legale beni ed altre attività illecitamente acquisiti»³⁰ risultano certamente più «schietti» di quelli in cui (non senza una certa confusione tra *presupposti* e *ricadute* di una determinata qualificazione) si sostiene che «la confiscabilità anche in danno degli eredi o aventi causa costituisce la più eloquente conferma della persistente connotazione preventiva della misura ablatoria»³¹. Come già osservato, infatti, l'affrancamento dal requisito dell'attualità della pericolosità non può certamente giustificarsi in ottica preventiva, bensì esclusivamente nella prospettiva teleologica che distingue le misure patrimoniali da quelle personali³².

Pertanto, risulta fuorviante anche l'affermazione delle Sezioni Unite secondo cui la confisca presuppone comunque un momento di «manifestazione della pericolosità» del proposto, laddove ciò che interessa, semmai, è l'individuazione di un periodo di sospetto svolgimento di un'attività illecita della quale recuperare i proventi. Il ricorso ad espedienti quali la pericolosità «reale» o che si «trasferisce» alle cose, in effetti, risulta sostanzialmente dettato dall'esigenza di giustificare l'applicazione di una misura che si pretende preventiva sulla base di presupposti non più attuali, senza riuscire ad ammettere che l'obiettivo di neutralizzare i vantaggi illeciti non ha niente a che vedere con l'accertamento della pericolosità (attuale o pregressa) del proposto o dei beni. Lo stesso requisito della *correlazione temporale*³³, a ben vedere, non è affatto dettato da logiche preventive – come la sentenza sembra invece suggerire³⁴ –, bensì da un'esigenza di temperamento delle tecniche presuntive che caratterizzano l'accertamento dell'origine illecita dei patrimoni in nome di un'esigenza di proporzionalità delle strategie di neutralizzazione degli stessi (v. *infra*, § 5).

La definitiva emersione di una diversa «idea di scopo», peraltro, è testimoniata anche da ulteriori aspetti. Anzitutto, la già segnalata combinazione tra i modelli della confisca «*allargata*» e della confisca «*di valore*» – e, quindi, la possibilità di agire su beni di origine lecita in misura equivalente rispetto ai proventi ingiustificati che siano stati distrutti o occultati – conferma che il «processo al patrimonio» mira all'apprensione non tanto di *beni specifici* in ragione delle loro caratteristiche oggettive (non di vera *actio in rem*, pertanto, si tratta), bensì di una determinata *quantità*. Ancora, i limiti al riconoscimento dei diritti dei terzi e dei creditori – compresi i creditori fallimentari, attesa la prevalenza del procedimento di prevenzione sulla procedura fallimentare³⁵ – non rispondono certamente a logiche preventive (che dovrebbero dare rilevanza alle sole ipotesi di intestazione fittizia), bensì rappresentano un punto di equilibrio tra

²⁹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 21/2012, in cui venivano così ribadite le considerazioni già svolte nella precedente sentenza n. 335/1996, in cui la Corte medesima si era pronunciata su una questione di legittimità volta a censurare la disciplina della confisca di prevenzione in quanto non recante l'espressa previsione dell'ineroperatività rispetto agli eredi (così permettendo quelle interpretazioni estensive poi affermatesi in giurisprudenza). Si deve anche segnalare, tuttavia, che da ultimo la Corte costituzionale è però tornata a valorizzare il collegamento tra misure personali e patrimoniali nella medesima ottica di contrasto della pericolosità (cfr. sentenza n. 106/2015), con argomentazione poco convincente e che pare più che altro dettata dall'esigenza di giustificare la legittimità della medesimezza dei limiti posti al ricorso per cassazione nei due ambiti.

³⁰ Cfr. considerati in diritto nn. 3 e 7.

³¹ Cfr. considerato in diritto n. 9.3.

³² Significativi, in proposito, i termini della già segnalata sentenza Cass., 17-5-2013, n. 39204, in cui si afferma che «l'affrancamento dall'attualità della pericolosità del proposto non ha comportato alcun riassetto teleologico dell'istituto, quanto, se mai, un rafforzamento dell'efficacia rispetto all'originario fine». In dottrina, sulla continuità tra orientamenti giurisprudenziali volti ad affermare la funzione peculiare di recupero dei proventi illeciti alle misure patrimoniali e modifiche introdotte nel 2008 e 2009 cfr. FONDAROLI, *Misure di prevenzione e presunta pericolosità dei beni*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, 2011, 1515 s.

³³ Uno dei profili considerati nella rimessione alle Sezioni Unite, in particolare, concerne il tema, dibattuto in giurisprudenza, della necessaria corrispondenza tra periodo di esercizio della sospetta attività illecita e quello rispetto al quale il proposto deve giustificare la provenienza lecita dei propri redditi. Per un approfondimento, cfr. ancora MAUGERI, *Le Sezioni Unite*, cit., 18 ss.

³⁴ Cfr. il considerato in diritto n. 10, in cui si osserva come la correlazione temporale garantirebbe un collegamento col periodo di manifestazione della «pericolosità» del proposto e sarebbe quindi coerente con la natura preventiva delle misure (in questo senso, cfr. anche MENDITTO, *Le Sezioni Unite*, cit., 43 ss.). Invero, tale argomentazione dovrebbe essere reinquadrata proprio in ottica compensativo-ripristinativa, nella quale si rende effettivamente necessaria la dimostrazione della provenienza lecita dei soli proventi ottenuti nel periodo di sospetto esercizio di attività criminali (mentre in ottica preventiva, ancora una volta, potrebbero certamente essere appresi profitti antecedenti se considerati suscettibili di reimpiego illecito). Risulta decisamente più condivisibile, allora, il passaggio immediatamente successivo in cui le Sezioni Unite osservano come la correlazione temporale sia semmai imposta dall'esigenza di contemperare la finalità di rimuovere dal circuito economico beni illecitamente acquistati e quella di tutela del diritto di proprietà e della libertà di iniziativa economica (sul punto, si tornerà *infra*, § 5).

³⁵ Tale principio di origine giurisprudenziale è stato infatti espressamente recepito dagli artt. 63 e ss. del codice antimafia, con soluzione legislativa che in pratica consente la soddisfazione dei creditori fallimentari soltanto qualora siano osservati i limiti stringenti previsti per la generalità dei creditori dagli artt. 52 ss.

neutralizzazione dei vantaggi e tutela dei soggetti estranei che ruota essenzialmente attorno al concetto civilistico di *buona fede*, intesa come situazione di *affidamento incolpevole* (che peraltro deve essere dimostrata dal terzo)³⁶. Infine, soltanto in questa diversa prospettiva teleologica può spiegarsi l'orientamento giurisprudenziale – recentemente suffragato dalle Sezioni Unite – secondo cui la misura ablativa abbraccerebbe anche i proventi dell'evasione fiscale³⁷, conducendo così la stessa a svolgere un ruolo di fatto concorrenziale rispetto agli istituti tributari volti al recupero dell'imposta evasa³⁸.

Ora, giunti a questo punto, è bene precisare che il fatto che le varie soluzioni sin qui descritte risultino effettivamente *coerenti* con una concezione *compensativo-ripristinativa* della misura non significa anche che le medesime siano perciò *legittime*.

Prima di affrontare questo aspetto, tuttavia, vale la pena di osservare che, proprio nell'ottica della neutralizzazione dei profitti illeciti, sembra affiorare oggi un progressivo *riavvicinamento* tra la confisca di prevenzione e le altre forme di ablazione dei proventi cosparse nell'ordinamento. La dottrina più attenta, infatti, ha da tempo osservato come l'*ipotesi generale* prevista dall'art. 240 c.p. non svolga una reale funzione preventiva allorché sia riferita al profitto, al prezzo ed al prodotto del reato³⁹. D'altra parte, è soprattutto con riferimento alla *confisca per equivalente* che tale aspetto è stato valorizzato dalla giurisprudenza, la quale ne ha in un primo momento riconosciuto una natura *sanzionatoria* – con particolare riferimento all'efficacia nel tempo⁴⁰ – ma, successivamente, ha anche elaborato modelli applicativi derogatori rispetto ai canoni penalistici e riconducibili, per l'appunto, ad una matrice civilistico-compensativa. In questa prospettiva, infatti, si iscrivono soluzioni come la responsabilità *solidale* dei concorrenti⁴¹, la “detrazione” di quanto già versato ad altro titolo in conseguenza dell'illecito⁴² o dei costi sostenuti nella realizzazione del reato (c.d. *Nettoprinzip*)⁴³, nonché l'operatività della misura

³⁶ Tale parametro, infatti, è attualmente espressamente previsto dall'art. 25 del codice antimafia (mentre rispetto ad altre forme di confisca dei proventi, lo stesso è tuttora frutto dell'interpretazione giurisprudenziale del concetto di “estraneità” al reato; v. *infra*, nota 46). Si tratta di un requisito che vale tanto per i titolari di diritti reali, quanto per i creditori accanto agli ulteriori limiti previsti per quest'ultima categoria dagli artt. 52 ss.. Che tali limitazioni siano da ricondurre a logiche diverse da quella preventiva era già puntualmente osservato, con specifico riferimento alla soccombenza della procedura fallimentare rispetto al procedimento di prevenzione, da NAPOLEONI, *Interferenze problematiche tra fallimento e sequestro antimafia*, in *Cass. Pen.*, 1989, 467 ss.

³⁷ Cfr. Cass., Sezioni Unite, 29-5-2014, n. 33451, in *questa Rivista*, 2 maggio 2015, con nota di MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*.

³⁸ In questo senso, cfr. le puntuali osservazioni di DI LELLO FINUOLI, *La torsione della confisca*, cit., 22.

³⁹ Cfr. le già segnalate autorevoli considerazioni di ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, cit., 44 ss.

⁴⁰ Tale conclusione si afferma, in riferimento a diverse ipotesi di confisca per equivalente, soprattutto a partire dall'anno 2009: cfr. Cass., 24.9.2009, n. 39173; Cass., 24.9.2009, n. 39172; Cass., 29.1.2009, n. 11912; Cass., 28.7.2009, n. 33409.

⁴¹ Si è infatti affermato che, in tale ipotesi, la confisca per equivalente può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, con un orientamento che prende le mosse dalla sentenza Cass., 16-1-2004, n. 15445, poi ribadita da ultimo da Cass., 9-1-2014, n. 5553. Il giudice di legittimità, peraltro, continua a giustificare tale soluzione facendo riferimento alla natura sanzionatoria della confisca e, quindi, al modello “unitario” che informa la disciplina del concorso di persone, laddove il principio solidaristico rinvia proprio ad una logica compensativa della misura, tale da giustificare l'accoglimento del canone di ripartizione del danno stabilito dall'art. 187, 2° c., c.p., come osservato criticamente da FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale italiano*, Bologna, 2007, 259 ss.

⁴² Nel settore tributario, laddove la valenza riparativa della confisca per equivalente del profitto risulta più accentuata vista l'identità tra soggetto leso e beneficiante del provvedimento, è infatti progressivamente emerso il problema del cumulo con gli strumenti tributari volti al recupero delle somme evase e, sul punto, la giurisprudenza ha nel tempo ricostruito in via pretoria una sorta di sussidiarietà della misura ablativa rispetto a tali istituti (sul punto, cfr. M. LANZI, *Rassegna giurisprudenziale in tema di confisca per equivalente nei reati tributari*, in *Indice penale*, 2013, 183 ss.; da ultimo, cfr. Cass., 8-1-2014, n. 6635) ispirata evidentemente da una logica compensativa (giacché, in chiave sanzionatoria, si potrebbe certamente consentire il cumulo tra una sanzione punitiva proporzionata al profitto ed istituti volti alla riparazione del debito tributario).

⁴³ Sulla progressiva riemersione del principio del netto, cfr. MONGILLO, *I mobili confini del prodotto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in *questa Rivista*, 2012, 3-4, 58 ss., che osserva come proprio una concezione ripristinatoria pare aver condotto la giurisprudenza ad abbandonare l'opposto “principio del lordo” (cfr. da ultimo, cfr. Cass., 28-10-2013, n. 10265, in *Cass. pen.*, 2014, 3245, con nota critica di FUX, che offre una definizione di profitto incentrata sul concetto di “mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale dell'ente”).

in assenza di una condanna definitiva⁴⁴ ovvero rispetto a soggetti diversi dall'autore del reato presupposto, che siano questi eredi⁴⁵, acquirenti⁴⁶ oppure persone giuridiche non dichiarate responsabili ai sensi del d.lgs. n. 231/2001⁴⁷.

In definitiva, le numerose "anomalie" legislative e giurisprudenziali che si registrano tanto nel paradigma *preventivo*, quanto in quello *punitivo*, tradiscono una concezione ripristinatoria delle varie forme di confisca dei proventi che, sebbene tuttora negata da alcuni settori della giurisprudenza⁴⁸, sembra consentirne una *considerazione unitaria*⁴⁹. Certamente, poi, permangono fondamentali divergenze in relazione alle *modalità di accertamento*: come noto, infatti, rispetto alle manifestazioni criminali più avvertite, l'ablazione dei proventi avviene *praeter delictum* (o meglio, secondo una felice formula, *praeter probationem delicti*)⁵⁰; in altre ipotesi, invece, si richiede una condanna per il reato presupposto, salvo poi estendere la confisca anche ad ulteriori entità patrimoniali di origine sospetta⁵¹; nei casi residuali, infine, anche l'entità dei proventi da reato deve essere puntualmente accertata, pur consentendo la confisca di valore, laddove prevista, di agire su beni di provenienza lecita in misura equivalente. Tali differenze,

⁴⁴ Rispetto a tale tematica, emersa inizialmente sul terreno dell'art. 240 c.p., non è infatti stata risolutiva la sentenza Cass., Sezioni Unite, 15-10-2008, n. 38834, essendo presto riemersi indirizzi giurisprudenziali volti ad ammettere la confisca in assenza di condanna anche laddove prevista da disposizioni che tale requisito lo indicano espressamente, sulla base dell'argomentazione della "equivalenza funzionale" di determinate pronunce di proscioglimento (cfr., ad esempio, Cass., 5-10-2011, n. 39756; Cass., 23-10-2012, n. 48680; Cass., 4-12-2008, n. 24S3; Cass., 25-1-2013, n. 31957), tanto che di recente la questione è stata nuovamente rimessa alle Sezioni unite (Cass., 19-11-2014, la cui informazione provvisoria è stata pubblicata in *Dir. pen. cont.*). Il tema, come noto, è peraltro "deflagrato" in materia di confisca urbanistica rispetto alla quale, a seguito della sentenza della Corte europea *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013, in cui è stata dichiarata contraria alla Convenzione l'applicazione della misura (in quanto avente finalità sanzionatoria) in assenza di condanna, dovrà ora esprimersi la Corte costituzionale. Pur non essendo possibile, in questa sede, approfondire tale vicenda (per cui si rinvia alla ricostruzione di GALLUCCIO, *La confisca urbanistica torna alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 giugno 2014, ed alle riflessioni critiche di VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo (a proposito di Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2014)*, in *questa Rivista*, 2014, 3-4), vale la pena di osservare che la soluzione accolta nella giurisprudenza in materia urbanistica pare ispirata, ancora una volta, da una concezione ripristinatoria dell'istituto, quasi in una prospettiva di supplenza rispetto all'inerzia delle amministrazioni locali nell'esecuzione degli ordini di demolizione (e nonostante che la confisca finisca per colpire tutti i terreni oggetto del piano di lottizzazione e non soltanto gli immobili abusivamente edificati, come sottolineato dalla stessa Corte europea).

⁴⁵ Al di fuori della materia della prevenzione patrimoniale, infatti, diverse ipotesi di confisca dei proventi sono state talvolta ritenute applicabili rispetto agli eredi del reo secondo itinerari argomentativi che spaziano dalla "non estraneità" degli stessi (cfr. Cass., 25-09-2000, n. 5262; Cass., 20-05-2008, n. 27343) alla mancanza di un loro interesse a ricorrere (cfr. Cass., 16-6-2010, n. 24843) ma che risultano, in assenza di un chiarimento sulla reale natura della misura, «puri e semplici sofismi» (nei termini di NUVOLONE, in *Indice penale*, 1985, 150).

⁴⁶ Secondo la giurisprudenza, in particolare, viene considerato non estraneo colui che non riesca a dimostrare (apparentemente in via *cumulativa* e non *alternativa*) la mancata percezione di qualsiasi profitto derivante dal fatto penalmente sanzionato e l'assenza di condizioni in grado di configurare a suo carico un qualsivoglia addebito di negligenza da cui sia derivata la disponibilità del bene (cfr., ad esempio, Cass. 17-10-2013, n. 68; Cass. 17-1-2013, n. 29197).

⁴⁷ Ad esempio, poiché il reato presupposto risulta prescritto ovvero addirittura non rientrante nel novero di quelli previsti dagli artt. 24 ss. del decreto, come affermato rispettivamente dalle sentenze Cass., 12-3-2014, n. 14600, e Cass., Sezioni Unite, 30-1-2014, n. 10561. Pur non essendo questa la sede per un commento a tali sentenze (per cui si rinvia a DELL'Osso, *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 401 ss.; Id., *Diritto penale dei mercati finanziari e sequestro dei proventi illeciti: una nuova deludente pronuncia della Suprema Corte sui confini della confisca*, in corso di pubblicazione in *Giur. comm.*, e M. LANZI, *La confisca diretta e di valore nei reati tributari: riflessioni e questioni aperte*, in *Indice Penale*, 2014, 167 ss.), si deve segnalare che il fatto che sia proprio una logica compensativa ad ispirare tali soluzioni emerga chiaramente nella sentenza delle Sezioni Unite laddove si afferma che l'art. 6, comma 5, del d.lgs. n. 231/2001 sarebbe addirittura «previsione di carattere generale che impone la confisca, diretta o per equivalente, del profitto derivante da reato, secondo una prospettiva non di tipo sanzionatorio, essendo fuori discussione la "irresponsabilità" dell'ente, ma di ripristino dell'ordine economico perturbato dal reato».

⁴⁸ Nella segnalata sentenza delle Sezioni Unite circa la confisca dei proventi da evasione fiscale, infatti, viene valorizzata una diversità di fondamento tra confisca di prevenzione e confisca "allargata" di cui all'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/1992, con termini che riecheggiano anche nella già menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 106/2015. In entrambi i casi, tuttavia, tale conclusione risulta poco convincente e sostanzialmente dettata dall'esigenza di giustificare soluzioni interpretative o normative differenziate nei due ambiti (in questo senso, con riferimento alla prima pronuncia, cfr. ancora DI LELLO FINUOLI, *La torsione della confisca*, cit., 18 ss.). Analoga osservazione, peraltro, viene formulata anche al considerato in diritto n. 9.4 della sentenza in commento, ma anche in questo caso pare soprattutto finalizzata a dichiarare inconferenti le diverse pronunce nelle quali è stata riconosciuta la natura sanzionatoria della confisca allargata. Si deve segnalare, d'altra parte, che in una recente questione di legittimità costituzionale relativa al procedimento di applicazione della confisca di prevenzione si assume significativamente come *tertium comparationis* proprio la confisca dell'art. 12-*sexies* in virtù dell'identità di *ratio* tra le due misure (sul punto, cfr. MAUGERI, *La confisca di prevenzione dinanzi alla Corte costituzionale: ritorna la confisca ex art. 12-*sexies* d.l. 306/1992 come tertium comparationis*, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2015).

⁴⁹ In questo senso, almeno limitatamente ai rapporti tra confisca di prevenzione e confisca "allargata", cfr. MAIELLO, *La prevenzione patrimoniale in trasformazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 811, il quale auspica una riforma che «concepisca i due tipi di confisca in esame quali strumenti, qualitativamente omogenei, di una medesima strategia, articolandone i rapporti interni sul piano del differente spessore dei compendi probatori e non in funzione della diversità dei presupposti sostanziali di applicabilità».

⁵⁰ Atteso che, come detto, la confisca si presenta comunque come forma di reazione alla sospetta commissione di illeciti, piuttosto che come conseguenza di una particolare qualità del soggetto o dei beni.

⁵¹ Si fa ancora riferimento, evidentemente, al modello di confisca previsto dall'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/1992 il quale peraltro risulta "recepto" nella recente direttiva 2014/42/UE in materia di confisca dell'Unione europea.

d'altra parte, non riflettono certamente una diversità di funzioni, quanto piuttosto diverse *tecniche* volte a raggiungere il medesimo scopo, con una relazione tra *invasività* della misura e *gravità* dei reati presupposto che non dovrebbe sfuggire, come si dirà, ad un giudizio di proporzione (v. *infra*, § 5).

4.

La neutralizzazione dei vantaggi da reato: “terzo binario” ovvero forma di repressione della criminalità del profitto.

All'origine dell'esigenza di neutralizzazione dei vantaggi ottenuti mediante l'attività criminosa, la sentenza in commento individua “ragioni etiche” e motivazioni d'ordine economico collegate alla tutela della libera concorrenza⁵², alle quali si potrebbero aggiungere esigenze di *ristoro delle vittime*, specialmente alla luce di quanto disposto dall'art. 48 del codice antimafia, nonché istanze *general-preventive* veicolate nel messaggio diretto ai soggetti dediti ad attività criminali secondo cui neanche i loro eredi potranno goderne i proventi. Ciò premesso, non sembra agevole la determinazione della *natura* e della *collocazione* degli istituti volti a perseguire tale finalità e, di conseguenza, l'individuazione delle *garanzie* che devono presidiarne l'applicazione. Senza pretendere di dare risposte definitive a tali quesiti, pertanto, ci si limiterà ad indicare alcune coordinate di un dibattito sulla legittimità di una disciplina che, talvolta, appare “abbandonata” al dialogo tra provvedimenti legislativi e giurisprudenziali.

Ebbene, anzitutto, occorre comprendere se effettivamente le funzioni compensativo-ripristinatorie siano *eterogenee* rispetto a quelle punitive ed in grado di giustificare, quindi, soluzioni di stampo civilistico (come l'applicabilità agli eredi ovvero le altre segnalate *supra*, § 3). In senso affermativo, peraltro, si esprimeva la Corte costituzionale in una delle prime pronunce in tema di confisca, ritenendo legittima la trasmissibilità *iure hereditatis* della misura ablativa prevista nelle disposizioni in materia di sanzioni contro il fascismo in quanto «conseguenza indiretta della diminuzione sofferta dal patrimonio, ovvero, nell'ambito dell'istituto successorio, in quanto trasferimento di obblighi di natura prettamente patrimoniale»⁵³. Nella stessa letteratura penalistica, d'altra parte, si è affacciata la tesi secondo la quale la confisca dei proventi illeciti rappresenterebbe effettivamente un “terzo binario” i cui modelli applicativi non debbano necessariamente corrispondere a quelli delle sanzioni penali⁵⁴, avvalorando così quell'orientamento giurisprudenziale che riconduce le misure di prevenzione patrimoniale ad un *tertium genus*⁵⁵.

Tuttavia, in primo luogo, si deve puntualizzare che una funzione autenticamente ripristinatoria può essere validamente riscontrata soltanto qualora sia prevista una forma di *sussidiarietà* della misura rispetto agli altri istituti volti alla ricomposizione delle conseguenze patrimoniali dell'illecito. Tale soluzione, tuttavia, emerge in modo alquanto frammentario nell'attuale legislazione⁵⁶, mentre a livello giurisprudenziale si è andata affermando esclusivamente con riguardo alla confisca per equivalente prevista per i reati tributari⁵⁷. Proprio muovendo da

⁵² Cfr. considerato in diritto n. 7.1; come osservato (v. *supra*, § 2), d'altra parte, il riferimento all'inquinamento della libera concorrenza non dovrebbe essere sopravvalutato, dato che la confisca tende a colpire anche il mero accumulo di ricchezza illecita, mentre l'attività di rimessa in circolazione nel circuito dell'economia lecita risulta semmai contrastata dalla repressione penale del riciclaggio (oggi anche dell'autoriciclaggio) e del reimpiego.

⁵³ Cfr. sentenza n. 29/1961, in cui si aggiungeva che «è appunto in questo quadro che va inserita l'applicabilità della confisca in questione anche agli eredi e anche dopo estinto il reato; vale a dire come misura non penale, che incide obbiettivamente sui beni ovunque e presso chiunque si trovino». D'altra parte, non senza un velo di ambiguità, la Corte si premurava anche di segnalare come, rispetto agli originari destinatari, la confisca fosse opportunamente applicata nel rispetto del principio di personalità della responsabilità previsto dall'art. 27 Cost.

⁵⁴ Cfr. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1779, il quale richiama l'immagine di “terzo pilastro” evocata da Albrecht. Sempre nel senso di una funzione riparativa, cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 503 ss., nonché, con specifico riferimento alla confisca di prevenzione, cui viene riconosciuta una finalità distinta da quella punitiva *tout court*, *Id.*, *Le Sezioni Unite*, cit., 12.

⁵⁵ Cfr. i riferimenti giurisprudenziali citati *supra*, nota 27. Si potrebbe segnalare, peraltro, che nella sentenza Simonelli, nonostante la riconduzione ad un *tertium genus* distinto dalle misure sanzionatorie, la confisca sia però anche qualificata come “sanzione amministrativa”, anche se ciò pare dovuto alla natura quasi “residuale” di tale categoria nella tradizione giuridica italiana (sottovalutando però il fatto che la stessa è da decenni ricondotta dalla Corte europea al concetto di *matière pénale*).

⁵⁶ Non di vera sussidiarietà si può parlare con riferimento all'art. 644 c.p., il quale si limita a prevedere che la confisca per equivalente operi a condizione che vengano fatti salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento dei danni, mentre un accoglimento più deciso di tale soluzione pare emergere, ad oggi, soltanto nell'art. 6 del d.lgs. 231/2001.

⁵⁷ Cfr. quanto segnalato *supra*, nota 42.

quest'ultimo orientamento, ad esempio, una volta ammessa la confisca di prevenzione nei confronti delle somme evase al fisco, si dovrebbe anche scongiurare ogni forma di concorso con gli istituti volti all'adempimento del debito tributario, altrimenti verificandosi un'evidente duplicazione restitutoria non giustificabile in ottica compensativa.

Inoltre, ci si potrebbe chiedere se davvero i concetti di *eliminazione del vantaggio* e di *risarcimento* siano pienamente sovrapponibili e se, in assenza del fondamentale presupposto del danno (e, quindi, dell'azione civile da parte del danneggiato), possa veramente parlarsi di scopo *compensativo* o *ripristinatorio*, anche ricordando che nel diritto privato non esiste un principio generale secondo cui i vantaggi ingiusti devono essere sottratti a colui che li ha percepiti⁵⁸. In fondo, come noto, l'idea di *ricomposizione* della situazione antecedente all'illecito costituisce un tratto fondante nelle concezioni retributive della pena⁵⁹, per questo strettamente legate al tema della rigorosa proporzione tra illecito e sanzione. E se quest'ultimo aspetto è stato nel tempo criticato sulla base dell'argomento della "incommensurabilità" tra reato e pena, in relazione agli illeciti con una componente economica dominante la confisca dei proventi sembrerebbe quasi superare tale inconveniente, presentandosi nella veste di sanzione "naturale" per la sua capacità di auto-legittimarsi.

Nei limiti di quanto ricavato dall'attività criminale, in altri termini, si sarebbe pur sempre di fronte ad una misura la cui dimensione *affittiva* non è conseguenza indiretta di una pretesa risarcitoria o di una strategia di contrasto della pericolosità, bensì risulta *necessaria e voluta* affinché si esplicino quelle funzioni di deterrenza e intimidazione veicolate attraverso il messaggio secondo cui "il crimine non paga". Si tratta, dopotutto, di un'impostazione che affiora nella giurisprudenza di Strasburgo nella nota sentenza *Welch* laddove, concludendo per la natura penale di un'ipotesi di ablazione dei proventi assimilabile alla confisca c.d. "allargata", si affermava che «la finalità preventiva dell'apprensione di beni che potrebbero essere utilizzati in futuro nell'attività di commercio di stupefacenti così come l'esigenza di garantire che il crimine non paghi sono evidenti (...). Tuttavia non si può escludere che una legislazione che conferisca poteri di confisca così ampi alle giurisdizioni persegua anche lo scopo di punire l'autore del reato. Invero le funzioni di prevenzione e riparazione sono coerenti con quelle punitive e potrebbero essere considerate come *elementi costitutivi* della stessa nozione di punizione»⁶⁰.

È appena il caso di sottolineare che, in questa prospettiva, qualsiasi *applicazione retroattiva* ovvero non conforme alle garanzie riconducibili al *principio di colpevolezza* – dalla *personalità* della responsabilità alla *presunzione di innocenza* – dovrebbe ritenersi illegittima. La sorte del sistema di prevenzione patrimoniale – così come della confisca "allargata" e di qualsiasi forma di apprensione dei proventi rispetto a soggetti che non siano stati condannati per il reato pre-

⁵⁸ Infatti, anche l'azione residuale di arricchimento senza causa prevista dall'art. 2041 c.c. opera nel limite di un depauperamento di un altro soggetto e, pertanto, non potrebbe prestarsi a neutralizzare vantaggi ottenuti ingiustamente ai quali non corrisponda però una diminuzione del patrimonio di altro soggetto (unico interessato a presentare domanda giudiziale), atteso che lo strumento della restituzione degli utili risulta previsto soltanto in settori speciali, quali la tutela del diritto all'immagine, del diritto d'autore o della proprietà industriale. Si deve segnalare, d'altra parte, che talvolta la giurisprudenza civile sembra "cedere" alla tentazione di porre rimedio anche a situazioni di arricchimento ingiustificato in assenza di un reale depauperamento altrui, veicolando tale istanza attraverso un'interpretazione estensiva di altri istituti (ad es. della *negotiorum gestio*).

⁵⁹ Tale considerazione rinvia evidentemente a problemi di più ampia portata; risultano interessanti, ad esempio, alcune critiche emerse nel contesto anglosassone in merito alle diverse forme di *giustizia riparativa*: si osserva, in particolare, come la logica della riparazione-compensazione, nel momento in cui assume forme ulteriori rispetto a quella del risarcimento del danno, non sia realmente eterogenea rispetto all'idea di riequilibrio delle situazioni di diritto (*restoring the balance of rights*) tipica della concezione retributiva della pena e, pertanto, non sfugga al problema della *moral justification*. Sul punto, cfr. soprattutto gli scritti di Zedner, Dignan, Johnstone e Von Hirsch-Ashworth-Shearing, raccolti in VON HIRSCH-ASHWORTH-ROBERTS (a cura di), *Principled sentencing*, 3^a ed., Oxford, 2009. Nella stessa dottrina italiana, d'altra parte, si è osservato come il concetto di "riparazione" non coincida con quello civilistico di "risarcimento" proprio in ragione del più stretto collegamento con la dimensione offensiva del reato commesso; sul punto, cfr. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, Milano, 2014, 520 s., e i riferimenti ivi citati.

⁶⁰ Cfr. *Welch c. Regno Unito*, 9-2-1995, § 30. A prima vista, peraltro, si potrebbe osservare che tali affermazioni sono contraddittorie con l'ap-proccio della Corte incentrato sulla summenzionata tripartizione degli istituti secondo le diverse funzioni preventive, ripristinatorie e punitive. Il punto, tuttavia, è che – passando in secondo piano le esigenze di contrasto della pericolosità e di risarcimento di un danno – la Corte sembra prendere giustamente atto che, rispetto alla misura in esame, i concetti di prevenzione e di riparazione tendono ad smarrire il loro significato originario e a ricacciarsi all'idea di punizione.

supposto⁶¹ – sarebbe evidentemente segnata⁶², il che contribuisce a spiegare la riluttanza che la giurisprudenza ancora dimostra a riconoscere, se non altro, le molteplici aporie derivanti dalla qualificazione preventiva. Anche un intervento della Corte europea volto a ricondurre la confisca di prevenzione al concetto di *matière pénale*, nonostante l'importante precedente sopra citato, pare al momento difficilmente ipotizzabile⁶³, considerando anche una certa “deferenza” che i giudici di Strasburgo hanno storicamente dimostrato rispetto a materie “sensibili” come la criminalità organizzata⁶⁴.

5.

Oltre i confini della “materia penale”: il fine giustifica sempre i mezzi?

Volendo invece ritenere che le istanze ripristinatorie sottese alla confisca dei proventi non presentino i caratteri propri della punizione, ad ogni modo, ci si deve chiedere se esse non debbano incontrare limiti dettati da *principi generali* la cui operatività, quindi, non è subordinata al riconoscimento della natura penale della misura applicata. Il pensiero corre, in particolare, ai requisiti di *legalità e proporzionalità* che, ai sensi dell'art. 1 Prot. n. 1 Cedu, devono presidiare *qualsiasi forma* di restrizione della proprietà privata da parte dell'autorità pubblica.

Ora, in primo luogo, è chiaro che, se si ritiene che il primo presupposto abbia la medesima portata che si riconosce al principio di legalità in materia penale – come talvolta suggerito dalla stessa Corte di Strasburgo⁶⁵ –, qualsiasi applicazione retroattiva dovrebbe essere preclusa. Tuttavia, a ben vedere, nelle disposizioni diverse dall'art. 7 Cedu il requisito della *law provision* sembra piuttosto rinviare ad un'esigenza di *prééminence du droit* intesa come necessaria sussistenza di presupposti legali certi (non al momento della condotta dell'individuo bensì)

⁶¹ Quanto alla confisca “allargata” di cui all'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/1992, è evidente che il riconoscimento della natura sanzionatoria della misura (talvolta affiorato anche nella giurisprudenza interna) risulterebbe difficilmente conciliabile con il meccanismo di determinazione presuntiva dei proventi, ancorché questo sia “attivato” da una condanna (il che, peraltro, è messo in discussione da quelle sentenze che ammettono, anche in questo ambito, la possibilità di applicare la confisca sulla base di sentenze di proscioglimento che contengano un accertamento della responsabilità dell'imputato). In proposito, secondo la Corte europea, che riconduce al misura al concetto di *matière pénale*, il fatto che la stessa si applichi *post delictum* la rende compatibile con la presunzione di innocenza stabilita dall'art. 6, § 2, Cedu (cfr. sentenza *Phillips c. Regno Unito*, 5-7-2001, nonché la giurisprudenza più recente su cui si sofferma BALSAMO, *Il rapporto tra forme “moderne” di confisca e presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2007). Si tratta di conclusioni che, tuttavia, non hanno mancato di sollevare perplessità di quella dottrina che ha puntualmente osservato come la presunzione d'innocenza dovrebbe estendersi anche alla fase di determinazione dei proventi del reato, oltre che a quella di affermazione della responsabilità dell'imputato (cfr. le osservazioni già svolte da FURNASARI, *Strategie sanzionatorie e lotta alla criminalità organizzata in Germania e in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 750 e 764 ss.). È chiaro che, in questa prospettiva, risulta certamente criticabile il recepimento di tale modello di confisca nella recente direttiva dell'Unione europea 2014/42/UE (ancorché non sia rimasta traccia di quella espressa qualificazione penale della misura che era comparsa nel testo proposto dalla Commissione LIBE). Infine, anche per ciò che concerne la confisca per equivalente, il riconoscimento della natura sanzionatoria della misura (molto più consolidato nella giurisprudenza) stride evidentemente con tutte quelle forme di applicazione derogatorie rispetto ai canoni penalistici segnalate *supra*, § 3.

⁶² Come puntualmente osservato da MANES, *Il sistema penale nello specchio del “dialogo tra le Corti”*, in corso di pubblicazione su *Riv. it. dir. proc. pen.*, 7 del dattiloscritto. Nello stesso senso, cfr. MAUGERI, *Le Sezioni Unite, cit.*, 11 ss., la quale osserva giustamente come la sentenza Occhipinti dimostri una certa “ingenuità” nell'affermare, dopo aver riconosciuto la natura sanzionatoria della confisca di prevenzione, che l'estensione del principio di irretroattività sarebbe sufficiente a riallineare l'istituto ai canoni costituzionali. Al contrario, evidentemente, tale presupposto implicherebbe l'illegittimità *tout court* di una disciplina la cui regole sostanziali e processuali divergono in maniera significativa rispetto ai canoni penalistici.

⁶³ In questo senso, cfr. ancora MANES, *Il sistema penale nello specchio del “dialogo tra le Corti”*, 8 del dattiloscritto.

⁶⁴ Si consideri, su altro versante, la timida giurisprudenza sull'art. 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario, nella quale si è costantemente escluso qualsiasi profilo di violazione dell'art. 3 Cedu (sul punto, cfr. NICOSIA, *Il c.d. 41 bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1240 ss.).

⁶⁵ Come segnalato anche in altra sede, infatti, la Corte europea sembra talvolta suggerire che il requisito della base legale previsto dall'art. 1 del Prot. n. 1 Cedu impone il rispetto dei parametri di “accessibilità” e “prevedibilità” dell'applicazione della misura *al momento della condotta* indipendentemente dalla qualificazione penale della confisca e, quindi, dall'applicabilità dell'art. 7 Cedu. In questo senso, ad esempio, cfr. le sentenze *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, 20-1-2009 (che però si pronuncia *anche* sull'art. 7 Cedu); *Sun c. Russia*, 5-2-2009, § 26 ss.; *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*, 20-9-2011, § 559 (nelle quali, invece, viene dichiarata esclusivamente una violazione dell'art. 1 del Prot. n. 1 Cedu per violazione del suddetto parametro).

al momento della *decisione del giudice*⁶⁶. Pertanto, le riforme intervenute nella disciplina della confisca di prevenzione parrebbero se non altro soddisfare tale requisito, essendo state “codificate” molte delle soluzioni giurisprudenziali ispirate dalla concezione compensativa della misura (ad es. l’applicabilità agli eredi, lo sganciamento dalle misure personali, la prevalenza sulla procedura fallimentare), anche se si manifestano tuttora esiti applicativi che sono frutto di un diritto “vivente” tutt’altro che consolidato e spesso “imprevedibile” anche al momento del giudizio, con inevitabili ricadute negative sull’esercizio del diritto di difesa⁶⁷.

La partita, allora, finisce per giocarsi soprattutto sul terreno del *giudizio di proporzione*, chiamato a stabilire i *limiti* sino ai quali può essere “spinta” l’esigenza di recupero dei vantaggi di origine illecita. Non è un caso che, non potendo trovare applicazione la presunzione di innocenza, proprio tale principio abbia consentito alla Corte europea di sottolineare l’esigenza di mantenere un certo *riequilibrio* nella ripartizione dei carichi probatori anche nel procedimento di prevenzione⁶⁸, secondo un’impostazione progressivamente recepita anche nella giurisprudenza interna⁶⁹. Gli stessi orientamenti nei quali si è affermato il requisito della “correlazione temporale”, come già sottolineato, sono essenzialmente dettati da un’esigenza di ragionevole *temperamento* degli oneri dimostrativi gravanti sul proposto, piuttosto che da logiche preventive⁷⁰.

Si tratta di comprendere, allora, se anche le recenti “accelerazioni” alle quali ha assistito il sistema di prevenzione patrimoniale soddisfino effettivamente tale requisito e se, ad esempio, le “ragioni etiche” che sottendono tali direttrici di riforma debbano prevalere rispetto alla tutela del diritto di proprietà di soggetti del tutto estranei alle attività criminali (come nel caso paradigmatico degli eredi dell’indiziato). Non sorprende, in proposito, che nella stessa giurisprudenza interna, sebbene con argomenti non proprio lineari, siano emerse pronunce volte ad arginare l’estensione operativa della confisca in caso di morte del proposto⁷¹. Analogamente, in questa prospettiva potrebbe essere apprezzata la legittimità di talune limitazioni al riconoscimento dei diritti di soggetti terzi quali, ad esempio, i creditori fallimentari, dato che non appare affatto scontato che debba «essere privilegiato l’interesse pubblico perseguito dalla normativa antimafia rispetto all’interesse meramente privatistico della *par condicio credi-*

⁶⁶ In effetti, oltre che non supportata dal testo della Convenzione, che soltanto all’art. 7 specifica che la previsione legale deve esistere al momento della condotta dell’individuo, in tale livellamento dei significati della legalità si perde la specificità garantistica del principio al cospetto delle manifestazioni dello *ius puniendi*. Pur non essendo possibile approfondire in questa sede tale tematica, si deve infatti osservare che soltanto nella “materia penale” l’esigenza di “prevedibilità” delle conseguenze della propria condotta – per lo stretto collegamento che sussiste con la tutela della libera autodeterminazione e con il principio di colpevolezza – ha un rango assoluto, mentre determinati contro-interessi possono giustificare l’applicazione retroattiva di misure ripristinatorie o preventive, purché sia garantito, viste le esigenze di uguaglianza e di certezza sottese all’idea di Stato di diritto, un fondamento legale al momento (non della condotta del destinatario bensì) della decisione giudiziale. Questo diverso significato della *law provision*, in effetti, non manca di emergere in altre pronunce concernenti l’art. 1 Prot. n. 1: cfr. ad esempio *Khuzhin e a. c. Russia*, 23-10-2008, § 126.

⁶⁷ Si pensi, ad esempio, proprio alla vicenda dei proventi di evasione fiscale auto-denunciati dal proposto per sfuggire alla confisca di prevenzione, magari facendo affidamento su quelle pronunce in cui si era esclusa l’operatività della misura. Anche con riferimento ad altre ipotesi di confisca dei proventi, peraltro, determinate soluzioni risultano ancora oggetto di contrasti giurisprudenziali sincronici, come ad esempio sul terreno dell’applicabilità in caso di estinzione del reato, nei confronti degli eredi ovvero delle persone giuridiche a prescindere dai presupposti previsti dal decreto n. 231/2001 (v. *supra*, § 3). In tutti questi casi, in cui vi è incertezza addirittura su quale sarà la conclusione del giudice all’esito del procedimento, non sembra ardito invocare una violazione del requisito della “base legale” previsto dall’art. 1 Prot. n. 1 Cedu, indipendentemente dalla qualificazione punitiva della confisca e dall’operatività del divieto di retroattività previsto dall’art. 7 Cedu.

⁶⁸ Da ultimo, cfr. *Cacucci e Sabatelli c. Italia*, 17-6-2014, §§ 35 ss.

⁶⁹ Invero, come noto, anche su tale profilo non sono mancati contrasti giurisprudenziali (cfr. MANGIONE, *La misura di prevenzione*, cit., 379 ss.), sebbene oggi sembri prevalere l’orientamento che esclude, almeno in via di principio, che l’onere della prova gravi interamente sul proposto, essendo stato avvalorato anche dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento (v. il considerato in diritto n. 11).

⁷⁰ In questo senso, cfr. MAUGERI, *Le Sezioni Unite*, cit., 25 s., sebbene l’Autrice richiami anche il canone della presunzione di innocenza che, mantenendo fede alla tesi dell’esclusione della natura punitiva della confisca di prevenzione, cui la stessa Autrice pare aderire, non dovrebbe essere pertinente. Come già osservato, peraltro, tale conclusione traspare anche dalla motivazione delle Sezioni Unite, sebbene non manchi un tentativo di giustificare la correlazione temporale in chiave preventiva (v. *supra*, nota 34).

⁷¹ Cfr. Cass., 28-9-2011, n. 3219, in cui si sottolinea che, sulla base di un’interpretazione conforme della normativa (secondo cui la confisca “può” e non “deve” essere disposta) agli artt. 24, 27, 40 e 111 Cost. ed alla giurisprudenza della Corte europea, si dovrebbero diversificare le posizioni soggettive degli eredi in base alla «consapevolezza di questi ultimi dell’attività illecita svolta dal loro dante causa e della genesi illecita dei cespiti patrimoniali oggetto della successione». Ora, se tale criterio potrebbe anche essere valido in un’ottica di proporzione dell’intervento compensativo, stupisce che nella pronuncia in esame lo stesso sia ricollegato ai principi di personalità e di colpevolezza sanciti dall’art. 27 Cost. e dalla sentenza *Sud Fondi* della Corte europea, tradendo nuovamente un inquadramento sanzionatorio della misura il quale dovrebbe portare ad escludere qualsiasi efficacia rispetto agli eredi.

torum perseguito dalla normativa fallimentare⁷², soprattutto se si considerano i termini di un recente arresto delle Sezioni Unite in tema di rapporti tra sequestro preventivo e procedura fallimentare nella disciplina della responsabilità degli enti⁷³.

Infine, sempre al cospetto del principio di proporzione si dovrebbe valutare la progressiva estensione della confisca di prevenzione ad ipotesi delittuose del tutto estranee al fenomeno mafioso che si è manifestata nella giurisprudenza⁷⁴ e nella legislazione⁷⁵, nonché nelle più recenti proposte di riforma⁷⁶. Ora, se tale tendenza rende ancor più fragile la qualificazione preventiva della misura – venendo meno la possibilità di ricorrere a quell'idea della pericolosità “connaturata” alla commissione dei reati presupposto – la dilatazione dell'ambito operativo della misura potrebbe anche essere ritenuta coerente con una concezione compensativo-ripristinativa della stessa, avendo le istanze di recupero dei profitti illeciti una certa “vocazione generale”. Considerando tuttavia che, come osservato, tale impronta teleologica caratterizza anche le altre ipotesi di confisca dei proventi previste nell'ordinamento, la “gestione” delle diverse tecniche di aggressione ai patrimoni non dovrebbe sottrarsi ad un rigoroso sindacato di proporzione che assuma come secondo parametro proprio la gravità dei fenomeni criminali considerati. Pertanto, anche in questa diversa prospettiva, sia l'ampliamento della sfera applicativa della confisca “allargata” (e la “quasi generalizzazione” cui la stessa ha assistito nella recente direttiva 2014/42/UE)⁷⁷, sia il ricorso all'impianto della prevenzione patrimoniale per contrastare i fenomeni di evasione fiscale e di corruzione (che, sebbene diffusi, costituiscono pur sempre reati “ordinari” e che non possono giustificare una presunzione di derivazione illecita del patrimonio del loro autore) destano più di una perplessità⁷⁸.

Come sottolineato dai promotori della riforma, peraltro, l'estensione dello spettro applicativo della confisca di prevenzione consentirebbe l'apprensione della “tangente” anche nei confronti degli eredi del pubblico ufficiale corrotto⁷⁹. A questo proposito, in dottrina si è osservato che tale soluzione sarebbe legittima in virtù della natura preventiva della misura mentre, al contrario, la stessa presenterebbe profili di incostituzionalità se ottenuta mediante l'estensione

⁷² Così, invece, Cass. 22-3-2011, n. 16797, ribadendo la prevalenza del procedimento di prevenzione sulla procedura fallimentare, soluzione ora espressamente accolta dal codice antimafia che prevede, come detto, una forma di tutela di tali soggetti all'interno dello stesso procedimento di prevenzione ma soltanto qualora risultino soddisfatte determinate condizioni e nel limite del 60% del valore del bene o del prezzo inferiore ottenuto dalla vendita del bene medesimo. Sul punto, cfr. ancora le puntuali considerazioni critiche già formulate da NAPOLEONI, *Interferenze problematiche tra fallimento e sequestro antimafia*, cit., 467.

⁷³ Cfr. Cass., Sezioni Unite, 25-9-2014, Uniland, in cui si è affermato che i due vincoli possono ben coesistere e che la procedura fallimentare, anche successivamente alla conversione del sequestro in confisca, può condurre al riconoscimento di diritti dei creditori quali terzi in buona fede che, pertanto, prevalgono sulla misura ablativa. Chiaramente, la pronuncia giunge a tali conclusioni sulla base della premessa della natura sanzionatoria della confisca prevista dall'art. 19 del d.lgs. n. 231/2001, ma riconducendo le varie forme di ablazione dei proventi ad una medesima prospettiva teleologica compensativa (che, come già notato, nell'ambito della responsabilità degli enti, emerge qualora la confisca sia applicata sulla base dell'art. 6 del medesimo decreto), soluzioni differenziate risultano certamente meno plausibili. L'impressione, peraltro, è che l'impostazione accolta dal codice antimafia non sia veramente dettata da ragioni preventive, quanto piuttosto da esigenze “pratiche” di esclusione di ogni forma di revoca della confisca e di definizione delle posizioni dei terzi nello stesso procedimento di prevenzione (in questo senso, cfr. le considerazioni di MENDITTO, *Le Sezioni Unite Civili sulla tutela dei terzi nella confisca di prevenzione dopo la legge n. 228/12: l'ambito di applicabilità della nuova disciplina*, in *Dir. pen. cont.*, 27 maggio 2013, 11), evidentemente contrastanti con la tesi della possibile coesistenza dei vincoli.

⁷⁴ Da ultimo, si veda il segnalato orientamento avvalorato dalle Sezioni Unite che ammette l'applicabilità della confisca di prevenzione anche rispetto ai profitti dell'evasione fiscale (v. *supra*, nota 37).

⁷⁵ Cfr., ad esempio, l'ampliamento delle categorie soggettive alle quali possono essere applicate le misure di prevenzione, incluse quelle patrimoniali, che è ha preso forma negli ultimi anni e che ha trovato una definitiva conferma con il codice antimafia. Come sottolineato, proprio dal problema dell'ampliamento dei destinatari della confisca antimafia (e, in particolare, della sua efficacia retroattiva) è derivato l'intervento delle Sezioni Unite nella sentenza in commento (v. *supra*, § 1).

⁷⁶ Si considerino, in particolare, le proposte volte ad introdurre anche i delitti contro la pubblica amministrazione tra i reati i cui indiziati possono subire un procedimento di prevenzione, soluzione peraltro già emersa nella giurisprudenza in virtù del riferimento alla categoria dei soggetti abitualmente dediti ad attività delittuose o che vivono abitualmente coi proventi delle stesse prevista dall'art. 1 (e richiamata dalla lettera c) dell'art. 4) del medesimo codice; sul punto, cfr. MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità 'da profitto'*, cit., 35 ss.

⁷⁷ In proposito, cfr. le considerazioni di ACQUAROLI, *L'estensione dell'art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 251 ss.; GRASSO, *Profili problematici delle nuove forme di confisca*, in Maugeri, a cura di, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, 133 s., i quali denunciano l'irragionevolezza dell'estensione di tale modello ad ipotesi criminose che non consentono di presumere la provenienza illecita del patrimonio dell'autore. In questo senso, non può che destare ulteriori perplessità la scelta del legislatore europeo di imporre tale modello di confisca (art. 5 della direttiva) rispetto all'ampio elenco di reati previsto dall'art. 3.

⁷⁸ Per un diverso punto di vista, invece, cfr. MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità 'da profitto'*, cit., 37 ss.

⁷⁹ Si tratta di una proposta che, come noto, ha avuto particolare risalto anche sugli organi di stampa: v. l'editoriale critico di FERRARELLA, *La confisca agli eredi: un'arma a doppio taglio*, in *Corriere della sera*, 16 dicembre 2014.

applicativa della confisca disciplinata dall'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/1992⁸⁰. Tuttavia, riconducendo le due ipotesi alla *medesima* prospettiva teleologica, in entrambi gli scenari finisce per presentarsi lo *stesso* problema della dubbia compatibilità con il principio di proporzione dell'incidenza della misura ablativa (che sia disposta *ante* o *post delictum*) sui diritti di soggetti del tutto estranei al reato presupposto (problema acuito dal fatto che, come detto, viene a mancare qualsiasi collegamento con il fenomeno mafioso).

In definitiva, se il *fine* delle varie forme di confisca dei proventi non varia – e, nei termini della Corte europea, può essere ritenuto un “*but légitime*” –, si tratta di comprendere se lo stesso giustifichi i *mezzi* previsti dal codice antimafia anche laddove le istanze “etiche” e le esigenze di tutela della concorrenza e quelle di ristoro delle vittime risultino affievolite. Non pare irragionevole, allora, auspicare un atteggiamento più “coraggioso” da parte della Corte europea – magari cogliendo l'occasione offerta dal prossimo confronto della Grande Camera con la *vexata quaestio* dell'applicabilità della confisca in assenza di condanna⁸¹ – che possa condurre quest'ultima a censurare gli eccessi che la disciplina della confisca di prevenzione ha manifestato negli ultimi anni, anche senza dover ricorrere ad una “impegnativa” riqualificazione penale della misura⁸². L'alternativa, che già si può intravedere, è rappresentata da una progressiva *generalizzazione*, via via dettata da nuovi allarmi sociali, di un sistema di repressione “parallelo” che sfugge alle garanzie penalistiche per la sola ragione che la *reazione al reato* colpisce il patrimonio e non la libertà personale.

⁸⁰ In questo senso, cfr. GATTA, *La confisca nella (annunciata) proposta governativa di riforma della corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 16 dicembre 2014, secondo cui tale misura, già prevista per i reati contro la P.A., non potrebbe operare rispetto agli eredi in quanto avente natura sanzionatoria.

⁸¹ In particolare, risulta pendente di fronte alla Grande Camera il ricorso *Hotel Promotion Bureau S.r.l. e Rita Sarda S.r.l. c. Italia* (n. 34163/07) originato, come il caso *Varvara*, dall'applicazione della confisca urbanistica in assenza di condanna. Pur confrontandosi con diversa ipotesi di misura ablativa, in effetti, la Grande Camera potrebbe cogliere l'occasione per offrire indicazioni decisive anche in relazione al problema dell'ammissibilità di diverse forme di confisca in assenza di una condanna per il reato presupposto, traendo spunto dalle osservazioni riportate nell'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque nel citato caso *Varvara*.

⁸² Costituisce infatti un *refrain* ricorrente nelle sentenze della Corte europea l'affermazione secondo cui «*les profits démesurés que les associations de type mafieux tirent de leurs activités illicites leur donnent un pouvoir dont l'existence remet en cause la primauté du droit dans l'Etat. Ainsi, les moyens adoptés pour combattre ce pouvoir économique, notamment la confiscation litigieuse, peuvent apparaître comme indispensables pour lutter efficacement contre lesdites associations*». Ebbene, nel momento in cui tali poteri di confisca abbracciano anche ipotesi non collegate al fenomeno mafioso, l'impossibilità di riproporre tale presupposto argomentativo dovrebbe mutare sensibilmente i termini del giudizio di proporzione, sino a ribaltarne gli esiti (in questo senso, cfr. anche DI LELLO, «Tutto cambia per restare infine uguale». Le Sezioni unite confermano la natura preventiva della confisca ante delictum, in corso di pubblicazione, 44 ss. del dattiloscritto). In attesa dell'intervento della Grande Camera, d'altra parte, si deve segnalare che nella recente sentenza *Gogitidze c. Georgia*, 12-5-2015, §§ 104 ss., la Corte ha ritenuto la conformità al principio di proporzione di poteri estesi di confisca dei proventi (volti ad ammettere l'applicazione della misura in assenza di condanna e sulla base di logiche presuntive) anche rispetto ad ipotesi di corruzione.