

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in
Scienze Giuridiche

Ciclo
XXXIII

Curriculum in
Diritto e procedura penale, criminologia, diritto penale dell'economia,
storia del diritto e del processo penale

Tesi di dottorato in
Diritto penale

**PASSATO, PRESENTE E FUTURO DELLA CONFISCA
DI PREVENZIONE**

Matteo Montorsi
Matricola n. 835770

Tutor: Prof. Carlo Ruga Riva
Coordinatore: Prof.ssa Stefania Ninatti

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

INDICE

CAPITOLO 1: ALLE RADICI DELLA PREVENZIONE

1. Utilità di una breve introduzione storica alle misure di prevenzione.....	7
2. Le ragioni storiche delle misure di prevenzione.....	9
2.1 La costante dell'emergenza.....	10
2.1.1 L'esempio "antico" del domicilio coatto.....	11
2.1.2 ...e quello "recente" della confisca di prevenzione.....	12
2.2 Prevenzione recidiva e riformismo criminologico.....	15
2.2.1 Il dibattito italiano sulla pericolosità.....	18
2.2.2 Disposizioni relative alle classi pericolose della società.....	20
2.2.3 La pericolosità in marcia verso il fascismo.....	21
2.3 Mutamento sociale e percezione della criminalità.....	22
3. Le misure di prevenzione durante il Fascismo.....	24
4. Il doppio livello di legalità.....	29
4.1 Giure penale e magistero di polizia.....	31
4.2 La "crisi" come dimensione fisiologica della legalità liberale.....	34
5. Il nucleo di critica storico delle misure di prevenzione.....	38
6. Verso la Costituzione (rinvio).....	41

CAPITOLO 2: LO SVILUPPO DEL SISTEMA PREVENTIVO DOPO (E ATTRAVERSO) LA COSTITUZIONE

1. Lo stato della materia alla vigilia della Costituzione.....	44
1.1 La resilienza del sistema preventivo.....	47
1.2 Il silenzio della Costituzione.....	49
2. I primi interventi della Corte Costituzionale.....	50
2.1 La sentenza n. 2/1956 e l'ordinato vivere civile.....	51
2.2 La sentenza n. 11/56 e la "caduta" della disciplina dell'ammonizione.....	56
3. La legge generale delle misure di prevenzione n. 1423 del 1956.....	58
3.1 Nuovi esperimenti e vecchie conoscenze.....	59
4. Le modifiche alla l. 1423/56: una nuova fase espansiva del sistema.....	63
4.1 La legge antimafia del 1965 e l'estensione delle misure ai mafiosi.....	64
4.2 La legge reale del 1975 e l'estensione delle misure ai "sovversivi".....	65
4.3 La giurisprudenza costituzionale in questa fase.....	67
4.4 La posizione della dottrina e il convegno di Alghero del 1974.....	69
5. L'introduzione delle misure di prevenzione patrimoniali.....	79
5.1 La legge Rognoni-La Torre: razionalità di un intervento complesso.....	79
5.2 Le nuove misure patrimoniali.....	81
5.3 Caratteri originari della confisca di prevenzione.....	83
5.4 Gli ulteriori interventi rilevanti della l. 646/1982.....	85
6. La l. 327/1988 e la ristrutturazione delle fattispecie di pericolosità.....	85
7. L'evoluzione negli anni '90.....	89
7.1 Applicazione del sequestro e della confisca ai pericolosi "generici".....	90
7.2 Gli interventi in tema di presunzione di illecito arricchimento.....	93
7.3 Il rilievo autonomo della sproporzione nella confisca di prevenzione.....	98
8. La "rivoluzione" dei pacchetti sicurezza del 2008-2009.....	99
9. Il consolidamento della materia nell'ultimo decennio.....	102
9.1 Il codice antimafia del 2011.....	104
9.2 Antiche questioni per nuovi orizzonti.....	108
9.3 Le modifiche da ultimo introdotte con la l. 106/2017.....	110

CAPITOLO 3: LA PREVENZIONE OLTRE I CONFINI NAZIONALI

1. Ambito di indagine.....	113
2. I rapporti con il diritto convenzionale.....	114
2.1 I criteri Engel quale metodo per identificare la materia penale.....	115
2.2 Misure personali e CEDU.....	117
2.3 Confisca e CEDU.....	120
3. La posizione della Corte EDU sul sistema preventivo italiano.....	127
3.1 CEDU e sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.....	130
3.2 CEDU e confisca di prevenzione.....	133
3.2.1 Esclusione della confisca di prevenzione dalla materia penale.....	134
3.2.2 Compatibilità con l'art. 1 prot. 1 CEDU.....	136
3.2.3 Statuto processuale della confisca di prevenzione.....	137
4. Riferimenti internazionali ed europei per le misure patrimoniali.....	139
4.1 Le principali convenzioni internazionali sugli strumenti patrimoniali.....	139
4.2 L'azione comune dell'Unione europea.....	141
4.2.1 La direttiva 42/2014/Ue in materia di confisca dei proventi da reato.....	143
4.2.2 Il regolamento Ue n. 1805/2018.....	149
5. Strumenti di prevenzione patrimoniale nel diritto comparato.....	153
5.1 Alcuni problemi di classificazione della confisca di prevenzione italiana.....	156
5.2 I principali modelli nel panorama europeo.....	159
6. Prevenzione e confisca nel modello spagnolo.....	169
6.1 Repressione e controllo della pericolosità sociale in Spagna.....	170
6.2. L'evoluzione della confisca nell'ordinamento spagnolo.....	175
6.3 Il dibattito sulla collocazione dell'istituto.....	177
6.4 Il quadro legislativo attuale in materia di confisca.....	181
6.4.1 <i>Decomiso basico</i> (art. 127 c.p.).....	181
6.4.2 <i>Decomiso ampliado</i> (artt. 127-bis, 127 <i>quinquies</i> , 127 <i>sexies</i> c.p.).....	182
6.4.3 <i>Decomiso sin sentencia</i> (art. 127-ter c.p.).....	185
6.4.4 <i>Decomiso de bienes de terceros</i> (art. 127 <i>quater</i> c.p.).....	186
6.5 Qualche considerazione conclusiva sul modello spagnolo.....	188

CAPITOLO 4: QUALE DESTINO PER LA CONFISCA DI PREVENZIONE?

1. Premessa.....	193
2. Il problematico legame con la pericolosità sociale <i>ante delictum</i>	196
2.1 I limiti cronici delle fattispecie di pericolosità.....	197
2.2 L'uso "improprio" della pericolosità sociale nella confisca di prevenzione.....	198
3. La natura ripristinatoria della confisca di prevenzione.....	202
4. Alcune implicazioni della nuova natura ripristinatoria.....	205
4.1 Il tramonto della natura preventiva.....	206
4.2 Il rapporto tra requisito soggettivo e sproporzione ingiustificata.....	208
5. Un raffronto critico con la confisca allargata ex art. 240-bis c.p.....	212
6. L'assetto attuale necessario a soddisfare gli obblighi europei.....	219
7. Qualche spunto di miglioramento.....	220
7.1 Fare a meno della confisca di prevenzione.....	222
7.1.1 Una proposta "suggerita" dalla disciplina della confisca urbanistica.....	223
7.1.2 Uno spunto dall'esperienza dell'ordinamento spagnolo.....	225
7.2 ...senza darla vinta alla mafia.....	228

FONTI BIBLIOGRAFICHE

La confisca oggi prevista dall'art. 24 del d.lgs. 159/2011 è forse meglio conosciuta come *confisca antimafia* o come *confisca di prevenzione*.

Dizioni che evocano entrambe tratti “storici” della confisca in questione: l'essere nata in un contesto emergenziale, per colpire al cuore le organizzazioni mafiose sotto il profilo patrimoniale; l'essere rivolta a prevenire la futura commissione di illeciti, intercettando la pericolosità sociale del prevenuto. Tra queste formule, tuttavia, *confisca di prevenzione* pare sicuramente quella più significativa perché evidenzia, sin dal nome della misura, quella che è la finalità che dovrebbe giustificarla, ossia “prevenire”, che poi è anche il suo più grande e intrinseco fattore di debolezza.

La prevenzione appare, infatti, un'opzione intuitivamente preferibile alla cura (o, in ambito giuridico, alla repressione) eppure, mai come oggi, le persone sono portate comunque a metterne in discussione la legittimazione, i metodi e i contenuti: la recente emergenza sanitaria, ad esempio, ha portato ad interrogarsi frequentemente sulla validità delle prognosi, sulle priorità di intervento, sull'efficacia e proporzionalità dei sacrifici connessi alle misure restrittive. Questo, si crede, perché il riferimento alla retorica del “prevenire è meglio che curare”, per quanto convincente nella sua fredda logica, si rivela in realtà di per sé incompleto, se non addirittura fuorviante; diventando, anzi, condivisibile solo laddove sia sorretto da una legittima valutazione di proporzionalità, adeguatezza e necessità di ricorrere ad una limitazione preventiva dei diritti in funzione di un riconoscibile e più rilevante interesse pubblico.

È con questo spirito che, pur nella consapevolezza della rilevanza strategica della confisca di prevenzione nell'arsenale moderno dello Stato in materia di contrasto al crimine organizzato, questo lavoro si propone comunque di investigare la ragionevolezza del suo perdurante legame con il criterio della pericolosità sociale: una categoria notoriamente tormentata, incerta, e che, storicamente, impone rilevanti sacrifici, in termini di garanzie individuali, sull'altare della difesa sociale.

Ciò per chiedersi, soprattutto, se tale criterio consenta davvero di elaborare una valida piattaforma per la funzione che odiernamente si tende a riconoscere a queste tipologie di confisca: una funzione ripristinatoria, all'evidenza diversa da quella preventiva, e che come tale non guarda al futuro, bensì al passato, per ricostruire un fenomeno di arricchimento illecito, sospetto o presunto, in ogni caso già consumato, le cui conseguenze sono da neutralizzare e riequilibrare nell'interesse della società.

È ancora efficace, valido e legittimo l'impiego della pericolosità sociale in questa moderna prospettiva e fenomenologia applicativa?

Tuttavia, se così brevemente può essere riassunto il fine ultimo del presente lavoro, il percorso per comprendere le attuali tensioni generate dal legame tra pericolosità personale e confisca dei proventi del reato è invece molto più complesso.

La dimensione storica che informa la materia delle misure di prevenzione costituisce infatti una chiave di lettura, per come si vedrà, assolutamente imprescindibile per cogliere la profondità dei delicati compromessi su cui si è retta, e tutt'ora si proietta verso il futuro, questa anomala forma di confisca.

A tale ricostruzione è infatti dedicato il primo capitolo, con l'obiettivo di evidenziare struttura e criticità del sistema preventivo personale italiano, sul quale, molto tempo dopo, si innesteranno le misure patrimoniali. Ereditandone, così, anche le importanti problematiche storiche, ancora oggi in buona parte irrisolte, come quelle in tema di validità, legalità e prevedibilità delle fattispecie di pericolosità da ultimo riaffiorate nella giurisprudenza convenzionale e costituzionale.

Il complesso procedimento di assestamento e sviluppo del sistema preventivo dopo l'introduzione della Costituzione è analizzato, nel secondo capitolo, sino ai giorni nostri, cercando di mantenere il filo conduttore delle questioni connesse alla tormentata legittimazione del sistema di prevenzione, in particolar modo anche dopo la sua "patrimonializzazione" e le dirompenti modifiche degli anni 2008-2009.

Un sistema, quello di prevenzione, in cui la confisca si è inserita strategicamente, in risposta all'emergenza mafiosa degli anni '80, per poi via via espandere a perdita d'occhio il proprio raggio di azione verso altri fenomeni criminali la cui latitudine e diversità dal riferimento criminologico originario provocano "distorsioni di funzione" con pesanti ripercussioni sulle difese giuridiche -spesso anche politiche- di questo controverso istituto, che le giurisdizioni nazionali e sovranazionali hanno garantito con buona compattezza ancora sino in tempi recenti.

In quest'ultimo senso, il terzo capitolo è dedicato ad esplorare oltre i confini nazionali il panorama delle misure preventive, soprattutto di carattere patrimoniale, con un'indagine che, da un lato, ricostruisce la copertura convenzionale ed euro unitaria accordata alla confisca di prevenzione, mentre, da un altro lato, svela anche l'assoluta originalità del riferimento italiano alla pericolosità sociale -quale criterio

rivelatore in tema di confisca dei proventi da reato- nel panorama normativo europeo. Particolare attenzione è riservata al sistema spagnolo che, anche in prospettiva storica, fornisce un esempio di come, nel dotare l'ordinamento di strumenti patrimoniali efficaci e coerenti con i moderni target del contrasto patrimoniale alla grande criminalità, si possa fare a meno del problematico ricorso alle categorie della pericolosità sociale, che, pure, avevano avuto in Spagna dinamiche giustificative ed evolutive analoghe, in parte, a quelle vissute dal sistema italiano.

Nel quarto e ultimo capitolo sono tirate le fila di questa breve indagine, soprattutto con l'intento di evidenziare gli aspetti e le criticità che rendono oggi la confisca di prevenzione una misura che, proprio a cominciare dal nome, appare in crisi, nonostante l'entusiasmo che la circonda e il prevalente consenso che incontra la sua estensione anche ai moderni fenomeni della criminalità da profitto, dei reati contro la pubblica amministrazione, degli evasori fiscali socialmente pericolosi.

L'ottica di raffronto privilegiata è quella schiusa dal confronto della confisca di prevenzione con la struttura e i modelli della confisca allargata e della confisca senza condanna, quest'ultimi divenuti nel tempo i cardini anche della normativa europea e internazionale in materia di confisca dei proventi da reato.

Proprio sulla scorta della recente giurisprudenza nazionale in tema di confisca urbanistica, così come dell'esperienza derivante dalla comparazione con la recente riforma spagnola della disciplina del *decomiso*, sono avanzate in chiusura di questo lavoro alcune proposte di riforma in materia.

Tali spunti si propongono, in particolare, di riorganizzare l'assetto delle nostre confische (cc.dd. "senza condanna" e "allargata"), in parte ampliandone il raggio di azione ma allo stesso tempo mantenendo il procedimento penale come baricentro dell'accertamento, in misura tale da mantenere soddisfatti gli obblighi sul punto derivanti dalla legislazione dell'unione europea, senza, tuttavia, ricorrere all'utilizzo del compromettente criterio della pericolosità sociale.

E quindi provando, in questa prospettiva, a fare a meno della confisca di prevenzione, il cui futuro -come misura autenticamente preventiva- sembra destinato a intrecciarsi con un necessario "ritorno alle origini".

CAPITOLO 1 – ALLE RADICI DELLA PREVENZIONE

SOMMARIO 1. Utilità di una breve introduzione storica alle misure di prevenzione – 2. Le ragioni storiche delle misure di prevenzione – 2.1 La costante dell'emergenza – 2.1.1 L'esempio "antico" del domicilio coatto... – 2.1.2 ...e quello "recente" della confisca di prevenzione – 2.2 Prevenzione recidiva e riformismo criminologico – 2.2.1 Il dibattito italiano sulla pericolosità – 2.2.2 Disposizioni relative alle classi pericolose della società – 2.2.3 La pericolosità in marcia verso il fascismo – 2.3 Mutamento sociale e percezione della criminalità – 3. Le misure di prevenzione durante il Fascismo – 4. Il doppio livello di legalità – 4.1 Giure penale e magistero di polizia – 4.2 La "crisi" come dimensione fisiologica della legalità liberale – 5. Il nucleo di critica storico delle misure di prevenzione – 6. Verso la Costituzione (rinvio)

1. Utilità di una breve introduzione storica alle misure di prevenzione

Qualsiasi indagine sul volto attuale di un istituto giuridico, e sulle criticità ad esso ricollegabili, è bene che prenda le mosse da un'analisi storica sulle ragioni della sua introduzione, applicazione e progressiva caratterizzazione nella legislazione e nella prassi.

Nell'approcciare l'affascinante e divisiva tematica delle misure di prevenzione patrimoniali si potrebbe incorrere nell'inconveniente di circoscrivere il "passato rilevante" di queste norme al solo arco di tempo della loro concreta applicazione (ossia dal 1982 ad oggi) e quindi ridurre la prospettiva, in ultima analisi, ad una breve "storia" della confisca di prevenzione. Ciò che sarebbe profondamente insoddisfacente in quanto non permetterebbe di cogliere la complessità (e difficoltà) storica di un rapporto, tra prevenzione (prima solo *personale*, oggi anche e soprattutto *patrimoniale*) dei soggetti ritenuti pericolosi e principi identitari del diritto penale, che contraddistingue il (sotto)sistema preventivo sin dalla sua origine ottocentesca. Una frizione "genetica" che ha accompagnato le misure di prevenzione, con elementi di continuità e discontinuità, lungo il periodo liberale, quello autoritario-fascista e, ancora, dall'avvento della Costituzione sino ai giorni nostri.¹

Un legame controverso e segnante che, nel tempo, ha contribuito a ridefinire i labili confini tra il diritto penale strettamente inteso e la *zona grigia* della prevenzione della criminalità; dove si deformano e relativizzano alcuni capisaldi del primo in funzione di garantire, nella seconda, l'agire dell'apparato statale (soprattutto

¹ Sui differenti livelli di legalità che connotano l'ordinamento liberale v. M. SBRICCOLI *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)* Laterza, Bari, 1990; L. LACCHÉ «Alzate l'architrave, carpentieri» *I livelli della legalità penale e le "crisi" tra otto e novecento*, in STORTI C. (a cura di) *Le legalità e le crisi della legalità*, Giappichelli, Torino, 2016, 183-205.

amministrativo e di *polizia*) tanto nel contrastare forme di criminalità più o meno contingenti, connesse a determinate emergenze storiche (brigantaggio, anarchici, politici, terroristi, mafiosi), quanto nel mantenere l'ordine e la sicurezza "quotidiani", attraverso il controllo, la limitazione e la sorveglianza dei soggetti ritenuti –a vario titolo– *pericolosi*, quindi potenziali *disturbers* dell'ordine economico, politico e sociale espressione di quel momento storico.²

A prima vista, si potrebbe circoscrivere erroneamente la sostanza delle attuali dispute sulla natura e collocazione sistematica della confisca di prevenzione ad un dissidio tra giurisprudenza (più o meno compatta, a livello sia interno sia sovranazionale) e dottrina più garantista, magari acuito in questi tempi di rilettura in chiave costituzionale-convenzionale di molti istituti. Ma così ragionando non si coglierebbe come il tema, in realtà, lungi dall'essere una questione di diversa sensibilità tra gli addetti ai lavori, o dall'essere un problema "solamente" di inquadramento costituzionale, sia invece più intimo, spietato e connaturato nell'ordinamento: quello di un rapporto accettabile tra *garanzie individuali* e *difesa della società*, tra la rigida legalità della repressione e quella –diversa– della prevenzione, tra *responsabilità* e *pericolosità*.³

La relativamente recente *dimensione patrimoniale* della prevenzione si innesta sul precedente sistema di misure personali, svincolandosene progressivamente solo in punto di *attualità* della pericolosità (non più richiesta per l'applicazione), ma ponendosi per il resto, ancora oggi, in perfetta continuità con i paradigmi sostanziali e

² Cfr. LACCHÉ L., *Uno sguardo fugace. Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, in *riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2017, 428-429 dove osserva «Lo Stato liberale, per contrastare antagonisti e *disturbers*, opera sulla linea di confine, crea zone grigie, "zone franche" (rispetto ai postulati del garantismo liberale), "sottrazioni" che però continuano ad avere come termine dialettico il principio di legalità. In questo modo è possibile conservare un legame tra il diritto penale e le libertà pubbliche, legame certo controverso ma comunque collegato ad un ordine giuridico inclusivo» *op. cit.* 429.

³ Tale tema comincia ad essere oggetto di approfonditi studi e comparazioni già nei primi decenni dell'ottocento, muovendo dalla problematica della recidiva, per poi inserirsi nel più ampio e differenziato dibattito apertosi (tanto negli USA quanto in Europa) con la progressiva affermazione e circolazione, verso fine secolo, delle teorie del riformismo criminologico. Per quanto riguarda il terreno e i metodi dei primi studi in Italia sul problema della recidiva si segnala GARFINKEL P. *Criminal Law in liberal and Fascist Italy*, Cambridge University Press, 2016, 122-138. Per una puntuale analisi e comparazione dello sviluppo e impatto del riformismo criminologico con riferimento al tema dell'individualizzazione della pena (con evidenti e decisive differenziazioni tra l'identità penalistica e criminologica statunitense e quella continentale, ma anche con numerosi punti di contatto) sia consentito sin d'ora segnalare PIFFERI M. *Reinventing Punishment. A Comparative History of Criminology and Penology in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Clarendon Studies in Criminology, 2016, Oxford.

processuali propri del sistema preventivo. Di cui pertanto assimila le criticità storiche⁴ (l'essere fondato su sospetti e presunzioni; l'essere sottoposto a garanzie procedurali inadeguate in rapporto al grado di incidenza sui diritti dei singoli) oggi infatti rinverdate in occasione dell'ascesa della confisca di prevenzione nella prassi.

A tale complicata "dotazione iniziale" devono aggiungersi, ancora, le questioni che la nuova dimensione patrimoniale delle misure chiama più specificamente in gioco (tutela del patrimonio, sproporzione, duplicazioni, funzione solo *past-oriented*), e che pure possono meglio essere comprese laddove si analizzino anche alla luce di un inquadramento storico di ciò che le ha precedute, del "terreno" che le ha accolte, dal quale sintetizzare elementi, sia comuni sia di differenziazione, utili per provare ad impostare costruttivamente una pur umile proposta di ammodernamento della materia.

2. Le ragioni storiche delle misure di prevenzione

Misure di tipo preventivo erano eterogeneamente diffuse già negli ordinamenti degli Stati preunitari, ed in particolare in quello piemontese-sabaudo la cui legislazione costituì il (principale) prototipo dei primi dispositivi preventivi dello Stato italiano ancora in formazione.⁵

L'affermarsi ed evolversi dell'apparato preventivo appare scandito da una pluralità di fattori storici (alcuni repentini e contingenti, altri costanti) tra i quali in particolare devono annoverarsi per importanza: le *emergenze* che hanno contrassegnato la nascita e lo sviluppo dello Stato Italiano dall'unificazione sino ad oggi; l'*apertura della scienza penale* a diversi contributi provenienti da studi e metodi propri sino a quel momento di altre materie (già storicamente consolidate o ancora in via di affermazione) come la criminologia, la criminalistica e la sociologia; il profondo *mutamento sociale ed economico* correlato all'industrializzazione e all'inurbamento; l'inizio della circolazione delle prime *statistiche criminali* e la nascita della *stampa*

⁴ Per una panoramica dei dispositivi di prevenzione nella legislazione italiana ottocentesca e di primo novecento GARFINKEL P. *Criminal Law in liberal and Fascist Italy*, cit., 118-195; più sinteticamente sul punto FERRAJOLI L. in *Diritto e ragione*, Laterza, 2002, Bari, 818-824.

⁵ Sui metodi e contenuti dei primi presidi di prevenzione negli ordinamenti degli Stati preunitari alla vigilia dell'Unità di Italia, ancora v. FERRAJOLI L. *Diritto e ragione*, cit., 818-819; per una più approfondita analisi dello sviluppo delle prime misure di prevenzione personale nel Regno d'Italia, e che avevano come prototipo appunto la legislazione piemontese (nonché, in quota minore, quella del Regno delle due Sicilie) v. GARFINKEL P. *Criminal Law in liberal and Fascist Italy*, cit., 146-161; LACCHÉ L., *Uno sguardo fugace. Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, cit. 418.

“quotidiana”, che contribuirono ad una nuova e aumentata percezione del crimine e, più in generale, del fenomeno della *criminalità*, avvertito come problema sociale, fonte di paura e di insicurezza generale.

Prima di approfondire brevemente tali fattori conviene chiarire come con la dizione “ragione storica” o “fattore storico” si intenda qui ricomprendere anche quegli aspetti, oggi ampiamente storicizzati, ulteriormente definibili come “culturali” (ad esempio le intersezioni tra diritto penale e riformismo criminologico), “socio-economici” (ad esempio i mutamenti correlati alla nuova fase produttiva) o “politici” (ad esempio la repressione del dissenso, in particolare in epoca fascista) a seconda dei casi considerati e del contesto di riferimento.

2.1 La costante dell'emergenza

Il rapporto causale tra l'apice delle emergenze criminali che hanno interessato il Paese e l'introduzione (o il potenziamento o l'estensione soggettiva) delle misure di prevenzione appare un fattore costante sin dall'unificazione: alle emergenze il legislatore ha sempre risposto facendo ricorso anche a queste misure.⁶ Spesso prevedendole, in un primo momento, con natura eccezionale e vigenza provvisoria; comunque consentendone, sempre, la successiva riemersione legislativa e stabilizzazione nella prassi di prevenzione ordinaria, pur assistite da taluni elementi di maggior garanzia (procedurale) che ne temprassero le asperità emergenziali.

⁶ «Un altro tratto da evidenziare descrive la seguente dinamica: gli istituti preventivi fanno il loro ingresso nel sistema penale italiano avendo come “movente” una situazione emergenziale quantomeno provvisoria. L'emergenza rafforza il paradigma della prevenzione e l'uso degli istituti di polizia preventiva» LACCHÉ L., *Uno sguardo fugace. Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, cit. 433. Per fare alcuni esempi: all'emergenza del brigantaggio farà seguito, come si vedrà, l'introduzione del domicilio coatto (v. *infra* 2.1.1); Nel 1894, per contrastare l'eversione, soprattutto di matrice anarchica, ne viene plasmata una speciale procedura; nel 1926, ancora, il legislatore fascista varerà il TULPS (contenente nuova e più invasiva disciplina anche delle misure di prevenzione) anche per reagire agli attentati ed ai disordini verificatesi specialmente nel biennio precedente; anche nella fase repubblicana tale rapporto non è andato sfumando: l'emergenza connessa al terrorismo politico degli anni '70 ha portato lo Stato ad estendere -nuovamente- le misure di prevenzione anche all'ambito della pericolosità eversiva; l'emergenza mafiosa, come meglio si vedrà in seguito (v. *infra* cap. II), ha dato impulso, in diversi momenti, alla normazione in materia di prevenzione, prevedendo specifiche fattispecie di pericolosità ritagliate su tale fenomeno (1965), ovvero introducendo le misure di prevenzione patrimoniali (1982); ancora, in questo senso, possono leggersi le modifiche estensive degli anni '90 (anche in quel caso dovute soprattutto ad una pesante recrudescenza del fenomeno mafioso).

Per tratteggiare alcuni aspetti del rapporto tra emergenza e prevenzione appare utile fornire due esempi di come in concreto tale relazione si sia, in epoche diverse, connotata. Le vicende storiche tanto del domicilio coatto quanto della confisca di prevenzione svelano chiaramente la relazione tra logica emergenziale e normazione di prevenzione, mettendo altresì in risalto come, pur dopo l'esaurimento (o comunque il livellamento) del fenomeno criminale specifico che ne aveva determinato l'introduzione, ciascun istituto sia rimasto "in circolo". Ciò segnando (e *normalizzando*) al contempo un *punto di non ritorno* nell'innalzamento dell'argine preventivo e una *breccia* nel muro a difesa dei diritti dei singoli. Si tratta in entrambi i casi di operazioni prima realizzate (e giustificate) sotto il rullante tamburo dell'emergenza, ma che poi divengono teste di ponte per una progressiva, *ordinaria*, relativizzazione delle libertà pubbliche dei singoli in funzione di difesa sociale.

Alla progressiva assimilazione di tali istituti nell'ordinamento si è quindi accompagnato un lungo percorso di posizionamento (e di mediazione) rispetto al diritto penale ed ai suoi principi, di recente ancora più magmatico in considerazione delle sempre più strette interazioni tra diritto interno e fonti sovranazionali.

2.1.1 *L'esempio "antico" del domicilio coatto...*

In questa prospettiva si colloca, paradigmaticamente, l'introduzione del *domicilio coatto* nel 1863, ad opera della Legge Pica⁷, con lo scopo di contrastare il dilagante problema del brigantaggio, specialmente nell'Italia meridionale dove il fenomeno aveva assunto ormai connotati e dimensioni tali da destare preoccupazione per le sorti del processo di affermazione dello Stato.⁸

⁷ L. 15 agosto n. 1409, cui seguì il decreto regio 25 agosto 1863 n. 1424 per la regolamentazione dell'esecuzione e delle modalità di invio al domicilio coatto. In particolare l'art. 5 della L. 1409/1863 recita "Il Governo avrà inoltre facoltà di assegnare per un tempo non maggiore di un anno un domicilio coatto agli oziosi, a' vagabondi, alle persone sospette, secondo la designazione del Codice penale, non che ai camorristi, e sospetti manutengoli, dietro parere di Giunta composta del Prefetto, del Presidente del Tribunale, del Procuratore del Re, e di due Consiglieri Provinciali". Per sintetico approfondimento v. MANNA A. *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina*, testo della relazione tenuta il 26 settembre 2018 all'Università di Foggia, in *Archivio Penale*, III, 2018, 1-2.

⁸ Per un'analisi efficace e puntuale del fenomeno del *banditismo* (o più propriamente dei *banditismi*) nella sua complessità storica, e con riferimento anche comparato alle prime forme di legislazione di contrasto si consiglia LACCHÉ L. *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in antico regime*, Giuffrè, 1988, Milano. In particolare l'autore osserva a livello generale «Il *latrocinium* è perciò una forma tipica e connaturata da vicino alle strutture economiche della prima età moderna e alle politiche punitive messe in atto dagli Stati; presuppone inoltre un determinato sviluppo dei rapporti

Il domicilio coatto del 1863, inizialmente previsto con una legge “a tempo”, già l’anno seguente vedeva aumentato il proprio massimo di applicazione (sino a due anni)⁹ per poi perdere il suo carattere *provvisorio* e divenire un istituto *permanente*, applicabile in via amministrativa e per la durata massima di un anno, attraverso la Legge di Pubblica Sicurezza contenuta nella L. 20 marzo 1865 n. 2248.¹⁰

Sempre alla luce del paradigma emergenziale possono leggersi anche le prime modifiche (e dilatazioni soggettive) dell’istituto: dalle declinazioni antisovversive in occasione delle rivolte in Sicilia (dapprima a Palermo nel 1866, poi lungo tutto il biennio 1874-1875 e ancora negli anni ’90), ai “Casi di Romagna” (1871), agli attentati degli anarchici succedutisi verso fine secolo.¹¹

Sin dai suoi primi passi nell’Italia liberale l’istituto è stato oggetto di critiche, e non sono mancante le dimostrazioni pubbliche della intollerabile sovrapposizione tra gli effetti di tale misura e quelli invece propri di una pena, in particolare avendo riguardo alle condizioni di vita e di (non) lavoro dei destinatari della misura, il più

di produzione ed un assetto politico-statuale incerto e in via di lento consolidamento. Gli apparati giustiziali sono messi a dura prova in virtù della virulenza del fenomeno e della fragilità delle strutture predisposte. La situazione più appariscente è quella di una visibile difficoltà nel controllo delle ‘periferie’: siano esse tali in senso meramente geografico (campagna, selva, confini) o invece effettive distorsioni politiche all’interno dello Stato (baronaggio riottoso, oligarchie cittadine, fazioni). È indubbio che l’autorità statale non arriva ovunque con la stessa intensità; in alcuni casi la sovranità è piuttosto nominale. Così avviene che il potere legale ed i banditi, anch’essi detentori di poteri ben radicati sul territorio, si fronteggino quotidianamente. Non sempre è scontro e anzi significativi rapporti contraddittori caratterizzano il funzionamento della giustizia» LACCHÉ L., *op. ult.* cit. 20-21.

⁹ In particolare attraverso l’art. 10 della L. 7 febbraio 1864 n. 1661

¹⁰ E più in particolare attraverso le disposizioni di cui all’Allegato B di tale provvedimento legislativo, che conteneva appunto la Legge di Pubblica Sicurezza. All’art. 76 “Potrà il prefetto, nell’interesse dell’ordine e della pubblica sicurezza, vietare al condannato come ozioso e vagabondo di stabilire domicilio nelle città ed altri luoghi da lui scelti. Il Ministro dell’interno potrà eziandio per gravi motivi di sicurezza e d’ordine pubblico designare per un termine non maggiore di un anno il luogo nel quale l’ozioso o vagabondo recidivo dovrà stabilire il suo domicilio”. Accanto al domicilio coatto vengono regolamentate nel Regno d’Italia anche l’ammonizione e la sorveglianza speciale, sino a quel momento applicati sulla scorta della legislazione piemontese preunitaria elaborata nel 1852 (che regolamentò la “Sorveglianza speciale di Pubblica Sicurezza”) e 1859 (che trasformava la “sottomissione” in “Ammonizione di Pubblica Sicurezza”).

¹¹ In tali occasioni il domicilio coatto venne progressivamente esteso alla criminalità eversiva (e relativi fiancheggiatori). La L. 4 maggio 1866 n. 2907 applicava provvisoriamente il domicilio coatto a coloro che “si adoprino per restituire l’antico stato di cose o per nuocere in qualunque modo all’unità d’Italia e alle sue libere istituzioni”, la L. 6 luglio 1871 n. 294 estendeva la misura, al pari dell’ammonizione, anche ai mafiosi e ai diffamati per crimini contro le persone o la proprietà, e ancora la L. 19 luglio 1894 introduceva una specifica procedura di invio al domicilio coatto per chi avesse “manifestato il deliberato proposito di commettere vie di fatto contro gli ordinamenti sociali”. Per un’ampia ed esaustiva panoramica v. GARFINKEL P. *Criminal Law in liberal and Fascist Italy*, cit. 146-195.

delle volte relegati sulle isole in contesti addirittura più complicati e criminogeni di quelli, spesso solo presunti tali, dai quali il *coatto* era stato “sradicato”.¹²

In particolare verso gli anni Ottanta dell'Ottocento si registrarono quindi modifiche e mediazioni in chiave maggiormente garantistica, come l'applicazione graduale dell'istituto sulla base della diversa pericolosità dei coatti (riferendogli altrettanti diversi livelli di “detenzione”).¹³ Anche le garanzie procedurali vengono irrobustite, con il controllo dei presidenti di tribunale e la possibilità di proporre appello ad una commissione nazionale incardinata presso il Ministero dell'Interno.¹⁴

Come correttamente osservato, una volta inserito il *domicilio coatto* nel sistema “*non sarà facile disfarsene*”¹⁵ e infatti vi permarrà, modificandosi, sino al *confino di polizia* fascista (pur con evidenti elementi di differenziazione in punto di finalità e garanzie) lasciando ancora traccia di sé anche nel *soggiorno obbligato* (o c.d. *cautelare*) di età repubblicana sino alla sua abrogazione, per via referendaria, nel 1995.

2.1.2 ... e quello “recente” della confisca di prevenzione

Anche l'introduzione della confisca di prevenzione¹⁶ appare influenzata da una logica emergenziale, segnatamente quella di contrastare il crimine mafioso sulla scorta della maturata consapevolezza di alcuni tratti caratteristici di tale fenomeno che raggiungeva, proprio in quegli anni, inediti apici di violenza e intimidazione.

¹² Per un'efficace analisi critica supportata da basi statistiche v. LUCCHINI L. *Sull'ammonizione e sul domicilio coatto secondo la vigente legislazione italiana. Studi statistici e critici* in *Annali di statistica*, XXV, Eredi Botta, 1881, Roma, 4-158.

¹³ LACCHÉ L., *Uno sguardo fugace. Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, cit. 423. L'autore rileva come «Questo lavoro di consolidamento, la sostanziale conferma degli obiettivi di difesa sociale contro il recidivismo, alcuni, pur limitati, miglioramenti in termini di garanzie procedurali assicurarono alla legge del 1889 basi più solide rispetto al passato» riferendosi al varo del codice penale nel 1889 e della legge di pubblica sicurezza nel 1888.

¹⁴ Per una puntuale descrizione del dibattito sul domicilio coatto che ha animato il quadro italiano sino alla codificazione del 1889 v. GARFINKEL P. *Criminal Law in liberal and Fascist Italy*, cit. 148-161. In particolare l'autore evidenzia come tale tema si inserisca all'interno del più ampio dibattito sul contrasto alla recidiva già in corso in Italia dai primi decenni dell'Ottocento.

¹⁵ In questi termini LACCHÉ L., *Uno sguardo fugace. Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, cit. 435.

¹⁶ In particolare attraverso la legge la L. 13 settembre 1982 n. 646 (c.d. Rognoni-La Torre), introdotta nell'anno degli omicidi, per mano mafiosa, di uno dei due proponenti l'iniziativa legislativa, l'On. Le Pio La Torre, avvenuto il 30 aprile 1982, e del Prefetto di Palermo, Gen. Carlo Alberto dalla Chiesa, avvenuto il 3 settembre. La legge introduce modifiche alla L. 31 maggio 1965 n. 575 (disposizioni contro la mafia) tra cui il nuovo art. 2-ter che consentirà di applicare sequestro e confisca di prevenzione.

La razionalità sottesa all'intervento tradisce, tuttavia, anche un più ampio progetto di ripensamento del paradigma di contrasto a tale fenomeno criminale¹⁷. Il sequestro e la confisca sono, infatti, introdotti dal medesimo provvedimento¹⁸ che predisponessa, anche, la fattispecie di cui all'art. 416-*bis* c.p., a testimonianza di come il legislatore intendesse colpire la criminalità mafiosa con un nuovo approccio, non solo strettamente repressivo; aggredendo, dunque, anche la capacità economica delle organizzazioni criminali, ossia ciò che consente di alimentare l'operatività del sodalizio e, quindi, anche il controllo e l'assoggettamento del tessuto sociale.

Vi sono invero due tendenze legislative che testimoniano il progressivo abbandono dell'iniziale paradigma emergenziale della confisca di prevenzione. Da un lato quella *soggettiva*, diretta ad una progressiva estensione della confisca ad una platea di destinatari "generica", in affiancamento a quella "qualificata" e ritagliata sulle specifiche emergenze criminali (prima i mafiosi, cui si sono poi aggiunti i terroristi). Da un altro lato quella *autonomista*, e che ha portato all'affermazione, dopo la stagione dei "pacchetti sicurezza" 2008-2009¹⁹, del principio di sganciamento delle misure patrimoniali dall'attualità della pericolosità e dalla necessità della (precedente o) contestuale irrogazione anche di una misura preventiva personale.

Quello che si vuole per ora evidenziare, rinviando per il resto al futuro capitolo specificamente dedicato al tema della prevenzione patrimoniale (tra cui anche quello relativo alle implicazioni giuridiche delle tendenze descritte), è che anche in questo caso, come per il domicilio coatto, pare assistersi ad una misura ispirata, o comunque necessitata, dall'emergenza che diviene poi parte integrante (e portante) dell'ordinaria azione preventiva, stabilizzandosi al di fuori del momento storico che l'ha prodotta. Divenendo uno strumento versatile, come a suo tempo era stato il modello del

¹⁷ Alcuni autori, in ragione dell'innovativa idea sottesa all'impianto della confisca di prevenzione, razionale e che muoveva ragionando dai risultati (sino a quel momento limitati) e dalle debolezze delle prassi applicative nel contrasto alle mafie sul terreno delle accumulazioni patrimoniali, evidenziano come la confisca di prevenzione si presenti alla stregua di un prodotto atipico della legislazione di emergenza cfr. MUSCO E., *Luci ed ombre della legge "Rognoni-La Torre"*, in *La Legislazione antimafia al vaglio dell'esperienza*, Leg. Pen. 1986, 558 ss.; anche cfr. S. FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato*, in *Criminal Justice Network* (criminaljusticenetwork.eu), 20 settembre 2018, 18.

¹⁸ Per una sintetica panoramica del contenuto della novella legislativa e dell'innovativo approccio di politica del diritto, v. FINOCCHIARO S. *La confisca "civile" dei proventi da reato*, op. cit., 26-41.

¹⁹ Il riferimento è alle modifiche in tema di misure di prevenzione personali e patrimoniali operate tramite il D.L. n. 82 del 2008 (convertito nella L. 125/2008) e la L. 15 luglio 2009 n. 94, le cui dirompenti implicazioni sono ampiamente esaminate nel successivo capitolo II.

domicilio coatto, da impiegare stabilmente anche contro altre forme di criminalità (si pensi ora a quella c.d. *da profitto*) di volta in volta selezionate dal legislatore in aggiunta alle precedenti.²⁰

Gli esempi svolti, pur con talune peculiarità dovute alle differenti epoche storiche (e alle diverse libertà incise), oltre ad evidenziare la tendenza del sistema a consolidare e “normalizzare” gli istituti preventivi, testimoniano al contempo anche la difficoltà del diritto penale a riempire con efficienza gli spazi “contesi”.²¹

2.2 Prevenzione recidiva e riformismo criminologico

Lo sviluppo e il consolidamento delle prime misure di prevenzione hanno ricavato diversi elementi di legittimazione tanto dagli studi sulla *recidiva*, diffusi in anche in Italia a partire dall’inizio dell’Ottocento, quanto dal –connesso– dibattito apertosi intorno alle teorie ed alle istanze del c.d. *riformismo criminologico* che, verso il finire del secolo, contribuirono ad evidenziare la profonda crisi del diritto penale di stampo “classico”, fondato su una rigida connotazione del principio di *legalità* e del criterio *retributivo* (della sanzione rispetto al disvalore del fatto commesso) di matrice illuministica post-rivoluzione francese.²²

²⁰ Ciò avviene peraltro secondo logiche spesso più inclini ricercare la facile e rapida soddisfazione, almeno all’apparenza, della domanda di “intervento” dell’opinione pubblica, senza considerare però il peso delle ricadute complessive, anche in termini di effettivo rispetto della natura di *extrema ratio* dell’intervento preventivo (che implica sempre un sacrificio dei diritti individuali) e del vincolo di proporzione, concretezza e ragionevolezza rispetto alla finalità perseguita.

²¹ Talvolta tale incapacità appare invece dovuta ad un’incompatibilità “genetica”, in quanto la scelta del ricorso al paradigma della pericolosità spesso implica e sottende una consapevole volontà di affrancarsi da taluni fattori di rigidità propri del diritto penale strettamente inteso. Sul punto è stato efficacemente osservato con riferimento alle prime forme di prevenzione tra ottocento e novecento che «Tutto ciò che non può entrare o è opportuno che non rientri nella filiera propriamente penale (imputazione, rinvia a giudizio, processo, pena), trova nel sistema preventivo un contesto di più facile accesso. La pericolosità di chi sfugge alla sanzione si basa su condizioni di vita e sul principio del sospetto» cfr. LACCHÉ L., *Uno sguardo fugace. Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, cit. 433. Tale osservazione è ancora oggi particolarmente attuale, e viene infatti sovente letta in chiave critica dalla dottrina, che vede appunto nel favore risposto negli strumenti preventivi (in particolare alla confisca) il tentativo di aggiramento delle garanzie, ovvero una “truffa delle etichette”. Se ne tratterà ampiamente anche in successivo capitolo (v. *infra* cap. II).

²² L’influenza del riformismo criminologico nel modellare le nuove politiche (e riforme) penali degli stati liberali, ed in particolare nel contribuire alla formazione di due differenti (ma comunicanti) identità penologiche riconducibili, rispettivamente, al modello degli Stati Uniti e a quello (a sua volta ulteriormente differenziabile, ma in cui prevale il tratto comune e unificante) continentale europeo, è oggetto di una brillante ed esaustiva analisi storico-comparativa in PIFFERI M. *Reinventing Punishment. A Comparative History of Criminology and Penology in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, cit., cui anche di seguito si farà sovente puntuale riferimento. Sul tema della recidiva, ed in particolare sugli studi avviati in Italia ancora prima della diffusione delle tesi del riformismo criminologico v.

Gli studi e le teorie di cui sopra si proponevano di mettere al centro dell'analisi il criminale, più che il fatto illecito, quest'ultimo "degradato" ad una delle occasioni "spia" in cui la personalità criminale dell'autore (la sua pericolosità) si estrinsecava. È un rovesciamento dei poli della tradizionale analisi penalistica liberale che, invece, aveva come proprio baricentro la *responsabilità* (non la *pericolosità sociale*, sino a quel momento conosciuta dal Giudice ai soli fini della determinazione della sanzione; successivamente, anche nella logica del *doppio binario*) incardinata sul *libero arbitrio* dell'agente, assistita dalle garanzie di *legalità* e *proporzionalità*.

Nella nuova prospettiva dei riformisti la pena diviene uno strumento nelle mani dello Stato destinato a *rieducare* i criminali, ovvero a *neutralizzarli* dove questo non sia possibile: entrambe operazioni che presuppongono la possibilità di studiare, catalogare e suddividere i delinquenti (ad esempio tra quelli rieducabili e quelli invece incorreggibili).²³ Per ogni criminale lo Stato deve poter essere in grado di applicare una pena del tutto *individualizzata* al grado della sua pericolosità, la cui durata è quindi da correlare alla capacità del singolo di "riguadagnarsi" il reinserimento sociale più che alla concreta entità del fatto illecito commesso. La funzione della pena doveva quindi orientarsi pressoché unicamente al futuro, puntando a correggere la personalità criminale del reo e prevenire così ulteriori crimini e recidive. In questa nuova concezione la componente "preventiva" della pena sopravanza ampiamente quella repressiva in senso stretto.²⁴

GARFINKEL P. *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, cit. 122-138. Ancora, per una panoramica storico-comparata degli aspetti qui di interesse v. GRÜNHUT M., *Penal Reform*, Patterson-Smith, Montclair, New Jersey (2° ed.) 1972, 95-131, 136-155, 386-404, 449-458.

²³ In Italia nel 1876 viene pubblicato *L'uomo delinquente* di Cesare Lombroso (Il Mulino, 2011, Bologna, ristampa prima edizione); nel 1880 *Di un criterio positivo della penalità* di Raffaele Garofalo, dove l'autore elabora la propria teoria sulla pericolosità in risposta all'incapacità del sistema liberale tradizionale di affrontare la questione criminale e, in particolare, a contrastare la recidiva.

²⁴ Cfr. PIFFERI M. *Reinventing Punishment. A Comparative History of Criminology and Penology in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, cit. 17-19. In particolare l'autore osserva «As the notion of social dangerousness took the place of criminal liability, the very idea of punishment shifted from repression to prevention. The reason for this change are found not only in the different strategy adopted by states to govern and control more complex societies, but also in the raise of faith in sociology and psychology as scientific means to understand, classify and predict every human behaviour» *op. ult.* cit. 18.

Il riformismo criminologico attribuisce all'individualizzazione della pena un peso cruciale nella questione criminale, destinato a penetrare, con esperienze e modelli differenti, in tutto lo scenario atlantico.

Sul versante statunitense il tema dell'*indeterminate sentencing* si è da subito caratterizzato per una forte impronta *pragmatica-empirica* e le proposte riformiste hanno visto applicazioni –anche radicali– in tempi relativamente brevi, consentendo anche di studiare e fare riferimento a tali primi modelli ed esperienze pratiche.²⁵

Nell'Europa continentale il tema non vide un'implementazione pratica analoga a quella statunitense.²⁶ Ciò non toglie che ne influenzò comunque profondamente l'esperienza giuridica, legittimando uno spazio sempre maggiore all'intervento sulla pericolosità come tecnica di difesa sociale. Così contribuendo a porre le basi per la creazione e legittimazione del modello a “doppio-binario”, incentrato sul binomio

²⁵ Le tesi del riformismo cominciano a circolare in US a partire dal *National Congress on Penitentiary and Reformatory* tenutosi a Cincinnati nel 1870, grazie alle posizioni espresse anche in tale sede da Zebulon Brockway, sovrintendente alle istituzioni penitenziarie di Detroit. Al fallimento del sistema a pene fisse contrapponeva il modello *correzionalista* fondato sull'individualizzazione della pena, sull'ideale riabilitativo, dove la facoltà di rilasciare il criminale era attribuita ad un *board* amministrativo-penitenziario che riuscisse a valutare l'effettivo pericolo del condannato in ipotesi di reinserimento sociale. Così valorizzando, da un lato, il concetto del prigioniero che ha nelle sue mani la chiave della propria cella; da un altro lato legittimando sulle medesime basi il controllo e la restrizione a tempo indefinito per coloro che si rivelassero incorreggibili. Il sistema proposto fu inizialmente sperimentato dallo stesso Brockway a partire dal 1877 nel penitenziario di Elmira (New York) e per alcune limitate tipologie di criminalità (come quella giovanile). L'esperimento divenne rapidamente un simbolo internazionale dell'applicazione pratica delle tesi riformiste. Ciò condusse all'ulteriore diffusione dell'*indeterminate sentencing* (sino agli anni 1910-1920) in diversi altri stati americani, e anche per ulteriori e più ampie tipologie di criminali (con esclusione di quelli condannati al carcere a vita, dei criminali abituali e dei condannati a morte), cfr. PIFFERI M. *Reinventing Punishment. A Comparative History of Criminology and Penology in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, cit. 60-64; per ulteriore approfondimento v. *op. ult.* cit. 38-85.

²⁶ Nel panorama europeo la tematica appariva più divisa e avversata, considerata (nella sua implementazione radicale americana) come lontana dalla tradizione legale europea. Il recupero di un'ampia discrezionalità (e di un ruolo dell'amministrazione in luogo di quello del giudice) era visto con sospetto, come presagio di un ritorno al passato. Ciò non significa che l'Europa non avesse sensibilità verso i temi di un'esecuzione della pena più flessibile, o verso il tema della pericolosità sociale, ma semplicemente ne testimonia il diverso processo di penetrazione da parte delle teorie riformiste. Sul punto è stato osservato «The European trajectory of the indeterminacy principle was mainly determined by theoretical conflicts between conservative jurists, moderate reformers, and criminologists. The dispute took the form of a discussion on the rationale of punishment in which disciplines other than law, such as psychiatry, medicine, and sociology, played a crucial role» cfr. PIFFERI M. *Reinventing Punishment. A Comparative History of Criminology and Penology in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, cit. 87. Per un'approfondita comparazione degli effetti del riformismo nell'esperienza giuridica europea continentale v. *op. ult.* cit. 86-116.

pena-misura di sicurezza, e che avrà larga fortuna in Europa continentale pur con declinazioni differenti a seconda dei contesti nazionali e culturali di riferimento.²⁷

Il sistema a “doppio-binario” si prestava, infatti, a ben costituire una soluzione di compromesso tra la recezione delle istanze derivanti dal riformismo e il rispetto delle tradizioni giuridiche nazionali europee. I principi di difesa sociale e prevenzione (dei *pericolosi*) vengono così riconosciuti e implementati con le misure di sicurezza, da eseguirsi dopo la pena (o in limitati casi in sostituzione di questa) che, invece, mantiene la sua logica legalistica, retributiva e proporzionata al fatto commesso.

2.2.1 *Il dibattito italiano sulla pericolosità*

Il contrasto alla recidiva aveva da tempo già consolidato un ampio fronte in Italia, anche in considerazione delle prime statistiche sulla criminalità, elaborate dagli organi statali a partire dall'unificazione e che svelavano un panorama eterogeneo del fenomeno criminale, con picchi drammatici nel Meridione e nelle Isole.²⁸

Il dibattito sulle tesi riformiste in Italia ha visto contrapporsi, come noto, la scuola positiva a quella classica²⁹ e si è caratterizzato, dal punto di vista della produzione legislativa, con l'accoglimento e l'implementazione (per fasi) di scelte coerenti con quella che è stata definita come *moderate social defense*.³⁰ Ovvero una sintesi di compromesso nel recepimento delle istanze riformiste, espressione anche della più ampia e trasversale tendenza degli Stati europei a non importare “in blocco”

²⁷ Le prime esperienze in tal senso si registrano in Europa a partire dai primi del Novecento, con il Codice Penale norvegese (1902), il *Prevention Crime Act* britannico (1909) e i codici penali di Austria, Germania e Svizzera del 1909. Tali novelle sono accomunate dal prevedere anche l'introduzione di misure di sicurezza per i soggetti socialmente pericolosi, generalmente da applicarsi *dopo* l'esecuzione della pena (ma talvolta anche *in luogo* di questa, in specifici contesti). Mostrano altresì una valorizzazione dell'approccio rieducativo, anche attraverso un maggiore rilievo dell'istituto della liberazione condizionale cfr. PIFFERI M. *Reinventing Punishment. A Comparative History of Criminology and Penology in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, cit. 117-142.

²⁸ Sulle prime statistiche italiane in materia criminale dopo l'unificazione, e sull'influenza di queste nel determinare le prime istanze di contrasto alla recidiva a livello nazionale, v. GARFINKEL P. *Criminal Law in liberal and Fascist Italy*, cit. 38-118.

²⁹ La scuola Classica ha avuto in Francesco Carrara il suo massimo esponente e si proponeva, in continuità con i principi di matrice illuministica e liberale, la piena affermazione dei principi di legalità, irretroattività e tassatività. La scuola Positiva, invece, propugnava le tesi riformiste, un maggiore studio e attenzione al delinquente, la cui pericolosità doveva divenire la pietra angolare dell'intervento penale. Buona parte delle teorie positiviste sono confluite nel progetto di codice penale di Enrico Ferri del 1921.

³⁰ L'espressione è di GARFINKEL P. *Criminal Law in liberal and Fascist Italy*, cit. 12.

l'esperienza statunitense bensì a declinarla secondo paradigmi (e dosaggi) che non fossero incompatibili con i principi fondanti del sistema punitivo tradizionale.

In quest'ottica, ad esempio, rimane ferma la responsabilità dell'individuo, fondata sul libero arbitrio, per l'applicazione di una pena; questa deve essere preventivamente individuabile, proporzionata alla gravità ed alle circostanze del fatto commesso, aggravata in caso di recidiva. Su tale base, in accordo con il vento riformatore, si inserisce però una maggiore attenzione alla funzione rieducativa, e quindi sulla "progressività" della disciplina delle carceri; così come il tentativo di riservare alla criminalità giovanile e femminile, ove possibile, un più frequente ricorso a pene non detentive per favorirne il reinserimento sociale.³¹

Accanto a tali caratteristiche, ancora, la *moderate social defense* contempla una politica preventiva rigorosa nei confronti dei criminali ritenuti socialmente pericolosi, attraverso la previsione di specifiche misure che si attaglino al loro grado di pericolosità, e comunque la sottoposizione ad un adeguato controllo, in chiave di difesa sociale, anche dopo l'espiazione della pena.

La riforma legislativa italiana del 1889, costituita dal varo dell'accoppiata Codice penale – Legge di pubblica sicurezza (cui seguirà, nel 1891, il nuovo regolamento delle prigioni), appare una significativa testimonianza dell'applicazione di tali principi, e soprattutto della doppia dimensione del "compromesso" europeo.

Nel codice penale prevale il pensiero "classico"; *individualizzazione* e *rieducazione* impattano, limitatamente, perlopiù in materia di delinquenza minorile e di organizzazione penitenziaria; il "nucleo" tradizionale del diritto penale liberale rimane, per il momento, apparentemente insensibile al cambio di paradigma evocato, con diversa intensità, dai positivisti e dai riformisti; la codificazione segna anche la scomparsa, significativa per come si vedrà, dei reati di accattonaggio e vagabondaggio (che costituivano uno storico presidio penalistico in materia di ordine pubblico).³²

³¹ Cfr. GARFINKEL P. *Criminal Law in liberal and Fascist Italy*, cit. 12-13. Per una più puntuale disamina del portato di tale dibattito nella riforma legislativa del 1889 in Italia (binomio codice penale Zanardelli-Legge di Pubblica Sicurezza) v. *op. ult.* cit. 160-186.

³² Tutti e tali aspetti sono evidenziati da GARFINKEL P. *Criminal Law in liberal and Fascist Italy*, cit. 161-170. L'autore ritiene altresì che la codificazione del 1889 rifletta anche uno sforzo consistente nella lotta alla recidiva, la cui disciplina viene modificata, attraverso il recupero di elementi propri sia del sistema piemontese che di quello toscano. La nuova conformazione dell'istituto prevede tanto quella generica quanto quella specifica, cui riconnette diverse implicazioni, non solo in punto di pena, di

Le novità più rilevanti in tema di pericolosità e prevenzione sono invece contenute nella coeva Legge di pubblica sicurezza, che si candida a secondo pilastro (eminentemente preventivo) della politica criminale e dedica apertamente l'intero Titolo III alle “*Disposizioni relative alle classi pericolose della società*”.

Dove, peraltro, rientrano anche gli oziosi gli accattoni e i vagabondi: il codice lascia uscire tali “condizioni di vita” dalle proprie maglie solo perché destinate ad essere “travasate” nel calderone della *pericolosità*.

Regno di un sempre più articolato apparato preventivo che traeva rinnovata legittimazione in chiave di *difesa sociale* (e non più solo in termini di logica di emergenza) dal dibattito riformista e dagli studi sulla recidiva.

2.2.2 *Disposizioni relative alle classi pericolose della società*

Con tale espressione il legislatore del 1889 apriva il Titolo III della Legge di pubblica sicurezza, che raccoglieva al suo interno le misure di prevenzione e controllo sino a quel momento apportate dalla legislazione di emergenza e stabilizzatesi nella prassi. I *mendicanti*, i *viandanti*, i *liberati* dal carcere e gli *stranieri* da espellere sono le frange cui si rivolge la legge, cui si affiancano i *diffamati* per taluni delitti.³³ Tale ultima categoria è invero eterogenea e costituisce il vero “punto di scambio” tra il sistema penale in senso stretto e quello preventivo e di polizia.

Tutti tali soggetti sono sottoposti all'*ammonizione* e quindi ad un “imbrigliamento” fatto di prescrizioni e diffide: non violare la legge (o altre prescrizioni); trovarsi un lavoro; non allontanarsi dal domicilio (senza darne avviso all'autorità); *non dare ragione di sospetto*.³⁴ Le violazioni (e i sospetti) innescano

significativa intensità (quali ad esempio l'esclusione dalla liberazione condizionale) cfr. GARFINKEL P. *Criminal Law in liberal and Fascist Italy*, cit. 162.

³³ L. 30.6.1889, art. 95 “Si avrà per diffamato colui che è designato dalla pubblica voce come abitualmente colpevole, del delitto di omicidio, di lesione personale, di minaccia, violenza o resistenza alla pubblica autorità e sia stato per tali titoli colpito da più sentenze di condanna, o sottoposto a giudizio ancorché sia questo finito con sentenza assolutoria per non provata reità, ovvero sia incorso in procedimenti nei quali sia stata pronunciata sentenza od ordinanza di non farsi luogo a procedimento penale per insufficienza di prove”; art. 96 “Si avrà come diffamato chi è designato dalla voce pubblica come abitualmente colpevole di delitti d'incendio, di associazione per delinquere, di furto, rapina, estorsione e ricatto, truffa, appropriazione indebita e ricettazione, o di favoreggiamento di tali delitti, per questi titoli abbia subito condanne o sia incorso nei procedimenti indicati nell'articolo precedente.”

³⁴ La Legge in questione riserva il Capo III del Titolo III (artt. 94-116) all'*ammonizione* e al suo procedimento applicativo. Il contenuto dell'*ammonizione* (prescrizioni), a seconda della categoria cui si è ricondotti (vagabondi, oziosi, diffamati per taluni delitti), viene previsto dagli artt. 103-105.

ulteriori spirali restrittive che espongono l'ammonito (e contravventore) tanto all'arresto (e relativa pena detentiva) quanto all'applicazione dei più incisivi istituti preventivi della *vigilanza speciale di pubblica sicurezza* e del *domicilio coatto*.³⁵ In questo quadro, l'irrobustimento di alcune garanzie procedurali³⁶ e la possibilità di liberare condizionalmente i coatti appaiono come novelle "moderne" e positive. Tuttavia, esse appaiono più idonee a fornire un volto "rispettabile" al sistema che a mutarne la sostanza (l'essere basato principalmente su sospetti) o le logiche.

2.2.3 *La pericolosità in marcia verso il fascismo*

All'indomani della codificazione "Zanardelli" e del varo della Legge di pubblica sicurezza appariva chiaro che il sistema aveva concentrato in particolare su quest'ultima il compito della prevenzione dei reati e del controllo dei soggetti pericolosi. Ciò non solo per esigenze di maggiore efficienza (agevolate dalla diversa grammatica probatoria e procedurale dell'agire preventivo) ma anche per consentire la preservazione della purezza e della rigidità dei principi del codice.

La materia penale ordinaria, infatti, non poteva vedere la propria coerenza e razionalità liberale intaccata da norme derogatorie o emergenziali.

Ciò non significa non legittimarle; bensì collocarle nell'ambito di quel "magistero preventivo" che è nella visione dei classici ben distinto (e tale deve rimanere) dal "magistero penale" ed informato a sue logiche proprie, diverse da quelle strettamente penalistiche ma non meno legittime.³⁷

Al nuovo codice furono riservate, in particolare dalla scuola positiva, diverse critiche tra le quali spiccava quella di non aver previsto misure contro la pericolosità *post delictum* (le misure di prevenzione contenute nella LPS del 1889 sono infatti ritenute *ante delictum* o *prater delictum*, nonostante la loro privilegiata applicabilità ai recidivi) riconnettendo al reato un intervento ancora meramente repressivo. L'introduzione delle misure di sicurezza diviene allora tema centrale nel dibattito

³⁵ Ai condannati alla vigilanza speciale di Pubblica sicurezza è dedicato il Capo IV (artt. 117-122), mentre il Capo V chiude il Titolo III con le disposizioni in materia di domicilio coatto (artt. 123-132).

³⁶ Dal punto di vista procedurale veniva garantita la presenza dei magistrati, la possibilità di fare appello o ricorso, di essere assistiti da un avvocato (su richiesta), di indicare o produrre elementi per confutare i presupposti della misura.

³⁷ Sul punto v. CARRARA F. *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Firenze, 1897, 30-36 (anche v. *infra* par. 4).

italiano sulla pericolosità nei primi decenni del Novecento e sino alla sintesi “tecnica” avvenuta con il codice “Rocco”³⁸ che, appunto, tali nuove misure apprestava (come già avvenuto in altri stati europei) avviando anche in Italia l’era del “doppio binario”.³⁹ L’avvento delle misure di sicurezza non servì comunque a decretare la fine del sistema di prevenzione, già riformato nel 1926 e poi, ancora, nel 1931 con il varo del TULPS. Anche il fascismo, infatti, mostrò di fare ampio ricorso agli istituti preventivi (come il *confino di polizia*), soprattutto in chiave di repressione del dissenso politico.

2.3 Mutamento sociale e percezione della criminalità

La legittimazione del sistema preventivo ha tra le sue spinte propulsive anche la profonda modifica dell’ordine sociale e produttivo intervenuta nell’Ottocento.

Da un lato, infatti, la nascita della stampa quotidiana permette un “salto di livello” nella percezione della criminalità:⁴⁰ ne consegue che l’eco dei crimini alimenta nella popolazione un maggiore, costante sentimento di minaccia imminente che, a sua volta, genera e rivolge una amplificata “domanda” di *sicurezza* ai governanti. Da un altro lato, ancora, il progredire di industrializzazione e inurbamento accentuano lo scontro tra il prototipo dell’individuo proprietario e borghese, posto al centro dell’ordine sociale economico e giuridico, e quello del *outcast*, del non proprietario, dell’emarginato.⁴¹ Sull’assunto che le condizioni di vita di quest’ultimi li porteranno, più probabilmente, a delinquere per soddisfare i propri bisogni, prende piede nella società (in particolare nei ceti medi e più abbienti) la paura per le “classi pericolose” e il loro intrinseco spettro di instabilità.

³⁸ Per un approfondimento sul dibattito, con ampi riflessi sulla legalità liberale, anche v. PIFFERI M. *Difendere i confini, superare le frontiere. Le ‘zone grigie’ della legalità penale tra otto e novecento*, in *Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, 2007, Milano, 743-798.

³⁹ PIFFERI M. *Reinventing Punishment. A Comparative History of Criminology and Penology in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, cit. 133-134.

⁴⁰ Cfr. LACCHÉ L., *Uno sguardo fugace. Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, cit. 425. L’autore collega la percezione («che diventerà poi ossessione») delle classi pericolose al concetto di “allarme sociale”, appunto amplificato dalla nascita delle stampe quotidiane.

⁴¹ LACCHÉ L., *Uno sguardo fugace. Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, cit. 425-426; per ulteriore approfondimento si segnala anche LACCHÉ L. *La paura delle «classi pericolose». Ritorno al futuro?* in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, I, 2019, 159 ss.

Nonostante la dimensione “agraria” dell’emergenza del brigantaggio e la difficoltà dello Stato di penetrare uniformemente in tutte le aree più impervie del Paese, verso la fine dell’Ottocento la maggior quota di insicurezza sociale aveva una matrice prevalentemente “urbana” e derivava dal confluire nel proletariato cittadino (aumentandone il potenziale di minaccia) anche di tutte quelle forme di criminalità attribuite agli oziosi, ai vagabondi, ai mendicanti, ai ladruncoli di professione, ai giocatori d’azzardo e ai truffatori.

Forme di criminalità spesso lievi, ma che minano la serenità, l’efficienza e l’affidabilità dell’ordine economico e proprietario.⁴²

Diventano quindi un fattore di insicurezza da controllare, un terreno di intervento per la politica criminale che, ora, non può più limitarsi a ristabilire l’ordine violato, ma deve proteggerne proattivamente la stabilità: lo Stato deve garantire sicurezza, oltre che giustizia.

È proprio in quest’ottica, nell’Ottocento, che vengono ripresi i presidi preventivi e di polizia fioriti nelle legislazioni preunitarie⁴³ nei confronti di oziosi, mendicanti, zingari e vagabondi, per essere, ora, impiegati in via sistematica come strumento di controllo anche di più ampie categorie (classi) di soggetti ritenuti “problematici” per il nuovo ordine economico e proprietario, la cui devianza pericolosa è quindi proattivamente da intercettare, *regolare* e *normalizzare*.⁴⁴

In queste nuove –pretenziose– vesti il sistema di prevenzione appare come uno “strumento di governo dei soggetti che sono ai margini della vita sociale e del mercato del lavoro e che spaventano i galantuomini per la loro ignoranza, per la loro mobilità, per la loro tendenza a sottrarsi al disciplinamento”.⁴⁵

⁴² In questi termini cfr. LACCHÉ L. *La paura delle «classi pericolose». Ritorno al futuro?* cit. 170-178.

⁴³ Si osserva che il precipitato del mutamento industriale e l’affermarsi di una crescente domanda di sicurezza sono fattori che hanno influenzato la “cultura della prevenzione” in maniera universale, e dunque ben oltre le singole realtà nazionali. Per una panoramica di tali implicazioni nell’esperienza del Regno Unito, non scevro di interessanti profili di comparazione, v. ASHWORTH A. – ZEDNER L., *Preventive Justice*, Oxford University Press, 2014, Oxford, 26-50.

⁴⁴ FILIPPETTA G., *Liberalismo e governamentalità: garantismo penale e prevenzione di polizia in Francesco Carrara*, in *Rivista dell’Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2015, II, 3.

⁴⁵ Cfr. FILIPPETTA G., *Liberalismo e governamentalità: garantismo penale e prevenzione di polizia in Francesco Carrara*, cit., 3. L’autore, ancora, evidenzia come il mutamento dell’ordine produttivo e la liberalizzazione del mercato hanno determinato il costo sociale costituito dal pauperismo. «Questo costo non ha a che vedere solo con la mancanza di lavoro, ma con lo stesso lavoro, perché è l’organizzazione del lavoro a produrre povertà, attraverso la precarietà e l’assenza di qualificazione, sia nelle aree industriali che nelle realtà prevalentemente agricole, come quella italiana» op. cit. 3.

Il suo fondamento “ordinario”, che “preesiste” quindi alle contingenti declinazioni emergenziali e agli impieghi repressivi contro il dissenso politico⁴⁶, risiede proprio nella già menzionata paura delle classi pericolose. Pericolose *geneticamente* in quanto ai margini del sistema economico/produttivo (così come della vita sociale e politica), in condizioni di precarietà e subalternità. Percepite dalle classi dirigenti come costante *minaccia*, in quanto “*povertà, indigenza e delinquenza sono pensate come se fossero in una linea la cui continuità è data dal miscuglio di vizio morale e ribellismo sociale*”.⁴⁷

3. Le misure di prevenzione durante il fascismo

Il fascismo ereditava gli istituti preventivi, prima brevemente descritti, e vi metteva mano già nel 1926 e, poi, con maggiore decisione, nel 1931 (anche per coordinarne il testo con il nuovo codice penale).⁴⁸

Ciò avviene in un contesto europeo che ormai ha sviluppato, con soluzioni di compromesso, il portato riformistico su pericolosità e difesa sociale, come testimoniato anche dall'introduzione in vari Stati europei (come appunto avverrà anche in Italia nel 1930) delle misure di sicurezza.

Ad un maggiore sviluppo della politica criminale (e quindi anche del diritto penale) in chiave di difesa sociale ha, infine, contribuito anche l'esperienza della Grande Guerra (e della relativa legislazione di emergenza), limitando l'impostazione

⁴⁶ E di cui sono esempi, pur con sensibili differenze in termini di funzione ed estensione applicativa, le leggi anti-anarchiche del 1894, che introducevano una speciale ipotesi di domicilio coatto “politico” (v. *supra* par. 2.1.1) e l'uso delle misure di prevenzione in epoca fascista (v. *infra* par. 3).

⁴⁷ In questi termini, sempre cfr. FILIPPETTA G., *Liberalismo e governamentalità: garantismo penale e prevenzione di polizia in Francesco Carrara*, 3. L'autore evidenzia altresì come «La consapevolezza degli effetti disgregatori che i rapporti economici e produttivi possono avere sulla stabilità degli equilibri sociali spinge le classi dirigenti liberali ad impegnarsi in una diffusa azione disciplinante, a preoccuparsi di governare aree e fenomeni di fragilità sociale e individuale e a viverli nella dimensione dell'anormalità pericolosa e della devianza da prevenire e correggere attraverso un mix di azioni repressive e di trattamenti pedagogici e medici» cfr. op. cit. 3-4.

⁴⁸ Si segnala la brillante analisi di SBRICCOLI M. *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra otto e novecento. Il problema dei reati politici dal 'programma' di Carrara al 'Trattato' di Manzini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1973, II, 607-613. L'autore esamina alcune contraddizioni frutto dell'incertezza collegata all'emersione di fenomeni nuovi (come l'aggregazione operaia in un partito organizzato) destinati ad influenzare rapporti di classe e di diritto. Si tratta del terreno, anche giuridico e culturale, in cui si svilupperà e radicherà l'esperienza fascista.

individualista del diritto a favore della funzione collettiva in situazioni di necessità e urgenza.⁴⁹

Le principali caratteristiche dell'intervento fascista⁵⁰ in materia di misure prevenzione sono costituite dal recupero, in discontinuità col passato, di una marcata presenza dell'*amministrazione* nel procedimento applicativo; dall'estensione della categoria del *sospetto*; dall'introduzione del *confino di polizia* utilizzato per reprimere –soprattutto, ma non solo– la *pericolosità politica* di oppositori e dissidenti.⁵¹

Quanto all'indebolimento delle garanzie procedurali deve segnalarsi, infatti, come l'*ammonizione* viene modificata nel 1926 e diviene, ora, applicata da una Commissione provinciale nella quale l'unico magistrato è il Procuratore del Re (o un suo rappresentante); innovazione che, poi, viene mantenuta anche nel TULPS del 1931, al pari della mancata previsione di un rimedio contro la decisione della commissione.⁵²

Anche in relazione al più afflittivo *confino di polizia*, la cui disciplina sostituisce quella del domicilio coatto, la procedura appare sensibilmente “a garanzie compresse”: l'ordinanza di assegnazione è assunta dalla medesima Commissione provinciale di cui sopra; contro di essa è ammesso ricorso ad una Commissione di

⁴⁹ PIFFERI M. *Problemi costituzionali del diritto penale tra riformismo e ascesa del paradigma autoritario (1920-1940)*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2019, 316-317. L'autore evidenzia, ancora, come l'esperienza bellica abbia costretto anche il “*formalismo astratto ad un confronto con la fattualità del diritto*”, come testimoniato peraltro dagli sforzi creativi della giurisprudenza per “inseguire” il repentino presentarsi di crisi e necessità in tempi di guerra.

⁵⁰ Per una panoramica più ampia della produzione legislativa in epoca fascista, e dell'atteggiamento della penalistica negli anni in questione v. SBRICCOLI M. *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1972, II, 1001-1034. Si evidenzia il seguente passaggio, con valore di premessa «Come sappiamo, e come è stato efficacemente ricordato di recente, il fascismo italiano si è storicamente imposto con i caratteri di un totalitarismo dai contorni imprecisi, immerso nella contraddizione e tenuto insieme, quanto alle sue opzioni culturali, da sincretismi e allusioni di in un quadro di “sgangheratezza ordinata”, dentro una “confusione strutturata”» *op. ult. cit.* 1002. Le espressioni “sgangheratezza ordinata” e “confusione strutturata” sono peraltro tratte dall'affascinante saggio di ECO U., *Il fascismo eterno* in *Cinque scritti morali*, Bompiani, 1997, Milano, 25-48.

⁵¹ Più approfonditamente sul confino di polizia fascista e il suo uso a fini politici anche v. A. MANNA *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 40-48.

⁵² Nel 1926 il combinato disposto degli artt. 175-177 consentiva solamente la revoca della decisione, su istanza alla stessa Commissione o d'ufficio, per errore di diritto, nonché la possibilità di rivolgere istanza sempre a quest'ultima chiedendo la revoca dell'ammonizione quando ne siano cessati i presupposti (o comunque di richiedere una modifica delle prescrizioni). Tali facoltà, dalla portata invero molto limitata, sono mantenute e unificate nell'art. 173 del TULPS del 1931.

appello, istituita presso il Ministero dell'Interno, la cui proposizione, comunque, non sospende provvisoriamente l'esecuzione della misura.⁵³

Proprio l'introduzione del confino di polizia ha mostrato le intenzioni del legislatore fascista con riferimento, soprattutto, alla pericolosità politica.

La nuova misura prende il posto del domicilio coatto, ma se ne differenzia, in particolare, per la possibilità di poter essere applicata anche immediatamente (dunque senza più alcuna previa ammonizione) laddove i soggetti proposti siano *pericolosi alla sicurezza pubblica* e rientrino nelle –vaghe ed eterogenee– ipotesi contemplate dal TULPS.

Tra le quali si inserisce, in affiancamento a quelle tradizionali già costituite dagli ammoniti e dai diffamati, anche la fattispecie di pericolosità rivolta a “coloro che svolgono o abbiano manifestato il proposito di svolgere un'attività rivolta a sovvertire violentemente gli ordinamenti politici, economici o sociali costituiti nello Stato o a contrastare o a ostacolare l'azione dei poteri dello Stato, o un'attività comunque tale da recare nocumento agli interessi nazionali” (art. 181).⁵⁴

Il terzo ambito di intervento è quello relativo all'ulteriore ampliamento, questa volta in continuità rispetto al passato, della categoria dei diffamati.

In questa fattispecie infatti, come già si segnalava in relazione alle scelte riflesse nella legislazione di pubblica sicurezza del 1889, confluivano una pluralità di categorie a qualifica eminentemente “soggettiva”: dai condannati per tutta una serie di reati (invero molto eterogenea), a coloro che la pubblica voce (e quindi il sospetto) designa come abituali colpevoli di condotte illecite o semplicemente sospette, ai “soliti” oziosi mendicanti e vagabondi.

In epoca fascista si ingrossano le fila di tali fattispecie ampliando, in particolare, il numero di reati (anche contravvenzionali) richiamati e il cui sospetto, anche laddove un procedimento penale si sia concluso con proscioglimento per

⁵³ La Commissione d'appello ha composizione egualmente poco “rassicurante”, essendo incardinata appunto presso il Ministero, presieduta dal Sottosegretario del Ministero, con la partecipazione del Capo della Polizia, di un ufficiale generale dell'Arma dei Carabinieri, di un ufficiale generale della milizia e, in qualità di unico “togato”, l'Avvocato Generale presso la Corte d'Appello di Roma. Tale assetto viene modificato nel 1926 (art. 188) e mantenuto invariato nella formulazione del 1931 (art. 184).

⁵⁴ Rispetto al domicilio coatto vengono innalzati anche il tempo minimo e massimo di applicazione.

insufficienza probatoria, diviene condizione di per sé sola sufficiente per l'ammonizione (e quindi anche per l'innescò di una incisiva spirale di controllo).

Accanto a tali modifiche è interessante notare, ancora, la prima comparsa della fattispecie di pericolosità riferibile a coloro che *sono sospetti di vivere con il ricavato di azioni delittuose*⁵⁵, contenuta nell'art. 164 TULPS e destinata a consolidarsi nel sistema, modificandosi sino alle attuali categorie di *pericolosità generica* del codice antimafia relative a *coloro che per la condotta ed il tenore di vita debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose* (art. 1, c. 1, lett. b, d.lgs. 159/11) e a *coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi* (art. 1, c. 1, lett. a, d.lgs. 159/11).⁵⁶ Ancora, tuttavia, non viene prevista nessuna misura di carattere reale che incida sul patrimonio eventualmente riconducibile a tali categorie soggettive che, pertanto, rilevano e divengono oggetto di controllo in rapporto esclusivamente alla loro pericolosità personale "rivelata" da tale (sospetta) condizione di vita.

La (prima) riforma fascista della legge di pubblica di sicurezza del 1926 è anch'essa contrassegnata da un "movente" emergenziale, ed in particolare gli attentati "eversivi" degli anni 1925-1926, come già era avvenuto per l'introduzione del domicilio coatto (proprio in questa occasione sostituito dal confino di polizia) nella seconda metà dell'Ottocento. Svelando, anche in questo caso, la *costante* del ruolo giocato dalle emergenze (reali o solo spese come, appunto, "moventi") nel legittimare, modellare e facilitare le "regole di ingaggio" dell'intervento preventivo in chiave maggiormente securitaria. Spesso comportando -come si è visto (v. *supra* par. 2.1)- irreversibili attribuzioni alla giurisdizione preventiva (è il caso, ad esempio, delle molteplici progressive estensioni soggettive) destinate ad essere, poi, assimilate nell'azione ordinaria dello Stato anche ben oltre l'emergenza.

⁵⁵ Il testo del 1926 introduce la dizione "*sospetti di vivere con il ricavato di azioni delittuose*" (art. 166), poi riproposta nel testo del 1931. In quest'ultimo compare, anche, l'espressione "*persona sospetta di vivere con il provento di reati*" (art. 170), usata con il medesimo significato delle precedenti ma destinata a maggiore fortuna storica: ancora oggi in ambito di prevenzione patrimoniale costituisce la fattispecie di riferimento per il contrasto a varie forme di criminalità da profitto (e non solo).

⁵⁶ Quest'ultima fattispecie, recentemente, è stata dichiarata incostituzionale, per la eccessiva vaghezza e genericità della sua formulazione (con conseguente violazione del principio di legalità e prevedibilità delle decisioni giudiziarie idonee ad incidere diritti costituzionalmente e convenzionalmente tutelati), con la sentenza n. 24/2019 della Corte Costituzionale, relatore Prof. Francesco Viganò. La pronuncia sarà esaminata approfonditamente anche in seguito (v. *infra* cap. II, III e IV).

Ciò si traduce, in ultima analisi, nell'assoggettamento, tendenzialmente permanente, di nuovi territori alla "legge" della prevenzione: a volte sottraendo spazi all'applicazione del Codice Penale (e alla sua legalità); altre volte, invece, introducendo forme di pericolosità senza delitto e che, come tali, spesso "criminalizzano" semplici condotte/stili di vita ritenuti configgenti con l'ordine economico-sociale, e i nuovi valori di *stabilità* e *sicurezza*.

Nonostante le aspirazioni, le riforme fasciste (anche quella del 1931) ebbero effetti, in materia di pubblica sicurezza, controversi: dal lato della prevenzione ordinaria, ossia quella maggiormente incentrata sulle classi "pericolose" e sugli autori (o presunti tali) di crimini, praticata per impedire le ulteriori infrazioni e violazioni dell'ordine costituito, i risultati rimasero insoddisfacenti (in termini di contrasto alla recidiva e prevenzione della criminalità), e ciò in coerenza con il fallimento che già si era registrato nelle precedenti prassi applicative degli istituti preventivi.

Il sistema preventivo ordinario consentiva, sì, un adeguato controllo, ma esso avveniva attraverso l'*imbrigliamento* del soggetto pericoloso, attraverso prescrizioni e diffide che, da un lato, si attivavano in presenza di sospetti e, da un altro lato, ove violate, comportavano pene detentive, e quindi innescavano una continua spola del soggetto socialmente pericoloso tra sistema repressivo e preventivo.⁵⁷

Il tutto secondo un approccio esclusivamente di "contenimento" e repressivo (anche se svolto in "forma" preventiva), che appariva assolutamente inidoneo anche a risocializzare, in prospettiva, il soggetto ritenuto pericoloso; finendo più spesso, anzi, per emarginarlo ulteriormente, con aumenti sensibili del rischio criminogeno.⁵⁸

Sotto il profilo della *pericolosità politica*, invece, l'uso fascista delle misure di prevenzione ebbe un'efficienza notevolissima nel reprimere e disperdere il dissenso, mostrando come il sistema preventivo, a differenza dell'ordinaria inefficienza nel

⁵⁷ L. LACCHÉ, *Uno sguardo fugace. Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, cit. 436. Il sistema preventivo «Serve ad avvicinare o ricondurre verso il sistema repressivo soggetti ritenuti pericolosi, sia in ragione del modus vivendi che della commissione di reati non provati in sede penale».

⁵⁸ Sull'inefficienza del sistema preventivo di polizia verso fine Ottocento ancora v. L. LUCCHINI *Sull'ammonizione e sul domicilio coatto secondo la vigente legislazione italiana*, cit. 4-158. Ancora, in chiave critica, v. I. MEREU, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia «liberale» (1852-1894)*, in *Le misure di prevenzione (atti del convegno di studio «Enrico de Nicola» organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Alghero, 1975)*, Giuffrè, Varese, 1975, 197-212.

prevenire le forme di criminalità marginale, possieda una potenzialità repressiva formidabile, specie in relazione a specifici contesti, come quello “politico”, dove una misura come il confino consentiva *rapidamente* di raggiungere lo scopo –quello di *incapacitare* il destinatario– spesso più efficacemente della pena.⁵⁹

Ciò avveniva, in particolare, mascherando la reale portata repressiva dell’intervento statale dietro l’apparenza dell’applicazione di una misura preventiva che, come tale, era destinata, almeno formalmente, ad incidere *più lievemente* sulle libertà del destinatario (evitando, al contempo, di farne un “simbolo” processato e incarcerato per vie penali).

La conservazione dell’edificio preventivo, all’indomani della caduta del fascismo⁶⁰ e dell’avvento della Costituzione, costituì un tema particolarmente sentito nel dopoguerra⁶¹: la problematica della legittimazione delle misure preventive verrà risolta –in evidente reazione alla *amministrativizzazione* fascista– soprattutto sotto il versante delle garanzie procedurali, restando invece ancora aperta (anche dopo il “silenzio” della Costituzione sul punto, v. *infra* cap. II) la questione della loro *legittimità ontologica* all’interno di un ordinamento liberale e democratico, quale doveva (tornare a) essere quello dello Stato Italiano.⁶²

4. Il doppio livello di legalità

Si è sinora accennato, più volte, ad una differente declinazione della legalità riservata alla materia preventiva, che si differenzia rispetto a quella che connotava, nei periodi storici esaminati, l’applicazione del codice e del diritto penale in senso stretto. Appare opportuno brevemente approfondire la rilevanza di questo concetto, già autorevolmente inquadrato dalla dottrina⁶³, per scorgere come costituisca, nella sua

⁵⁹ Cfr. STRADAIOLI O. *Le misure di prevenzione*, in PITTARO P. (a cura di) *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?* EUT, 2012, Trieste, 128.

⁶⁰ Già con decreto 10.12.1944 n. 419 venivano invero apportate modifiche al TULPS, scardinando le ipotesi di pericolosità politica e potenziando le garanzie nel procedimento di ammonizione.

⁶¹ In attesa di trattare il tema, più specificamente, nell’esordio del prossimo capitolo, anche v. MANNA A., *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit. 48-57.

⁶² Sul punto anche v. LACCHÉ L., *Uno sguardo fugace. Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, cit. 436.

⁶³ Sul punto si segnala come il tema storico della legalità differenziata, con particolare attenzione alla materia preventiva, sia stato affrontato brillantemente in SBRICCOLI M., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., nonché più recentemente anche in LACCHÉ L. «Alzate l’architrave, carpentieri» *I livelli della legalità penale e le “crisi” tra otto e novecento*, cit.,

natura contraddittoria, il principale portato storico dell'esperienza liberale in materia di "convivenza" tra istituti repressivi e preventivi. La vaghezza delle fattispecie di pericolosità, progressivamente designate su un modello sempre più autoriale, l'inconsistenza degli indici che la descrivono, il legame sempre più debole con la commissione di un delitto (accertato come tale), sono tutte categorie che, infatti, sottopongono a pesanti tensioni i principii di legalità, tassatività e proporzione.

E' opportuno, anche in questo caso, muovere innanzitutto da un dato storico: il conflitto evocato non sfocia, quasi mai, nella messa al bando degli istituti preventivi dall'ordinamento (salvo che per taluni aspetti più esasperati, emersi in determinati contesti autoritari o apici emergenziali), ed anzi si assiste, anche oltre il periodo sinora considerato e in *trend* crescente sino ai giorni nostri (v. *infra* cap. II), al fiorire di meccanismi e dispositivi preventivi ispirati a nuove logiche di difesa sociale (oggi, ad esempio, anche dell'ordine economico e *concorrenziale*).

Il conflitto ha, invece, molto più spesso, portato i principi in questione a deformarsi. A relativizzarsi per riuscire lo stesso a dialogare con le dirompenti e problematiche categorie della prevenzione, la cui capacità di smarcarsi da alcuni "limiti" dello strumento penale appare "virtù" necessaria (ovvero un "male" altrettanto necessario, a seconda delle impostazioni) in una politica criminale moderna, polivalente, funzionale al governo e al controllo di realtà sempre più complesse, differenziate e in rapida evoluzione.

Al consolidamento di una differente legalità per l'agire preventivo, pur mutuata dai principi del diritto penale, non senza profonde scollature e affrancamenti, hanno contribuito in particolare due fenomeni che hanno caratterizzato l'epoca liberale.

Un primo fenomeno, che si muove "dal basso" e che attiene all'emersione e regolamentazione di tutte quelle pratiche amministrative e di polizia frutto dell'esperienza degli stati preunitari, nella quale era presente "*un autonomo potere punitivo, esterno all'ordinario procedimento giudiziario*", che operava una "*vigilanza attiva*" su vagabondi, oziosi, sospetti e pregiudicati (prassi che diverranno il modello

183-205. Di quest'ultimo autore, sempre in tema di differenti livelli di legalità, ma con declinazione sul dibattito sotteso al carcere preventivo, anche v. LACCHÉ L. "*La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*", Giuffrè, 1990, Milano.

per le misure di prevenzione del Regno d'Italia).⁶⁴ È anche su questa esperienza *pratica* che riposa l'idea che il controllo sugli individui, perché conservi la sua efficacia, debba avere di mira non solo le specifiche azioni dei singoli (ove rilevino per la legge penale), “*ma anche la sfera delle loro possibilità*” (antisociali), e che per fare ciò lo Stato debba disporre di un “*reticolo disciplinare a un tempo capillare, diffuso e elastico*” in grado di intercettarne la pericolosità “*prima che divenga reato*”.⁶⁵

Vi è poi un secondo fenomeno, invece, che agisce “dall'alto”, a livello innanzitutto *teorico*, e che attiene al processo di *legalizzazione* del concetto di *pericolosità*, come conseguenza del dibattito (atlantico, europeo, italiano) sul fondamento positivo e giuridico della nozione, sugli indici per la rilevazione e i metodi per neutralizzarla.⁶⁶ Questioni venute in rilievo con la diffusione delle tesi riformiste, prima brevemente esaminate (v. *supra* par. 2.2), e che hanno avuto come –non unico– precipitato l'introduzione delle misure di sicurezza negli ordinamenti continentali, secondo la logica del doppio binario.

Il dibattito di cui sopra ha avuto, quindi, l'effetto di creare un bacino condiviso di nozioni e teorie, in tema di pericolosità, dal quale anche gli istituti preventivi (non solo, dunque, le misure di sicurezza) hanno attinto ampiamente per rivendicare la propria natura, funzione e collocazione nell'ordinamento liberale.

4.1 Giure penale e magistero di polizia

Il rapporto tra diritto penale e istituti preventivi, nel pensiero classico⁶⁷, appare improntato ad una netta diversificazione degli ambiti di pertinenza.

Così si attribuisce al *giure penale* (o magistero punitivo) ciò che riguarda l'amministrazione della giustizia, ossia il regno del codice, dei rigidi principi di legalità, proporzione, tassatività e materialità e della tutela dei diritti.

⁶⁴ In questi termini FILIPPETTA G., *Liberalismo e governamentalità: garantismo penale e prevenzione di polizia in Francesco Carrara*, cit., 10.

⁶⁵ Ancora cfr. FILIPPETTA G., *Liberalismo e governamentalità: garantismo penale e prevenzione di polizia in Francesco Carrara*, cit., 10.

⁶⁶ PIFFERI M. *Reinventing Punishment. A Comparative History of Criminology and Penology in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, cit., 200-205.

⁶⁷ Di cui il più autorevole esponente è Francesco Carrara (1805-1888) il cui pensiero, anche in tema di demarcazione tra magistero punitivo e preventivo, è ampiamente ripreso nelle successive elaborazioni in tema svolte dagli storici e dalla penalistica moderna. In particolare, sui temi qui di interesse, si segnala ancora CARRARA F. *Programma del corso di diritto criminale. Parte Generale*, cit., 7-43

Si devolve, invece, al *magistero di polizia* l'applicazione delle misure e delle pratiche preventive: tale funzione si legittima su di un principio di utilità (pubblica) e, dunque, “*non sempre coordina i suoi atti con la rigorosa giustizia*”.⁶⁸

Si tratta, in questa prospettiva, di mondi separati ed informati a logiche differenziate, con solo taluni punti di contatto inclusivi.⁶⁹

La *ratio* sottesa ad una simile ripartizione è quella di far convivere il portato astratto, assoluto ed egualitario dei diritti individuali, che informa la giurisdizione ordinaria in materia penale, e che ha come fine l'affermazione della *giustizia* (anche contro gli abusi dell'autorità), con le logiche di difesa sociale, di utilità, controllo e disciplinamento dei singoli, che devono, invece, trovare “sfogo” nel magistero di polizia, nell'*arte del buon governo*, il cui esercizio è funzionale alla prosperità dello Stato ed al perfezionamento morale dei cittadini.⁷⁰ La prevenzione, dunque, non concerne il diritto penale ma, piuttosto, spetta al diritto economico “*quando questi si ravvisi non come un mero fattore di ricchezza, ma come una fattore di civiltà*”.⁷¹

La essenziale diversità tra le due funzioni poggia, oltre che nel diverso principio che le legittima, anche nei fatti cui si rivolgono: il magistero punitivo deve occuparsi dei *delitti* ed essere, in sintesi, il *guardiano della giustizia*; quello preventivo, invece, ha per oggetto comportamenti anormali, *trasgressioni*⁷², anche moralmente riprovevoli o assunti con intenzione malvagia, ma che, nondimeno, non si siano risolti –ancora– in un reato (bastando, peraltro, l'opposizione del singolo

⁶⁸ Cfr. CARRARA F. *Programma del corso di diritto criminale. Parte Generale*, cit., 31. Più ampiamente l'autore osserva «Il magistero di polizia non procede che da un principio di utilità: la sua legittimità è tutta in questo; non attende un fatto malvagio per agire; non sempre coordina i suoi atti alla rigorosa giustizia: e così avviene che ad esso consentendosi di agire per via di modica coercizione, egli realmente possa divenire modificato della umana libertà: lo che si tollera per la veduta di maggior bene».

⁶⁹ Tali funzioni sono considerate come «due forze riunite nella stessa mano dall'autorità sociale», che «si porgono a vicenda la mano per l'ultimo fine dell'ordine», ma che devono rimanere «essenzialmente distinte». Cfr. CARRARA F. *Programma del corso di diritto criminale. Parte Generale*, cit., 24-25.

⁷⁰ FILIPPETTA G., *Liberalismo e governamentalità: garantismo penale e prevenzione di polizia in Francesco Carrara*, cit., 17.

⁷¹ Cfr. CARRARA F. *Programma del corso di diritto criminale. Parte Generale*, cit., 30. Si tratta di teorica che si rivela, ancora oggi, di attualità con riferimento alla legittimazione della prevenzione patrimoniale e di altre forme di controllo economico di matrice amministrativa.

⁷² Per un'analisi approfondita del rapporto tra legalità delitti e trasgressioni, sino alla rottura del paradigma legalitario formale con l'esperienza fascista, v. PIFFERI M. *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale tra otto e novecento*, cit. 743-763 778-798.

all'opera di disciplinamento statale per legittimarne un controllo serrato e proattivo).⁷³ I “magisteri” si differenziano, ancora, in ordine agli strumenti impiegati: se la pena inflitta dal *Giudice* è lo strumento per eccellenza della repressione, per la prevenzione si parla, invece, di *modica coercizione*, di *sospensione momentanea dall'esercizio di un diritto* (o anche di un suo temporaneo spoglio), laddove si dimostri necessario per la sicurezza pubblica e sulla base di una valutazione di opportunità del *Governo*.⁷⁴

La separazione di tali funzioni è avvertita come necessaria, non solo per motivi formali. La sovrapposizione delle logiche di uno sull'altro ha, infatti, effetti negativi sotto un duplice profilo.⁷⁵ Laddove siano le logiche preventive a invadere il campo penale si avrà un aumento dell'*arbitrio* a discapito della giustizia: quindi è il *garantismo* a vietare l'ingresso del sospetto, dell'anormalità, dell'opportunità politica, nel magistero punitivo (e anche su questo rischio dovrà vegliare la scienza giuridica). Dove, invece, siano le logiche (e le cautele) della repressione a surrogarsi a quelle della prevenzione, renderebbero quest'ultima *inefficace* e inutile: la separazione viene, qui, giustificata per le ragioni opposte, ossia in chiave di *difesa sociale*.⁷⁶

Repressione e prevenzione, in questo schema, hanno però alcuni rilevanti punti di contatto: i principi penalistici più volte richiamati rimangono, infatti, quali termini dialettici –anche– della materia preventiva, pur con grado e vincolatività diversa.⁷⁷

E così il principio di legalità fa sì che la legge debba, il più possibile, scolpire i presupposti di applicazione delle misure attorno a fatti verificabili, se non nella loro stretta colpevolezza, quantomeno sotto i profili di pericolosità e necessità (utilità) dell'intervento preventivo.⁷⁸

⁷³ Cfr. FILIPPETTA G., *Liberalismo e governamentalità: garantismo penale e prevenzione di polizia in Francesco Carrara*, cit., 16-17. Sulle logiche di costruzione del reticolo preventivo disegnato nell'Ottocento anche v. LACCHÉ L., *La paura delle «classi pericolose». Ritorno al futuro?* cit., 159 ss.

⁷⁴ Cfr. FILIPPETTA G., *Liberalismo e governamentalità: garantismo penale e prevenzione di polizia in Francesco Carrara*, cit., 18. L'autore citato evidenzia come la distinzione in base ai “conseguenti” delle misure non sia un criterio univoco, del quale lo stesso Carrara sembrava diffidare. Carrara, tuttavia, nel criticare il domicilio, distingue sospensione momentanea (di un diritto) da privazione (più o meno lunga) svelando una certa fragilità della distinzione incentrata sui “conseguenti”, v. *op. cit.* 18-19.

⁷⁵ Cfr. CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte Generale*, cit., 30-36

⁷⁶ In questo senso, cfr. FILIPPETTA G., *Liberalismo e governamentalità: garantismo penale e prevenzione di polizia in Francesco Carrara*, cit., 18.

⁷⁷ In questo senso cfr. LACCHÉ L., *Uno sguardo fugace. Le misure di prevenzione in Italia*, cit., 429.

⁷⁸ PIFFERI M., *Reinventing Punishment*, cit., 200-205.

Ciò porta ad invocare una migliore individuazione legislativa dei confini della nozione di pericolosità, così come a diffidare della pochezza dei contenuti risocializzanti delle misure, votate più spesso ad affliggere, specie laddove un procedimento penale non vi era riuscito, e con l'effetto di impigliare il destinatario in una rete che lo avvicinava più al sistema repressivo che alla normalità sociale.⁷⁹

Al maggior grado di incisione che assumono le misure corrisponde l'acuirsi della problematica su quale debba essere il giusto procedimento che ne governi l'applicazione, e con quali garanzie.⁸⁰

La dialettica –spesso patologica– tra le prerogative dell'amministrazione e i principi della giurisdizione attraversa, infatti, l'intera esistenza degli istituti preventivi e li caratterizza ancora ai giorni nostri.

Il potenziamento delle garanzie processuali e il recupero di una più radicata giurisdizione nell'applicazione delle misure costituiscono, storicamente, la “cura” più spesso somministrata per porre rimedio alle crisi di “legittimità” del sistema, lasciando, come già detto, aperta la questione sostanziale della loro cittadinanza nell'ordinamento.⁸¹ A tendenziale conferma della non componibilità della questione sostanziale attraverso un investimento solo “processuale” si consideri come, ancora oggi, sia dato osservare un procedimento di prevenzione assai più giurisdizionalizzato, in progressiva approssimazione al paradigma accusatorio; tuttavia, la materia preventiva rimane nondimeno aspramente avversata sotto il profilo sostanziale, dalla logica del sospetto che ancora la influenza, alle critiche sulla natura di “pena mascherata” (v. *infra* c. II).

4.2 La “crisi” come dimensione fisiologica della legalità liberale

La dimensione della legalità liberale è stata proficuamente indagata dagli storici che ne hanno sovente fornito una lettura “doppia”, “differenziata”, comunque evidenziandone, quasi sempre, una “crisi”, nella quale la vicenda dell'affermarsi delle

⁷⁹ Cfr. LUCCHINI L., *Sull'ammonizione e sul domicilio coatto secondo la vigente legislazione italiana*, cit., 2-3 98-118. In particolare sull'ammonizione v. *op. cit.* 71-80; sul domicilio coatto v. *op. cit.* 81-97.

⁸⁰ Sul punto v. LACCHÉ L., *Uno sguardo fugace. Le misure di prevenzione in Italia*, cit. 436-438.

⁸¹ Cfr. FILIPPETTA G., *Liberalismo e governamentalità: garantismo penale e prevenzione di polizia in Francesco Carrara*, cit., 19.

misure preventive *ante e praeter delictum* appare, invero, solo una delle “frontiere” problematiche della questione.⁸²

Uno dei molti specchi della dimensione critica del principio legalitario, chiamato alla prova concreta del confronto, per quanto attiene la materia preventiva, con l’esigenza di controllo del –più problematico– corpo sociale e con la necessità/utilità di disciplinare il comportamento dei singoli laddove in conflitto con la stabilità degli spazi di libertà (pubblica) garantiti.⁸³

Entrambe funzioni, quelle sopra evocate, cui sono votati gli istituti preventivi e che si ritagliano spazi importanti nel ripensamento (e ampliamento) della politica criminale degli stati moderni, sottoponendo quindi a tensioni, di intensità via via crescente, la concezione “assoluta” del principio di legalità in materia penale.

Il quale entra in “crisi”, appunto, perché sfumano le frontiere della materia penale stessa, chiamata a governare realtà più ampie e differenziate⁸⁴, nelle quali la perimetrazione della legalità serve a definire, con essa, anche il confine delle garanzie tradizionali.⁸⁵

Sempre in tema, è stato autorevolmente osservato come la “crisi” del principio in questione sia, invero, da assumersi a tratto *genetico* della legalità liberale che, pertanto, “nasce” già in crisi, quest’ultimo concetto da intendersi in un’accezione

⁸² Cfr. SBRICCOLI M., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit.; anche v. LACCHÉ L., «*Alzate l’architrave, carpentieri*» *I livelli della legalità penale e le “crisi” tra otto e novecento*”, cit., 183-205; ancora v. PIFFERI M., *Difendere i confini, superare le frontiere. Le ‘zone grigie’ della legalità penale tra otto e novecento*, cit. 743-798 e PIFFERI M. *Problemi costituzionali del diritto penale tra riformismo e ascesa del paradigma autoritario (1920-1940)*, cit., 309-353.

⁸³ Si segnalano le preziose riflessioni in tema di ordine e libertà dei singoli alla luce del modello proprietario, svolte da COSTA P., *Diritti individuali e governo dei soggetti: un quadro tipologico in Giornale di storia costituzionale*, 2004, 7, 9-32.

⁸⁴ Cfr. PIFFERI M., *Difendere i confini, superare le frontiere*, cit., 744 «Ben presto, tuttavia, sia la dottrina sia la classe politica sono costrette a riconoscere una realtà più complessa, in cui a tratti le chiare linee che circondano l’illecito penale sfumano per confondersi con le infrazioni di polizia, con la violazione di provvedimenti amministrativi, con le leggi di pubblica sicurezza; il diritto penale non basta più né a contenere la criminalità né ad esaurire lo spazio della punizione. Proprio in queste terre di confine, dall’incerta apparenza disciplinare, le prerogative più tipiche del diritto penale subiscono attenuazioni, deroghe, eccezioni: la legalità, che nel penale ‘puro’ del Codice è sempre rispettata, opera in modo diverso nelle zone ibride, nelle contravvenzioni, nel penale amministrativo o nelle misure di sicurezza»

⁸⁵ Cfr. PIFFERI M., *Difendere i confini, superare le frontiere*, dove l’autore osserva ancora come la scienza giuridica sia «Costretta a riflettere su ciò che è ‘incluso’ e ciò che resta ‘escluso’ dall’area criminale, ad individuare le ragioni dell’appartenenza di un istituto al diritto penale o amministrativo, è costretta a delimitare la vigenza del *nullum crimen*, a definire i termini della giurisdizionalità, a dosare discrezionalità sanzionatorie e garanzie individuali», *op. cit.*, 744.

dinamica, come comprendente “*sia l’idea della rottura decisiva e perturbante di un equilibrio consolidato sia l’idea, fortemente ‘costruttiva’, di trasformazione, di cambiamento, insiti in ogni forma di evoluzione storica*”.⁸⁶

In questa prospettiva può riconoscersi, da un lato, il ruolo di architrave svolto dal principio di legalità, che è “*la grande conquista del penale dei moderni attorno alla quale stabilire il diritto penale dei principi*”.⁸⁷

Da un altro lato, tuttavia, non può non scorgersi come in concreto la legalità sia “*segnata, inevitabilmente, da differenziazioni e quindi da ‘livelli’ tanto più ci si allontana dalla figura prototipale (del galantuomo, soggetto di diritto, razionale, libero e autonomo) e ci si inoltra nel terreno di chi non è proprietario, non è ‘indipendente’, appartiene alle classi subalterne e potenzialmente ‘pericolose’*”.⁸⁸

Di quest’ultima relativizzazione è frutto il ricorso, frequente, a strategie di aggiramento del principio di stretta legalità, in quanto le misure preventive seguono “*filiere di amministrativizzazione (...) che conducono, rapidamente, all’irrogazione di sanzioni penali o para-penali*”.⁸⁹ Così come si radica nel doppio livello di legalità, anche, la tendenza a standardizzare, nella prassi ordinaria, misure, e gradi di restrizione, originariamente pensati in via eccezionale o provvisoria: gli spazi in tali occasioni “concessi” (a detrimento delle garanzie individuali) rimangono poi stabilmente “occupati”, così aggirando la retorica della riserva di legge.⁹⁰

La legalità in campo penale si snoda, quindi, dentro questa complessità, in perenne dinamica, tra un momento *costruttivo*, di innalzamento della legalità (e dei relativi corollari) quale paradigma rigido e assoluto a garanzia dei diritti

⁸⁶ Cfr. LACCHÉ L., «*Alzate l’architrave, carpentieri*», cit., 186.

⁸⁷ Cfr. LACCHÉ L., «*Alzate l’architrave, carpentieri*», cit., 188.

⁸⁸ Cfr. LACCHÉ L., «*Alzate l’architrave, carpentieri*», cit., 193. L’autore osserva altresì come la legalità sia una soluzione con riferimento al cambio di paradigma rispetto all’ordine antico (basato sull’arbitrio, sull’incertezza, sull’interferenza dei governanti), ma costituisca al tempo stesso anche un problema, ad esempio con riferimento al rapporto con i “regimi speciali” (emergenziali o polizieschi). «L’ingresso nel regno della legge cambia il rapporto *ordo/extra ordinem*. Il principio di legalità forma l’architrave del nuovo edificio proprio allo scopo di escludere l’*extra-ordinem* che, come l’araba fenice, risorgerà sotto altra forma, come luogo del diritto/non-diritto, zona strutturalmente “grigia” sottoposta alle logiche dell’emergenza, dei “fatti occasionali”, di decisioni congiunturali e transitorie. Il principio di legalità è naturalmente rigido e perciò ogni territorio che non può essere governato dal codice diventa *zona di eccezione* e ambito per un penale che, spesso, non è “legale” perché è soprattutto provvedimento, misura», *op. cit.*, 194.

⁸⁹ Cfr. LACCHÉ L., «*Alzate l’architrave, carpentieri*», cit., 197. Sul punto per approfondimento anche v. PIFFERI M., *Difendere i confini, superare le frontiere*, cit., 744-798.

⁹⁰ Così osserva ad esempio LACCHÉ L., «*Alzate l’architrave, carpentieri*», cit., 197.

dell'individuo, ed un altro, *de-costruttivo*, nelle “zone grigie” della materia penale (al confine, ad esempio, con le prerogative della pubblica sicurezza).⁹¹ Dove tale principio deve invece “scomporsi” e, poi, “ricostruirsi” al netto di uno schema che non è più, solamente, fondato sul binomio soggetto-diritti, ma include, anche, l'emergente polo dell'ordine (del governo dei soggetti).⁹²

In questo senso è stato efficacemente osservato come il “discorso dei diritti” (ossia della centralità del soggetto di diritto all'interno del discorso giuridico) indubbiamente valorizza e rende protagonista l'individuo ma, al contempo, “*evoca l'ordine, pensa il soggetto non contro ma entro un ordine di cui i diritti stessi sono uno snodo essenziale*” e dunque “*non esaurisce lo spettro del rapporto fra il soggetto e l'ordine*”.⁹³

In questa prospettiva, la compresenza del tema del disciplinamento dei soggetti accanto a quello della tutela dei loro diritti caratterizza la legalità liberale sino alla “rottura” avvenuta con l'avvento dei regimi totalitari, che, tra i tratti comuni, hanno quello di aver stravolto questa dialettica, in favore del primo aspetto e a discapito della centralità del “discorso dei diritti”.⁹⁴

Discorso che invero verrà riallacciato nel dopoguerra e collocato al centro del sistema costituzionale; chiudendo la parentesi dittatoriale, ma recuperando, anche, alcune ambivalenze “liberali” destinate a sopravvivere anche alla “costituzionalizzazione” del sistema preventivo.

⁹¹ LACCHÉ L., «*Alzate l'architrave, carpentieri*», cit., 183-184. L'autore ancora osserva come «Il principio di legalità non è dunque come il monolito caduto sulla terra nel film visionario di Stanley Kubrick *Odissea nello spazio*», e dunque lo sviluppo della legalità sia da indagare oltre la semplificata visione tripartita in cui vi è (I) un innalzamento del principio di legalità (affermazione dell'ideologia e del suo impianto, dall'illuminismo alla rivoluzione francese), (II) un suo consolidamento con il trionfo dello Stato legislativo tra otto e novecento, (III) la grande crisi e l'indebolimento dell'architrave nel contesto moderno. L'autore ritiene infatti più approfondita la lettura di una costante dimensione critica del principio in questione: «La “storia a tre tempi” (*origo, progressus, finis*) è uno schema narrativo, che può risultare di qualche utilità solo se ricondotto ad un approccio storico capace di cogliere la *complessità* genetica, identitaria, della legalità e del tema, incompressibile, sotto ogni riguardo, della garanzia di libertà. Una storia che rischia di diventare “filosofia” mentre mai è stata realmente “lineare” e “progressiva”, essendo la legalità penale moderna sottoposta *ab origine*, e in forme cangianti, ad ambivalenze e strappi, tensioni e contraddizioni» *op. cit.* 187.

⁹² Sul punto v. COSTA P., *Diritti individuali e governo dei soggetti: un quadro tipologico*, cit., 9-31

⁹³ Cfr. COSTA P., *Diritti individuali e governo dei soggetti: un quadro tipologico*, cit., 9-10.

⁹⁴ COSTA P., *Diritti individuali e governo dei soggetti: un quadro tipologico*, cit., 28-30.

5. Il nucleo di critica storico delle misure di prevenzione

L'esperienza delle misure di prevenzione in epoca liberale, e poi durante la fase totalitaria, ha messo a nudo anche alcune persistenti debolezze del sistema in questione. Qui vuole solo evidenziarsi, per il momento, come, nel periodo storico esaminato, si consolidino alcune aree di critica destinate, poi, a contrassegnare intimamente il sistema di prevenzione ben oltre l'avvento della Costituzione, sino a rifluire, anche, nel più recente dibattito sulle misure di prevenzione patrimoniali. Tratto comune di tali criticità pare il loro essere, a bene vedere, tutte riconducibili, pur con grado e intensità differenti, ad emanazioni (conseguenze) –problematiche– del doppio livello di legalità prima brevemente delineato, e di cui costituiscono un'inegabile “lato oscuro”.

(I) In quest'ottica può inquadrarsi, ad esempio, la –cronica– mancanza di tassatività nella predisposizione delle fattispecie di pericolosità, che, invero, appaiono “geneticamente” più sfumate proprio in considerazione del diverso fenomeno che vorrebbero cogliere, appunto la pericolosità e non più il reato.⁹⁵

Tuttavia, nonostante la *pericolosità sociale* sia stata oggetto, a cavallo tra Otto e Novecento, di ampi studi, dibattiti e tentativi di *positivizzazione* della propria nozione, tratto comune della normazione di prevenzione rimane, comunque, quello della estrema genericità e vaghezza delle sue proposizioni e, dunque, di un'imprecisione tale da non consentire un adeguato controllo della loro applicazione (e quindi, anche, di difendersi contro eventuali utilizzi abusivi).⁹⁶

Il marcato *deficit* di tassatività delle fattispecie costituisce, invero, una (prima) criticità “storica” del sistema, che appare riflessa, ancora oggi, nell'acceso dibattito attorno alla tenuta problematica della formulazione –soprattutto– delle attuali categorie di *pericolosità generica*.⁹⁷

⁹⁵ Sul punto anche v. PIFFERI M., *Reinventing Punishment*, cit., 134, 200-201, 229-230.

⁹⁶ Per una critica al grado di arbitrio conseguente all'ampio ricorso a formulazioni vaghe, impiegate sulla logica del sospetto, v. LUCCHINI L. *Sull'ammonizione e sul domicilio coatto secondo la vigente legislazione italiana*, cit. 137-142.

⁹⁷ In relazione alle quali, come già anticipato, è da segnalare la dichiarazione di illegittimità convenzionale della normativa italiana per difetto dei requisiti di chiarezza, precisione e prevedibilità, con la sent. Corte EDU, De Tommaso c. Italia, 23 febbraio 2017; ad essa seguirà, poi, la dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie di cui all'art. 1 lettera (a) del d.lgs. 159/2011 da parte della Corte Costituzionale (Sent. 24/19) nel febbraio 2019 (v. *infra* cap. II).

(II) Con tale problematica si intreccia, anche, quella della più “snella” grammatica probatoria della prevenzione, tematica a sua volta legata, storicamente, alla rilevanza del *sospetto* in materia preventiva, ora quale criterio per delineare le fattispecie di pericolosità, ora quale *standard* di inclusione nelle medesime.

Il superamento di queste logiche si rivelerà, invero, operazione difficile, destinata, anch’essa, a caratterizzare le misure ben oltre il dopoguerra e a permanere, ancora oggi, in parte irrisolta nella sostanza.

In quest’ottica, come si vedrà, sono da leggersi i plurimi interventi (prima giurisprudenziali, poi anche normativi) susseguitisi dopo la Costituzione, e con l’intento di rendere la giurisdizione preventiva un accertamento fondato sugli *elementi di fatto*, ripudiando quindi, almeno formalmente, il sospetto.

Nella sostanza, tuttavia, sospetti e logiche d’autore riaffiorano ancora oggi in alcune impostazioni applicative, anche se in maniera sotterranea e spesso in sinergia con la irragionevolezza di alcuni dei –numerosi– meccanismi presuntivi che contraddistinguono il sistema preventivo (soprattutto la sua dimensione patrimoniale, si pensi alla presunzione di illecita accumulazione, o a quella di interposizione fittizia).

(III) Alle questioni di cui sopra, con altrettanta longevità storica, devono affiancarsi anche quelle in punto di natura e finalità delle misure di prevenzione, cui sono strettamente collegate, a loro volta, anche le criticità in punto di proporzione –tra ingerenza preventiva e limitazione dei diritti individuali– e rispetto del criterio di stretta necessità nell’impiego di questi strumenti. Trattasi di tematiche problematiche, tra loro intersecate, condizionate, e che riposano sulla percezione di alcune pratiche di aggiramento del principio di stretta legalità: così si guarda al grado afflittivo della misura per contestare l’inflizione di una “pena” mascherata in un provvedimento preventivo; si guarda alla sua inefficienza, e inidoneità concreta a risocializzare e stemperare (prospettivamente, in un’ottica di futuro reinserimento) la pericolosità per affermare come le misure, anziché *ante delictum*, siano, in realtà, rivolte a sanzionare comportamenti passati, sfuggiti alla “farraginosa” giustizia penale, e che siano quindi provvedimenti solo strumentalmente assunti (e motivati) per prevenire un qualche crimine “futuro” di cui si tema, realmente (obiettivamente), la consumazione.

(IV) A ciò si aggiunga, con riguardo al legame tra pericolosità e misura preventiva, che, se la gravità e rilevanza del reato può essere valutata e più facilmente apprezzata dal giudice ai fini del sindacato di proporzionalità, la pericolosità sociale appare, invece, una condizione (già di per sé sfuggente) più difficilmente graduabile. Anche laddove viene valutata nel codice penale, ai fini dell'applicazione delle misure di sicurezza, la pericolosità sociale mantiene, comunque, un legame con un *reato* o un caso tassativo di *quasi reato* (accertati con rigore e standard probatorio penale), che, invece, nella prevenzione *ante delictum* appare –per definizione– mancare.

(V) Accanto alle criticità sostanziali sono da annoverarsi, tra le questioni storicamente problematiche del sistema preventivo, anche quelle derivanti dalla costruzione di un “giusto” procedimento di prevenzione. Dall'incontro-scontro tra le prerogative di una efficiente amministrazione e quelle di una giurisdizione quanto più possibile piena, alle forme e modalità di istruzione del procedimento preventivo, alla concreta difesa del prevenuto in ogni sua fase, alla regolazione del rapporto tra procedimento di prevenzione e procedimento penale, si tratta anche in questo caso di criticità tutte storicamente tracciabili e che affondano le radici nei periodi esaminati. Questioni ancora oggi in parte irrisolte, ma che, nondimeno, hanno catalizzato, più spesso di quelle sostanziali, la maggior parte degli interventi normativi e giurisprudenziali in materia di prevenzione.

Le aree problematiche appena brevemente sorvolate costituiscono il nucleo “duro” di critica al sistema di prevenzione. Esse, nelle forme e nell'intensità con cui ancora rilevano oggi nel dibattito, impattano tanto sulle misure personali quanto su quelle patrimoniali che, infatti, si riferiscono alle medesime fattispecie di pericolosità e si applicano in seno ad un procedimento identico, dinanzi alla stessa autorità. Le misure di prevenzione patrimoniali, come ampiamente si vedrà in seguito, a questo quadro problematico aggiungono elementi ulteriormente destabilizzanti, quando non addirittura rivoluzionari, come, ad esempio, l'abbandono del requisito dell'attualità della pericolosità che, dunque, legittima un intervento, anche, su situazioni “esaurite” ma di cui si vuole, lo stesso, regolare l'assetto delle presunte derivazioni patrimoniali.

6. Verso la Costituzione (rinvio)

Ammonizione, vigilanza speciale di pubblica sicurezza, domicilio coatto (poi confino di polizia), attestano come le misure di prevenzione, nei periodi considerati, siano orientate ad incidere, pressoché esclusivamente, sulla libertà personale e di circolazione del destinatario. Poco appare ancora pensato, in ottica preventiva, con riferimento ai patrimoni illecitamente accumulati (dai soggetti “pericolosi”) che rimangono confiscabili all’interno del solo circuito penale in senso stretto.

Tuttavia, vi sono state anche alcune disposizioni che hanno, in parte, anticipato alcuni temi della prevenzione patrimoniale più recente, come, ad esempio, la possibilità di prevedere una ablazione svincolata dalla commissione (e dall’accertamento) di un reato.⁹⁸

Si tratta, in particolare, delle speciali ipotesi di confisca previste, in un caso, dal TULPS (già dal 1926) in materia di enti, associazioni e istituti che svolgano “un’attività contraria agli ordinamenti politici dello Stato” e, nell’altro caso, successivamente, dall’art. 9 d.lgs. 27 luglio 1944 n. 159 in danno dei cittadini i quali “hanno tradito la patria ponendosi spontaneamente ed attivamente al servizio degli invasori tedeschi”.⁹⁹

Nella prima ipotesi, l’art. 210 TULPS attribuisce al prefetto il potere di sciogliere gli enti e delle associazioni di cui sopra, con decreto, e la facoltà di confiscarne i beni con il medesimo provvedimento.¹⁰⁰

Pur non atteggiandosi a misura di prevenzione patrimoniale in senso stretto, tale disposizione ne condivide comunque alcune caratteristiche storiche tra quelle sin qui evidenziate. La procedura è, infatti, da segnalare in quanto prescinde dall’esercizio dell’azione penale, sostanziandosi in un provvedimento dell’esecutivo, avverso cui era

⁹⁸ Per un puntuale approfondimento di tale aspetto, nel periodo esaminato e sino all’introduzione della confisca di prevenzione v. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, 2001, Milano, 19-67.

⁹⁹ Circa la confisca contro i collaborazionisti nel dopoguerra, con riferimento anche alle posizioni di dottrina e giurisprudenza, ancora cfr. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit. 32-45.

¹⁰⁰ La disposizione in questione venne ampiamente utilizzata in Sicilia e nella lotta contro il brigantaggio, in particolare dal Prefetto Cesare Mori, allo scopo di colpirne i fiancheggiatori. Sul punto e per ulteriori riferimenti, cfr. S. FINOCCHIARO *La confisca “civile” dei proventi da reato*, cit., 10-12.

proponibile, solamente, ricorso (gerarchico) al Ministro dell'Interno ed il cui rigetto non era in alcun modo ulteriormente impugnabile dal destinatario.

La disposizione in questione sopravvivrà, in un primo momento, all'esperienza fascista, attraverso la rilettura del carattere "antinazionale" dei suoi presupposti, salvo poi essere dichiarata incostituzionale dalla Consulta¹⁰¹, in quanto confisca e potere di scioglimento perseguivano un interesse (quello di reprimere gli enti e le associazioni ritenute pericolose per l'ordinamento politico dello Stato) che, nel nuovo ordine costituzionale, non trova più alcuna tutela e rilevanza, scontrandosi, anzi, con la libertà fondamentale di associazione espressamente sancita all'art. 18 della Carta.¹⁰²

L'art. 9 del d.lgs. 27 luglio 1944 n. 159 prevedeva, invece, una forma di confisca generale dei beni dei collaborazionisti: *“Senza pregiudizio dell'azione penale, i beni dei cittadini i quali hanno tradito la patria ponendosi spontaneamente ed attivamente al servizio degli invasori tedeschi sono confiscati a vantaggio dello Stato. Nel caso di azione penale la confisca è pronunciata dall'autorità giudiziaria che pronuncia la condanna. In caso diverso dal Tribunale competente per territorio, su richiesta dell'Alto Commissario”*. Ebbene, può rilevarsi come quest'ultima misura, già all'apparenza, si presenti, dal punto di vista funzionale, indubbiamente più affine ad una sanzione (o espropriazione) che ad una misura preventiva in senso stretto, con la quale pare condividere, unicamente, la mancanza (eventuale, ove non sia esercitata l'azione penale) di una condanna tra i presupposti richiesti per la sua applicazione.¹⁰³

¹⁰¹ Corte Costituzionale, sentenza 26 giugno 1967 n. 114.

¹⁰² Ancora cfr. Corte Cost. sent. 114/1967 che afferma «Con le norme impugnate si volle e si vuole impedire l'esistenza di associazioni che svolgano "comunque" attività contraria "all'ordine nazionale" o "agli ordinamenti politici costituiti nello Stato". Ora, in uno Stato di libertà, qual è quello fondato dalla nostra Costituzione, è consentita l'attività di associazioni che si propongano anche il mutamento degli ordinamenti politici esistenti, purché questo proposito sia perseguito con metodo democratico, mediante il libero dibattito e senza ricorso, diretto o indiretto, alla violenza». In particolare, sulla confisca dei beni sociali eventualmente conseguente allo scioglimento deciso dal prefetto, ancora la Corte osserva «L'illegittimità delle norme impugnate travolge anche quella parte di esse che consente al prefetto di ordinare "la confisca dei beni sociali". Non è necessario perciò richiamare l'art. 42, terzo comma della Costituzione, che non consente l'espropriazione della proprietà privata senza indennizzo. Una misura come quella prevista dagli articoli impugnati non trae la sua illegittimità dal fatto che non sia previsto un indennizzo per i beni confiscati, ma dal fatto che essa concorre strettamente, insieme con la facoltà di scioglimento, a impedire l'esercizio di una libertà fondamentale quale quella di associazione. Tanto che si potrebbe affermare che anche la previsione di un indennizzo del bene confiscato non sarebbe sufficiente, in un caso come quello in esame, a fondarne la legittimità».

¹⁰³ Invero, lo stesso decreto legislativo luogotenenziale è intitolato “Sanzioni contro il fascismo”.

Risulta tuttavia importante segnalarla in quanto la natura (amministrativa, civile o penale) di tale misura, applicabile anche agli eredi dell'originario destinatario, ha suscitato un ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza, che ha visto intervenire tanto le Sezioni Unite della Cassazione¹⁰⁴ quanto, ancora, la Corte Costituzionale.¹⁰⁵

Le posizioni assunte nel dibattito ora a favore ora della natura di pena patrimoniale, ora di quella di sanzione civile, ora di quella di “*misura amministrativa finanziaria a carattere restitutorio e riparatorio*”¹⁰⁶ sono infatti destinate a essere riprese sistematicamente, nella loro sostanza, in occasione di ogni confronto sulla legittimità e costituzionalità di ipotesi speciali di confisca.¹⁰⁷

La stessa Corte, negli interventi menzionati, articola le proprie motivazioni, premettendo 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 varia finalità, sì 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 un astratta e generica figura di confisca, ma in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge*”.¹⁰⁸

Legittimando, dunque, un'impostazione casistica dell'analisi che guarda all'assetto strutturale della singola disposizione, per ricostruire, ogni volta, la concreta natura (afflittiva, preventiva, compensativa, ecc..) assunta dallo strumento. Impostazione sulla cui scorta, peraltro, la giurisprudenza perverrà, anche in seguito, a definizioni sensibilmente “atipiche” di alcune forme di confisca allargata, tra cui proprio quella di prevenzione, secondo argomentazioni e riferimenti a tutt'oggi riconosciuti nella prassi.

¹⁰⁴ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 14 febbraio 1948, poi ripresa in numerose decisioni.

¹⁰⁵ Corte Costituzionale, sentenza 4 giugno 1964 n. 46.

¹⁰⁶ Corte Costituzionale, sentenza 25 maggio 1961 n. 29, il cui impianto, appunto a favore della natura “generale” polifunzionale e mutevole della confisca, e in particolare della qualificazione del presente art. 9 d.lgs. 159/44 nei termini atipici di misura amministrativa finanziaria a carattere riparatorio o restitutorio, è ripresa anche da Corte Cost. 46/1964 nel rigettare le questioni di legittimità proposte, escludendo, come già avvenuto nel precedente del 1961, la natura penale di tali disposizioni.

¹⁰⁷ Per una breve panoramica delle posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul punto cfr. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit. 34-39; per ulteriori riferimenti in tema, anche v. S. FINOCCHIARO *La confisca “civile” dei proventi da reato*, cit., 11-16.

¹⁰⁸ Cfr. Corte Cost. 29/1961.

CAPITOLO 2 – LO SVILUPPO DEL SISTEMA PREVENTIVO DOPO (E ATTRAVERSO) LA COSTITUZIONE

SOMMARIO 1. Lo stato della materia alla vigilia della Costituzione – 1.1 La resilienza del sistema preventivo – 1.2 Il silenzio della Costituzione – 2. Il primo intervento della Corte Costituzionale – 2.1 La sentenza n. 2/1956 e l'ordinato vivere civile – 2.2 La sentenza n. 11/56 e la "caduta" della disciplina dell'ammonizione – 3. La legge generale delle misure di prevenzione n. 1423 del 1956 – 3.1 Nuovi esperimenti e vecchie conoscenze – 4. Le modifiche alla l. 1423/56: una nuova fase espansiva del sistema – 4.1 La legge antimafia del 1965 e l'estensione delle misure ai mafiosi – 4.2 La legge reale del 1975 e l'estensione delle misure ai "sovversivi" – 4.3 La giurisprudenza costituzionale in questa fase – 4.4 La posizione della dottrina e il convegno di Alghero del 1974 – 5. L'introduzione delle misure di prevenzione patrimoniali – 5.1 La legge Rognoni-La Torre: razionalità di un intervento complesso – 5.2 Le nuove misure patrimoniali – 5.3 Caratteri originari della confisca di prevenzione – 5.4 Gli ulteriori interventi rilevanti della l. 646/1982 – 6. La l. 327/1988 e la ristrutturazione delle fattispecie di pericolosità – 7. L'evoluzione negli anni '90 – 7.1 Applicazione del sequestro e della confisca ai pericolosi "generici" – 7.2 Gli interventi in tema di presunzione di illecito arricchimento – 7.3 Il rilievo autonomo della sproporzione nella confisca di prevenzione – 8. La "rivoluzione" dei pacchetti sicurezza del 2008-2009 – 9. Il consolidamento della materia nell'ultimo decennio – 9.1 Il codice antimafia del 2011 – 9.2 Antiche questioni per nuovi orizzonti – 9.3 Le modifiche da ultimo introdotte con la l. 106/2017

1. Lo stato della materia alla vigilia della Costituzione

La peculiare evoluzione del sistema preventivo durante l'età repubblicana è segnata, nella sua prima fase, da un inatteso silenzio della Costituzione.

Un silenzio davvero singolare in quanto la materia della prevenzione *ante delictum* versava nel dopoguerra, all'esito dell'esperienza liberale e di quella fascista, in una condizione di forte e diffusa critica tale da lasciar presagire, invece, un risoluto abbandono di tali strumenti, o quantomeno un loro intimo ripensamento, in vista della realizzazione del progetto costituzionale.¹⁰⁹

Una simile prospettiva era, peraltro, ulteriormente alimentata dalla pesante eredità dell'esperienza applicativa fascista che aveva ancor più esasperato le criticità - già profonde - del sistema preventivo, votandolo, anche, ad uno spregiudicato uso politico, con l'effetto di rendere le misure in questione (ammonizione, sorveglianza,

¹⁰⁹ Per una brillante analisi delle ragioni sottese alla singolare resilienza del sistema preventivo in età repubblicana anche v. D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Jovene, Napoli, 1996, 167 ss.; sempre in argomento, v. E. STANIG *L'evoluzione storica delle misure di prevenzione*, in (a cura di) F. FIORENTIN, *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giappichelli, Torino, 2018, 33-40.

domicilio coatto/confino di polizia), già “famigerate” in epoca liberale, ancor più invisibili agli occhi dell’opinione pubblica nazionale.¹¹⁰

Le misure di prevenzione sviluppate sino a quel momento, così come strutturate ed applicate in concreto, non sembravano dunque poter vantare alcuna copertura ideologica forte in grado di esentarle dal severo giudizio “costituente” all’orizzonte.

Ancor prima, lungo tutto l’arco dell’esperienza liberale, l’apparato preventivo aveva progressivamente raccolto profonde critiche, sia dall’area classica sia da quella positivista, e anche coloro che ritenevano -in astratto- legittimo l’impegno dello Stato per un intervento *ante delictum* sulla pericolosità sociale, non potevano che accompagnare le proprie posizioni, comunque, ad una serrata critica¹¹¹, ora delle singole misure ora dell’intero apparato preventivo per come in concreto costruito (dalle leggi di pubblica sicurezza) e applicato (nelle sue mutevoli fisionomie procedurali) dagli organi preposti.

Se i “classici”, in particolare, censuravano con maggiore forza l’arbitrio derivante dall’ampio ruolo giocato dal sospetto (che valorizza la voce pubblica e “ricicla” l’insufficienza probatoria derivante dal procedimento penale), i positivisti mettevano in luce, con altrettanta intensità, soprattutto l’assodata inefficacia delle singole misure a svolgere la funzione (preventiva) prescelta; arrese, quasi

¹¹⁰ Sui profili di reazione all’esperienza fascista in materia di misure di prevenzione personali anche v. A. MANNA *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 41-57. Con particolare riferimento alle proposte ed iniziative politiche parlamentari spese in favore dell’abolizione, ovvero del ridimensionamento della portata, delle misure di prevenzione prima dell’entrata in vigore della Costituzione v. G. P. DOLSO, *Le misure di prevenzione personali nell’ordinamento costituzionale*, in (a cura di) F. FIORENTIN, *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 55-56.

¹¹¹ In questa prospettiva si colloca, per esempio, il pensiero di Oreste Ranelletti, che fu uno dei principali sostenitori del diritto-dovere dello Stato di prevenire il crimine attraverso misure di polizia nettamente separate dal diritto penale, senza tuttavia esimere l’assetto preventivo dell’epoca (ed in particolare gli istituti del domicilio coatto e dell’ammonizione) da ampie critiche, relative soprattutto all’arbitrio conseguente all’impiego di sospetti nell’ammonizione (destinata, quale presupposto, a riflettersi anche sull’applicazione del più incisivo domicilio coatto), all’inefficacia del domicilio coatto rispetto agli scopi preventivi e alla evidente inadeguatezza della tutela procedimentale invocabile, v. O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, Società editrice librai, Milano, 1900. Anche l’autore citato arriva quindi a sostenere la necessaria abolizione delle misure in vigore, pur non abdicando al diritto-dovere statutario ad una “prevenzione mediata contro le persone” al fine di contenere le maggiori devianze criminali connesse alla recidiva (che rilevano, però, solo ove venga accertata -appunto- la recidiva/abitudine nel commettere reati, e che paiono, in questo senso, atteggiarsi più a strumenti *post delictum*). Per un’analisi più approfondita del pensiero dell’autore anche v. D. PETRINI *La prevenzione inutile*, cit., 79-87.

fisiologicamente, ad una funzione invece meramente incapacitante e votate, nei fatti, a produrre esse stesse nuovo crimine (e dunque un ulteriore ricorso al carcere).¹¹²

La conclusione in entrambe le prospettive, pur con ordini di ragioni diverse, è stata, più spesso, quella di abolire le misure di prevenzione, favorendone la trasformazione ora in reati di natura contravvenzionale (che dovranno sottostare ai canoni richiesti per una valida incriminazione) ora in misure di sicurezza (e quindi in strumenti *post delictum*) a seconda del pensiero di riferimento.

Lo stesso ventaglio delle opzioni più autorevoli emerse nel dibattito rifletteva, invero, uno degli aspetti centrali del disagio condiviso dalla dottrina classica e positivista: la “comune” mancanza, alla base dell’intervento, dell’accertamento di un reato, sia esso inteso come fatto antigiusuridico colpevole, meritevole di pena, da porsi alla base di una contravvenzione, ovvero quale presupposto per l’applicazione di una misura di sicurezza (che intervenga sulla pericolosità sociale dell’autore).

Appare in questo senso evidente come, sia la proposta di un codice delle contravvenzioni di polizia sia quella di convertire le misure di prevenzione in misure di sicurezza, pur attestando posizioni ampiamente diverse, erano tuttavia entrambe sintomatiche di una comune volontà di recuperare un aggancio del sistema con il reato e dunque, anche, con i principi e le garanzie del diritto penale strettamente inteso.

Entrambe le aspirazioni, tuttavia, sono destinate a rimanere deluse dall’intervento del costituente, e anche in seguito non registreranno implementazione alcuna in materia, se non limitatamente ad una maggiore attenzione ai versanti procedurali e giurisdizionali dell’applicazione delle misure (anch’essi profili tradizionalmente oggetto delle critiche di larga parte della dottrina) eludendo però, nella sostanza, il tema della legittimità ontologica di tali strumenti.

¹¹² Le critiche circa la mancanza di una reale capacità/finalità delle misure di orientare il destinatario verso il reinserimento sociale (ed anzi la loro idoneità ad emarginarlo ulteriormente) sono state riprese e sviluppate anche dopo l’entrata in vigore della Costituzione e, poi, della legge generale sulle misure di prevenzione del 1956, a tendenziale conferma della perdurante rilevanza di tale profilo critico anche dopo l’avvento della Carta e dei suoi principi. Sul punto si consiglia F. BRICOLA, *Forme di tutela ante-delictum*, in *Le misure di prevenzione* (atti del convegno di studio «Enrico de Nicola» organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Alghero, 1975), Giuffrè, Varese, 1975, 35-40.

1.1 La resilienza del sistema preventivo

Diversi autori segnalano come uno degli insegnamenti più evidenti ricavabili dall'esame storico del nostro sistema preventivo, tanto in epoca liberale quanto in quella fascista, sia che *“qualsiasi governo o regime ha sempre mostrato una notevole riluttanza nel rinunciare ad un modello preventivo arbitrario e poco tassativo, ma che può prestarsi, in determinate occasioni, ad affrontare nuove forme di criminalità (sia comune che politica) al di fuori dei vincoli connessi all'accertamento della responsabilità penale”*.¹¹³ Il dato è invero incontestabile e lascia in parte presagire la profondità della frizione “genetica” che ha accompagnato nelle epoche precedenti le misure prevenzione, e che sarà destinata a caratterizzarle anche nell'attuale età repubblicana: la conservazione dell'edificio preventivo pare, in questa prospettiva, giustificata proprio dalla utilità e convenienza derivanti dalla peculiare collocazione delle misure al di fuori del campo penale (in quello che è poi divenuto un *“autonomo diritto della prevenzione”*¹¹⁴) e delle garanzie che lo contraddistinguono (pur arrivando in concreto ad incidere i destinatari con effetti equivalenti a quelli “penalistici”).

In altri termini, sarebbero quindi strumenti utili e necessari proprio e solo laddove non possano essere “soggiogati” dai vincoli penali: in uno schema in cui il punto di maggior debolezza delle misure (sotto il profilo delle garanzie) diviene, al contempo, condizione di esistenza (efficiente, almeno in teoria) del sistema.¹¹⁵

L'affrancamento dalla materia penale, laddove indiscriminato, appare proprio il nodo critico di tali misure, frequentemente infatti portate ad esempio di “truffa delle etichette” da larga parte della dottrina, considerata, da un lato, la loro sostanziale assimilazione alla pena (con riguardo alla portata afflittiva -senza il più elevato standard probatorio-) e, da un altro lato, la constatazione che tali misure sono

¹¹³ In questi termini D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 169; sempre in tale prospettiva si colloca anche l'analisi E. STANIG, *L'evoluzione storica delle misure di prevenzione*, in (a cura di) F. FIORENTIN, *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 33-34; ancora, v. A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 52-53.

¹¹⁴ L'espressione riportata è tratta da G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli, Bologna, 2019, 870.

¹¹⁵ Ciò che conduce ad una contraddittoria pulsione all'interno della materia: da un lato, i principi e le garanzie penali esercitano comunque, come si è visto nel primo capitolo, una “forza attrattiva” sul sistema preventivo nonostante questo sia collocato in una area che non è quella del diritto penale; da un altro lato, l'implementazione concreta di tali principi secondo una standard “penalistico” costituirebbe, invece, il maggior elemento di disfunzionalità del sistema, in grado di esercitare una “forza repulsiva” di tipo pratico verso la mutazione dello standard garantistico del diritto penale in senso stretto.

all'evidenza totalmente sprovviste di qualsivoglia finalità di reinserimento. È stato efficacemente osservato, sotto quest'ultimo aspetto, come il portato pratico di tali misure sia "esclusivamente" repressivo, a differenza di quello ricollegabile alla pena, che, con l'introduzione dell'articolo 27 Cost., ha visto invece sancire il tendenziale affiancamento della funzione rieducativa a quella repressiva e deterrente.¹¹⁶

Una significativa avvisaglia della particolare forza di resistenza del sistema preventivo può già scorgersi nell'intervento con cui, successivamente alla caduta del regime fascista, si è per la prima volta intervenuti in materia nel dopoguerra: con il decreto-legge luogotenenziale 10 dicembre 1944, infatti, vengono apportati i primi correttivi alle misure, aumentando talune garanzie difensive¹¹⁷, eliminando (almeno all'apparenza) le ipotesi di pericolosità c.d. "politica"¹¹⁸ e modificando le composizioni delle commissioni provinciali e d'appello (mostrando dunque già in questa prima occasione la prevalenza di un approccio normativo complessivamente "cauto" e non demolitivo dell'impianto originario), ma, soprattutto, le stesse misure (ancorché parzialmente "spuntate" nel senso di cui sopra) vengono immediatamente estese anche ai fascisti, scelta che, forse più di altre, denota la volontà di non privarsi di simili strumenti, quantomeno in un orizzonte temporale imminente, ma semmai di riposizionarne principalmente il "focus".¹¹⁹

Alcuni autori hanno poi riconnesso la sopravvivenza delle misure di prevenzione anche ad ulteriori fattori, come la coesione politica (tendenzialmente non ideologica) dell'attività costituente (che avrebbe perciò evitato, o comunque marginalizzato, la trattazione un tema divisivo come quello delle misure di

¹¹⁶ In argomento v. F. BRICOLA, *Forme di tutela ante-delictum*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 44.

¹¹⁷ In particolare tali "potenziamenti" riguardavano la facoltà di farsi assistere da un avvocato, di presentare nuove prove e chiedere di essere interrogati nel procedimento per contrastare gli elementi sui quali si basa la denuncia trasmessa alla Commissione (artt. 2-6).

¹¹⁸ La revisione delle ipotesi di pericolosità politica è operata attraverso il primo articolo del decreto in questione che interviene sulla disposizione di cui all'art. 164 TULPS, in tema di ammonizione, provvedendo a sopprimere la fattispecie relativa a coloro che sono ritenuti pericolosi per gli "ordinamenti politici dello Stato" nonché quella, residuale, relativa a chi svolge "un'attività comunque tale da recare nocumento agli interessi nazionali". Si tratta invero delle due fattispecie di pericolosità maggiormente utilizzate per la repressione (pur sotto tale veste "preventiva") degli oppositori politici in epoca fascista.

¹¹⁹ Sul punto, v. D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 167-169, secondo il quale «il decreto, in altre parole, si muove nella direzione di confermare la legittimità delle misure di polizia, pur disponendo la parziale correzione di alcuni aspetti che più palesemente contrastavano con i principi di libertà e di garanzia del cittadino» (op. cit., 168).

prevenzione), la mancata aperta ostilità della maggior parte della magistratura, in prevalenza formata durante il fascismo (dunque nella piena vigenza del sistema di polizia) o, ancora, il rinnovato bisogno di sicurezza e disciplinamento connesso alla ripresa economica degli anni cinquanta.¹²⁰ Quest'ultimo aspetto avrebbe, in particolare, agevolato la “restaurazione” del reticolo preventivo nuovamente in quell’ottica di controllo della devianza marginale e sociale che aveva già caratterizzato il sistema di prevenzione soprattutto in epoca liberale.

1.2 Il silenzio della Costituzione

La Costituzione, come anticipato, non reca alcuna espressa indicazione con riguardo alle misure di prevenzione, o al dovere dello stato di farsi carico della prevenzione dei delitti.¹²¹

Il silenzio ha un riflesso fondamentale (per come si vedrà, una debolezza) che si manifesta, poi, in quasi tutte le questioni giurisprudenziali e dottrinali che si svilupperanno in seguito: prima ancora che i singoli aspetti critici delle misure, ogni intervento in materia deve, in questo contesto, “ricostruire” preliminarmente l’aggancio costituzionale (e oggi anche convenzionale) del sistema preventivo,¹²² con intuibile proliferazione di opzioni giustificative diverse, alcune più riprese di altre, comunque tutte tendenzialmente revocabili in dubbio al cospetto dell’oggettivo silenzio della Carta, e dell’incertezza derivante dalla pluralità di significati che ad esso sono stati nel tempo attribuiti (a cominciare da chi ritiene tale contegno indicativo, ad esempio, proprio della volontà di non riproporre le misure di prevenzione nel nuovo ordine costituzionale).¹²³

¹²⁰ A. MANNA *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 53-65.

¹²¹ Per una esaustiva ricostruzione delle variegate posizioni di dottrina e giurisprudenza in relazione al silenzio della Carta in materia di prevenzione v. G. P. DOLSO, *Le misure di prevenzione personali nell’ordinamento costituzionale*, in (a cura di) F. FIORENTIN, *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 55-73. Ancora, v. A. CELOTTO *La prevenzione speciale, i principi costituzionali e le garanzie europee*, in (a cura di) S. FURFARO, *Misure di prevenzione*, Utet, Milano, 2013, 24 ss.

¹²² Sul punto, anche per una più puntuale disamina delle opzioni argomentative emerse nella dottrina dell’epoca e nella prima giurisprudenza costituzionale in materia, v. D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 171-191. Ancora, per un’efficace introduzione dell’argomento, v. F. MANTOVANI, *Diritto Penale, parte generale* (IX ed.), CEDAM, Vicenza, 2015, 850-853.

¹²³ Per una riflessione in questo senso v. A. MANNA *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 49-53.

Anche una volta ravvisato un potere/dovere di prevenzione dei reati derivante, più o meno implicitamente, quale precipitato complementare di altri e più espressi compiti dello Stato (in tema di sicurezza e ordine pubblico, ovvero di repressione dei reati) la problematicità di un silenzio così “totale” non appare destinata a svanire: anche in quel caso, infatti, la Costituzione nulla dice sulle condizioni, i contenuti e i limiti di tale funzione.¹²⁴ Su quest’ultimo punto, ad esempio, è stato infatti osservato come un intervento preventivo, nel silenzio della Costituzione, ben potrebbe in astratto realizzarsi legittimamente anche attraverso un modello alternativo a quello poliziesco-repressivo, magari incentrato su interventi sociali e a carattere assistenziale-curativo, e comunque senza necessariamente implicare limitazioni della libertà personale.¹²⁵

Ancora, dunque, l’opzione per la conservazione del sistema preventivo poliziesco tradizionale pare influenzata più dalla “memoria muscolare” alimentata dal lungo permanere di tali misure nell’ordinamento, piuttosto che da un rinnovato investimento sulla prevenzione da parte del costituente (spirito che avrebbe, ragionevolmente, portato invece ad un espresso posizionamento delle misure nella Carta).¹²⁶

2. I primi interventi della Corte Costituzionale

Il problematico silenzio di cui sopra ha conseguentemente “scaricato” sulla Corte costituzionale il compito di reggere l’urto tra il sistema preventivo e la nuova architettura costituzionale dei diritti. Si trattava, per come detto, di uno scontro annunciato, seppur necessariamente differito all’inizio del funzionamento della Corte, che, infatti, si trova da subito investita di diverse questioni di legittimità che l’attirano allo scoperto su buona parte dei nodi problematici della materia preventiva.

Appare opportuno fornire qui una breve disamina di tali primi approdi in quanto utili, da un lato, a delineare le diverse prospettive che animeranno il dibattito sulla prevenzione personale (ma destinate, a livello generale, a riproporsi anche in

¹²⁴ In argomento anche v. G. P. DOLSO, *Le misure di prevenzione personali nell’ordinamento costituzionale*, in (a cura di) F. FIORENTIN, *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 55.

¹²⁵ D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 176-177.

¹²⁶ A tendenziale conferma della assente, o al più, marginale, attenzione riservata al tema delle misure di polizia nell’economia dei lavori dell’Assemblea costituente, poi riflessa nel silenzio della carta costituzionale v. G. P. DOLSO, *Le misure di prevenzione personali nell’ordinamento costituzionale*, in (a cura di) F. FIORENTIN, *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 55 ss.

quello sulle misure patrimoniali) e, da un altro lato, ad evidenziare l'indiscusso ruolo primario giocato in concreto dalla giurisprudenza (soprattutto costituzionale) nel riempire di contenuto, funzione e limiti, un apparato (nella prassi largamente operativo) che il costituente aveva invece lasciato problematicamente "in sospeso".

Ed invero, a prescindere dalla bontà (o meno) delle opzioni scelte in concreto, già nelle pronunce che si esamineranno è interessante notare gli enormi spazi (e la varietà degli itinerari) percorsi con l'intervento giurisprudenziale che, complice l'assenza di chiari riferimenti normativi di rango costituzionale, non si limita a "riempire" le lacune bensì a costruire esso stesso "nuovi" tratti sostanziali dell'intera disciplina (secondo una tendenza che si registra ancora oggi anche in relazione alle misure patrimoniali).¹²⁷

2.1 La sentenza n. 2/1956 e l'ordinato vivere civile

La prima sentenza della Corte in argomento si deve alle plurime eccezioni sollevate in riferimento al conflitto tra la disciplina del rimpatrio, con foglio di via obbligatorio o per traduzione, contenuta all'art. 157 TULPS, e le nuove disposizioni costituzionali in tema di libertà personale (art. 13 Cost.) e di circolazione (art. 16 Cost.) dei cittadini.¹²⁸

La norma in questione era rivolta a coloro che, fuori dal proprio comune di residenza, destano sospetti con la propria condotta e non vogliono dare contezza di sé esibendo la carta di identità o un altro documento valido di riconoscimento (co. 1), platea cui devono aggiungersi anche (co. 2) i soggetti pericolosi per l'ordine e la sicurezza pubblica o la pubblica moralità.

¹²⁷ Basti pensare, ad esempio, alla funzione "tipizzante", svolta dalla giurisprudenza di legittimità in materia di presupposti applicativi, cui ancora si riferisce la Corte Costituzionale nella sentenza 24/2019 (dove affrontava le questioni sollevate a seguito della pronuncia CEDU De Tommaso c. Italia, 2018), e dove viene dato atto del progressivo riempimento dei contenuti delle fattispecie di pericolosità da parte della giurisprudenza di legittimità nel corso degli anni. In argomento, v. A. M. MAUGERI-P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C.COST 24/2019)*, in *Sistemapenale.it*, 24 novembre 2019, 2-82.

¹²⁸ Corte Cost. Sent. n. 2, 14 giugno 1956, dep. 23 giugno 1956, con cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 157 TULPS nella parte relativa al rimpatrio obbligatorio o per traduzione di persone sospette, nonché dei commi secondo e terzo dello stesso articolo nelle parti relative al rimpatrio per traduzione, salvando l'ulteriore disciplina della materia (e rimandando al parlamento per provvedere alle incompletezze legislative derivanti dalla dichiarazione di illegittimità).

Tutti questi soggetti (quelli che destano sospetti, e le persone “pericolose” per l’ordine, la sicurezza o la pubblica moralità) sono tratti davanti all’autorità di p.s. la quale, ove trovi fondati i sospetti, può provvedere al rimpatrio nel luogo di residenza mediante foglio di via, o anche per traduzione (se le circostanze lo richiedono), nonché diffidare i destinatari dal fare ritorno -senza darne previo avviso alla medesima autorità- nel comune dal quale sono stati allontanati (divieto la cui violazione comporta l’arresto da uno a sei mesi, cui poi seguirà un nuovo rimpatrio).

La Corte si trova dunque ad affrontare il tema della compatibilità costituzionale di provvedimenti limitativi della libertà personale e/o di circolazione assunti dall’autorità di pubblica sicurezza ed il cui standard probatorio, peraltro dichiarato, è quello del sospetto. La questione è, sin dalle prime righe, incentrata proprio sulla portata delle previsioni costituzionali in materia, che dovrebbero “contenere” e regolamentare l’esercizio dei poteri preventivi di polizia (sul cui fondamento, tuttavia, la Corte riserverà solo un passaggio molto breve).

Pur premettendo come l’art. 13 Cost. non costituisca una garanzia indiscriminata e illimitata di condotta per il cittadino (e ne siano infatti disciplinate, sempre in Costituzione, diverse “*situazioni e limiti*”) la Corte nega che l’autorità di p.s. possa effettuare il rimpatrio per traduzione, restrizione che impatta tangibilmente sulla libertà personale e per la quale è invece innanzitutto necessaria una decisione dell’autorità giudiziaria.¹²⁹

Sarà legittimo eseguire il rimpatrio per traduzione, dunque, solo nel caso esso consegua alla violazione, penalmente presidiata, della disciplina del foglio di via, o della diffida a fare ritorno nel comune di allontanamento senza previo avviso, in quanto in questi casi è l’autorità giudiziaria a disporlo all’esito del procedimento penale incardinato per tali fatti. In tutti gli altri casi, invece, l’autorità di p.s. dovrà limitarsi alla consegna del foglio di via obbligatorio.

Quest’ultima procedura, sempre secondo la Corte, è invece astrattamente compatibile con l’art. 16 Cost., ed in particolare rientrerebbe nelle “*limitazioni* (alla

¹²⁹ Come avviene nel caso del rimpatrio disposto a seguito di sentenza di condanna. L’ipotesi è peraltro presa espressamente in considerazione dallo stesso art. 157 ultimo comma (rimpatrio, anche per traduzione, conseguente alla contravvenzione ivi inserita), e dall’art. 163 co. 3 TULPS in tema di rimpatrio, anche per traduzione, delle persone che non si sono attenute al foglio di via (anche in questo caso il rimpatrio seguirà la pena irrogata per la violazione).

libertà di circolazione dei cittadini, ndr) *che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza*".

Tuttavia vengono rilevati due ulteriori profili di illegittimità che, in concreto, rendono la disciplina censurata arbitraria ed incontrollabile: il primo è l'utilizzo del canone del sospetto¹³⁰; il secondo, invero correlato al precedente, riguarda l'assenza di motivazione (e quindi di controllo) del provvedimento di rimpatrio.

Quanto al primo aspetto la Corte evidenzia come il rimpatrio con foglio di via obbligatorio dovrà comunque necessariamente giustificarsi sulla base di fatti concreti, che rientrino tra quelli idonei a consentire le limitazioni previste dalla clausola dell'art. 16 Cost.¹³¹ Da ciò consegue, dunque, che *"l'esigenza di temperare il margine di discrezionalità con l'esigenza che i provvedimenti si fondino su fatti concreti rende inerente alla natura della norma contenuta nell'art. 157 legge di p.s. l'obbligo di motivazione, quale implicito elemento dell'ordine di rimpatrio"*.¹³²

Con riferimento, invece, al fondamento dei poteri riconosciuti all'autorità di p.s. in tema di prevenzione dei reati, la sentenza non individua espressamente alcuna indicazione univoca a livello generale, ma si limita ad affermare la possibilità di ricondurre le limitazioni alla libertà di circolazione derivanti dalla procedura di rimpatrio (quest'ultima ovviamente da depurarsi dei profili di illegittimità sopra brevemente esaminati) nei "motivi di sanità e sicurezza" indicati nell'articolo 16 Cost.

Nello specifico, la Corte svolge il seguente ragionamento: *"Esclusa l'interpretazione, inammissibilmente angusta, che la "sicurezza" riguardi solo l'incolumità fisica, sembra razionale e conforme allo spirito della Costituzione dare*

¹³⁰ La norma censurata menziona il sospetto innanzitutto in relazione alla condotta (*chi, fuori dal comune di residenza, desta sospetti con la propria condotta*, art. 157 co. 1 TULPS) necessaria, assieme alla mancata identificazione, per condurre il soggetto davanti all'autorità di p.s.; vi si riferisce, poi, quale standard sufficiente della verifica demandata a quest'ultima (*questa qualora trovi fondati i sospetti*, ancora al comma 1). Da segnalare, infine, come tutta la disciplina scrutinata sia inserita nel capo II del TULPS intitolato *"delle persone sospette, dei liberati dal carcere o dagli stabilimenti per misure di sicurezza, del rimpatrio e degli espatri abusivi"*.

¹³¹ *"Il sospetto, anche se fondato, non basta, perché, muovendo da elementi di giudizio vaghi e incerti, lascerebbe aperto l'adito ad arbitrii, e con ciò trascenderebbe quella sfera di discrezionalità che pur si deve riconoscere come necessaria all'attività amministrativa, perché leggi e, tanto meno, la Costituzione non possono prevedere a disciplinare tutte le mutevoli situazioni di fatto né graduare in astratto e in anticipo le limitazioni poste all'esercizio dei diritti"* C. Cost. 2/1956.

¹³² C. Cost. 2/1956. Sempre la Corte nel passaggio appena successivo evidenzia come l'obbligo di motivazione sia necessario anche al fine di consentire di verificare che in alcun modo siano realizzate limitazioni della libertà di circolazione giustificate da motivo politico (che l'art. 16 Cost. appunto espressamente esclude).

*alla parola “sicurezza” il significato di situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza. Sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria attività lecita senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è “l’ordinato vivere civile”, che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico”.*¹³³

Quanto alla (pericolosità per la) moralità, si evidenzia nella sentenza come non dovrà certo tenersi conto delle convinzioni intime del cittadino di “*per sé stesse incoercibili*”, né delle teorie in materia di morale, “*la cui manifestazione, come ogni altra del pensiero, è libera e disciplinata da altre norme di legge*”. Dovrà, invece, farsi riferimento al diritto dei cittadini a non essere turbati ed offesi da manifestazioni immorali, quando queste risultino pregiudizievoli anche alla sanità o creino “*situazioni ambientali favorevoli allo sviluppo della delinquenza comune*”.

Riguardo invece il concetto di pericolo per l’ordine pubblico che insieme a quello dei motivi di sanità risultano gli unici, al metro dell’art. 16 Cost., in grado di legittimare le restrizioni imposte dall’autorità di p.s. alla libertà di circolazione dei cittadini, la Corte mette in guardia dall’individuare in “*semplici manifestazioni di natura sociale o politica*” (disciplinate da altre leggi) potendo questo essere integrato, invece, solo da quelle “*manifestazioni esteriori di insofferenza o ribellione ai precetti legislativi ed ai legittimi ordini dell’autorità, manifestazioni che possono facilmente dar luogo a stati di allarme e a violenze, indubbiamente minacciose per la “sicurezza” della generalità dei cittadini, i quali finirebbero col vedere, essi, limitata la propria libertà di circolazione*”.

Da questa (prima) pronuncia in materia emergono, come anticipato, alcune eterogenee indicazioni che accompagneranno con una certa costanza il dibattito (sia in giurisprudenza sia in dottrina) sulle misure di prevenzione.

Alcune concorrono a formare uno “sbarramento”, quantomeno formale, al travaso nell’impianto costituzionale di *standard* probatori come quello del sospetto,

¹³³ La Corte, nella medesima pronuncia, conclude poi affermando che “*non è dubbio che le “persone pericolose per l’ordine e la sicurezza pubblica o per la pubblica moralità (art. 57 legge p.s.) costituiscano una minaccia alla “sicurezza” indicata, e così intesa, nell’art. 16 della Costituzione*”. A sostegno la Corte richiama la giurisprudenza della Corte di Cassazione formatasi in quegli anni, di segno conservativo quanto alle misure di prevenzione, nonché i lavori preparatori della Costituzione.

ed in relazione al quale la Corte opera una corretta valorizzazione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti dell'autorità di p.s. (anche e soprattutto per verificare che gli stessi non siano assunti sulla base di motivi politici). Altre, invece, sembrano mostrare l'intenzione di voler conservare un filo conduttore tra la *ratio* del sistema preventivo pre-costituzionale e quella invece ricollegabile a tali istituti, oggi, secondo lo spirito della Costituzione.

Da un lato, infatti, l'idea di un potere preventivo (giustificato dalla e) finalizzato alla più efficace tutela e protezione degli spazi di libertà garantiti ai cittadini è un concetto che ha da sempre accompagnato il tentativo di giustificare i poteri preventivi e/o di polizia sin dall'unificazione nazionale.

Da un altro lato, ancora, il concetto di "sicurezza", evocato quale condizione necessaria per l'esercizio degli ulteriori diritti e facoltà dei cittadini, viene ripreso in sostanziale continuità con le declinazioni liberali-governamentali che vedevano appunto nell'ordine un nuovo polo della dialettica con i cittadini e i diritti individuali.¹³⁴

Peraltro, è interessante evidenziare ancora come il sistema preventivo, o meglio il "magistero di polizia", era per i classici una "funzione" necessaria, appunto, per condurre, arricchire e disciplinare la nazione in un ideale progresso verso una condizione (sociale-giuridica-ordinamentale) in cui tale magistero non sarebbe più stato necessario (e dunque intendendolo, come uno strumento temporaneo e giustificato dalla particolare congiuntura sociale e ordinamentale del paese, da poco unificato, la cui struttura e coscienza sociale erano appunto in via di formazione)¹³⁵, mentre, leggendo alcuni dei passaggi della sentenza, l'operatività di strumenti disciplinanti che perseguono l'ordinato vivere civile sembra sia prospetticamente intesa come la condizione, senza tempo, di uno Stato libero e democratico, razionale e conforme allo "spirito della Costituzione".

¹³⁴ Alcune preziose riflessioni di sintesi in argomento sono offerte nel già richiamato (supra cap. I, par. 4.2) lavoro di P. COSTA, P., *Diritti individuali e governo dei soggetti: un quadro tipologico* in *Giornale di storia costituzionale*, cit., 9-32.

¹³⁵ Sul punto v. F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in *Programma del corso di diritto criminale*, cit., 241 ss.; ancora in argomento v. G. FILIPPETTA, *Liberalismo e governamentalità: garantismo penale e prevenzione di polizia* in *Francesco Carrara*, cit., 20-21.

2.2 La sentenza n. 11/56 e la “caduta” della disciplina dell’ammonizione

Sempre nel primo anno di operatività della Corte Costituzionale viene a questa sottoposto un’ulteriore rilevante questione in materia di misure preventive ed il cui accoglimento fungerà da ulteriore spinta (unitamente a quanto già affermato nella precedente sentenza n. 2/56 con riferimento al canone del sospetto e all’obbligo di motivazione) per il varo della nuova legge generale delle misure di prevenzione, che vedrà la luce nello stesso anno e che appunto si “sforzerà” di raccogliere le indicazioni derivate dalle pronunce brevemente esaminate in questo paragrafo.

Con la sentenza n. 11/56¹³⁶ la Consulta è chiamata a valutare la costituzionalità o meno della disciplina dell’ammonizione (in particolare dell’art. 164 TULPS, ma la questione sarà poi trattata con riferimento anche a tutte le ulteriori disposizioni in materia) in rapporto alle limitazioni che tale istituto origina sulla libertà personale dei destinatari (presidiata a livello costituzionale dalla nota disposizione di cui all’art. 13 Cost.).

L’istituto in questione (art. 164-176 TULPS), è utile ricordare brevemente, consentiva ad una speciale commissione istituita dal Prefetto di pronunciare un’ordinanza di ammonizione rivolta a quanti siano indicati come “*oziosi, vagabondi abituali validi al lavoro non provveduti di mezzi di sussistenza o sospetti di vivere con il ricavato di azioni delittuose*” nonché alle persone designate dalla voce pubblica come “*pericolose socialmente*”.¹³⁷ A tali categorie si affianca, inoltre, quella dei “*diffamati*” per taluni reati (invero eterogenei, indicati al successivo articolo 165 TULPS): è bene specificare che tali sono i soggetti nei confronti dei quali sia stato aperto un procedimento penale che si sia concluso con sentenza di proscioglimento per insufficienza di prove.

Con l’ordinanza di ammonizione i destinatari vengono sottoposti ad una stringente vigilanza di polizia e a tutta una serie di obblighi di fare o non fare (come ad esempio, nel caso di uno dei ricorrenti, l’obbligo di rincasare non più tardi di un’ora

¹³⁶ Corte Cost. Sent. n. 11 del 19.6.1956 (dep. 3.7.1956).

¹³⁷ Cfr. art. 164 TULPS. Vi era anche, in precedenza, il riferimento a coloro che debbano ritenersi pericolosi per gli “ordinamenti politici dello Stato”, categoria, poi, abrogata durante il 1944 con uno dei primi provvedimenti che mettevano mano alla normativa preventiva, anche e soprattutto al fine di cancellarne le ipotesi di pericolosità politica, considerate eredità dell’esperienza fascista (anche se, in realtà, un uso politico, anti-sovversivo, è possibile riscontrarlo già nell’ultima metà dell’Ottocento, in occasione di moti di protesta e attentati anarchici v. *supra* cap. I par. 2-3).

dopo l'Ave Maria serale) la cui violazione era presidiata penalmente: se ne sospettava pertanto, così come esplicitato nelle ordinanze di remissione, un'ingiustificata interferenza con la libertà personale realizzata dall'autorità amministrativa senza il rispetto, in particolare, della riserva di giurisdizione prevista dall'articolo 13 Cost. (sulla falsariga anche di quanto già rilevato dalla Corte Costituzionale nella precedente sentenza n. 2/56 con riguardo al rimpatrio per traduzione).

Ebbene, in questa sentenza il ragionamento della Corte appare più rapido e sicuro che nella precedente, in particolare nel rilevare che la disciplina scrutinata è idonea a degradare giuridicamente l'individuo (sulla scorta di fatti che, tuttavia, ancora non giustificerebbero alcuna repressione del proprio comportamento), imponendo delle restrizioni che, "senza subbio", arrivano sino a limitare la libertà personale del destinatario. Ciò che, per via amministrativa, appunto l'art. 13 Cost. non consente in alcun modo (e ancora non vi è dubbio, sempre secondo la Corte, che la commissione competente ad applicarla sia un collegio amministrativo).

La Corte conclude quindi pronunciando l'illegittimità costituzionale di tutta la normativa (artt.164-76 TULPS) di riferimento per insanabile contrasto con l'art. 13 Cost.¹³⁸

D'interesse, appare, poi, anche l'ultimo passaggio della sentenza in questione, dove la Corte afferma espressamente che *"Ne può preoccupare il fatto che per effetto di questa decisione risulti impedita l'applicazione di una misura di prevenzione di cui il costituente non sembra averne voluto, come tale, la soppressione. La preoccupazione muove da presupposti e opera in un piano sul quale la Corte, nell'esercizio del controllo di costituzionalità, in linea giuridica, non può entrare"*, rifiutando dunque qualsiasi argomentazione, meramente finalistica, volta a conservare *tout court* l'istituto. Posizione -forse- più facile da gestire anche alla luce del fatto che, come chiosano i giudici costituzionali, *"La Corte non ignora che, sulla materia, vari progetti di legge trovano in avanzato stato di elaborazione dinanzi all'organo competente, e cioè al parlamento, appunto al fine di adeguare alle nuove disposizioni costituzionali le misure preventive di pubblica sicurezza"*.

¹³⁸ "Alla stregua delle premesse svolte, non è dubbio che la regolamentazione attuale dell'ammonizione si presenti in stridente contrasto con il precetto costituzionale che sottrae alle autorità amministrative il potere di emanare provvedimenti che restrittivi della libertà personale" cfr. C. Cost. sent. 11/56.

Dunque, con questa seconda sentenza la Corte mostra di consolidare i precedenti termini di riferimento nel giudizio di compatibilità costituzionale delle misure preventive personali: il fatto che il Costituente non le abbia espressamente “soppresse” consente la rilevabilità (per via giudiziaria) di un loro sopravvissuto fondamento (ora nella “sicurezza”, ora nell’implicito e complementare dovere dello Stato di prevenire i reati) anche nell’attuale sistema, rispetto al quale “residua” il problema dell’adeguamento concreto di tali disposizioni al portato degli art. 13 e 16 Cost. in tema di diritti inviolabili.

3. La legge generale delle misure di prevenzione n. 1423 del 1956

Con le sentenze di cui sopra le misure preventive ottenevano quindi una “prima” copertura costituzionale, quale funzione implicita dello Stato volta a garantire e tutelare gli spazi di libertà (e con essi i diritti) dei cittadini, secondo logiche che paiono prevalentemente ispirate dalla difesa sociale.¹³⁹

Nessuna parola è invero dedicata al tema della -reale e notoria- ineffettività o inadeguatezza rieducativa delle misure scrutinate, esaminate solo appunto quali presidi di difesa della collettività.

Così apparentemente sorpassato il problema del silenzio del costituente, considerato non ostativo al permanere della “funzione” preventiva nel nuovo quadro costituzionale, la Corte ha comunque impartito decisive indicazioni per la sopravvivenza del sistema. In particolare, il rifiuto del canone del sospetto (quale criterio di costruzione delle fattispecie e quale standard probatorio) e la necessaria copertura giudiziaria dei provvedimenti limitativi della libertà personale dei cittadini (lasciando all’autorità amministrativa, con obbligo di motivazione, la possibilità di assumere provvedimenti che limitano, invece, la libertà di circolazione dei destinatari).

Le principali conseguenze pratiche delle pronunce, ossia lo smantellamento dell’intera disciplina dell’ammonizione e la -più silenziosa- riperimetrazione dei poteri

¹³⁹ Tale ultima considerazione è peraltro destinata a rimanere attuale anche dopo il varo della legge generale in materia di prevenzione (l. 1423/1956). In argomento (reale legittimazione pressoché unicamente in chiave di difesa sociale; correlata mancanza di profili rieducativi) è utile consigliare la lettura della lucida analisi di F. BRICOLA, *Forme di tutela ante-delictum*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 34-42. Sul punto anche v. G. CANEPA, *Aspetti criminologici delle misure di prevenzione con particolare riguardo alla legge 27 dicembre 1956, n. 1423*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 109-120.

preventivi dell'autorità amministrativa avvenuta in occasione dell'intervento sulla disciplina del rimpatrio, concorrono a orientare le scelte del legislatore che, nello stesso anno, vara la legge n. 1423/1956 (recante “*misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità*”)¹⁴⁰ destinata ad essere in futuro integrata e modificata più volte, e comunque a costituire, quantomeno sino alla ricognizione/razionalizzazione avvenuta con il c.d. “codice antimafia” (d.lgs. 159/2011 di cui v. *infra*), la legge di riferimento della materia.

3.1 Nuovi esperimenti e vecchie conoscenze

Nel nuovo testo normativo, composto da tredici articoli e introdotto il 27 dicembre 1956, sono confluite tutte le disposizioni previgenti sopravvissute ai rilievi della Corte Costituzionale. Il residuo armamentario preventivo, ancora pressoché esclusivamente di natura personale, si articola ora su tre misure in ordine di invasività crescente: la *diffida* (art. 1), il *foglio di via obbligatorio* (art. 2) e la *sorveglianza speciale di pubblica sicurezza* (art. 3).

Le prime due misure sono di competenza esclusiva del questore (in quanto comportano “solamente” restrizioni alla libertà di circolazione), che vi procede con provvedimento motivato¹⁴¹.

La sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, invece, siccome comporta rilevanti restrizioni alla libertà personale, viene ora applicata dall'autorità giudiziaria (dal Tribunale, con l'intervento necessario del pubblico ministero e quello, solo eventuale, del difensore del prevenuto) e il relativo provvedimento diviene ricorribile in Cassazione, osservando per tutto il procedimento applicativo della misura, quando compatibili, le norme del codice di procedura penale.

¹⁴⁰ Da segnalarsi, come attentamente già osservato in dottrina, che è solo in questa occasione che compare per la prima volta la locuzione “*misure di prevenzione*” in riferimento a tali strumenti, in passato più spesso definiti come “*misure preventive*” o “*misure di polizia*”. Sul punto cfr. F. BASILE *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, Giappichelli, Torino, 2020, 15.

¹⁴¹ Si tratta invero di modifiche che seguono il precipitato della sentenza 2/56 Corte Cost. in tema di riparto (a seconda della libertà incisa) tra provvedimenti di competenza della autorità di p.s. (ex art. 16 Cost. non assistiti da riserva di giurisdizione) e decisioni dell'autorità giudiziaria (su tutto quanto rientra nell'ambito applicativo della garanzia di cui all'art. 13 Cost.). La medesima osservazione, in rapporto alla sentenza richiamata, può svolgersi anche per l'introduzione dell'obbligo per il questore di motivare il proprio provvedimento (e quella, forse riflessa più chiaramente nella “nuova” formulazione dei destinatari, come si vedrà, di evitare l'imputazione del mero sospetto)

Quanto ai destinatari delle misure, l'elencazione di cui all'art. 1 suscita da subito più di un dubbio sulla reale portata innovativa (e non meramente ricognitiva delle norme -e con esse, dei problemi- precedenti) della legge in discussione.¹⁴²

Sono delineate cinque categorie, tra le quali, al numero 1), spiccano -ancora- gli oziosi e i vagabondi abituali validi al lavoro. A loro si affiancano: 2) coloro che sono abitualmente e notoriamente dediti a traffici illeciti; 3) coloro che, per la condotta e il tenore di vita, debba ritenersi che vivano, anche in parte, con il provento di delitti o con il favoreggiamento o che, per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere; 4) coloro che, per il loro comportamento siano ritenuti dediti a favorire o sfruttare la prostituzione o la tratta delle donne o la corruzione di minori, ad esercitare il contrabbando, ovvero ad esercitare il traffico illecito di sostanze tossiche o stupefacenti o ad agevolarne dolosamente l'uso; 5) coloro che svolgano abitualmente altre attività contrarie alla morale pubblica e al buon costume.

Appare sin da subito evidente come la “nuova” platea dei destinatari non sia, in realtà, affatto tale: vagabondi e oziosi continuano la loro “traversata” nella legislazione di pubblica sicurezza dopo essere stati espulsi dal codice penale sul finire del secolo precedente; i proclivi a delinquere fanno il loro ingresso “ufficiale” in materia (e vi rimarranno sino al 1980) con formulazione sì abbastanza sfacciata ma in sostanziale continuità con alcune teoriche positiviste e riformiste consolidate già nella criminalistica di epoca liberale (v. *supra* cap. I).

Le residue categorie costituite da coloro che sono notoriamente e abitualmente dediti a traffici delittuosi, o che vivono in parte con il provento dei delitti (compiuti o anche solo agevolati/favoriti), o che svolgono abitualmente attività contrarie alla morale e al buon costume, pur rivisitate¹⁴³ in ossequio alle posizioni da subito assunte

¹⁴² Un'interessante, efficace, analisi delle categorie soggettive della prevenzione anche nella l. 1423/56, che verrà poi ripresa anche nel seguito di questo lavoro, è svolta da M. PAVARINI, *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27 dicembre 1956 n. 1423 e 31 maggio 1965 n. 575*, in *Le misure di prevenzione (atti del convegno di studio «Enrico de Nicola» organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Alghero, 1975)*, cit., 283 ss.

¹⁴³ La maggior parte delle locuzioni e delle formulazioni utilizzate è infatti rinvenibile già nella legge di p.s. del 1889 (v. *supra*, cap. 1 par. 3); altre sono invece state riprese dalle disposizioni del TULPS del 1926, e dal suo riordino avvenuto nel 1930 per coordinarne il testo con il codice penale appena varato (v. *supra*, cap. 1 par. 4). Che si tratti peraltro di una legge di “mera ripulitura” della disciplina precedente è opinione abbastanza pacifica in dottrina; recentemente, cfr. F. BASILE *Manuale delle*

dalla Corte costituzionale sul “sospetto”, sembrano anch’esse perpetuare l’impressione di essere al cospetto di un reticolo volutamente generico, perché riferito a criteri (come l’abitudine, la notorietà) e indici (il “tenore di vita”, la “condotta”, il “comportamento”, le “manifestazioni cui abbiano dato luogo”) che, dietro la formula valutativa del “ritenere”, sembrano comunque accordare il medesimo arbitrio, in sede applicativa, che aveva contrassegnato in precedenza le misure.¹⁴⁴

La novità più rilevante, invero ampiamente preannunciata dalle sentenze della Corte prima citate, pare quindi risiedere pressoché unicamente nella scelta di intraprendere, per le misure più afflittive (la sorveglianza, le sue prescrizioni e i suoi obblighi), la via della garanzia giurisdizionale, secondo una consolidata tendenza a scorgere in quest’ultima -abbastanza, forse troppo, semplicisticamente- una provvidenziale panacea per tutti i “mali” del sistema preventivo.

Per il resto, l’impressione è che prevalga la continuità e la conservazione, come peraltro svelerà la prassi successiva e la necessità di un nuovo intervento della Corte Costituzionale (nel 1980) sulle medesime direttrici critiche già segnalate (abbandono del sospetto, tassatività/ragionevolezza, diritto di difesa), evidentemente sottovalutate nella prima esperienza applicativa della legge in discussione.¹⁴⁵

Anche sotto il profilo “topografico” la sensazione è quella di confrontarsi con un lavoro di “ripulitura”, soprattutto formale, finalizzato a conformarsi (solo per lo stretto necessario) alle indicazioni della Corte, ma sostanzialmente incapace di mutare alcuna delle più contestate logiche precedenti. Un esempio è costituito dal mantenimento dello schema a “reticolo”, secondo il quale il primo presidio è costituito dalla diffida, quale impulso dell’autorità di p.s. rivolto al soggetto deviante a tenere una condotta corretta, cui segue, in caso questi non si conformi e laddove ricorra la “pericolosità”, l’applicazione della sorveglianza speciale (e con essa l’attribuzione del relativo e più indebolito “status”).

misure di prevenzione. Profili Sostanziali, cit., 15. Ancora in argomento v. D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 191 ss.; Per una sintesi della modifica ed evoluzione delle tipologie di destinatari della l. 1423/1956, anche v. F. MANTOVANI, *Diritto Penale, parte generale*, cit., 853-855.

¹⁴⁴ In questo senso, anche v. A. MANNA *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 67-70, nonché v. D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 200-201.

¹⁴⁵ È utile anticipare già qui come, nel 1988, con la l. 3 agosto n. 327 il legislatore interverrà nuovamente su tali aspetti, in buona parte anche nel solco tracciato dalla corte costituzionale nella sentenza 177/1980, per innalzare le garanzie del procedimento e riformulare le eterogenee fattispecie di pericolosità in termini più tassativi.

Il tutto presidiato dalla comminatoria di pene detentive in caso di infrazione delle prescrizioni inerenti la disciplina del foglio di via, o degli obblighi imposti con la sorveglianza speciale, e dunque ponendo ancora il carcere quale ultima linea di difesa nel circuito preventivo, nonostante l'assodata inefficienza e la portata criminogena che un approccio meramente contenitivo-repressivo aveva già dimostrato in passato.

Anche sotto il profilo del grado massimo di invasività delle misure la nuova legge non pare introdurre alcun depotenziamento qualitativo dell'azione di prevenzione: il confino di polizia (ex domicilio coatto) scompare, ma solo sulla carta, come istituto autonomo, divenendo invece il contenuto del più incisivo tra gli obblighi della sorveglianza speciale, che prevede appunto per il sorvegliato, nei casi di particolare gravità, l'assegnazione (e l'obbligo di risiedere) in un determinato Comune.¹⁴⁶

Allo stesso modo, la disciplina dell'ammonizione è interamente non riproposta dopo la declaratoria di incostituzionalità: tuttavia la censurabile degradazione che l'istituto realizzava, e la sua funzionalità a favorire più l'innescò di ulteriori misure che ad arginare la devianza su cui interveniva, paiono tratti "antichi" comunque sostanzialmente conservati nell'impianto della nuova legge, la cui problematicità, anziché risolta, sembra semplicemente traslarsi nella futura dinamica diffida-sorveglianza speciale.¹⁴⁷

È infine da segnalare un ultimo profilo di interesse: all'art. 6 la legge dispone che, se vi è proposta di applicazione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno (la più dura delle misure), il Tribunale può decidere, nei casi di particolare gravità, di tenere sotto custodia in un "carcere giudiziario" il prevenuto in attesa che diventi esecutiva la misura di prevenzione richiesta. Si tratta all'evidenza di una forma di detenzione che in nulla pare differire dall'istituto della custodia cautelare, se non ovviamente per i presupposti di applicazione, in questo caso quelli ben più labili di cui

¹⁴⁶ Nel testo è peraltro presente, all'articolo 8, una disposizione che prevede la convalida giudiziaria di tutti i provvedimenti di assegnazione al confino (e in difetto della quale cesseranno gli effetti), dunque disciplinando espressamente le ipotesi di continuità tra il confino e l'obbligo di soggiorno.

¹⁴⁷ La continuità con la disciplina previgente, anche sotto il profilo dell'ammonizione, è invero espressamente dichiarata all'art. 13 della l. 1423/1956 secondo il quale "*L'applicazione delle misure di prevenzione stabilite dall'art. 3 della presente legge importa gli stessi effetti consequenziali prodotti dall'ammonizione e dall'assegnazione al confino secondo il precedente ordinamento*".

alla l. 1423/56 (rientrare in una fattispecie soggettiva di cui all'art. 1; pericolosità attuale per la sicurezza o la moralità pubblica). Se ne ricava dunque una forma particolarmente pesante di privazione della libertà personale, ancorché in via provvisoria, non ricollegabile né alla consumazione di un reato (o quantomeno alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza) né alla realizzazione di un quasi-reato, e quindi non inquadrabile né come carcerazione (a titolo di espiazione pena, o quantomeno cautelare) né come periodo da imputarsi all'applicazione di una misura di sicurezza.

L'unico fondamento di siffatta peculiare forma di detenzione pare, dunque, essere quello di derivare da una decisione dell'autorità giudiziaria e ciò, in parte, mostra il valore eccessivamente "rassicurante" attribuito alla garanzia giurisdizionale in quegli anni, senza pretendere al contempo un adeguato livello di tassatività e precisione dal punto di vista della base legale.

4. Le modifiche alla l. 1423/1956: una nuova fase espansiva del sistema

Con l'entrata in vigore della legge generale e la sua stabilizzazione nella prassi il sistema preventivo conclude una prima, complessa, fase di assestamento nel nuovo quadro ordinamentale, e dalla quale sembra uscire, al netto delle indicazioni fornite dalla corte costituzionale (e del conseguente riposizionamento del legislatore), sostanzialmente conservato anche in taluni suoi tratti più critici e controversi.

Tuttavia, il fondamento costituzionale individuato dalla Corte assieme alle condizioni di compatibilità di tali misure con i diritti di libertà e circolazione, sembra rassicurare non poco il legislatore che, meno di un decennio dopo l'introduzione della l. 1423/56, inaugura una nuova fase "espansiva" delle misure di prevenzione (come già era avvenuto in precedenza nell'Italia di fine '800, e poi ancora durante il regime fascista).¹⁴⁸

In particolare ciò avviene nel 1965 e nel 1975, attraverso l'estensione dell'armamentario di prevenzione, prima, agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose (con la l. 31 maggio 1965 n. 575, c.d. "legge antimafia") e, poi, ai "sovversivi"

¹⁴⁸ In dottrina, per una recente analisi delle direttrici dell'espansione legislativa delle misure di prevenzione cfr. F. BASILE *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 25-28.

(con la l. 22 maggio 1975 n. 152, c.d. “legge Reale”), ricalcando quelle che peraltro erano già state le direttrici storiche (criminalità organizzata e pericolosità eversiva) della dilatazione soggettiva dell’ambito di applicazione delle misure in epoca liberale e -soprattutto con riguardo alla pericolosità eversiva- fascista (v. *supra* cap. I, par. 3).

4.1 La legge antimafia del 1965 e l’estensione delle misure ai “mafiosi”

Con la legge n. 575/1965 recante “Disposizioni contro la mafia” il legislatore estende le misure di prevenzione previste dalla l. 1423/1956 anche agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose (art. 1).

Invero, è proprio con la legge in questione che nasce la distinzione tra pericolosità c.d. “generica”, ossia quella riferibile a coloro che rientrano nelle categorie di cui all’art. 1, l. 1423/56, e pericolosità c.d. “qualificata”, invece ravvisabile nei confronti degli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose, cui venivano estese le medesime misure di prevenzione in forza della l. 575/65.¹⁴⁹

In particolare, l’art. 2 rende applicabile agli “indiziati” la misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con relativi obblighi e prescrizioni, senza più la necessità che il destinatario debba essere stato previamente diffidato dal questore. Si tratta di una modifica che ne consentiva, quindi, l’applicazione in prima battuta, analogamente a come, a suo tempo, il TULPS aveva modificato la disciplina del confino di polizia rendendo quest’ultimo applicabile direttamente, senza alcuna previa ammonizione, alle forme di pericolosità politica.

Le particolarità della legge sono senz’altro diverse, a cominciare dal fatto che, in quel momento, in Italia non è ancora stato introdotto il reato di associazione mafiosa e anche per questo la legge si propone, per ovviare alle croniche difficoltà riscontrate sino a quel momento nell’indagare, processare e fiaccare la mafia, di fare “terra bruciata” attorno alle organizzazioni criminali utilizzando strumenti trasversali, anche non strettamente penalistici, intraprendendo una strada che verrà percorsa, poi, con ancora più decisione, con l’avvento delle misure patrimoniali.

Accanto alle disposizioni in materia di prevenzione ve ne sono invero molte altre non strettamente pertinenti l’ambito di cui si discute (come quelle in tema di

¹⁴⁹ In questo senso cfr. F. BASILE *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 16.

fermo di indiziato, aggravamento della pena per taluni reati se commessi da sorvegliato speciale, perdita di licenze e autorizzazioni)¹⁵⁰ che nel complesso, però, indicano chiaramente come stesse maturando, già in quegli anni, la consapevolezza che per colpire efficacemente le organizzazioni criminali sia necessario smantellarne, innanzitutto, la capacità economica e imprenditoriale (v. *infra* par. 5).

4.2 La legge Reale del 1975 e l'estensione delle misure ai "sovversivi"

Nel 1975 il legislatore rimette mano alle misure di prevenzione per estenderne l'applicazione, questa volta, alla criminalità eversiva.¹⁵¹

Si tratta, come già osservato, di un orizzonte criminologico non certo inedito per queste misure e che anzi ne aveva già segnato l'impiego (e il declino) più volte in precedenza: i casi più evidenti sono quelli delle speciali leggi anti-anarchiche di fine '800 (che videro l'introduzione, anche in quel caso, di uno speciale domicilio coatto, immediatamente applicabile ai sovvertitori dell'ordine costituito), poi revocate dopo qualche anno sull'onda anche di forti proteste, e delle riforme fasciste realizzate in materia di pubblica sicurezza nel 1926 e 1930, sulle quali, per prime, si è intervenuto nel dopoguerra per smantellare le ipotesi di pericolosità politica (re)introdotte dal regime.

Con la legge Reale vengono introdotte numerose disposizioni a tutela dell'ordine pubblico variamente destinate ad incidere a livello sostanziale e processuale nel circuito penale e amministrativo, nonché a regolamentare in senso più permissivo i poteri di indagine e di polizia (specialmente in occasione di manifestazioni pubbliche).

Nel panorama di tale articolato intervento alcune disposizioni si occupano, come anticipato, di estendere l'applicabilità delle misure di prevenzione anche ai soggetti considerati pericolosi dal punto di vista politico-eversivo: si tratta in particolare delle norme di cui agli artt. 18 e 19.

¹⁵⁰ In questo senso, si veda ad esempio il contenuto dell'art. 10 l. 575/65 dove sono elencate tutta una serie limitazioni derivanti per gli indiziati: dalla perdita di licenze, autorizzazioni, concessioni, all'impossibilità di ottenere finanziamenti ed agevolazioni. Tutte e tali posizioni possono essere sospese già durante la pendenza del procedimento.

¹⁵¹ Si tratta della l. 22 maggio 1975 n. 152.

Con la prima norma vengono delineate tre ulteriori fattispecie di pericolosità, accomunate dal riferimento al medesimo “tipo d’autore”, ossia appunto il “sovversivo”.¹⁵²

Nello specifico, tali nuove fattispecie si riferiscono 1) a coloro che operanti in gruppo o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l’ordine dello Stato (fattispecie che si completa con il riferimento ad un’elencazione di gravi reati che vanno dalla strage alla banda armata, dal trasporto di materie esplosive all’insurrezione armata, al saccheggio, alla guerra civile); 2) a coloro che, già avendo fatto parte di associazioni disciolte (perché fasciste), per il comportamento successivo siano ritenuti ancora dediti a tali attività o comunque pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla restaurazione del partito fascista; 3) coloro che, già condannati per delitti in materia di armi, siano ritenuti, sulla base del comportamento successivo, proclivi a commettere delitti della stessa specie con il fine di sovvertire l’ordinamento dello Stato. Residua, infine, la disposizione di cui all’art. 18 co. 2 che estende l’applicabilità delle misure anche a tutti i mandanti, istigatori o (consapevoli) finanziatori dei soggetti di cui sopra.

Per quanto attiene il contenuto dell’art. 19, esso è funzionale, invece, a consentire l’applicazione della più agevolata disciplina delle misure di prevenzione contro gli indiziati di mafia (ossia la l. 575/965 che prevedeva, ad esempio, la possibilità di applicare la sorveglianza senza previamente diffidare il destinatario) anche ad alcune categorie di pericolosità generica della l. 1423/56.¹⁵³

Si tratta peraltro della disposizione che consentirà, proprio in virtù di tale farraginoso modalità di richiamo (che mette in relazione tre diversi testi legislativi), di applicare le misure patrimoniali (che verranno introdotte, successivamente, nel 1982

¹⁵² Sul punto, anche per alcune riflessioni sulla matrice comune di tali nuove fattispecie anti-eversive cfr. F. BASILE *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 16 ss.

¹⁵³ In particolare si tratta delle categorie di cui ai nr. 2, 3 e 4 dell’elencazione contenuta nell’art. 1 co. 1 l. 1423/56 ossia coloro che sono notoriamente dediti a traffici delittuosi, coloro che vivono con il provento dei delitti o siano proclivi a delinquere, coloro notoriamente ritenuti dediti ad agevolare, sfruttare o favorire la prostituzione, o la tratta delle donne, o la corruzione dei minori, o ancora il traffico di stupefacenti o la dolosa agevolazione del loro uso. Ancora sul punto cfr. F. BASILE *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 16-17.

novellando la legge antimafia del '65) anche ai soggetti a pericolosità c.d. "generica".¹⁵⁴

La legge "reale" introduce, anche, una delle prime misure di prevenzione di carattere patrimoniale, ossia la "sospensione provvisoria dall'amministrazione dei beni personali" di cui agli artt. 22 e ss. della l. 152/75.

Si tratta di una prima forma di intervento preventivo sul patrimonio di soggetti ritenuti pericolosi (se si eccettua la peculiare legislazione in materia di collaborazionismo, di cui si è detto in precedenza), che si traduce per il destinatario nella sospensione dall'amministrazione dei propri beni personali (fatta dunque eccezione per quelli relativi all'attività professionale o produttiva) "*quando ricorrono sufficienti indizi che la libera disponibilità di essi da parte delle persone indicate negli articoli 18 e 19 agevoli comunque la condotta, il comportamento o l'attività socialmente pericolosa prevista nelle norme suddette*".

La sospensione provvisoria operava, in buona sostanza, sui medesimi presupposti in base ai quali poteva applicarsi anche la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, rispetto alla quale la nuova misura si presenta più come un accessorio (facoltativo) che come un meccanismo autonomo.¹⁵⁵

La misura in questione, forse anche per l'esclusivo riferimento ai soli beni di natura personale del destinatario¹⁵⁶, ha registrato tuttavia un impiego solo marginale nella prassi, specie se comparato con il ben più esteso utilizzo che avranno, a partire dal 1982, il sequestro e la confisca di prevenzione.

4.3 La giurisprudenza costituzionale in questa fase

La Corte costituzionale interviene diverse volte in materia di prevenzione anche durante questo rinnovato momento di espansione del sistema e senza sostanzialmente mutare l'impostazione prescelta con le prime pronunce del 1956.

¹⁵⁴ In principio solo ad una parte della platea in questione, poi estesa progressivamente sino a ricomprendere tutte le fattispecie di pericolosità generica durante la stagione delle riforme di pubblica sicurezza del 2008-2009.

¹⁵⁵ Il co. 2 della disposizione in questione, tuttavia, legittimava il giudice ad applicare anche solo la misura della sospensione (dunque non anche la sorveglianza speciale), laddove ritenuta idonea ad esaurire le istanze di tutela della collettività coinvolte.

¹⁵⁶ Per approfondimento sui profili di inefficienza derivanti dall'esclusione dall'oggetto della misura, dei beni destinati all'attività professionale o produttiva, v. S. FINOCCHIARO *La confisca "civile" dei proventi da reato*, cit., 34-35. Negli anni '90 il riferimento ai beni verrà poi legislativamente ampliato.

Da un lato, il sistema di prevenzione viene sempre legittimato nel suo complesso; dall'altro, si interviene sulle singole e più macroscopiche storture che la disciplina via via dimostra in punto di compatibilità con i diritti costituzionalmente garantiti; i rilievi e le pronunce di incostituzionalità si concentrano anch'essi sulle due direttrici già tracciate dalla Corte in precedenza, ossia quelle di un potenziamento delle garanzie procedurali e di difesa, e un maggior richiamo alla tassatività e pregnanza della grammatica della prevenzione.

Relativamente a tali ultimi aspetti le pronunce più interessanti intervengono nel 1970¹⁵⁷, con la previsione dell'assistenza tecnica obbligatoria del difensore dinanzi al Tribunale (prima solo facoltativa), nel 1975¹⁵⁸, dove la Corte afferma la necessità della rivalutazione (giudiziale) della pericolosità sociale in occasione della reiterazione della sorveglianza speciale conseguente alla condanna del sorvegliato per un reato commesso durante l'applicazione della misura, e soprattutto nel 1980¹⁵⁹, quando la Corte dichiara l'incostituzionalità della fattispecie di pericolosità relativa ai "proclivi a delinquere", richiamando il legislatore a razionalizzare il sistema secondo indici e presupposti più tassativi e dunque passibili di un concreto accertamento giudiziale (oltre che idonei a fondare ragionevolmente la prognosi in punto di pericolosità).

L'ultima sentenza menzionata, invero, appare particolarmente significativa per almeno due profili: da un lato la Corte ripercorre in maniera particolarmente puntuale le proprie precedenti decisioni, cercando di sintetizzarle in un quadro unitario e coerente; da un altro lato non si sottrae a (ri)affrontare in maniera aperta le "antiche"

¹⁵⁷ Sent. C. Cost. n. 76/1970. La Corte, richiamando alcuni suoi precedenti arresti in materia di assistenza tecnica del difensore nel procedimento di applicazione delle misure di sicurezza (ed in particolare agli artt. 636-637 c.p.p., cui l'art. 4 della l. 1423/56 faceva espresso richiamo nel procedimento di prevenzione) dichiara l'incostituzionalità dell'art. 4 l. 1423/56 laddove non prevede in termini obbligatori l'assistenza tecnica del difensore dinanzi al Tribunale adito per l'applicazione della misura di prevenzione, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.

¹⁵⁸ Sent. C. Cost. 113/1975. La Corte in quest'occasione si prefigge di smantellare quello che, nei fatti, si traduceva in una presunzione di (perdurante) pericolosità del sorvegliato speciale che abbia riportato condanna per un reato commesso quando era sottoposto all'esecuzione della misura. La Corte non esclude la portata significativa che la commissione di un reato può avere nell'apprezzamento della pericolosità sociale, senza, tuttavia, arrivare a condividere l'automatismo (previsto all'art. 11 l. 1423/65) censurato nelle ordinanze di remissione. Ritiene dunque più ragionevole che i presupposti della misura da reiterare siano accertati nuovamente dal giudice in occasione della condanna che, ad esempio, ben potrebbe comunque comportare il riconoscimento di attenuanti (come quelle generiche) e/o benefici (come la sospensione della pena) che implicano prognosi, tendenzialmente positive sull'affidabilità del reo, tali da configgere con l'automatica rilevabilità di una perdurante pericolosità sociale solo in conseguenza della commissione di un reato da parte di chi era destinatario della misura.

¹⁵⁹ Sent. C. Cost. n. 177/1980.

tare del sistema, cercando anche su questo tema di fornire riferimenti e argomentazioni (da quelle in punto di obbligo di motivazione, a quelle in tema di rivalutazione della pericolosità, ai richiami in punto di ragionevolezza della fattispecie) che paiono, inevitabilmente, andare oltre la riferibilità esclusiva alle singole disposizioni scrutinate per porsi, anche, quale principi generali in materia di pericolosità (dalla formulazione all'accertamento), passando anche per un tentativo di razionalizzazione del problematico rapporto tra misure di prevenzione e di sicurezza.¹⁶⁰

4.4 La posizione della dottrina e il convegno di Alghero del '74

La dottrina, nonostante i primi esiti del processo di “costituzionalizzazione” di cui sopra, ha mantenuto una posizione piuttosto scettica sulle misure anche se l'impostazione dei rilievi pare essere, dopo le pronunce e i provvedimenti legislativi sopra esaminati, meno radicale e più riformatrice.¹⁶¹

Il Convegno di Alghero, organizzato nel 1974 dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale¹⁶², ha costituito una delle occasioni di studio e dialogo

¹⁶⁰ Sent. C. Cost. n. 177/1980 “*Si può, infine, ricordare che l'applicazione delle misure di sicurezza personali finalizzate anche esse a prevenire la commissione di (ulteriori) reati (e che non sempre presuppongono la commissione di un precedente reato; art. 49, secondo e quarto comma e art. 115, secondo e quarto comma del codice penale), talché possono considerarsi una delle due species di un unico genus, è vincolata all'accertamento delle fattispecie legali dal quale dipende il giudizio di pericolosità, sia tale pericolosità presunta o da accertare in concreto*”. Deve evidenziarsi come, in apertura, la Corte si mostri comunque consapevole della natura ambivalente del raffronto tra misure di prevenzione e misure di sicurezza, v. Sent. C. Cost. n. 177/1980 “*La legittimità costituzionale di < un sistema di misure di prevenzione dei fatti illeciti >, a garanzia < dell'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti, fra i cittadini > è sempre stata ribadita dalle successive sentenze della Corte (sentenze: n. 27 del 1959; n. 45 del 1960; n. 126 del 1962; n. 23 e n. 68 del 1964; n. 32 del 1969 e n. 76 del 1970) con riferimento agli artt. 13, 16, 17 e 25, terzo comma, Cost.; ora sottolineando ora attenuando il parallelismo con le misure di sicurezza (di cui appunto all'art. 25, terzo comma, Cost.) e perciò ora richiamando l'identità del fine di prevenzione di reati perseguito da entrambe le misure che hanno per oggetto la pericolosità sociale del soggetto, ora marcando, invece, le differenze che si vogliono intercorrenti tra di esse*”.

¹⁶¹ Ed invero per quanti avevano salutato con favore il “salvataggio” del sistema di prevenzione (e con esso, più generalmente, di un autonomo di prevenzione dei reati in capo allo stato) operato con le interpretazioni sviluppate a partire dalle pronunce della Consulta, e posto a base del rinnovato momento espansivo che ha interessato le misure dagli anni sessanta, la problematica più impellente era appunto quella ben riassunta nella relazione introduttiva del Convegno di Alghero del 1974, da Pietro Nuvolone «Riconosciuta la piena legittimità, anzi la doverosità, costituzionale della prevenzione del reato, si tratta di individuare i mezzi scientificamente e tecnicamente adeguati e costituzionalmente corretti per attuare questa finalità», cfr. P. NUVOLONE, *Relazione introduttiva in Le misure di prevenzione (atti del convegno di studio «Enrico de Nicola» organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Alghero, 1975)*, cit., 16.

¹⁶² Trattasi dell'incontro “*Le misure di prevenzione*” promosso dal Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale nell'ambito dei convegni di studio «Enrico de Nicola» sui problemi attuali di diritto e

più significative del periodo in esame, nella quale si confrontarono autorevolissimi giuristi, avvocati, magistrati, antropologi, criminologi, operatori e funzionari degli istituti penitenziari.

Tra le posizioni più critiche si distingue senz'altro quella di Bricola¹⁶³, che rivolge le proprie censure al sistema preventivo operando su un duplice piano: da un lato evidenzia i profili di incostituzionalità ancora ricollegabili in concreto alla disciplina, muovendo comunque da una teorica accettazione del fondamento delle misure, così come “rielaborato” dalla Corte costituzionale nelle proprie sentenze; da un altro lato, invece, contesta e rimette in discussione proprio quest'ultimo (sulla cui falsariga, poco dopo gli interventi della Corte, si era mosso anche un più “rassicurato” legislatore con la l. 1423/56 e le successive modifiche “espansive”).

Quanto al primo aspetto evidenzia, in particolare, come la disciplina di prevenzione si presenti ancora poco tassativa e specifica, nei fatti lasciando al giudice un ampio margine di discrezionalità¹⁶⁴ in ordine ad aspetti (come l'interpretazione delle fattispecie, o dei contenuti concreti di obblighi e prescrizioni¹⁶⁵) che sarebbero invece necessariamente coperti da riserva di legge proprio in ossequio ai riferimenti costituzionali prima citati.

Con specifico riferimento ai rilievi in punto di formulazione delle fattispecie di pericolosità, Bricola evidenzia, in concreto, tanto la “nuova” problematicità del riferimento alle “associazioni mafiose” (in assenza del “relativo” reato, e quindi con

procedura penale. Gli atti del Convegno sono stati raccolti e pubblicati in un pregevolissimo testo, di grande interesse e già richiamato più volte in questo lavoro, edito da Giuffré, Varese, 1975.

¹⁶³ F. BRICOLA, *Forme di tutela ante-delictum*, in *Le misure di prevenzione* (atti del convegno di studio «Enrico de Nicola» organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Alghero, 1975), Giuffré, Varese, 1975, 29-82.

¹⁶⁴ Sulla radicata convinzione dell'autore citato che la giurisdizionalizzazione delle misure non avrebbe risolto le problematiche genetiche dell'apparato di prevenzione, soprattutto in punto di tassatività e legalità, v. F. BRICOLA, *Forme di tutela ante-delictum*, cit., 54-57.

¹⁶⁵ L'autore si riferisce, ad esempio, a clausole generali quali l'art. 5, co. 4, l. 1423/56, per la quale il giudice ha il potere di imporre “tutte quelle prescrizioni che ravvisi necessarie, avuto riguardo alle esigenze di difesa sociale”. Nell'opinione dell'autore si tratta di prescrizioni in bianco che non si giustificano in funzione di alcuna finalità di reinserimento sociale. Sotto questo profilo l'autore segnala come l'art. 13 Cost. rinvii invece alla legge la definizione dei casi e dei modi in cui può avvenire la limitazione della libertà personale. In questa prospettiva sarebbe dunque violata la riserva di legge, con incostituzionalità del menzionato articolo 5, co. 4, oltre che, sempre per la sua natura “in bianco”, anche delle fattispecie penali poste a presidio delle eventuali violazioni di tali obblighi e prescrizioni (artt. 9 e 12 l. 1423/56), v. F. BRICOLA, *Forme di tutela ante-delictum*, cit., 44-45.

un obbligato rimando “aperto” alle condotte di associazione a delinquere)¹⁶⁶, di cui all’art. 1 della l. 575/65, quanto la “perdurante” mancanza di tassatività di numerose categorie soggettive della l. 1423/56 (ed in particolare di quelle incentrate sul riferimento ai “*traffici illeciti*”, alle “*attività contro la morale pubblica e il buon costume*”, alla proclività a delinquere).

In questa prospettiva (*deficit* perdurante di tassatività/legalità delle fattispecie) si colloca comunque buona parte della dottrina, ed è invero sul terreno della negazione del fondamento costituzionale della prevenzione (intesa come “a spese” della libertà personale) che l’autore si distingue maggiormente per la propria posizione.¹⁶⁷

Bricola infatti non nega la legittimità di un potere, ed anzi di un dovere di prevenzione della criminalità in capo allo Stato, ma esclude che questo possa, nel rispetto della Costituzione, esplicarsi mediante la limitazione della libertà personale dei cittadini, cui osterebbe, in particolare, tanto una rigorosa interpretazione del regime di stretta legalità che ispira l’art. 13 Cost., quanto l’impossibilità di coltivare un’assimilazione o parallelismo, tra misure di sicurezza e misure di prevenzione, che abbia l’effetto di estendere a quest’ultime la copertura che l’art. 25 Cost. riserva espressamente solo alle pene e alle misure di sicurezza.¹⁶⁸

L’autore muove il proprio ragionamento dal silenzio problematico della Costituzione, per come visto “assoluto” e reso ancor più significativo ove lo si confronti, in materia di libertà personale, con il rigore e la specificità che l’art. 13 Cost. riserva invece ai più diffusi termini di raffronto delle misure di prevenzione personali (la pena, la custodia cautelare), evidenziando l’irragionevolezza di una lettura per cui, quello stesso costituente che aveva così cura di regolamentare in modo puntuale l’

¹⁶⁶ Sul punto anche v. F. TAGLIARINI, *Le misure di prevenzione antimafia*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 363 ss.

¹⁶⁷ F. BRICOLA, *Forme di tutela ante-delictum*, cit., 32-35; 64-74. Si segnala in particolare il confronto con la tesi di Elia, già particolarmente critica del sistema prevenzionale, dal quale emerge la ancora più marcata radicalità dell’impostazione di Bricola, soprattutto in tema di impiego contro la mafia e di fragilità del distinguo tra forme e gradi diversi di limitazione alla libertà personale. Per approfondimento v. L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l’art. 13 e l’art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, Milano, 1964, 9, 951 ss.; anche v. D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 171-191.

¹⁶⁸ F. BRICOLA, *Forme di tutela ante-delictum*, cit., 65-80. In particolare l’autore mostra come intorno ad entrambi gli articoli (13, 25 co. 3 Cost.) l’interpretazione corrente oscilli tra posizioni spesso contraddittorie, come la diversa rilevanza data alla libertà personale, piuttosto che a quella di circolazione, nelle questioni sull’ammonizione e sul foglio di via; ancora, come si vedrà, l’autore nega con determinazione la possibilità di mutuare, per le misure di prevenzione, la disciplina di quelle di sicurezza sulla scorta di una presunta assimilabilità di fondo tra gli istituti.

“eccezione” della carcerazione preventiva (affidandone espressamente la previsione dei modi e casi alla legge, anche per la determinazione del limite massimo) avrebbe, invece, abbandonato tali scrupoli proprio con le misure di prevenzione, recependole implicitamente senza alcuna indicazione (e limitazione) tra i titoli in grado di fondare una restrizione della libertà personale.

Un ragionamento analogo è svolto anche con riferimento all’aggancio con l’art. 25 Cost.: pure in questo caso desta perplessità confrontare la specificità dei riferimenti alla pena e alle misure di sicurezza con il silenzio che “copre” integralmente la materia delle misure di prevenzione.

Bricola esclude, infatti, che la legittimazione delle misure di sicurezza consenta di presupporre, o comunque derivare, anche quella delle misure di prevenzione, e mette quindi in discussione l’operazione di assimilazione tra le due categorie svolta, a fasi alterne e non senza talune contraddizioni, innanzitutto dalla giurisprudenza costituzionale con le proprie pronunce a partire dagli anni ’50.¹⁶⁹

L’autore segnala, attraverso un’attenta analisi, come le misure (di sicurezza e di prevenzione) differiscano profondamente l’una dall’altra: se nelle misure preventive la pericolosità è *ante delictum* o addirittura *extra delictum*, nelle misure di sicurezza è invece derivante dalla commissione di un reato o di un quasi reato, il cui accertamento dei presupposti (svolto in seno al procedimento penale) è sensibilmente diverso, avviene nel rispetto dei principi di legalità e tassatività, rimane ancorato ad un fatto “illecito” commesso dall’individuo.¹⁷⁰

Ancora, Bricola osserva come margini di discrezionalità connotino pacificamente tanto l’applicazione delle misure di sicurezza quanto quelle di prevenzione: tuttavia, diversa è la finalità in concreto attribuita al giudice nell’esercizio di tale discrezionalità che nel caso delle misure di sicurezza coincide sempre e comunque anche con il reinserimento, mentre nelle misure di prevenzione è diretta invece a garantire, in via esclusiva, la salvaguardia delle esigenze di difesa sociale.¹⁷¹

¹⁶⁹ F. BRICOLA, *Forme di tutela ante-delictum*, cit., 57-67.

¹⁷⁰ F. BRICOLA, *Forme di tutela ante-delictum*, cit., 32-35; 42-45.

¹⁷¹ F. BRICOLA, *Forme di tutela ante-delictum*, cit., 37-46.

In conclusione, secondo l'autore, la prevenzione del crimine è sì doverosa, ma non laddove contempra la privazione della libertà personale: operazione che appare ancora più intollerabile in quanto finalizzata unicamente a difendere la società, ed in alcun modo a recuperare -anche- il destinatario.

Una prevenzione utile sarebbe invece praticabile quando “*non è più direttamente rivolta ad impedire il crimine ma è rivolta a garantire precise istanze del singolo e indirettamente a rimuovere le cause del reato*”, e dunque intervenendo, nel rispetto degli artt. 2, 3, 30 (diritto all'educazione del minore), 32 (diritto alla salute), 38 (diritto all'assistenza sociale) Cost., con operazioni di carattere assistenziale, riabilitativo e/o terapeutico per garantire l'integrazione di “*coloro che, per cause diverse, sono portati a rimanere estraniati*” dalla società.¹⁷²

La posizione critica di Bricola, anche in punto di mancanza di legalità e determinatezza delle fattispecie di pericolosità, risulta variamente ripresa e condivisa da altri autori in dottrina che non mancarono, anche in occasione del Convegno, di ribadire diverse perplessità sotto molteplici angolature.¹⁷³

Così, ad esempio, si è posta l'attenzione sulle diverse ambiguità delle formulazioni prescelte dalla l. 1423/56 per “fotografare” la pericolosità, mostrando in concreto come a clausole così ampie e vaghe spesso corrispondesse un sostanziale

¹⁷² Cfr. F. BRICOLA, *Forme di tutela ante-delictum*, cit., 74. L'autore in particolare ipotizza interventi di matrice diversa da quella poliziesca sinora sperimentata, separando nettamente il tema della prevenzione degli “asociali” da quella degli alienati e dei minori. Per i primi ipotizza un servizio civile che consenta il reingresso in società a quanti (per perdita del lavoro o altro tipo di condizione, comunque non collegata al sospetto di un crimine) siano emarginati, senza che questo debba tradursi in un'imposizione del pensiero dominante e senza che eventuali inosservanze siano presidiate da norme penali e quindi dalla carcerazione. Si tratta, all'evidenza, di una prevenzione del crimine di tipo “indiretto”, in una dimensione più limitata e meno coercitiva, ritenuta però la sola legittimamente praticabile nel rispettoso equilibrio delle libertà costituzionali e del rapporto Stato-cittadino. Per le categorie degli alienati e dei minori l'autore ricostruisce invece il più arricchito quadro di riferimento che deriva dagli artt. 30, 32, e 13 Cost., auspicando come l'interazione proprio con quest'ultima norma (che a differenza delle precedenti prevede la garanzia giurisdizionale) porti ad una completa funzionalizzazione delle limitazioni alla libertà personale, in quei casi, al solo interesse terapeutico del destinatario. V. *op. cit.*, 75 ss.

¹⁷³ In particolare v. M. PAVARINI, *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27 dicembre 1956 n. 1423 e 31 maggio 1965 n. 575*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 283-316, dove riporta anche gli efficaci esiti di un'interessante indagine a campione sui provvedimenti di proposta assunti dalle autorità di p.s. nel periodo di riferimento. Per una sintesi anche dei principali profili processuali connessi, v. V. CAVALLARI, *Il procedimento delle misure di prevenzione. Analisi e spunti critici*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 83 ss. Ancora, con specifico riferimento alle problematiche di legalità e tassatività connessi alle modifiche introdotte con la l. antimafia del 1965 v. F. TAGLIARINI, *Le misure di prevenzione antimafia*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 363 ss.

appiattimento, nella prassi applicativa degli organi preposti, tra l'inquadramento del proposto in una delle categorie (l'essere dedito a traffici delittuosi, l'essere vagabondo o ozioso, l'esercitare attività contrarie al buon costume, ecc..) e la valutazione sulla sussistenza della pericolosità sociale (che dovrebbe invece avvenire in un secondo momento, e con un ragionamento distinto dal precedente).¹⁷⁴

Comune a molte delle posizioni in dottrina pare, anche, la tendenza a ridimensionare la portata "risolutiva" della garanzia giurisdizionale riconosciuta alle misure¹⁷⁵ (e in particolare alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, in grado di impattare sensibilmente sulla libertà personale del destinatario). Sul punto è innegabile che l'intervento del Tribunale nel procedimento di applicazione delle misure, in quanto organo di un potere separato e indipendente dall'amministrazione, costituisca un positivo passo in avanti, tanto rispetto ai moduli ottocenteschi quanto rispetto all'assetto durante il regime fascista. Tuttavia, altro è ritenere che tale intervento in concreto risolva le problematiche del cronico *deficit* di tassatività delle fattispecie, o degli *standards* probatori alla luce dei quali ritenere la sussistenza della pericolosità del destinatario. Sempre in occasione del convegno citato è stato infatti autorevolmente osservato come *"il trasferire dalla polizia al magistrato il potere di applicazione delle misure non costituisce certo rimedio idoneo ad attribuire al sistema lo stigma di legittimità costituzionale. La riserva di giurisdizione formulata all'art. 13 Cost. ha un senso soltanto nella piena osservanza del principio di legalità. Se l'intervento del magistrato viene a perdere la naturale funzione di accertare la conformità di una situazione di fatto a una previsione normativa mediante regole di giudizio legalmente prestabilite e viene invece destinato ad applicare leggi a fattispecie indeterminata o comunque ad adottare la latitudine di apprezzamento e i criteri approssimativi propri dell'autorità amministrativa, scompare il rigore logico, sistematico e probatorio proprio della giurisdizionalità, la motivazione perde gran parte del suo valore: il giudice, in sostanza, si trasforma in funzionario di polizia"*.¹⁷⁶

¹⁷⁴ M. PAVARINI, *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27 dicembre 1956 n. 1423 e 31 maggio 1965 n. 575*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 306-316.

¹⁷⁵ Tra le molte sul punto, si consiglia, in particolare, la lucida analisi di M. NOBILI, *Le informazioni di pubblica sicurezza e la prova nel processo di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione (atti del convegno)*, cit., 237-264.

¹⁷⁶ Cfr. V. CAVALLARI, *Il procedimento delle misure di prevenzione. Analisi e spunti critici*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 86. Ancora, l'autore evidenzia provocatoriamente che *"Viene spontaneo infatti*

Come già menzionato, le impostazioni prevalenti sembrano distinguersi tra quelle che non ammettono una prevenzione che impatti sulla libertà personale e quelle che, pur rinvenendone un fondamento in Costituzione, comunque ne censurano l'attuale declinazione pratica-operativa, ancora esclusivamente repressiva e con insuperate problematiche di legalità/tassatività.

Se la posizione di Bricola ben illustra la prima categoria (pur spingendosi a censurare le misure anche al metro di una loro ipotetica legittimità costituzionale), quella di Nuvolone¹⁷⁷, invece, rappresenta paradigmaticamente la seconda, con un'impostazione altrettanto lucida, destinata in breve tempo ad imporsi come prevalente, in grado di rafforzare la legittimità teorica delle misure quantomeno sul piano generale.¹⁷⁸

Nuvolone rinviene il fondamento della prevenzione in *“un principio che è alla base della stessa Costituzione: e cioè il diritto-dovere dello Stato di difendere lo Stato democratico stesso, la libertà, la vita ed il lavoro dei cittadini”*.¹⁷⁹

Ciò non si traduce in un'automatica validazione costituzionale delle singole misure di prevenzione, di cui anzi l'autore non si sottrae ad indicare storture e contraddizioni.¹⁸⁰ Significa, invece, riconoscere il principio solidaristico come fonte

domandarsi quale valore possano mai avere lo studio organico del procedimento e i tentativi di un'interpretazione in chiave garantistica del dato normativo, se il tutto poi si risolve in un dictum del giudice che, nella maggior parte dei casi, costituisce la pura e semplice manifestazione di sospetti o presunzioni o comunque l'esercizio di una discrezionalità sostanzialmente incontrollabile. Al limite, si sarebbe anzi portati a rifuggire da un impegno che potrebbe essere considerato come un mezzo di copertura delle contraddizioni e degli intenti essenzialmente repressivi del sistema”.

¹⁷⁷ P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1973, 472 ss.; Con specifico riguardo alle posizioni assunte nel Convegno di Alghero del 1974, di cui l'autore ha curato sia la relazione introduttiva sia quella di sintesi, oltre ad intervenire nel dibattito, v. P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione (atti del convegno)*, cit., 9-11, 16-25, 429-434, 609-620.

¹⁷⁸ F. MANTOVANI, *Diritto Penale, parte generale*, cit., 851-853; sul punto anche v. D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 169-206.

¹⁷⁹ Cfr. P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione (atti del convegno)*, cit., 610. L'aggancio proposto è dunque anche con il principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost., (v. anche *op. cit.*, 16-17) in coerenza anche con le prime letture della Corte costituzionale in materia di “ordinato vivere civile” e “diritto alla sicurezza”, in particolare funzionale a garantire alla collettività -attraverso la prevenzione del criminelle condizioni per l'esercizio pieno e libero dei diritti costituzionali dei singoli.

¹⁸⁰ Accanto all'impostazione teorica l'autore si mostra sensibile, nel dibattito, anche ad alcune considerazioni di carattere più “pratico” «noi non possiamo prescindere da un dato di fatto, e cioè che la Corte Costituzionale (con una serie di sentenze che possono certo essere criticate e che potranno essere superate da nuove sentenze) allo stato attuale, ha considerato gran parte delle misure di prevenzione come costituzionalmente legittime. Il che non ci esime dal sollevare, ed io stesso l'ho fatto nella relazione introduttiva, gravi dubbi e gravi obiezioni, ma rappresenta realisticamente un punto di

del diritto-dovere dello Stato, nel rispetto dei diritti costituzionali, di prevenire il crimine inteso quale ostacolo allo sviluppo e all'esercizio degli stessi diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione: *“La funzione garantistica non si esplica soltanto nei confronti di chi ha violato o è indiziato di aver violato le norme penali, ma anche nei confronti delle vittime potenziali dei reati. Prevenire il reato è un compito imprescindibile dello Stato che si pone come un prius rispetto alla potestà punitiva: sembra strano doverlo ricordare ancora oggi, nel paese che fu, con la Scuola Positiva, la culla del moderno pensiero penalistico”*.¹⁸¹

Nuvolone è sicuramente consapevole dei problemi di fondo della materia preventiva: il deficit, di legalità e precisione, che caratterizza l'accertamento della pericolosità rispetto a quello della responsabilità, e dunque la diversa legalità della prevenzione rispetto a quella della repressione; la mancanza, nella disciplina delle misure, di una finalità di recupero e reinserimento del destinatario; l'inefficienza delle misure anche rispetto al fine stesso di prevenzione della criminalità; l'anima repressiva che ancora informa il sistema, e che distorce la natura preventiva delle misure in quella di sanzioni anomale, applicate sulla base del sospetto e dirette a sanzionare la presunta commissione di un reato (spesso, emblematicamente, muovendo proprio dal fallimento probatorio del procedimento penale in prima battuta instaurato nei confronti dell'individuo) che rimane poi, nei fatti, in alcun modo provata anche dopo l'accertamento “preventivo”.

La consapevolezza dei gravi margini di illegittimità e disfunzionalità delle singole misure preventive¹⁸², tuttavia, non impedisce all'autore né di rinvenire comunque un fondamento al potere di prevenzione, appunto nell'art. 2 Cost. e nel diritto-dovere dello Stato di assicurare gli spazi e le condizioni per l'esercizio dei diritti sanciti dalla Costituzione (a tal fine anche necessariamente prevenendo la consumazione dei delitti), né di tracciare alcune linee di approfondimento della materia.

partenza da cui non si può prescindere» Cfr. P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione (atti del convegno)*, cit., 610.

¹⁸¹ Cfr. P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione (atti del convegno)*, cit., 16.

¹⁸² P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione (atti del convegno)*, cit., 22-25.

Interessante, sotto quest'ultimo profilo, è ad esempio la posizione in tema di maggiore impiego dei c.d. delitti-ostacolo, secondo la quale *“un allargamento del campo dei délits-obstacles consistenti in comportamenti indizianti e potenzialmente pericolosi, descritti tassativamente dalla legge, ma puniti di per se stessi e non a livello di supposte intenzioni di commettere reati più gravi, potrebbe ridurre notevolmente il margine di discrezionalità tecnica connesso all'accertamento delle situazioni soggettive di pericolosità criminale”*.¹⁸³ Ancora, è da evidenziare l'apertura dell'autore verso le evidenze derivanti da altre scienze, che potranno non avere (e fornire) certezze univoche sull'eziologia del crimine e sulle dinamiche intime dell'atto deviante, ma che, comunque, hanno raggiunto indizi probanti di correlazioni che potrebbero aiutare nella comprensione (e, ove possibile, inquadramento) della genesi criminale.¹⁸⁴ Il riferimento è svolto nel senso di promuovere un necessario contatto con la psichiatria e le scienze bio-psicologiche, ed il campo di investigazione è, in tale prospettiva, quello identificato dall'autore in *“tutta una zona che va dalla malattia mentale all'anormalità, nella quale trovano alimento le personalità criminali”*, area ritenuta si ancora oscura, ma comunque e in ogni caso *“da battere senza scoraggiarsi ai primi insuccessi”*.¹⁸⁵

Infine, è da segnalare come l'autore, con prospettiva destinata anch'essa ad essere più volte ripresa in futuro, ritenga utilmente possibile l'assimilazione tra misure

¹⁸³ Cfr. P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione (atti del convegno)*, cit., 22. L'autore sul punto ammonisce comunque che «quando, dai *délits-obstacles*, si passa al campo della prevenzione, è necessario non confondere le carte in tavola: non si deve scambiare la misura di prevenzione con una specie di sanzione anomala per punire un comportamento non approvato dalla collettività. Nella rigorosa discriminazione tra i due campi deve essere vista un'attuazione del principio di legalità, e quindi di tutela dei diritti individuali, nell'ambito delle misure di prevenzione», op. cit., 22.

¹⁸⁴ Sul punto, v. P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione (atti del convegno)*, cit., 17 «A questo proposito, non si possono più ignorare gli studi che, in sede di antropologia e di criminologia clinica, sono stati fatti sul delinquente; e non si possono più oltre assumere gli atteggiamenti agnostici di certa sociologia, che vuol limitarsi a una mera descrizione storicistica, ponendo in non cale i fattori endogeni della personalità criminale»

¹⁸⁵ Cfr. P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione (atti del convegno)*, cit., 17. L'autore in questo passaggio mostra di estendere il campo di indagine sugli elementi rivelatori della pericolosità (e sui presidi di intervento) anche ad aspetti antropologici, clinici e sociologici: il riferimento non deve essere equivocato in una pericolosa riduzione della prognosi ad elementi che, se non più vaghi, sarebbero comunque scientificamente incerti (e quindi altrettanto arbitrari). È al contrario significativo dell'impostazione generale dell'autore in materia. La prevenzione generale (dell'atto criminale), secondo l'autore, deve essere affiancata anche e necessariamente da una componente di prevenzione speciale (il reinserimento) del destinatario, ed è al fine di elaborare soprattutto quest'ultimo aspetto, come si è visto del tutto mancante nel sistema preventivo, che promuove, dunque, un più stretto contatto con le altre discipline cliniche e sociologiche menzionate.

di prevenzione e misure di sicurezza: una simile “prospettiva unitaria”, tuttavia, non sarebbe immediatamente coltivabile sul piano del diritto positivo, quantomeno attuale, bensì sul piano logico, sulla scorta del fatto che in entrambi i casi vi è “*una situazione di cosiddetto pericolo e una finalità di impedire la commissione di reati o di nuovi reati*”.

La differenza è dunque, secondo l’autore, a livello “pratico” più che a livello logico. Tanto nelle misure di sicurezza quanto in quelle di prevenzione, infatti, si tratta di formulare una prognosi criminale, ciò che diverge è dunque il solo dato (pratico) di partenza: in un caso, la commissione di un reato o di un quasi reato; nell’altro, l’insieme degli elementi obiettivi individuati dalla legge nelle fattispecie di pericolosità.¹⁸⁶

Nel complesso, come si è brevemente visto, le perplessità della dottrina (divisa sul fondamento delle misure, e comunque tendenzialmente concorde nel rilevare in concreto plurimi profili di illegittimità della disciplina) appaiono molteplici e svelano non pochi punti di contatto con quelli che erano in passato, già in epoca liberale, alcune delle impostazioni critiche principali (v. *supra* cap. I par. 5).

Su gran parte delle tematiche evidenziate (e soprattutto ancora in tema di deficit di tassatività e precisione delle fattispecie) interverrà nuovamente la Corte Costituzionale, con la già menzionata sentenza n. 177/1980 (che eliminerà la categoria dei proclivi a delinquere), e soprattutto il legislatore che, con l. 327/1988 (v. *infra*, 6), procederà -arrestando temporaneamente la fase espansiva delle misure- alla riduzione delle fattispecie di pericolosità ed alla loro ristrutturazione attorno al “nuovo” riferimento agli “elementi di fatto” (da porre a base dell’accertamento della pericolosità) così, almeno nelle intenzioni, espungendo definitivamente ogni riferimento al sospetto dalla disciplina preventiva.

¹⁸⁶ L’autore, pur coltivando una prospettiva di assimilazione logica tra gli istituti delle misure di sicurezza e di prevenzione, non manca di sottolineare come, tuttavia, l’attuale legislazione di prevenzione (in particolare l’eccessiva ampiezza e vaghezza delle fattispecie di pericolosità) non consenta di selezionare un quadro fattuale convincente, in grado di fornire al giudice (o all’autorità di p.s., nei casi meno invasivi) elementi idonei a fondare una ragionevole prognosi criminale in punto di pericolosità. v. P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione (atti del convegno)*, cit., 611.

5. L'introduzione delle misure patrimoniali

Nel 1982, come anticipato¹⁸⁷, sono introdotte le misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca, la cui attuale eredità problematica sarà oggetto specifico degli approfondimenti condotti nei prossimi capitoli.

Per ora, vuole qui privilegiarsi una ricostruzione ancora per quanto possibile unitaria dello sviluppo del sistema preventivo, tenuto conto che alcune delle questioni più controverse in materia di legalità, tassatività, prevedibilità, validità delle fattispecie e del giudizio di pericolosità *ante delictum*, interessano trasversalmente la materia e possiedono un fondamento (anche critico) comune che, in senso logico, precede l'esame delle ulteriori derivazioni problematiche dipendenti dal carattere personale o reale della misura.

5.1 La legge Rognoni La Torre: razionalità di un intervento complesso

La novella in questione costituisce ben più di un semplice rilancio "espansivo" del sistema preventivo dopo la battuta d'arresto derivata dall'ultima pronuncia della Corte costituzionale (v. n. 177 del 1980).

Allo stesso tempo, sequestro e confisca di prevenzione sono strumenti che si differenziano sensibilmente dal "tipico" prodotto della legislazione di emergenza -che pure in quella stagione era conclamata e preoccupante- soprattutto in relazione alla lotta alla mafia.¹⁸⁸

La profondità e razionalità dell'intervento può scorgersi, innanzitutto, nel fatto che con lo stesso provvedimento viene introdotto, anche, il reato di associazione mafiosa, il quale, come spesso osservato, condensava in sé i frutti di numerosi anni di indagini e studi sul fenomeno mafioso e la sua nuova conformazione post-agraria.¹⁸⁹

¹⁸⁷ V. *supra*, cap. 1, par. 2.1.2.

¹⁸⁸ E. MUSCO, *Luci ed ombre della legge "Rognoni-La Torre"*, cit., 558 ss.; Più recentemente, in tal senso, v. S. FINOCCHIARO *La confisca "civile" dei proventi da reato*, cit., 18.

¹⁸⁹ Sul punto valga innanzitutto l'eloquente formulazione dell'art. 416-bis c.p. In particolare il co. 3, laddove individua nelle finalità delle metodiche mafiose anche quelle di «acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri», ed il co. 7, dove prevede severi aumenti di pena in caso le attività economiche controllate o partecipate siano finanziate attraverso proventi delittuosi. Coerente con la nuova concezione, anche "economico-finanziaria", del fenomeno criminale è pure la previsione, al co. 8, di una specifica forma di confisca obbligatoria, modellata su quella dell'art. 240 c.p., con la quale si prevede l'ablazione, oltre che dei beni strumentali a commettere il reato, anche del prodotto, del prezzo, del profitto e di quante ne costituiscono l'impiego.

La lucida intuizione di fondo che caratterizza la legge in questione, come noto, è quella di colpire pesantemente le organizzazioni criminali anche sotto il profilo patrimoniale, aggredendone le disponibilità economiche e finanziarie illecite.¹⁹⁰

Il presupposto pratico di partenza è da individuarsi nel fallimento di un approccio esclusivamente repressivo e “a misura d’uomo” (come quello realizzato in sede penale e, in parte, con le stesse misure di prevenzione personali) nel contrastare efficacemente l’operatività, il controllo e la pericolosità delle cosche sul territorio.¹⁹¹

La *ratio* criminologica della misura si radica, invece, soprattutto nella consapevolezza dei profondi rivolgimenti che hanno interessato il crimine mafioso a partire dalla seconda metà del secolo scorso, che appunto passa da una dimensione prevalentemente ancora rurale a quella più complessa dei grandi centri cittadini, intraprendendo un capillare processo di infiltrazione nell’economia lecita (da cui anche il fenomeno della c.d. impresa mafiosa¹⁹²), divenuta necessità fondamentale per molteplici ragioni.

Innanzitutto, l’acquisizione di partecipazioni in attività economiche sane, così come l’apertura e l’esercizio di imprese formalmente lecite, consentiva alle organizzazioni criminali di drenare risorse pubbliche e, allo stesso tempo, “ripulire” i grandi flussi di denaro derivanti dal racket, dal narcotraffico e da altri floridi traffici illeciti.¹⁹³

Di conseguenza, le imprese e attività controllate dalle organizzazioni mafiose iniziano a proiettarsi nel mercato di riferimento con una forza concorrenziale anomala e caratterizzata dall’applicazione, più o meno diretta ed esplicita, delle logiche del metodo mafioso all’ambito imprenditoriale (ad esempio: intimidazione dei concorrenti, maggiore fluidità nel reperimento della forza lavoro, elusione dei controlli), oltre che dalla possibilità di attingere rapidamente ad ingenti risorse

¹⁹⁰ In questo senso v. A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 84 ss.; D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 319 ss.; S. FINOCCHIARO *La confisca “civile” dei proventi da reato*, cit., 17-18; 28 ss.; anche v. F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 143 ss.

¹⁹¹ In argomento A. BALSAMO V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè, Varese, 2010, 34 ss.; Anche v. A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 84-86.

¹⁹² A. BALSAMO V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., 117 ss.

¹⁹³ D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 320.

economiche “extra” (diversamente dai propri diretti concorrenti) di natura illecita o comunque irregolare.¹⁹⁴

La spregiudicata strategia di affermazione sul mercato e il costante afflusso di capitali illeciti consentono appunto all’imprenditoria mafiosa di prosperare, favorendo l’accumulo esponenziale di ricchezze in capo alle organizzazioni.

Tali imponenti disponibilità verranno impiegate, poi, anche e proprio per tessere e preservare i rapporti corruttivi con le amministrazioni pubbliche, fisiologicamente improntati anch’essi ad ampliare ulteriormente il giro d’affari e l’impunità delle imprese sottoposte al controllo mafioso.

La combinazione tra una simile potenza economica e le logiche impositive e intimidatorie del metodo mafioso ha, infine, spesso assoggettato il territorio e il tessuto sociale (e istituzionale) in maniera così intensa e soffocante da consegnare di fatto alle organizzazioni criminali la concreta capacità di condizionare i momenti elettorali del Paese.

I flussi economici e finanziari illeciti, divengono, in questo schema, i nuovi necessari bersagli prioritari dell’intervento contro le mafie.

In questo senso, le nuove disposizioni (repressive e preventive) mirano quindi a rilanciare gli strumenti dell’ordinamento repubblicano secondo una prospettiva di contrasto (anche) patrimoniale/economica del fenomeno mafioso e, che troverà, col tempo, sempre maggiore spazio nelle politiche criminali e nelle prassi investigative anche a livello europeo ed internazionale.¹⁹⁵

5.2 Le nuove misure patrimoniali

Il sequestro e la confisca di prevenzione sono inseriti nella legge antimafia del 1965 n. 575, che viene appunto riformata tanto nel *target* criminologico¹⁹⁶, attraverso

¹⁹⁴ A. BALSAMO V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., 38.

¹⁹⁵ Con riferimento alle analogie e convergenze in ambito europeo ed internazionale, oltre a quanto si dirà meglio *infra* (cap. 3), anche v. A. BALSAMO V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., 2 ss.; 117 ss.

¹⁹⁶ L’art. 1 della l. 575/65 viene infatti riformulato tenendo conto della nuova fattispecie penale di riferimento, in materia di mafia, costituita appunto dall’appena introdotto art. 416-bis c.p. In particolare, all’art. 416-bis co. 3 e ss. sono contenute diverse definizioni utili ad identificare i tratti caratteristici del sodalizio mafioso rilevante, oltre che ai fini repressivi penali, anche ai fini della ricostruzione del concetto di appartenenza all’organizzazione, i cui indizi (semplici) in tal senso sono, come si vedrà

il nuovo riferimento al reato di cui all'art. 416-*bis* c.p., quanto negli strumenti di investigazione necessari a tracciare e ricostruire i flussi di denaro e le disponibilità immobiliari nelle mani delle organizzazioni mafiose (vengono previste, ad esempio, indagini patrimoniali nei confronti degli indiziati; così come stringenti accertamenti tributari per i condannati per mafia).¹⁹⁷

L'art. 2-*ter*, in particolare, prevede il sequestro e la confisca di prevenzione come misure accessorie a quelle personali, dunque da richiedersi nel procedimento di applicazione -e con i presupposti- di quest'ultime, anche tramite l'espletamento delle ulteriori indagini patrimoniali cui si è prima accennato.

L'oggetto del sequestro (art. 2-*ter*, c. 2, l. 575/65) sono i beni di cui il prevenuto (c.d. proposto) «risulta poter disporre, direttamente o indirettamente» e che «sulla base di sufficienti indizi, come la notevole sperequazione fra il tenore vita e l'entità dei redditi apparenti o dichiarati, si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego». Il Tribunale, quindi, con il decreto con cui applica la misura di prevenzione personale, può ora disporre anche «la confisca dei beni sequestrati dei quali non sia stata dimostrata la legittima provenienza» (art. 2-*ter*, c. 3, l. 575/65).

La normativa in questione, peraltro, fa salva l'applicazione della disciplina della sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni personali di cui agli artt. 22 e ss. l. 152/75 che, quindi, permane formalmente quale strumento autonomo, anche se, nella prassi, spesso messo in ombra da un più frequente ricorso al sequestro di prevenzione, caratterizzato comunque da un oggetto significativamente più esteso.

meglio in seguito, il presupposto richiesto dalla fattispecie di pericolosità qualificata di cui alla legge antimafia.

¹⁹⁷ Si veda, ad esempio, l'introduzione delle indagini patrimoniali di cui all'art. 2-bis l. 575/65, che consentono all'autorità competente a richiedere la misura di effettuare stringenti approfondimenti e indagini presso istituti di credito, ed altri enti economici, o regolatori, o di controllo, privati e pubblici, al fine di acquisire documentazione ed informazioni sulla consistenza del patrimonio dell'indiziato proposto per l'applicazione della misura, nonché sulle sue entrate e sul suo tenore di vita, sulle licenze, autorizzazioni o concessioni eventualmente in essere, ecc.; le indagini, peraltro, sono disposte nei confronti non solo dell'indiziato di appartenere ad un'associazione mafiosa, ma anche del coniuge, del convivente nell'ultimo quinquennio, dei figli, nonché delle società e persone giuridiche per la parte di patrimonio che risulti direttamente o indirettamente nelle loro disponibilità. In materia di indagini patrimoniali anche v. (a cura di) S. FURFARO, *Le misure di prevenzione*, cit., 407-426.

5.3 Caratteri originari della confisca di prevenzione

Fermo il rinvio ai successivi capitoli per un approfondimento più puntuale di ciascun aspetto nella prassi attuale, conviene lo stesso evidenziare già qui, pur brevemente, i profili più salienti di questa innovativa forma di ablazione, alcuni destinati a permanere tendenzialmente invariati, altri invece a modificarsi, nel corso degli anni, in ragione dei molteplici interventi legislativi e giurisprudenziali che interesseranno sempre più frequentemente la materia.

Innanzitutto, trattandosi di una procedura di prevenzione, non sarà richiesto alcun nesso di pertinenzialità tra i beni da sequestrare e un qualche reato per il quale si proceda penalmente nei confronti del soggetto destinatario: i presupposti del procedimento di prevenzione, anche patrimoniale, sono sempre quelli (*ante* o *extra delictum*) delle misure personali applicabili agli indiziati di mafia, e dunque la sussistenza di indizi di appartenenza all'organizzazione mafiosa, e della pericolosità sociale che a tale condizione è ricollegabile.

I beni, dunque, potranno essere sequestrati, e poi confiscati, laddove si arrivi a ritenerli frutto di attività illecite (o che ne costituiscano il reimpiego), sulla base di sufficienti indizi, tra i quali, peraltro, viene valorizzata la sproporzione rispetto al reddito apparente o dichiarato: quindi, potenzialmente, senza che tali attività illecite debbano emergere in ogni loro aspetto oggettivo e soggettivo, o anche solo storico.

In questo senso è sufficiente, ai fini del sequestro, anche la sola sproporzione dei beni rispetto ai redditi dichiarati per presumere (pur relativamente) che la fonte di tali disponibilità -in realtà ignota- sia illecita.¹⁹⁸

L'indice costituito dalla sproporzione (da leggersi insieme alla mancata giustificazione della legittima provenienza) costituisce appunto un meccanismo innovativo dell'ablazione di prevenzione (e poi anche della misura di sicurezza ex art. 12-*sexies* d.l. 302/92, oggi confluita nell'art. 240-*bis* c.p.), destinato negli anni¹⁹⁹, come si vedrà, a diventare, da mero indice rivelatore, un vero e proprio presupposto autonomo (alternativo rispetto ai "sufficienti indizi" di derivazione dei beni da attività

¹⁹⁸ A. BALSAMO V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., 108-116. Si evidenzia come il ruolo della sproporzione è destinato ulteriormente ad ampliarsi nel 1993, quando il legislatore interverrà nuovamente sul comma 2-ter l. 575/65 prevedendo espressamente la sproporzione quale presupposto autonomo anche della confisca.

¹⁹⁹ In particolare con la l. 256/1993.

illecite) della confisca; peraltro, stante il minor onere probatorio che grava sull'accusa al fine di dimostrare la sproporzione (rispetto che a raccogliere sufficienti indizi della provenienza illecita), risulterà presto quello più impiegato nella prassi.²⁰⁰

Un altro profilo rilevante della confisca di prevenzione è, in questa fase, la sua accessorietà rispetto alla misura personale, presupposto che, appunto, ne consente l'applicazione solo congiuntamente a quest'ultima o comunque prima che la sua esecuzione cessi. Tale natura accessoria andrà via via attenuandosi nel corso degli anni sino alla rescissione del rapporto di presupposizione, nel 2008-2009, e l'elaborazione della nozione autonoma di pericolosità "reale", o "reale-personale", in forza della quale è consentita, ancora oggi, l'applicazione autonoma ed indipendente delle misure patrimoniali anche in situazioni in cui la pericolosità del destinatario non sia più attuale (ma solo sussistente al tempo degli incrementi patrimoniali sproporzionati e non giustificati, o ritenuti di derivazione illecita).²⁰¹

Un ultimo profilo sicuramente da anticipare è quello relativo all'ampio, fluido concetto di disponibilità "diretta o indiretta" dei beni da parte del prevenuto.²⁰² La particolare disciplina in materia (oggi, come si vedrà, condensata nelle stringenti previsioni di cui all'art. 26 codice antimafia) trova, invero, una sua giustificazione, quantomeno sul piano teorico, nella prassi degli indiziati di mafia di schermare i propri beni, magari semplicemente intestandoli a familiari o prestanome, oppure, più efficacemente, ricorrendo all'opera di professionisti "insospettabili" in grado di impiegare anche tecniche di occultamento particolarmente sofisticate.²⁰³

Tale ultimo versante, peraltro, diverrà ulteriormente rilevante (e problematico, per via degli effetti irragionevolmente punitivi che ne potrebbero discendere) quando

²⁰⁰ Per un efficace *excursus* in tema di rapporti tra sproporzione e provenienza illecita, sino ai giorni nostri, v. F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 164-170.

²⁰¹ Sul punto v. F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 147-152; anche v. A. BALSAMO V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., 41-49; S. FURFARO, *Le misure di prevenzione*, cit., 330-338.

²⁰² Per una sintesi delle problematiche, fermo il rinvio al prossimo capitolo, v. (a cura di) S. FURFARO, *Le misure di prevenzione*, cit., 325-330. Con specifico riferimento alla nozione di disponibilità "allargata" e alla disciplina delle intestazioni fittizie dopo le riforme del 2008-2009 v. A. BALSAMO V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., 92-98.

²⁰³ Per un'attenta panoramica dell'evoluzione degli schemi di infiltrazione e occultamento della ricchezza mafiosa v. A. BALSAMO V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., 34-40; 117 ss.

verrà previsto, anche per le misure di prevenzione, la possibilità di eseguire per equivalente la confisca laddove i beni e le utilità illecite non siano più direttamente aggredibili (perché ad esempio trasferiti legittimamente a terzi in buona fede).

5.4. Gli ulteriori interventi rilevanti della l. 646/82

Oltre alla predisposizione dei nuovi strumenti preventivi patrimoniali la legge 646/82, come detto, realizza un più ampio progetto di ammodernamento (e inasprimento) delle disposizioni repressive e preventive contro la mafia.

Così, a valle dell'introduzione dell'articolo 416-*bis* c.p., si assiste anche (Capo I) alla modifica e coordinamento di diverse disposizioni penali sostanziali (favoreggiamento, minaccia, riciclaggio, rapina e altri reati) e processuali (esame dei testimoni, riti speciali, esecuzione penitenziaria) in senso coerente con una più evoluta comprensione dei fenomeni di infiltrazione mafiosa nell'economia e nella società.

Ancora, diversi sono gli interventi in materia di prevenzione personale (Capo II), con il fine di rendere più stringente l'esecuzione di taluni obblighi (come quello di risiedere in un determinato comune) o prescrizioni della sorveglianza speciale di p.s. nei confronti dei soggetti portatori di pericolosità "qualificata" ex art. 1, l. 575/65.

Infine, sono da segnalarsi, a completamento di un quadro riformatore che trascende il settore penale strettamente inteso, tanto la previsione (Capo III) di accertamenti tributari ed obblighi di comunicazione in capo ai condannati, anche in via non definitiva, per reati di stampo mafioso²⁰⁴, quanto l'istituzione (Capo IV) di un'apposita commissione parlamentare destinata a valutare l'impatto della legge 646/82 e, più in generale, della nuova strategia di contrasto statale al crimine mafioso.

6. La l. 327/1988 e la ristrutturazione delle fattispecie di pericolosità

Tanto le misure patrimoniali quanto quelle personali condividono il medesimo presupposto applicativo costituito dalla possibilità di inquadrare il prevenuto in una delle fattispecie di pericolosità, sia essa "generica" (ai sensi della l. 1423/56) ovvero "qualificata" (ai sensi della l. 575/65, per i mafiosi, e l. 152/75, per i sovversivi).

²⁰⁴ Analoghi accertamenti sono previsti nei confronti di quanti siano destinatari di misura di prevenzione ai sensi dell'art. 1 della l. 575/65, ossia coloro che sono indiziati di appartenenza ad una delle associazioni criminali ivi contemplate.

Non basta, perché a tale inquadramento, di tipo “constatativo”, deve seguire anche un giudizio -prognostico- di pericolosità attuale per la sicurezza o per la moralità pubblica.

La riferibilità del proposto ad una fattispecie di pericolosità, dunque, appare condizione indefettibile -ma di per sé insufficiente- anche in relazione all’applicazione di nuovi strumenti patrimoniali. In tal senso è peraltro ragionevole osservare come le misure patrimoniali, sin da subito, ereditano anche la problematicità -prima riservata alle sole misure personali- di legittimare restrizioni spesso molto pesanti dei diritti costituzionali (dunque anche del diritto di proprietà e di iniziativa economica) a seguito di un accertamento della pericolosità *ante delictum* dell’individuo, condotto con i limiti, teorici e pratici, già da decenni evidenziati da larga parte della dottrina (tassatività, precisione, prevedibilità, arbitrarietà, ecc..) con riferimento alla materia preventiva.

Proprio per disinnescare molti dei profili critici individuati dalla dottrina in relazione a tali aspetti, per c.d. “comuni” a tutto l’apparato di prevenzione, il legislatore interviene nel 1988, con la legge. n. 327, coerentemente con le indicazioni sul punto pervenute anche dalla Corte costituzionale con la pronuncia n. 177 del 1980.

Il provvedimento si distingue, appunto, per segnare un’interruzione della tendenza espansiva delle misure²⁰⁵ che, infatti, vedono circoscrivere il proprio raggio di azione sulla base di due operazioni.

La prima si sostanzia nell’eliminazione di alcune ambigue fattispecie di pericolosità generica, come quella degli “oziosi e i vagabondi validi al lavoro”, e dei riferimenti ad attività indeterminate e generiche, quale, ad esempio, quello in tema di “attività contrarie alla morale pubblica e al buon costume”.²⁰⁶

La seconda operazione consiste, invece, nella ristrutturazione delle fattispecie superstiti attorno ad una nuova comune locuzione, quella degli “elementi di fatto” (in forza dei quali potrà ricondursi il soggetto ad una delle fattispecie di pericolosità),

²⁰⁵ In questo senso F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 20.

²⁰⁶ Riguardo in particolare a quest’ultima espressione, in particolare, è stato osservato condivisibilmente come si trattasse di “concetti che, oltre a riflettere un bene giuridico indeterminato e perciò di difficile afferrabilità, coprono aree interferenti con l’esercizio delle libertà fondamentali dei cittadini (comportamenti immorali, ma non criminosi, non dovrebbero dar luogo a interventi repressivi da parte di uno stato laico e pluralista!)” cfr. F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 20-21.

destinata, quantomeno nelle ambizioni, a meglio oggettivare i fatti e gli elementi valorizzati a fini preventivi (tanto in ottica di inquadrare il prevenuto, quanto nel giudizio prognostico sull'attualità della pericolosità) e, quindi, anche ad innalzare lo standard "probatorio" dell'accertamento.

Per effetto delle modifiche le fattispecie di pericolosità c.d. "generica" (o "comune") assumono così l'attuale conformazione normativa, poi confluita, da ultimo, nel codice antimafia del 2011.

Le tre fattispecie sopravvissute sono così riferite a: 1) «coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi»; 2) «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose»; 3) «coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o tranquillità pubblica».

Rinviando al capitolo successivo per un compiuto approfondimento anche delle problematiche ancora oggi attinenti alla formulazione delle fattispecie di pericolosità "generica", è comunque opportuno evidenziare già adesso come la scelta legislativa, pur imposta in un qualche modo dalle ampie crepe che segnavano l'eterogenea gamma delle precedenti fattispecie di pericolosità, abbia sì innalzato la tassatività -e lo standard di accertamento- del procedimento di prevenzione, con l'effetto, tuttavia, di avvicinare ulteriormente (nei riferimenti e nella terminologia utilizzata) l'oggetto dell'accertamento preventivo a quello proprio, invece, del procedimento penale.²⁰⁷

In questo senso il riferimento ad attività e traffici "delittuosi" rinvia infatti con evidenza alla commissione di illeciti penali, ed in particolar modo di delitti, così come il riferimento agli elementi di fatto pare richiamare il giudice ad un accertamento più intenso e rigoroso, quasi alla ricerca della prova indiziaria di stampo penalistico.²⁰⁸

²⁰⁷ D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 214 ss.

²⁰⁸ Per un'efficace panoramica delle diverse posizioni sul punto v. F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 21-24.

Si è osservato, dunque, come con tali modifiche si siano resi i confini dell'accertamento di prevenzione, rispetto alla giurisdizione penale, ancora più labili e sfumati, circostanza che, secondo taluni autori, svela con ancora maggiore chiarezza la natura di "surrogato" penale della prevenzione, di vera e propria "pena del sospetto".²⁰⁹

Tuttavia, la scelta di ridurre le fattispecie di pericolosità, e di elevarne al contempo lo standard obiettivo di accertamento, non può essere vista, nel complesso, negativamente: se da un lato erano infatti ormai troppo vistose e intollerabili le precedenti formulazioni delle fattispecie²¹⁰, da un altro lato, le misure erano comunque già da tempo indiziate di costituire una vera e propria truffa delle etichette.²¹¹

In tale spinosa situazione la scelta assunta sembra, forse, il "male minore", oltre che quella in grado più rapidamente di mettere al riparo la disciplina positiva da ulteriori censure costituzionali, anche considerando le esigenze di stabilità derivanti dal rilevante investimento sul sistema preventivo operato con l'introduzione delle recenti misure di carattere patrimoniale.

Tra le modifiche realizzate dal provvedimento in questione vi è anche da sottolineare, in materia di misure personali c.d. "amministrative" (ossia quelle di competenza dell'autorità di p.s.), la sostituzione dell'istituto della *diffida* con quello dell'*avviso orale*,²¹² e l'introduzione della "riabilitazione"²¹³ dagli effetti derivanti dall'essere stato destinatario di misura di prevenzione.²¹⁴

²⁰⁹ Tra questi v. D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 214-215.

²¹⁰ Già segnalati dalla dottrina dell'epoca, anche in occasione del convegno di Alghero (1974) più volte menzionato (v. *supra* par. 4.4), e comunque inquadrati anche dalla Corte costituzionale in talune pronunce, come appunto, da ultimo, la sentenza n. 177 del 1980 con cui, oltre all'eliminazione della categoria soggettiva dei "proclivi a delinquere", il legislatore veniva invitato a sviluppare le fattispecie di pericolosità attorno ad elementi razionali, in grado di essere accertati giudizialmente senza dover ricorrere all'impiego di sospetti o congetture.

²¹¹ In senso contrario si è evidenziato come "Uno dei segnali positivi, secondo parte della dottrina, sarebbe consistito proprio nella prognosi di pericolosità di queste categorie di soggetti: oggi la legge richiede che esso si basi sempre su elementi di fatto. Ma prevenzione personale e fatto sono incompatibili da sempre. Dove ci sono misure di prevenzione personali non ci possono essere elementi di fatto, perché se si richiede al giudice di «provare un fatto» che, come nel nostro caso, costituisce reato, allora significa che vi sono gli estremi per procedere penalmente. Un sistema preventivo personale che reprime il sospetto della commissione di un reato impone di accontentarsi di qualcosa di meno della prova di un fatto." cfr. D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 220-221.

²¹² Artt. 1 e ss., l. 327/1988.

²¹³ Art. 15, l. 327/1988.

²¹⁴ Per approfondimento, in senso critico, sulla sostanziale continuità di effetti tra *diffida* e *avviso orale* del questore v. D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 215-220.

Infine, il legislatore con l'art. 13 l. 327/88 modifica l'art. 19 l. 152/75 ed in forza del quale le misure di prevenzione (ora, anche patrimoniali) di cui alla l. 575/65 possono applicarsi anche a talune categorie di pericolosità generica previste dalla l. 1423/56 (e senza la necessità di alcun previo avviso o diffida).

In particolare, in esito alla selezione e riformulazione delle fattispecie di pericolosità in questione, l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale, al di fuori delle specifiche ipotesi di pericolosità qualificata (mafiosa) cui sono espressamente riferite, rimane consentita anche con riguardo a coloro che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi (art. 1 n. 1, l. 1423/56) o vivono abitualmente con il provento di attività delittuose (art. 1 n. 2, l. 1423/56).²¹⁵

7. L'evoluzione negli anni 90'

Nel corso degli anni 90', sulla scorta di interventi giurisprudenziali e normativi, si assiste al consolidamento del sistema di prevenzione in ambito patrimoniale e allo sviluppo di una prima, pur rudimentale, disciplina normativa in materia di destinazione dei beni confiscati alla criminalità organizzata.

Allo stesso tempo, talune logiche proprie della materia preventiva, come ad esempio la presunzione di illecita accumulazione (con relativa diversa ripartizione dell'onere probatorio e tendenziale "disintegrazione" del nesso di pertinenzialità con il reato) sono, in questi anni, riprese dal legislatore e riproposte anche in ambito penale, ora sperimentando ardite fattispecie criminose *ad hoc*, ora ripiegando su più incisive misure di sicurezza di carattere patrimoniale.

Sotto quest'ultimo aspetto è senz'altro significativa la vicenda relativa all'introduzione del reato di cui all'art. 12-*quinqes* c. 2, d.l. 306/1992, destinato, prima, ad essere dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale (in quanto reato c.d. "di sospetto") nel 1994 e, poi, a "risorgere" sotto le diverse e più agevoli spoglie - questa volta, di misura di sicurezza patrimoniale- della confisca c.d. "allargata" (o

²¹⁵ E, dunque, con la sola esclusione della categoria di cui all'art. 1, n. 3, l. 1423/56, riferita a «coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o tranquillità pubblica». L'esclusione in questione sembra determinata dalla minor idoneità astratta di tali comportamenti a fungere da presupposto per accumuli di ricchezza illecita e distorcere le dinamiche dell'economia lecita.

“estesa”) di cui all’art. 12-*sexies* (disposizione inserita, sempre nel 1994, nel corpo del d.l. 306/1992).

7.1 Applicazione del sequestro e della confisca ai pericolosi “generici”

L’inserimento del sequestro e della confisca di prevenzione in seno alla l. 575/65, anziché nella legge generale 1423/1956, sembrava coerente, a prima vista, con il *target* criminologico, pressoché esclusivamente “mafioso”, comune a tutte le disposizioni della legge Rognoni-La Torre del 1982.

Tuttavia la legge antimafia del 1965, ancora prima dell’introduzione delle misure patrimoniali, recava già un evidente collegamento sostanziale con la legge generale in materia di prevenzione: sono proprio le misure personali ivi previste che la legge antimafia 575/65 provvedeva ad “estendere” anche agli indiziati di appartenenza ad un’organizzazione criminale di stampo mafioso (divenuta, con la l. 575/65 una autonoma fattispecie di pericolosità, c.d. “qualificata”).

A tale ultima categoria, peraltro, sempre la legge del 1965 ricollegava una deroga al normale procedimento di applicazione (graduale) delle misure personali della l. 1423/56, prevedendo in particolare che agli indiziati di mafia fosse possibile applicare direttamente la sorveglianza speciale di p.s. (semplice, ovvero con obbligo o divieto di soggiorno in un qualche Comune) senza più necessità di una precedente diffida “caduta nel vuoto”.²¹⁶

Il collegamento in questione, funzionale all’estensione ai “mafiosi” delle misure personali, le sole previste a quel tempo, si complica, poi, in occasione della legge Reale, n. 152 del 1975, con la quale, come già detto, venivano delineate nuove fattispecie di pericolosità, questa volta di matrice politico-eversiva²¹⁷, cui parimenti venivano estese le misure di prevenzione personali (oltre che la sospensione

²¹⁶ In questo senso è opportuno segnalare come non è tanto la diffida in sé a costituire il presupposto per l’applicazione delle misure personali, secondo lo schema della l. 1423/56, quanto, piuttosto, la circostanza che il prevenuto non abbia ottemperato all’ingiunzione, che la diffida appunto conteneva e rivolgeva al destinatario, di cambiare stile di vita e conformare il proprio comportamento al rispetto delle norme di legge e di convivenza sociale.

²¹⁷ Contenute all’art. 18 l. 152/1975, che prevede l’espressa applicabilità delle misure di cui alla l. 575/65 nei confronti, anche, delle categorie di pericolosità qualificata appena introdotte dal medesimo articolo. Sul punto v. D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 206-213; anche v. F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 16-17.

temporanea dall'amministrazione dei beni ex artt. 22 e ss., introdotta con il medesimo provvedimento).

In questo caso, la norma di collegamento è l'art. 19 che, come già rilevato, estendeva, con singolare tecnica incrociata, la più agevole disciplina della l. 575/65, prevista per gli indiziati di mafia, anche alle fattispecie di pericolosità di cui ai n. 1), 2), 3) e 4) dell'art. 1 l. 1423/56.

Con l'effetto, quindi, che la più rigorosa disciplina (senza gradualità) della l. 575/65, da eccezione prima riservata solo ai "mafiosi", e poi ai "sovversivi" (ex art. 18 l. 152/75), diviene ora la "norma" anche per le fattispecie di pericolosità generica di cui all'art. 1 l. 1423/56 (pressoché tutte, ad eccezione della n. 5).²¹⁸

In questo "circolare" schema di richiamo si inseriscono gli interrogativi sorti con l'introduzione, nella l. 575/65, delle misure di prevenzione patrimoniali: tra questi, il più rilevante è senz'altro quello se si tratti di misure applicabili esclusivamente alla fattispecie di pericolosità qualificata di cui all'art. 1 (indizi di appartenenza ad un'associazione mafiosa) del medesimo testo, ovvero anche ad altre categorie.

Constatato il richiamo generale dell'art. 19 l. 152/75 a tutte le misure previste dalla l. 575/65, il dato positivo (anche considerata la natura extra-penale accordata alla materia preventiva) sembra autorizzare una lettura che inglobi, in tale richiamo, anche le successive modifiche ed integrazioni intervenute su tale legge, quindi anche le misure patrimoniali successivamente introdotte nel 1982. Altri, invece, hanno evidenziato in senso più garantista come la *ratio* sottesa alla confisca di prevenzione fosse eminentemente radicata nel contesto della lotta alle organizzazioni criminali, e che per tale ragione fosse quindi da applicarsi alla sola fattispecie di pericolosità qualificata prevista dalla legge antimafia.²¹⁹

Sul punto si è sviluppato negli anni un vivace dibattito, che è stato in diverse occasioni risolto in via giurisprudenziale sempre nel senso "estensivo" di consentire, in virtù del suddetto richiamo, l'estensione anche delle misure di carattere patrimoniale alle fattispecie di pericolosità generica.²²⁰

²¹⁸ La l. 327/1988 provvederà poi, come visto, ad eliminare talune categorie di pericolosità, e quindi a coordinare il richiamo dell'art. 19 ai soli n. 1) e 2) dell'art. 1 l. 1423/56.

²¹⁹ Cfr. G. FIANDACA, *Osservazioni a decreto sicurezza 1985*, in *Foro italiano*, II, 1986, 69 ss.

²²⁰ Per un'efficace sintesi del dibattito in questione, anche con numerosi riferimenti giurisprudenziali, v. A. BALSAMO V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la*

In particolare, solo a quelle specifiche fattispecie dell'art. 1 l. 1423/56 richiamate dall'art. 19 l. 152/75 e che, dopo la l. 327/88, coincidono con i n. 1 (coloro che sono dediti a traffici delittuosi) e 2 (coloro che abitualmente vivono con il provento dei delitti) dell'art. 1 l. 1423/56.

Ebbene, nel 1990 il legislatore interviene con la legge n. 55, dove, all'art. 14, prevede espressamente l'applicabilità delle misure di prevenzione patrimoniali, oltre che in relazione agli indiziati di mafia, anche per tutta un'ulteriore tassativa serie di casi: le associazioni a delinquere in materia di stupefacenti²²¹; coloro che vivono anche parte con il provento dei delitti (art. 1, n. 2, l. 1423/56), quando quest'ultimi siano riconducibili all'attività di sequestro di persona a scopo di estorsione. Siffatta di disposizione, dunque, sembra all'apparenza limitare l'ambito operativo delle misure patrimoniali alle sole ipotesi ivi contemplate, meno varie ed estese di quelle cui, in via interpretativa, la giurisprudenza consentiva già allora l'applicazione della confisca.

In questo senso, la disposizione costituisce sì, un "freno" ad un'applicazione indiscriminata delle misure patrimoniali alle fattispecie di pericolosità generica, limitandolo solo a talune attività e finalità delittuose. La novella, tuttavia, ha anche l'effetto di risolvere il contrasto interpretativo, di cui si è detto poc'anzi, segnando un importante risultato per i sostenitori della tesi estensiva: lo "sfondamento", anche se meno ampio di quanto auspicato, dell'argine che avrebbe voluto confinare la confisca di prevenzione alla sola materia della criminalità organizzata di stampo mafioso. L'intervento sembra quindi consolidare un'apertura di fondo, sino a quel momento incerta, e dunque una base per ulteriori "escursioni" legislative in materia di contrasto patrimoniale anche delle forme di pericolosità c.d. "generica".

Ed invero la sfera di operatività della confisca dal 1990 viene infatti progressivamente estesa, nel 1991, nel 1996, e nel 2003²²², anche all'ulteriore categoria di pericolosità generica dell'art. 1 n. 1 (coloro che sono dediti a traffici

criminalità organizzata, cit., 73-76; anche v. S. FINOCCHIARO *La confisca "civile" dei proventi da reato*, cit., 41 ss.

²²¹ Il riferimento è all'art. 75 della l. 685/75 in tema di sostanze psicotrope, che prevede la particolare fattispecie di associazione a delinquere in tale "settore". Oggi la disposizione in questione è sostituita dall'art. 74 del d.P.R. 309/1990.

²²² Ci si riferisce, rispettivamente, alle modifiche intervenute in virtù dell'art. 11 del d.l. 31 dicembre 1991, n. 419, dell'art. 9 della l. 7 marzo 1996, n. 108, e dell'art. 7 l. 11 agosto 2003, n. 228.

delittuosi), così come risulta via via ampliata l'indicazione dei reati (cui le attività delittuose dovrebbero riferirsi) che, dalla sola previsione dell'art. 630, arriva a ricomprendere anche gli ulteriori artt. 600, 601, 602, 629, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale.²²³

Ogni restrizione all'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali anche nei confronti dei soggetti a pericolosità generica verrà, poi, definitivamente eliminata nel 2008 con il primo "pacchetto sicurezza" della stagione 2008-2009.²²⁴

7.2 Gli interventi in tema di presunzione di illecito arricchimento

Gli anni 90', come noto, sono stati interessati da gravissime recrudescenze del fenomeno mafioso, ed in particolare della sua declinazione c.d. "stragista".

Anche in questi anni si è ricorso, in un clima di aperta emergenza, ad interventi legislativi a volte molto duri, e diretti ora a inasprire il trattamento sanzionatorio di taluni reati, ora a consentire un più agevole svolgimento dei procedimenti e delle indagini in materia di criminalità organizzata, ora a prevedere uno specifico rigore del regime penitenziario cui sottoporre i condannati per mafia.

All'interno di questi complessi interventi si trovano alcune disposizioni che svelano la volontà evidente del legislatore di trasferire in sede penale taluni meccanismi già propri delle misure di prevenzione patrimoniali.

Con il d.l. 306/1992²²⁵ viene, ad esempio, sperimentato un impiego singolare della presunzione di illecita accumulazione patrimoniale, appunto, in questo caso, quale elemento costitutivo della responsabilità penale della fattispecie di cui all'art. 12-*quinquies*, co. 2, del medesimo provvedimento.

La disposizione in questione, modificata diverse volte già nel 1993, incrimina il trasferimento fraudolento di valori, ed in particolare due tipologie di condotte.

Al primo comma, quella di colui che "*attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o disponibilità di denaro, beni o altre utilità al fine di eludere le disposizioni*

²²³ Sono inserite, anche, le disposizioni di legge inerenti la repressione del contrabbando.

²²⁴ Si tratta del d.l. 23 maggio 2008 n. 92, poi convertito dalla l. 24 luglio 2008 n. 125. Per un più approfondito esame di tale stagione normativa e delle rilevanti implicazioni originate dai pacchetti sicurezza vedi *infra* par. 8.

²²⁵ Si tratta del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, recante «Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa», convertito con la l. 356/1992.

di legge in materia di prevenzione patrimoniali o di contrabbando o di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648-bis e 648-ter del codice penale”, punendolo con la reclusione da due a quattro anni (subito elevati a cinque).

Al secondo comma, invece, viene prevista nei confronti di tutta una serie di soggetti, indagati (in sede penale, per gravi reati) o indiziati (per l'applicazione di una misura di prevenzione personale), laddove *“anche per interposta persona fisica o giuridica, risultano essere titolari o avere la disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, e dei quali non possono giustificare la legittima provenienza”*, la reclusione da uno a cinque anni e la confisca dei beni in questione.

La evidente problematicità di quest'ultima disposizione (comma 2), che reprimeva il semplice possesso²²⁶ ingiustificato di valori “colorato” dalla condizione soggettiva dell'avvio di un procedimento penale o di prevenzione, viene affrontata dalla Corte costituzionale nel 1994, quando, con la sentenza n. 48, ne dichiara l'illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 27 Cost.²²⁷

La Corte costituzionale, infatti, critica l'impropria assimilazione tra settori ordinamentali eterogenei, quali appunto sarebbero le misure di prevenzione e il diritto penale.²²⁸ *“Se, infatti, può ritenersi non in contrasto con i principi costituzionali una norma che, al limitato fine di attivare misure di tipo preventivo, desume dalla qualità di indiziato per taluni reati il sospetto che la sproporzione tra beni posseduti e reddito dichiarato possa esser frutto di illecita attività, altrettanto non può dirsi ove l'analoga situazione venga ricondotta all'interno di una previsione incriminatrice, giacché la legittimità di una simile fattispecie rinverrebbe un insormontabile ostacolo proprio*

²²⁶ La fattispecie di cui al primo comma, diversamente, si incentra sulla condotta di trasferire o intestare fittiziamente a terzi al fine di evitare l'applicazione delle disposizioni previste da alcune leggi speciali (prevenzione, armi, droga, contrabbando, riciclaggio ecc.).

²²⁷ Si tratta di Corte Cost., sentenza 9 febbraio 1994 (dep. 17.2.1994) n. 48. La fattispecie di cui al comma 1, invece, rimarrà in vigore sino a quando nel 2018, con la legge 1.3.2018, n. 21, verrà trasfusa, in applicazione del principio della riserva di codice, nel nuovo art. 512-bis c.p.

²²⁸ In particolare «L' analogia che può quindi cogliersi tra i reati presupposti che qualificano la condizione del soggetto attivo del delitto previsto dall'art. 12-quinquies, secondo comma, del d.l. n. 306 del 1992, e le categorie di indiziati per i quali è invece consentita l'applicazione di misure preventive, chiude pertanto il circolo del confuso ordito normativo che ha preteso di assimilare fra loro settori dell'ordinamento del tutto eterogenei: quello del diritto penale sostanziale e quello delle misure di prevenzione» cfr. c. cost. 48/94.

*nel principio di presunzione di non colpevolezza”.*²²⁹ In questo senso la Corte individua il cuore della violazione dell’art. 27 Cost. nel fatto per cui la disposizione in questione “*ispirandosi con fin troppa chiarezza a modelli tipici del procedimento di prevenzione, fonda proprio sulla qualità di indagato o di imputato il presupposto soggettivo che rende punibile un dato di fatto – la sproporzione non giustificata tra beni e reddito – che altrimenti non sarebbe perseguito, cosicché la persona indiziata o imputata, ancorché presunta non colpevole, è, per ciò solo, assoggettata a pena, in ordine ad una condotta che, ove posta in essere da qualsiasi altro soggetto, viene ad essere normativamente riguardata in termini di totale indifferenza”.*²³⁰

Con maggiore chiarezza: “*il fatto penalmente rilevante deve essere tale a prescindere dalla circostanza che il suo autore sia o meno indagato o imputato, perché tali condizioni, instabili come ogni status processuale, non legittimano alcun apprezzamento in termini di disvalore: un apprezzamento che varrebbe ineluttabilmente ad anticipare “effetti” che la Costituzione riserva, invece, soltanto alla sentenza irrevocabile di condanna”.*²³¹

Se è quindi chiaro che la Corte esclude, con forza, la plausibilità di una figura incriminatrice che faccia riferimento al mero *status* processuale del destinatario ed alla sproporzione ingiustificata del suo patrimonio, per un altro verso è evidente come tale piattaforma sia, anche per la Corte, validamente spendibile ai fini di attivare strumenti di carattere preventivo.

Il passaggio in questione, peraltro coerente con la diversa natura riconosciuta alle misure di prevenzione nella giurisprudenza costituzionale, “ispirerà” in particolar modo il legislatore che, poco tempo dopo, ripropone una più accorta disposizione, ancora implicante l’utilizzo della presunzione di illecito arricchimento ma, questa

²²⁹ Cfr. c. cost. 48/94.

²³⁰ Ancora sul punto «Vi è anzi da osservare che l’ambigua formula adottata dal legislatore ha pretermesso qualsiasi risalto all’epilogo processuale dei reati presupposti, quasi ad aver “presunto colpevole” il relativo imputato» cfr. c. cost. 48/94. E dunque, in sintesi, la natura, instabile e transitoria, della condizione costituita dall’essere sottoposto a procedimento non basta a conferire validamente alla sproporzione (ingiustificata) dei beni la natura di condotta offensiva: laddove infatti non vi sia alcun procedimento in atto nei confronti del cittadino è evidente che la sproporzione non sarebbe in alcun modo sanzionabile.

²³¹ Cfr. c. cost. 48/94.

volta, strutturata come misura di sicurezza patrimoniale²³², peraltro agganciata non più alla semplice pendenza di un procedimento bensì alla condanna penale per taluni gravi reati. Si tratta appunto dell'art. 12-*sexies* d.l. 306/1992, così come introdotto dal d.l. 399/1994 (conv. l. 501/1994), rubricato come “*Ipotesi particolari di confisca*”.

La nuova disposizione prevede, nei confronti dei condannati per mafia, stupefacenti²³³ e altri gravi reati (a vario titolo comunque riconducibili nell'orbita dei “fatti” di criminalità organizzata) il sequestro, finalizzato alla confisca, di tutti i beni o utilità, direttamente o indirettamente riconducibili al condannato, che siano sproporzionati rispetto al reddito o all'attività economica svolta e di cui quest'ultimo non sia in grado di giustificare la legittima provenienza.²³⁴

La disposizione in questione presenta elementi di innegabile analogia con la confisca di prevenzione, a cominciare dalla finalità preventiva insita nel “disarmare” le organizzazioni criminali attraverso la presunzione di illecito arricchimento dei soggetti ad essa collegati.²³⁵ Anche la platea dei destinatari della nuova misura di

²³² Come per la confisca di prevenzione, l'individuazione della natura anche di tale disposizione impegnerà dottrina e giurisprudenza in un acceso dibattito e che in particolare opponeva, da un lato, i sostenitori della tesi della natura di pena accessoria della misura in questione e, da un altro lato, coloro i quali ritenevano che si trattasse a tutti gli effetti di una misura di sicurezza patrimoniale. Come meglio si vedrà anche in seguito, è proprio quest'ultima tesi che si imporrà e consoliderà nella prassi (tra le più rilevanti pronunce v. Cass. n. 29022 del 30 maggio 2001, ric. Derouch; soprattutto, v. Cass. SS.UU. n. 920 del 17 dicembre 2003, ric. Montella), dove a tutt'oggi è considerata una “*misura di sicurezza patrimoniale atipica con funzione anche dissuasiva, parallela all'affine misura di prevenzione antimafia introdotta dalla legge 31 maggio 1965 n. 575*” (cfr. Cass. 920, 117.12.2003 Montella, poi ripresa costantemente).

²³³ Su questo punto, diversamente che nella disciplina di prevenzione, il riferimento non è limitato alla sola fattispecie associativa in materia di narcotraffico (oggi art. 74 T.U. stup.), ma anche alle diverse condotte “satelliti” di cui all'art. 73.

²³⁴ Il testo originario del comma 1 dell'art. 12-*sexies* d.l. 306/92 così recitava: “1. Nei casi di condanna o di applicazione della pena si richiama a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dagli articoli 416-*bis*, 629, 630, 644, 644-*bis*, 648, 648-*bis*, 648-*ter* del codice penale, nonché dall'art. 12-*quinqies*, comma 1, del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, ovvero per taluno dei delitti previsti dagli articoli 73 e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle 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, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica”. Per una sintetica analisi dei presupposti applicativi v. A. BALSAMO V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., 304 ss.

²³⁵ Sul punto ad esempio Cfr. A. BALSAMO V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., 302: «È opinione comune in dottrina, che scopo della norma fosse quello di fronteggiare il fenomeno del dilagare della criminalità organizzata mediante uno strumento di carattere patrimoniale, idoneo ad impedire l'infiltrazione massiccia nel circuito

sicurezza sembra richiamare, pur con qualche ambiguità²³⁶, quella dei destinatari della confisca di prevenzione: il riferimento principale è, anche in questo caso, quello alle forme più gravi di criminalità mafiosa, ed ai suoi reati “satellite” quale il narcotraffico, le estorsioni, l’usura, il riciclaggio, il trasferimento fraudolento di valori, ecc..

Ancora più che nella confisca di prevenzione viene, in questo caso, indebolito il vincolo pertinenziale tra i beni e le utilità, sproporzionate e ingiustificate, e il reato per il quale la confisca viene ordinata: la sola mancata indicazione della legittima provenienza consentirà, dunque, l’ablazione dei beni sproporzionati senza doverli necessariamente ricondurre al reato per il quale si è riportato condanna.²³⁷

Come meglio si vedrà in seguito (v. *infra* cap. IV), per provare a modulare gli evidenti effetti punitivi che derivano, per il singolo individuo, da un’impostazione siffatta (con conseguente riflesso anche sulla plausibilità della stessa natura preventiva dell’istituto) in relazione ad entrambe le forme di confisca verrà nel tempo elaborato dalla giurisprudenza un criterio “correttivo”, o più semplicemente delimitativo,

economico dei proventi di attività delittuose poste in essere dalle varie associazioni criminali. Ragione per la quale, diversamente da quanto avviene nella confisca prevista dall’art. 240 c.p., e in una certa misura anche nella confisca di prevenzione di cui all’art. 2-ter della l. 31 maggio 1965 n. 575, la connessione soggettiva prevale sulla esigenza della prova della derivazione del bene dalla commissione del reato».

²³⁶ Il profilo di ambiguità (che poi in chiave critica verrà ripreso diffusamente anche nel seguito di questo lavoro, v. *infra* cap. IV) è comune appunto a quello della confisca di prevenzione e consiste nel fatto che, in entrambi i casi, i provvedimenti (e i lavoratori preparatori che li precedono) sembrano incentrare la *ratio* tanto della presunzione di illecito arricchimento, quanto della stessa natura preventiva degli strumenti, sulla particolare gravità e pervasività del fenomeno mafioso, appunto riconsiderato e affrontato in una dimensione anche più economica e collettiva, consapevole della perniciosa portata ultima dell’infiltrazione mafiosa nell’economia. Tuttavia, per molti reati e in relazione a molte fattispecie di pericolosità il collegamento con il crimine mafioso è solo astrattamente plausibile (le estorsioni, l’usura, il trasferimento fraudolento di valori, il riciclaggio ecc... sono ovviamente ben riconducibili, spesso, alla fenomenologia tipica della delinquenza e impresa mafiosa, ma possono talvolta costituire attività delittuose anche del tutto slegate dal contesto mafioso e ben meno in grado di proiettare effetti devastanti in termini di infiltrazione nell’economia e nelle pubbliche amministrazioni). Ciò ha un riflesso se si considera che è proprio alla luce dell’obiettivo forza e inscindibilità del legame degli esponenti criminali con il sodalizio, anche dal punto di vista economico, che si è portati a ritenere che colpendo le disponibilità illecite dei soggetti a vario titolo riconducibili alla nozione di appartenenza alla mafia si colpisca, anche, il cuore e il motore delle cosche stesse (impedendone la successiva infiltrazione nell’economia attraverso l’impiego del metodo mafioso e la costituzione di rapporti corruttivi con le amministrazioni). Meno automatico è un siffatto ragionamento, anche dal punto di vista della ragionevole tenuta “presuntiva”, nonché del rispetto del principio di proporzionalità, laddove ci si riferisca, ad esempio alla prevenzione patrimoniale nei confronti della pericolosità c.d. generica, ovvero all’estensione della confisca ex art. 12-*sexies* anche a quelle attività delinquenziali contro il patrimonio avulse dalle logiche del crimine organizzato.

²³⁷ A. BALSAMO V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., 302 ss.

dell'oggetto della confisca a quei soli beni (o utilità) che, ingiustificatamente sproporzionati, possiedono comunque un qualche legame con la pericolosità del soggetto (o, nel caso dell'art. 12-*sexies*, con attività delittuose analoghe a quelle per cui si è intervenuta condanna).

In questo senso, ad esempio, verrà progressivamente richiesta, in materia di prevenzione, la c.d. “correlazione temporale” tra la pericolosità del soggetto e gli incrementi patrimoniali sproporzionati. Con riguardo alla confisca ex art. 12 *sexies*, oggi trasfusa nell'art. 240-*bis* c.p., analogamente sembra essersi mossa talvolta la giurisprudenza di legittimità²³⁸ e, di recente, soprattutto la giurisprudenza della Corte costituzionale.²³⁹ Per il momento è opportuno soprattutto segnalare come le affinità tra i due istituti²⁴⁰ verranno variamente esplorate nei decenni successivi, e spesso poste a supporto di una lettura “unitaria” di tali istituti, in un’ottica convergente (anche sul piano, critico, delle garanzie ricollegabili), quali misure “atipiche” dirette a instaurare un vero e proprio “processo al patrimonio”.

7.3 Il rilievo autonomo della sproporzione nella confisca di prevenzione

La determinazione del legislatore a fare leva, in particolar modo, sulla presunzione di illecito arricchimento non si concretizza, solamente, nei tentativi di esportazione di detto meccanismo nel circuito penale in senso stretto (prima come delitto, e poi come misura di sicurezza) bensì anche nel potenziamento del suo impiego in materia di prevenzione. Sotto quest’ultimo aspetto, infatti, nel 1993 il legislatore modifica nuovamente l'art. 2-*ter* della legge n. 575 del 1965, attribuendo rilievo alla sproporzione quale presupposto autonomo non più solo del sequestro, ma anche della

²³⁸ Nella quale, nel corso degli anni, ad orientamenti che accoglievano in toto l'impostazione per cui non è necessario alcun collegamento tra i beni e le utilità sproporzionate, non giustificate, e il reato per cui si è riportato condanna, si sono affiancati ulteriori filoni interpretativi, anche se rimasti perlopiù minoritari, dove si richiedeva, invece, la derivazione eziologica dei beni dal reato o, con posizione di compromesso, la riferibilità dei beni all'attività criminosa generica “emersa” con la sentenza di condanna, intesa come attività delittuosa emersa a carico del condannato, anche se non riferita ad quel fatto specifico per cui vi è stato processo. Per un sintetico approfondimento delle posizioni sottese alle opzioni di cui sopra v. A. BALSAMO V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., 308-312.

²³⁹ In particolare C. Cost. sentenza 21 febbraio 2018, n. 33. A riguardo *infra* (cap. IV); anche vedi nota S. FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?* in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, 2, 131 ss.

²⁴⁰ Variamente riconosciute a partire, in particolare, da Cass. SS.UU. n. 920 del 17 dicembre 2003, ric. Montella.

successiva confisca. Ciò porta ad agevolare notevolmente l'operatività dei nuovi strumenti patrimoniali, come peraltro confermato dalla circostanza, del tutto pacifica, che il requisito autonomo della sproporzione costituisce, ancora oggi, quello più frequentemente impiegato nella prassi.

8. La “rivoluzione” dei pacchetti sicurezza 2008-2009

Negli anni 2008-2009 il legislatore mette mano nuovamente alla normativa di prevenzione, realizzando un intervento dagli effetti davvero dirompenti.

L'obiettivo e il *target* criminologico delle modifiche sono, questa volta, non più immediatamente riconducibili ad una reazione a questa o a quell'altra emergenza criminale (come era stato per il fenomeno mafioso o quello dell'eversione interna), bensì appaiono ispirati da istanze securitarie dalla valenza più sfumata e “generale”, riflessa, anche, nell'eterogeneità delle disposizioni introdotte con i c.d. “decreti sicurezza”.²⁴¹ Per quanto qui di interesse, con tali provvedimenti si sono nuovamente potenziate le misure di prevenzione, soprattutto patrimoniali, in un'ottica di rilancio dell'apparato preventivo su larga scala.

In tal senso si collocano, ad esempio, le modifiche che prevedono la possibilità di applicare disgiuntamente le misure patrimoniali, con la conseguenza che, di fatto, quest'ultime vengono “sganciate” dalla necessità di una previa o contestuale richiesta anche di una misura personale²⁴² e perdono dunque la loro natura “accessoria” (in particolare, rispetto alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza).

Nello stesso solco, più “generale”, si possono collocare gli ulteriori ampliamenti, sempre nel 2008, della sfera soggettiva di applicazione delle misure anche ai soggetti indiziati dei reati di cui all'art. 51 c. 3-*bis* c.p.p., e l'introduzione della previsione di esecuzione per equivalente laddove *“la persona nei cui confronti è proposta la misura di prevenzione disperde, distrae, occulta o svaluta i beni al fine di*

²⁴¹ Le modifiche di cui al d.l. 92/2008 intervengono infatti eterogeneamente sul codice penale, sul codice di procedura penale, in materia di misure di prevenzione, di immigrazione, di competenze del sindaco e della polizia locale nel controllo del territorio, ecc...

²⁴² V. in particolare art. 2-bis, c. 6-bis l. 575/65, così introdotto dalla legge di conversione l. 125/2008: «6-bis. Le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente. Le misure patrimoniali possono essere disposte anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione. Nel caso la morte sopraggiunga nel corso del procedimento esso prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa».

eludere l'esecuzione dei provvedimenti di sequestro o di confisca su di essi", nonché quando i beni non possano essere direttamente confiscati *"in quanto trasferiti legittimamente, prima dell'esecuzione del sequestro, a terzi in buona fede"*.²⁴³

Tali modifiche si propongono soprattutto di ovviare agli "inconvenienti" che ancora imbrigliavano, nella prassi, le misure di prevenzione patrimoniali, e tra i quali spiccava, soprattutto, il rapporto di necessaria accessorietà con la misura personale (e che ne consentiva l'applicazione solo congiuntamente a quest'ultima, ovvero durante la sua esecuzione). Specifico riferimento viene svolto, anche, ai casi di "disgiunzione" per eccellenza della misura patrimoniale, ossia quelli dove interveniva la morte del proposto durante la procedura, o anche prima della proposta di applicazione della misura, disponendo espressamente che la stessa sia esperibile (pur con proposta da formularsi entro cinque anni dalla morte del soggetto cui si riferisce) nei confronti degli eredi, e sia comunque perseguibile nei loro confronti ove la morte sia intervenuta durante il procedimento di applicazione.²⁴⁴

Da segnalare, infine, che il decreto c.d. "sicurezza" n. 92 del 2008 provvederà anche a eliminare l'articolo 14 della l. 55/1990 (v. *supra* par. 7.1) che, come visto, aveva l'effetto di restringere l'operatività della confisca di prevenzione solo a taluni casi di pericolosità generica (in particolare, richiedeva che le attività illecite a fondamento della prognosi di pericolosità fossero collegate alla commissione di gravi reati, la cui indicazione tassativa è stata via via ampliata dal legislatore). Con tale abrogazione si è "rivitalizzata", dunque, l'originaria e più ampia platea di destinatari, a pericolosità c.d. "generica", prevista dall'art. 19 c.1 l. 152/1975 che espressamente autorizza l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali ai soggetti di cui ai n. 1) e 2) dell'art. 1 co. 1 l. 1423/56, a prescindere da quale sia il crimine cui il

²⁴³ V. art. 10 l. conv. n. 125 del 2008, che contiene analiticamente tutte le modifiche introdotte in materia di misure di prevenzione, principalmente, agli artt. 1, 2-bis, 2-ter e ss. l. 575/65.

²⁴⁴ V. art. 2-bis, c. 6-bis, l. 575/65: "Le misure patrimoniali possono essere disposte anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione. Nel caso la morte sopraggiunga nel corso del procedimento esso prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa", nonché, art. 2-ter l. 575/65 "La confisca può essere proposta, in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta, nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare, entro il termine di cinque anni dal decesso".

prevenuto è abitualmente dedito o dal quale derivi anche in parte il proprio sostentamento.²⁴⁵

Nel 2009 il legislatore interviene nuovamente ed in particolare realizza un'ulteriore modifica "storica" che, appunto in sinergia con il neo-introdotta principio di applicazione disgiunta (di cui all'art. 2-bis, c. 6-bis, l. 575/65), proietta la confisca di prevenzione in una nuova dimensione applicativa: dove l' "attualità" della pericolosità (al momento della proposta) non è più richiesta per l'applicazione, venendo "soppiantata", invece, dalla riferibilità temporale (o c.d. "correlazione temporale") degli incrementi patrimoniali illeciti (o perché direttamente indiziati in tal senso, o perché sproporzionati e non giustificati dal prevenuto) all'epoca in cui è possibile collocare il prevenuto nella fattispecie di pericolosità "contestata".

La novella è contenuta nella l. 15 luglio 2009 n. 94, che modifica l'art. 2-bis, c. 6-bis della l. 575/75 prevedendo, a fianco del principio di applicazione disgiunta, anche quello per cui le misure di prevenzione patrimoniali possono applicarsi anche *"indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione"*.

Appare evidente come lo sganciamento dalle misure di prevenzione personali sia, a questo punto, pienamente completato anche ben oltre le ipotesi, per c.d. "scolastiche", della morte del proposto, della sua irreperibilità o dimora all'estero (casi cui la giurisprudenza aveva in precedenza riconosciuto particolari attenuazioni del rapporto di accessorialità delle misure patrimoniali). Sulla scorta di tali modifiche è, ora, possibile applicare il sequestro e la confisca anche nei confronti di soggetti che non sono più attualmente pericolosi: basta che lo siano stati in passato, e che gli incrementi patrimoniali "sproporzionati", e non giustificati dal prevenuto, siano riferibili a tale periodo (oppure risultino, sulla base di sufficienti indizi, costituire il provento di attività illecite precedenti, ancorché "esaurite").²⁴⁶

²⁴⁵ Sul punto, anche per una sintetica ricostruzione delle del dibattito scaturito a tali innovazioni, v. A. BALSAMO V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., 60-88.

²⁴⁶ Sul punto cfr. A. BALSAMO-M. AGLIOSTRO, *I soggetti interessati*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, cit., 325 e ss.; anche cfr. F. BASILE *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 148-152.

Si coglie con chiarezza come la *ratio* dello strumento sia, quindi, in transizione da una -pur discussa e ancora discutibile- natura preventiva (come tale, diretta ad evitare la commissione di futuri crimini ed intrinsecamente legata ad una percezione attuale della pericolosità sociale) ad una natura recuperatoria o ripristinatoria (orientata invece al passato, il cui termine di raffronto è un illecito già commesso o presunto tale, e non, invece, un qualche crimine di futura commissione), quando non -per i più critici- di vera e propria sanzione “mascherata” (valorizzando da ultimo in tal senso anche la possibilità di eseguirla, a certe condizioni, “per equivalente”).

9. Il consolidamento della materia nell'ultimo decennio

L'ampia produzione legislativa in materia di prevenzione aveva ormai determinato un quadro normativo di riferimento assai complesso e stratificato.

La l. n. 1423 del 1956 era stata infatti concepita, originariamente, come legge generale (tendenzialmente esclusiva) delle misure di prevenzione (personali, le sole al tempo previste), considerabile, a sua volta, il prodotto del superamento della prima delicata fase di “collocazione” del sistema di prevenzione dopo l'introduzione della Costituzione e i primi interventi della Consulta. Tuttavia, sin dagli anni '60 la legge in questione è stata, come visto, oggetto di un progressivo processo di affiancamento e integrazione con altri testi normativi, quali appunto la l. 575/65 in materia di mafia e la l. 152/75 in materia di eversione e terrorismo (e, poi, anche, la l. 401/1989 in materia di violenza e disordini in occasione di manifestazioni sportive).

Tali rinvii ed affiancamenti erano, in un primo momento, giustificati in termini di “specialità” della normativa antimafia, o antiterroristica, rispetto allo spettro generale di applicazione delle misure di prevenzione delineato dalla l. 1423/56.

Le più snelle modalità di applicazione delle misure personali (ad esempio, senza necessaria previa ammonizione/diffida) e le nuove misure di carattere patrimoniale (sospensione temporanea e, poi, sequestro e confisca), inizialmente previste solo in relazione a tali “speciali” forme di pericolosità ritagliate sui fenomeni criminali mafioso e terroristico, registrano tuttavia, nei decenni successivi, un processo inverso, per c.d. “di ritorno”, in forza del quale sono estese progressivamente (dalla materia speciale) anche ad una parte della platea generale di cui alla l. 1423 del 1956,

arrivando sino a ricomprenderla interamente nel 2008-2009, ed originando, di fatto, un netto inasprimento complessivo dell'intero sistema.

Si delinea così una normativa che, tra rinvii e collegamenti più o meno espressi, mette in relazione necessariamente almeno tre diversi testi legislativi (escludendo il codice penale e di rito) già solo ai fini dell'individuazione dei soggetti destinatari e delle misure categorie applicabili (sequestro e confisca sono, ad esempio, previsti nella l. 575/65, ma applicabili anche a talune categorie della l. 1423/56, e ciò sulla scorta del rinvio contenuto nella l. 152/75).

In questo schema si inserisce, poi, un ulteriore e relevantissimo “carico” giurisprudenziale, parimenti necessario ai fini dell'esatta comprensione dei confini applicativi della materia, costituito dagli apporti della giurisprudenza di legittimità, chiamata freneticamente ad inseguire le nuove tendenze della materia in rapporto tanto a specifiche *escalation* emergenziali, quanto alla più generale domanda di “sicurezza” proveniente da una società sempre più frammentata ed insicura.

All'indomani delle dirompenti riforme realizzate nella stagione dei decreti sicurezza (2008-2009) il problema di razionalizzare il quadro normativo sulla scorta di tutte le eterogenee modificazioni intervenute, era, quindi, assolutamente impellente e sentito da tutti i soggetti chiamati a confrontarsi con tali strumenti.

Con il d. lgs. 159/2011²⁴⁷, recante il c.d. “codice antimafia”, il legislatore ha cercato, dunque, di procedere ad una ricognizione della normativa in un testo unitario e maggiormente accessibile, armonizzando incoerenze ed incertezze che, per quanto tendenzialmente già appianate in via interpretativa, non consentivano comunque un'adeguata e immediata fruizione del dato positivo (e sempre sorvolando sul tema “genetico” della vaghezza delle fattispecie di pericolosità, su cui si ritornerà più ampiamente in seguito v. *infra* cap. IV).

La base così costituita dal nuovo testo normativo è divenuta, poi, il terreno di confronto per importanti decisioni giurisprudenziali (soprattutto della Corte di Cassazione) che hanno variamente interessato, ancora una volta, la natura e la finalità delle misure di prevenzione (ed in particolar modo della confisca) e l'attuale

²⁴⁷ Trattasi del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 “Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2002 n. 136”.

conformazione dei loro presupposti applicativi; cui ha fatto seguito, nel 2017, un ultimo rilevante intervento legislativo diretto a consolidare gli effetti (ancora una volta perlopiù estensivi e a vocazione “generale”) derivanti da tali importanti approdi interpretativi, ormai già consolidati nella prassi.

I mutamenti e le evoluzioni che caratterizzano l’ultimo decennio sono, infine, più proficuamente da analizzarsi alla luce, anche, di un latente processo di “accettazione” e “riconoscimento” delle misure di prevenzione nella dimensione sovranazionale (sul punto ampiamente *infra* cap. III), ed in particolar modo in quella derivante dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e dalla giurisprudenza della relativa Corte, la cui integrazione con l’ordinamento interno è andata, come noto, progressivamente accentuandosi nel tempo (chiamando la Corte costituzionale ad un più frequente intervento, spesso necessario oltre che a dare effetto generale a determinate decisioni dei giudici di Strasburgo, anche a “gestire” e armonizzare gli effetti sempre più magmatici delle interazioni tra le fonti in questione).

9.1 Il codice antimafia del 2011

Tutte le disposizioni in materia di misure di prevenzione sono state trasfuse nel decreto legislativo 159/2011²⁴⁸, che, come detto, non realizza un’opera di codificazione in senso stretto bensì una -comunque meritoria- ricognizione della normativa stratificatasi nel tempo.²⁴⁹

Da ciò discende che il provvedimento legislativo in questione non risolve nessuna delle problematiche sostanziali delle misure, se non appunto (e nemmeno radicalmente, v. *infra* cap. IV) quella della difficile accessibilità e comprensione della precedente normativa, per come visto assai farraginoso e frammentato. Piuttosto ha

²⁴⁸ Cfr. F. BASILE *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 25-28; Anche v. B. ROMANO, *Il nuovo codice antimafia*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, cit., 41-50; nonché V. N. D’ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, cit., 51-64.

²⁴⁹ In questo senso depone, oltre che la semplice trasposizione, nella quasi totalità dei casi, del contenuto delle disposizioni previgenti (alcune dalla l. 1423/56, altre dalla l. 575/65, altre ancora dalla 152/75, e così via...), anche la struttura anomala del testo in questione, come si vedrà meglio in seguito, che ad esempio, delinea singolarmente, nel Libro I, le diverse misure di prevenzione solo dopo averne regolato il procedimento applicativo; si veda anche l’atipica modalità di identificazione dei soggetti destinatari (tramite il rinvio interno tra l’art. 1, 4 e 16 cod. ant.), resa, comunque, sicuramente più agevole che in precedenza.

sicuramente il pregio di far confluire nel testo, con chiarezza, alcune declinazioni pratiche dello strumento preventivo che erano già riconosciute nella prassi (come ad esempio la piena applicabilità delle misure patrimoniali a tutto l'arco soggettivo della pericolosità comune), nonché il merito di collocare utilmente, nel medesimo testo, anche la disciplina relativa alla documentazione (ed alla c.d. "interdittiva") antimafia ed alle modalità di gestione, assegnazione e destinazione dei beni confiscati.

Il "codice" si apre (capo I) con l'indicazione, all'art. 1, dei soggetti destinatari delle misure di prevenzione personali applicabili dal questore, quest'ultime costituite dal foglio di via e dall'avviso orale di cui ai successivi articoli 2 e 3.

Le fattispecie di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 1 sono quelle a pericolosità c.d. "generica", frutto dell'identica trasposizione dell'assetto previgentemente sul punto.²⁵⁰

Il successivo capo II è invece riservato alle misure di prevenzione personali applicabili dall'autorità giudiziaria, ossia -per il momento- la sola sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (con relative prescrizioni, obblighi e/o divieti).

L'art. 4 cod. ant. ha tuttavia un rilievo generale, trattandosi anche della norma che, a fianco del richiamo alle categorie di pericolosità c.d. "comune" di cui all'art. 1 (v. art. 4, c. 1, lett. c), elenca espressamente tutte le fattispecie di pericolosità "qualificata" attualmente in vigore, alle quali ricollega tanto l'applicabilità della sorveglianza speciale, quanto, in virtù del richiamo a tale disposizione contenuto nell'art. 16 cod. ant., anche quella di tutte le misure di prevenzione patrimoniali.

L'elenco delle fattispecie di pericolosità "qualificata" raggiunge, oggi, dopo l'intervento legislativo -ulteriormente estensivo sul punto- del 2017, la lettera *i-ter*). Si tratta di un gamma particolarmente ampia ed eterogenea (a riguardo, v. *infra* cap. IV), che annovera tutte le numerose fattispecie di pericolosità speciale introdotte a partire dal 1965 (quando è stata introdotta la prima fattispecie di pericolosità

²⁵⁰ Si tratta infatti di: *a*) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; *b*) coloro che per la condotta e il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con il provento di attività delittuose; *c*) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica. Sono le medesime fattispecie a pericolosità generica cui già era pervenuto il legislatore, nel 1988, con uno dei pochi interventi di carattere "restrittivo", ed in particolar modo diretto a maggiormente obiettivare il giudizio di pericolosità, introducendo (v. *supra* par. 6) il riferimento agli "elementi di fatto", poi conservato immutato sino ad oggi anche nel codice antimafia.

“qualificata”, nella specie derivante dall'appartenenza del proposto ad un'organizzazione mafiosa).²⁵¹

L'analisi critica del ventaglio delle fattispecie di pericolosità in vigore²⁵² sarà poi uno dei punti di partenza del capitolo IV di questo lavoro. Per il momento è utile evidenziare, qui, come le numerose fattispecie di pericolosità generica siano, oggi, molto diverse tra loro, per chiarezza, latitudine e fondamento criminologico.

Le ulteriori disposizioni relative a questo capo (artt. 5-15) disciplinano, infine, il procedimento applicativo della sorveglianza speciale e dei relativi obblighi o divieti, i rapporti con le misure di sicurezza e la carcerazione, nonché i profili inerenti le impugnazioni e l'esecuzione della misura.

²⁵¹ Nello specifico, tali fattispecie oggi sono quelle riferibili: *a)* agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416-bis c.p.; *b)* ai soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'art. 12 quinquies, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o del delitto di cui all'art. 418 del codice penale; *d)* agli indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3 quater, del codice di procedura penale e a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I del titolo IV del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605, e 630 dello stesso codice, nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue finalità terroristiche di cui all'art. 270 sexies del codice penale; *e)* a coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere un'attività analoga a quella precedente; *f)* a coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'art. 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza; *g)* fuori dei casi indicati nelle lettere d) e) ed f), siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato nella lettera d); *h)* agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. È finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati; *i)* alle persone che sono indiziate di aver agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'art. 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, nonché alle persone che, per il loro comportamento, debba ritenersi, anche sulla base della partecipazione in più occasioni alle medesime manifestazioni, ovvero della reiterata applicazione nei loro confronti del divieto previsto dallo stesso articolo, che sono dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica, ovvero l'incolumità delle persone in occasione o causa dello svolgimento di manifestazioni sportive; *i-bis)* ai soggetti indiziati del delitto di cui all'art. 640 bis o del delitto di cui all'art 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316 bis, 316 ter, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater, 320, 321, 322 e 322 bis del medesimo codice; *i-ter)* ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 612 bis del codice penale. Per un ampio esame delle categorie in questione anche v. F. BASILE *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 34-42; 55-68.

²⁵² Per una rapida panoramica v. F. MAZZACUVA, *Le persone pericolose e le classi pericolose*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, cit., 93-116; anche v. F. BASILE *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 34-67.

Alle misure di prevenzione patrimoniali è dedicato il Titolo II, che si apre, all'art. 16, con l'indicazione, anche in questo caso, dei soggetti destinatari: si tratta di quelli di cui all'art. 4 (e quindi, con effetto "concentrico", anche a quelli di cui all'art. 1, ossia coloro che sono inquadrabili in una delle fattispecie di pericolosità c.d. "generica"), cui si affiancano, ex art. 16 lett. b), le persone fisiche o giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente a disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali.²⁵³

L'art. 18 condensa in sé tutte le principali innovazioni delle riforme di pubblica sicurezza del 2008-2009, tra cui, al co. 1, i principi di applicazione disgiunta e di indipendenza (per le misure patrimoniali) dell'attualità della pericolosità del prevenuto al momento della richiesta. I successivi commi regolano compiutamente le evenienze specificamente collegate alla morte del proposto (durante la procedura o prima della richiesta) alla sua assenza o dimora all'estero, secondo peraltro una linea di assoluta continuità con l'assetto previgente.²⁵⁴

La disciplina delle indagini patrimoniali (i cui accertamenti possono ora essere utilizzati anche per avviare ulteriori verifiche finalizzate all'apertura di procedimenti fiscali e tributari) è contenuta nell'art. 19, cui fanno seguito, finalmente, le norme in tema di sequestro (art. 20) e confisca (art. 24).

Il quadro rilevante ai fini dell'ablazione è completato dalla previsione della possibilità di eseguirla per equivalente (art. 25), e di estenderla, tramite un'articolata presunzione di interposizione fittizia, anche ai trasferimenti ed alle intestazioni realizzate a qualunque titolo in favore di familiari e conviventi (art. 26), oltre che dalle successive previsioni di carattere processuale (dalle impugnazioni, all'esecuzione, alla revocazione, ai rapporti con il procedimento penale) di cui agli artt. 27-30.

²⁵³ Il comma 2 dell'articolo 16 è invece specificamente rivolto a consentire il sequestro (e la sua convalida), nei confronti dei portatori di pericolosità di cui all'art. 4 c.1 lett. i), anche nel corso delle operazioni e controlli di polizia in occasione degli eventi sportivi, dei beni che possono in qualsiasi modo agevolare le attività di chi prende parte attiva a fatti di violenza in occasione di tali manifestazioni.

²⁵⁴ Anche v. G. SPANGHER-A. MARANDOLA, *sub. art. 18 in Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Wolters Kluwer, 2019, Milano, 81 ss.

All'art. 31 e ss. sono collocate le disposizioni relative alle misure patrimoniali diverse dalla confisca, dunque la cauzione (art. 31), l'amministrazione giudiziaria dei beni personali (art. 33), quella dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende (art. 34) ed il controllo giudiziario delle aziende (art. 34-*bis*).

Si tratta, quest'ultimo, di un reticolo di interventi, con ordine di controllo/spossessamento crescente, destinato ad operare in via sussidiaria quando non vi sia l'esigenza di richiedere le più incisive misure del sequestro e della confisca, ed idealmente votato al recupero di un più ampio margine di adeguamento proporzionale dell'intervento patrimoniale nel caso concreto (si tratta invero dello spirito che ha animato, in particolare, le modifiche di cui alla l. 161 del 2017 in questo settore v. *infra* par. 9.3).²⁵⁵

9.2 Antiche questioni per nuovi orizzonti applicativi

La crescente centralità assunta dal sistema preventivo patrimoniale nella prassi giudiziaria ha riaperto, specialmente nell'ultimo decennio, l'interesse della dottrina per la materia, complice anche il gran numero di spunti di riflessione e di indagine che si sono potuti trarre dal recente e più intenso confronto con la giurisprudenza convenzionale, soprattutto intorno alla nozione di pena (e di materia penale) ai sensi della Convenzione, e che hanno talvolta rimesso in discussione la qualificazione interna di diversi istituti, come in parte è avvenuto proprio con riferimento ad alcune forme di confisca (ad esempio, quella prevista in caso di guida in stato di ebbrezza, ovvero quella, c.d. "urbanistica", applicabile sulla scorta dell'accertamento di condotte di lottizzazione abusiva).

La giurisprudenza di legittimità in questi anni ha condotto il rinnovato confronto intorno alla natura della confisca di prevenzione e avallato un riposizionamento del *focus* della pericolosità generica soprattutto sulle più lucrose forme di criminalità da profitto. E così, ad esempio, la Corte di Cassazione, a sezioni unite, ha ribadito nel 2015²⁵⁶ la natura non sanzionatoria della confisca di prevenzione,

²⁵⁵ Sul punto v. G. SPANGHER-A. MARANDOLA, *note introduttive sub art. 34-39*, in *Commentario breve al codice antimafia*, cit., 168-172.

²⁵⁶ Si tratta di Cass. pen., sez. un., 2 febbraio 2015, Spinelli, se ne tratterà ampiamente nei successivi capitoli (v. *infra* cap. IV). Vedi comunque già qui G. CIVELLO, *La sentenza "Spinelli" sulla confisca di prevenzione: resiste l'assimilazione alle misure di sicurezza, ai fini della retroattività della nuova*

ritenendola sì una sorta di *tertium genus* tra le misure preventive e quelle sanzionatorie, ma ricostruendone, comunque, *ratio* e finalità ripristinatoria in termini sostanzialmente contigui con l'applicazione sino a quel momento resa dalla giurisprudenza prevalente (ossia nei termini di una misura di sicurezza atipica), anche sotto il profilo delle garanzie tradizionalmente negate in materia (ad es.: irretroattività, presunzione di innocenza, v. *infra* cap. III). E ancora, poco prima, era stato comprovato con chiarezza il proposito di contrastare duramente la criminalità da profitto stabilendo che a nulla possa giovare, per il prevenuto, giustificare la sproporzione (o la portata indiziante circa l'origine illecita) dei suoi beni indicandoli come proventi dell'evasione fiscale (ancorché non penalmente rilevante), secondo un principio che verrà poi "normato" e coordinato anche con la disciplina dell'articolo 240-*bis* c.p. (che ha sostituito, sostanzialmente replicandola, la misura di sicurezza di cui all'art. 12-*sexies* d.l. 302/1992 e succ. modif.).²⁵⁷

Parallelamente, e con l'effetto di "puntellare" la proiezione delle misure verso i più vasti orizzonti prescelti dal legislatore, sempre la giurisprudenza di legittimità ha cercato di svolgere altresì una funzione "tassativizzante", in particolar modo con riferimento agli elementi su cui si incentrano le fattispecie di pericolosità generica. Gli sforzi in tal senso, tuttavia, sembrano solo in parte aver migliorato la situazione, come può anche ricavarsi dalle questioni in punto di legalità e prevedibilità della disciplina preventiva più di recente affrontate dalla Corte EDU e, poi, dalla Corte Costituzionale, e che hanno condotto alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della fattispecie di cui all'art. 1 lett. a) cod. ant.²⁵⁸

disciplina normativa, in *Arch. Pen.*, 2015, 1, 249 e ss.; per una rapida ricostruzione dell'ordinanza di rimessione e del contrasto insorto tra le sezioni semplici anche v. A.M. MAUGERI, *La resa dei conti: alle sezioni unite la questione sulla natura della confisca antimafia e sull'applicazione del principio di irretroattività*, in *Dir. Pen. Cont.* (web) 10 febbraio 2014.

²⁵⁷ Sul punto v. Cass., Sez. Unite, 29 maggio 2014 (dep. 29 luglio 2014), n. 33451, Pres. Santacroce, Rel. Zampetti, Imp. Repaci. Per una lucida presentazione del dibattito sotteso alla questione risolta dalla Corte, che interseca sia la confisca allargata sia quella di prevenzione, anche v. F. MENDITTO, *La rilevanza dei redditi da evasione fiscale nella confisca di prevenzione e nella confisca allargata*, in *Dir. Pen. Cont.* (Web) 9 marzo 2014, 1 e ss.; anche v. A.M. MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?* in *Dir. Pen. Cont.*, 2014, 2, 191 e ss.

²⁵⁸ Il riferimento è ancora una volta alla sentenza C. Cost. n. 24 del 2019, che prende le mosse dal dibattito interno apertosi a seguito della pronuncia CEDU De Tommaso c. Italia (23.2.2017); sui tentativi di recupero, in via interpretativa, di un maggiore rigore e tassatività dei presupposti applicativi anche v. F. BASILE *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 42 e ss.;

9.3 Le modifiche da ultimo introdotte con la legge n. 161 del 2017

La l. 161/2017 costituisce forse l'intervento più rilevante apportato al codice antimafia dopo la sua introduzione. In tale occasione si è dilatato, ulteriormente, l'ambito di operatività delle misure di prevenzione e sempre nel solco di una più ampia e trasversale lotta alla criminalità economica.²⁵⁹ In questo senso, il legislatore ha infatti introdotto la lett. i-bis), dell'attuale articolo 4 cod. ant., contenente una nuova fattispecie di pericolosità "qualificata" riferibile «ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 640-bis o del delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis del medesimo codice».

Si può scorgere, in questo ampliamento, la volontà di estendere le misure preventive anche al variegato settore dei reati contro la pubblica amministrazione, in continuità con le tendenze "espansive" che da sempre connotano il sistema, mantenendo comunque -per il momento- un prudente riferimento all'art. 416 quale "filtro" per dare rilevanza, in tale settore, solo alle più strutturate attività illecite di questo tipo, e che tendenzialmente solo un'organizzazione è in grado di apprestare. Peraltro, sul punto vi è da considerare, anche, che gli stessi reati "satellite" ben potrebbero, comunque, rilevare autonomamente (ai fini di un'eventuale confisca) anche laddove non vi fossero elementi in grado di indiziarne la commissione in seno ad un'associazione criminosa: gli stessi ricadrebbero, infatti, ove riferibili ad un'attività protratta nel tempo e non a fatti episodici, nelle previsioni di pericolosità generica di cui alla lettera b), come attualmente avviene anche per il c.d. evasore fiscale socialmente pericoloso.

La legge di modifica in questione, tuttavia, possiede anche un secondo volto, meno prevedibile e scontato del precedente, ma non meno interessante: la l. 161/2017 mette infatti mano anche al settore delle misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca, e in particolare al reticolo di disposizioni in materia di amministrazione giudiziaria dei beni personali, delle attività economiche e delle aziende, che arricchisce

²⁵⁹ Il medesimo provvedimento introdurrà anche una fattispecie di pericolosità del tutto slegata dalle esigenze di contrasto economico alla criminalità da profitto, e che attiene, invece, ai soggetti indiziati del delitto di cui all'art. 612-bis codice penale (v. art. 4 co. 1 lett. i-ter).

del nuovo art. 34-bis (controllo giudiziario), e informa, nel complesso, ad un principio di gradualità e ricerca del minor sacrificio possibile, sull'esercizio di impresa, derivante dall'intervento pubblico.

Le tre misure non ablative (amministrazione giudiziaria dei beni personali, amministrazione giudiziaria dei beni relativi ad attività economiche e delle aziende, controllo giudiziario)²⁶⁰ hanno in comune, tutte, il fatto di applicarsi a situazioni nelle quali non vi sono (o non sono ancora sviluppati o scoperti) gli elementi di fatto necessari per le più incisive misure del sequestro e della confisca.

L'amministrazione dei beni personali, invero, si colloca a parte, come misura aggiuntiva rispetto a quella previste dall'art. 6 cod. ant. (ossia la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza), ed ha comunque lo scopo non già di sottrarre al prevenuto beni di origine illecita, o ingiustificatamente sproporzionati, bensì quella di impedire che la libera disponibilità (di per sé lecita) dei propri beni (diversi da quelli utilizzati per la professione o l'esercizio dell'attività economica) "agevoli comunque la condotta, il comportamento o l'attività socialmente pericolosa".²⁶¹

L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende (art. 34) e il neo-introdotta controllo giudiziario delle aziende (art. 34-bis), condividono, invece, il presupposto applicativo costituito, ex art. 34, primo comma, dai sufficienti indizi che il libero svolgimento delle attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, "sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'art. 416-bis del codice penale o possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione di prevenzione personale o patrimoniale previste dagli articoli 6 e 24 del presente decreto, ovvero sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui all'art. 4, comma 1, lettere a), b) e i-bis) del presente decreto, ovvero per i delitti di cui agli articoli 603-bis, 629, 644, 648-

²⁶⁰ Tra le misure patrimoniali diverse dalla confisca il codice antimafia annovera in verità anche la cauzione, regolata appunto dall'art. 31, ma per la quale si può rinvenire una *ratio* (deterrente rispetto alla violazione delle prescrizioni) del tutto diversa rispetto a quella che presiede tutte le ulteriori misure patrimoniali (preventiva o di controllo a seconda dei casi); v. G. SPANGHER-A. MARANDOLA, *sub art. 31*, in *Commentario breve al codice antimafia*, cit., 156-157.

²⁶¹ In argomento anche v. C. SANTORIELLO, *Le misure di prevenzione patrimoniale diverse dalla confisca*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, cit., 514-517.

bis e 648-*ter* del codice penale” e, soprattutto, “non ricorrono i presupposti per l’applicazione delle misure patrimoniali di cui al capo I del presente titolo”.²⁶²

In questo schema, il controllo giudiziario delle aziende si distinguerebbe dalla misura di cui all’art. 34 solamente in punto di occasionalità dell’agevolazione prima descritta, o del rischio di infiltrazione mafiosa, collocandosi idealmente al gradino più basso e blando della scala di intervento preventivo.²⁶³

Nel complesso, questa ultima parte della riforma testimonia, senz’altro, una maggior consapevolezza degli effetti devastanti che la confisca (e prima il sequestro) di prevenzione sono in grado di comportare sulla vita delle aziende e delle imprese coinvolte, cercando in questo senso di fornire delle soluzioni diverse e che, pur sempre orientate alla prevenzione di infiltrazioni o agevolazioni criminali, siano in grado di flessibilizzare l’azione preventiva, alla ricerca del minor sacrificio possibile per il contesto economico-produttivo e per la libertà d’impresa.²⁶⁴

Non sono mancate tuttavia osservazioni anche critiche, in particolare in punto di estrema labilità dei presupposti di base delle due misure in questione (artt. 34 e 34-*bis* cod. ant.), di eccessiva discrezionalità attribuita al giudice nella loro applicazione (così come nella eventuale progressione verso una misura patrimoniale più penetrante), e di sovrapposizione (in particolare, del controllo giudiziale) con altre forme di controllo previste dalla normativa speciale o amministrativa.²⁶⁵

²⁶² Per maggiori riferimenti sul punto v. C. SANTORIELLO, *Le misure di prevenzione patrimoniale diverse dalla confisca*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, cit., 517-522.

²⁶³ Anche v. G. SPANGHER-A. MARANDOLA, *sub art. 34-bis*, in *Commentario breve al codice antimafia*, cit., 177-180

²⁶⁴ Sul punto v. G. SPANGHER-A. MARANDOLA, *note introduttive sub art. 34-39*, in *Commentario breve al codice antimafia*, cit., 168-169.

²⁶⁵ Per approfondimento anche v. G. SPANGHER-A. MARANDOLA, *note introduttive sub art. 34-39*, in *Commentario breve al codice antimafia*, cit., 169-172.

CAPITOLO 3 – LA PREVENZIONE PATRIMONIALE OLTRE I CONFINI NAZIONALI

SOMMARIO 1. Ambito di indagine – 2. I rapporti con il diritto convenzionale – 2.1 I criteri Engel quale metodo per identificare la materia penale – 2.2 Misure personali e CEDU – 2.3 Confisca e CEDU – 3. La posizione della Corte EDU sul sistema preventivo italiano – 3.1 CEDU e sorveglianza speciale di pubblica sicurezza – 3.2 CEDU e confisca di prevenzione – 3.2.1 Esclusione della confisca di prevenzione dalla materia penale – 3.2.2 Compatibilità con l'art. 1 prot. 1 CEDU – 3.2.3 Statuto processuale della confisca di prevenzione – 4. Le misure patrimoniali nel diritto dell'Unione europea – 4.1 Le principali convenzioni internazionali sugli strumenti patrimoniali – 4.2 L'azione comune dell'Unione europea – 4.2.1 La direttiva 42/2014/UE in materia di confisca dei proventi da reato – 4.2.2 Il regolamento UE n. 1805/2018 – 5. Strumenti di prevenzione patrimoniale nel diritto comparato – 5.1 Alcuni problemi di classificazione della confisca di prevenzione – 5.2 i Principali modelli nel panorama europeo – 6. Prevenzione e confisca nel modello spagnolo – 6.1 Repressione e controllo della pericolosità sociale in Spagna – 6.2. L'evoluzione della confisca nell'ordinamento spagnolo – 6.3 Il dibattito sulla collocazione dell'istituto – 6.4 L'attuale assetto legislativo in materia di confisca – 6.4.1 *Decomiso basico* (art. 127 c.p.) – 6.4.2 *Decomiso ampliado* (artt. 127-bis, 127 quinquies, 127 sexies c.p.) – 6.4.3 *Decomiso sin sentencia* (art. 127-ter c.p.) – 6.4.4 *Decomiso de bienes de terceros* (art. 127 quater c.p.) – 6.5 qualche considerazione conclusiva sul modello spagnolo.

1. Ambito di indagine

In questo capitolo l'intento è di allargare, pur sinteticamente, l'indagine sulle misure di prevenzione patrimoniali oltre i confini nazionali, muovendo in particolare da tre punti di osservazione convergenti: quello dei rapporti con la CEDU e la giurisprudenza della relativa Corte; quello relativo all'inquadramento euro-unitario degli strumenti di contrasto patrimoniale al crimine organizzato; quello comparatistico, con riferimento ai modelli stranieri più interessanti.

La ricerca è finalizzata, in questo senso, a ricostruire il più complesso quadro di collocazione sovranazionale della confisca di prevenzione (in un sistema di tutela multilivello e basato su approcci, anche metodologici, spesso differenti) per poi ricavare, in particolare dall'esame comparato, alcuni elementi di riflessione e suggerimento da sviluppare nell'ultimo capitolo relativo all'esame delle criticità più profonde dell'attuale sistema di prevenzione patrimoniale italiano.

2. I rapporti con il diritto convenzionale

La Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha elaborato, con la sentenza Engel del 1976²⁶⁶, tre criteri sulla scorta dei quali accertare la sostanziale pertinenza di una misura alla "materia penale" e, quindi, la soggezione al suo, più rigido, statuto garantistico. La possibilità di ricondurre la misura alla "materia penale" e, quindi, di riconoscerla come "*penalty*", rende infatti applicabile la più intensa tutela garantita dalla Convenzione in relazione alla previsione e applicazione di una sanzione.²⁶⁷

Alla materia penale la Convenzione -attraverso la giurisprudenza della sua corte- ricollega ormai pacificamente l'operatività di alcune particolari garanzie, come, ad esempio, il principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU (e i suoi corollari), o quello del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 prot. 7 CEDU; in altri casi, il confine della materia penale segna anche quello della più intensa valorizzazione di alcuni principi (validi, tuttavia, anche per altri ambiti) come quelli in tema di equo processo e di cui all'art. 6 CEDU, che sono riconosciuti appunto con portata differente a seconda che siano relativi o meno ad un'accusa penale, cui consegua l'applicazione all'individuo di una vera e propria sanzione.²⁶⁸

L'indagine condotta dai giudici di Strasburgo sulla riferibilità di una misura alla materia penale si propone di assicurare in concreto la massima estensione delle garanzie convenzionali, nel caso anche attribuendovi portata più ampia di quella riconosciuta nel singolo ordinamento interno, partendo appunto da una ricostruzione autonoma della natura sostanziale delle misure sottoposte al vaglio della Corte EDU, anche con riferimento alla loro concreta incidenza sui diritti dei singoli convenzionalmente tutelati.

²⁶⁶ Si tratta del caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, il cui testo è reperibile digitalmente in diverse lingue (inglese, francese) sul sito istituzionale della Corte EDU (echr.coe.int) attraverso il portale HUDOC per la ricerca dei precedenti giurisprudenziali. Sui noti criteri elaborati dalla Corte in questo caso v. *infra* 2.1. Anche v. T. TRINCERA *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Giappichelli, 2020, Torino, 308-316.

²⁶⁷ Circa la nozione convenzionale di materia penale, pena, e illecito penale: V. GIGLIO, *La "materia penale" e il suo statuto nella giurisprudenza interna e sovranazionale*, in *Diritto Penale e Uomo*, 10, 2019, 93-125; v. L. MASERA, *La nozione costituzionale di pena*, Giappichelli, 2018, Torino, 25-109.

²⁶⁸ L'art. 6 CEDU, infatti, delinea al primo paragrafo i principi di un'equa ed effettiva giurisdizione (tanto in relazione a procedimenti civili che penali), ed ai successivi paragrafi 2 e 3, sono sviluppate alcune garanzie, come, ad esempio, la presunzione di innocenza (art. 6 par. 2), che la Convenzione riserva solo alla persona accusata di un reato, e operano quindi solo a condizione di ricondurre la misura o l'infrazione contestata all'interno del concetto di materia penale.

Il metodo di cui sopra si presta, dunque, con una certa efficacia, a smascherare le c.d. “frodi (o truffe) delle etichette”: cioè quelle situazioni nelle quali il diritto interno aggira il riconoscimento di talune garanzie costituzionali o convenzionali, connaturate alla materia penale, attraverso un *escamotage* meramente formale, ossia qualificando la misura a livello interno come amministrativa, civilistica o tributaria, così celandone, invece, la reale dimensione afflittiva e, con essa, la più intensa tutela individuale che dovrebbe conseguirvi, anche dal punto di vista processuale, in accordo con le disposizioni della Convenzione.²⁶⁹

In quest’ottica sono state esaminate dalla Corte EDU anche le misure di prevenzione italiane, sia personali sia patrimoniali, variamente indiziate di costituire, appunto, un esempio di vere e proprie “pene mascherate”.

2.1 I criteri Engel quale metodo per identificare la materia penale

Con la pronuncia Engel, come anticipato, la Corte ha elaborato tre criteri (tra loro alternativi e non cumulativi) in forza dei quali ritenere la natura sostanzialmente penale delle misure sottoposte al vaglio convenzionale.²⁷⁰

Il primo indice è costituito dalla qualificazione giuridica nazionale²⁷¹, ossia la collocazione che, nel diritto interno, il legislatore assegna alla misura secondo la propria tecnica giuridica. Si tratta di un elemento in alcun modo vincolante per il

²⁶⁹ Cfr. V. MANES, *L’ultimo imperativo della politica criminale: Nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2015, 3, 1271-1273.

²⁷⁰ Sulla pronuncia in questione, anche per maggiori riferimenti bibliografici, v. L. MASERA, *La nozione costituzionale di pena*, cit. 29-36.

²⁷¹ V. *Engel e altri c. Paesi Bassi*, § 80-82. In particolare cfr. § 80 «All the Contracting States make a distinction of long standing, albeit in different forms and degrees, between disciplinary proceedings and criminal proceedings. For the individuals affected, the former usually offer substantial advantages in comparison with the latter, for example as concerns the sentences passed. Disciplinary sentences, in general less severe, do not appear in the person's criminal record and entail more limited consequences. It may nevertheless be otherwise; moreover, criminal proceedings are ordinarily accompanied by fuller guarantees. It must thus be asked whether or not the solution adopted in this connection at the national level is decisive from the standpoint of the Convention. Does Article 6 (art. 6) cease to be applicable just because the competent organs of a Contracting State classify as disciplinary an act or omission and the proceedings it takes against the author, or does it, on the contrary, apply in certain cases notwithstanding this classification? This problem, the importance of which the Government acknowledge, was rightly raised by the Commission; it particularly occurs when an act or omission is treated by the domestic law of the respondent State as a mixed offence, that is both criminal and disciplinary, and where there thus exists a possibility of opting between, or even cumulating, criminal proceedings and disciplinary proceedings».

giudice convenzionale, che dovrebbe fungere soprattutto da punto di partenza dell'indagine.²⁷²

Il secondo criterio attiene, invece, alla natura sostanziale dell'illecito²⁷³, e rappresenta un indice ben più importante del precedente: in questo senso, rilevano il carattere, la struttura e la significatività della norma trasgredita.

Il terzo elemento di valutazione è, infine, quello della natura, severità e finalità della sanzione/misura che può essere applicata all'individuo che ha commesso l'illecito o l'infrazione.²⁷⁴

Sulla base di questi criteri la Corte procede quindi a ricostruire autonomamente il concetto di "materia penale" rilevante per la Convenzione. Il fatto che quest'ultima non fornisca una definizione puntuale di cosa debba intendersi per materia penale, limitandosi al riferimento ora alla pena, ora al reato, ora all'accusa penale, ha consentito la rapida affermazione dei criteri in questione, che sono stati, nel tempo, più volte rivisti e "aggiornati" attraverso la giurisprudenza della Corte²⁷⁵ che, ancora

²⁷² «Hence, the Court must specify, limiting itself to the sphere of military service, how it will determine whether a given "charge" vested by the State in question - as in the present case - with a disciplinary character nonetheless counts as "criminal" within the meaning of Article 6 (art. 6). In this connection, it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States». cfr. *Engel e altri c. Paesi Bassi* § 82.

²⁷³ «The very nature of the offence is a factor of greater import. When a serviceman finds himself accused of an act or omission allegedly contravening a legal rule governing the operation of the armed forces, the State may in principle employ against him disciplinary law rather than criminal law. In this respect, the Court expresses its agreement with the Government. However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring» cfr. *Engel e altri c. Paesi Bassi*, § 82.

²⁷⁴ « However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the "criminal" sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental. The seriousness of what is at stake, the traditions of the Contracting States and the importance attached by the Convention to respect for the physical liberty of the person all require that this should be so» cfr. *Engel e altri c. Paesi Bassi*, § 82.

²⁷⁵ Per alcune rilevanti applicazioni, in settori tra loro diversi, v. anche il caso *Ozturk c. Germania*, 21 gennaio 1984, dove la Corte, in applicazione dei criteri in questione, qualifica una sanzione pecuniaria amministrativa (secondo il diritto tedesco) in una sanzione penale, applicandovi le relative garanzie, nel caso di specie in tema di giusto processo; ancora, v. casi *Benedoum c. Francia*, 24 gennaio 1994, e *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, dove la Corte riconduce alla materia penale misure fiscali e tributarie che non si limitano a recuperare la somma evasa dal contribuente ma vi applicano anche sovrattasse, maggiorazioni o ulteriori sanzioni pecuniarie. Per una puntuale ricostruzione degli orientamenti della Corte EDU nell'applicazione dei criteri Engel v. T. TRINCHERA *Confiscare senza*

oggi, li valorizza con metodo teleologicamente orientato a riconoscere la massima espansione del portato della garanzie convenzionali, seguendo un approccio autonomo e sostanzialistico ormai tendenzialmente consolidato.

Prima di concentrarci sulla giurisprudenza convenzionale dedicata al sistema italiano di prevenzione patrimoniale, è utile fornire, pur per sommi capi, una breve panoramica di come i criteri in questione siano stati, più in generale, applicati dalla Corte EDU con riferimento alle misure -preventive- limitative della libertà personale, e a quelle a vario titolo incidenti sul diritto di proprietà, laddove, appunto, si sia trattato di ricondurle o meno alla materia penale (sottraendole, così, ad un inquadramento nazionale meno “garantito”). Dopo, si crede, sarà quindi più facile riconoscere analogie e differenze con riguardo all’approccio dei giudici di Strasburgo rispetto al sistema italiano, consentendo quindi di cogliere anche certe caratteristiche e tendenze di fondo del sindacato convenzionale in materia.²⁷⁶

2.2 Misure personali e CEDU

La Corte EDU si è occupata in numerose occasioni di valutare se talune misure di carattere personale, variamente incidenti sulla libertà personale e di circolazione dell’individuo, siano da ricondursi alla materia penale, con ogni conseguenza in punto di applicabilità delle garanzie “penalistiche” che, negli ordinamenti interni, sarebbe invece preclusa dalla qualifica meramente disciplinare/amministrativa dell’illecito o della “sanzione”.

La stessa sentenza Engel è resa proprio riguardo talune sanzioni che sono state adottate in ambito disciplinare, nei confronti di alcuni militari olandesi. Quest’ultimi lamentavano l’inflizione nei loro confronti di misure assimilabili in concreto ad una pena privativa della libertà personale, applicata tuttavia senza le garanzie processuali da riservare ad una persona accusata di un illecito penale.

punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita, cit., 309-334; anche vedi V. GIGLIO, *La “materia penale” e il suo statuto nella giurisprudenza interna e sovranazionale*, in *Diritto Penale e Uomo*, cit., 93-99.

²⁷⁶ Per una sintetica anticipazione sul punto vedi comunque già ora V. MANES, *L’ultimo imperativo della politica criminale: Nullum crimen sine confiscatione*, cit., 1276-1278. Anche v. A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Arch. Pen.*, fascicolo n. 1, Gennaio-Aprile 2017 (web), 16-17.

La Corte valuta la qualificazione interna della sanzione (disciplinare) e la natura dell'infrazione (disciplinare), soffermandosi, in particolare, sulla severità/natura delle sanzioni irrogate: quelle che non comportavano alcuna limitazione della libertà personale, o che la realizzavano per un lasso temporale o con un'intensità non significativamente apprezzabile, sono state ritenute estranee alla materia penale, mentre la tipologia più grave (che nella specie prevedeva l'assegnazione dei trasgressori ad un reparto speciale con annesso un particolare regime di rigore e di limitazione di movimento anche nelle ore di riposo) viene invece ritenuta assimilabile ad una sanzione penale.²⁷⁷

In quest'ottica, l'elemento di differenziazione pare costituito soprattutto dalla qualità e significatività della limitazione della libertà personale, ricordando, quanto a gradazione dell'intensità, alcuni passaggi della Corte costituzionale italiana prima esaminati in relazione alle misure personali (in particolare con riferimento alle distinzioni tra le limitazioni discendenti dalle misure di prevenzione c.d. amministrative e quelle, invece, giurisdizionali v. *supra* cap. II par. 2.1).

Sempre con riferimento a misure privative della libertà personale la Corte ha, più di recente, ritenuto di ricondurre alla materia penale la detenzione di sicurezza tedesca (qualificata internamente come misura amministrativa, a scopo preventivo, in caso di condanna per gravi reati), nel caso *M. c. Germania*²⁷⁸, o quella c.d. "sostitutiva" (di una sanzione pecuniaria) prevista dal diritto francese, nel caso *Jamil c. Francia*²⁷⁹; in questo senso, e sempre valorizzando la severità e gravità della misura, è intervenuta

²⁷⁷ «The maximum penalty that the Supreme Military Court could pronounce consisted in four days' light arrest for Mr. van der Wiel, two days' strict arrest for Mr. Engel (third punishment) and three or four months' committal to a disciplinary unit for Mr. de Wit, Mr. Dona and Mr. Schul. Mr. van der Wiel was therefore liable only to a light punishment not occasioning deprivation of liberty (paragraph 61 above). For its part, the penalty involving deprivation of liberty that in theory threatened Mr. Engel was of too short a duration to belong to the "criminal" law. He ran no risk, moreover, of having to undergo this penalty at the close of the proceedings instituted by him before the Supreme Military Court on 7 April 1971, since he had already served it from 20 to 22 March (paragraphs 34-36, 63 and 66 above). On the other hand, the "charges" against Mr. de Wit, Mr. Dona and Mr. Schul did indeed come within the "criminal" sphere since their aim was the imposition of serious punishments involving deprivation of liberty (paragraph 64 above). The Supreme Military Court no doubt sentenced Mr. de Wit to twelve days' aggravated arrest only, that is to say, to a penalty not occasioning deprivation of liberty (paragraph 62 above), but the final outcome of the appeal cannot diminish the importance of what was initially at stake» cfr. *Engel e altri c. Paesi Bassi*, § 85.

²⁷⁸ Si tratta di *M. c. Germania*, 17 settembre 2009, in particolare v. §§ 123-133; nello stesso senso anche v. *Jendrowiak c. Germania*, 14 aprile 2011, § 47, e *Glien c. Germania*, 28 novembre 2013, §§ 120-130.

²⁷⁹ V. *Jamil c. Francia*, 8 giugno 1995, in particolare § 32.

anche in tema di espulsione dello straniero (con contestuale interdizione decennale dal rientrare nel territorio nazionale)²⁸⁰ e di talune sanzioni disciplinari nell'ambito penitenziario britannico²⁸¹.

Tuttavia, in altri casi la Corte ha escluso la riconducibilità alla materia penale di alcune misure, di carattere personale, giustificate in ottica eminentemente preventiva. Così, ad esempio, nel caso *Berland c. Francia*²⁸² è stata esclusa dalla materia penale una misura di sicurezza fortemente invasiva (un ricovero d'ufficio) imposta a una persona non ritenuta penalmente responsabile.

Sempre in virtù della finalità esclusivamente preventiva della misura la Corte aveva già escluso dalla materia penale, nella risalente decisione *Lawless c. Irlanda*²⁸³, una particolare ipotesi di internamento di un soggetto pericoloso, ritenuto un appartenente all'IRA, giustificando tale scelta sulla scorta della finalità esclusivamente preventiva della misura, diretta ad evitare la realizzazione o agevolazione di gravi reati contro l'incolumità e l'ordine pubblico.

Per quanto risalente, l'ultimo precedente di cui sopra ben rappresenta il prudente *self-restraint* che la Corte EDU adotta con riferimento a contesti emergenziali che involgono la criminalità mafiosa o eversiva, soprattutto in frangenti dove gli Stati membri sono impegnati in delicate azioni di contrasto e smantellamento delle organizzazioni criminali. Non dissimile, come si vedrà, sarà l'atteggiamento anche con

²⁸⁰ V. *Gurguchiani c. Spagna*, 15 dicembre 2009, § 40.

²⁸¹ V. *Campbell e Fell c. Regno Unito*, 28 giugno 1984, § 72; ancora nello stesso senso v. *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, 9 ottobre 2003, §§ 104, 124-129.

²⁸² V. *Berland c. Francia*, n. 42875/10, 3 settembre 2015, §§ 39-47.

²⁸³ V. *Lawless c. Irlanda* (dec. n. 3), 1 luglio 2019, cfr. § 19: «Whereas the proceedings show that the Irish Government detained G.R. Lawless under the Offences against the State (Amendment) Act, 1940, for the sole purpose of restraining him from engaging in activities prejudicial to the preservation of public peace and order or the security of the State; whereas his detention, being a preventive measure, cannot be deemed to be due to his having been held guilty of a criminal offence within the meaning of Article 7 (art. 7) of the Convention; whereas it follows that Article 7 (art. 7) has no bearing on the case of G.R. Lawless; whereas, therefore, the Irish Government in detaining G.R. Lawless under the 1940 Act, did not violate their obligation under Article 7 (art. 7) of the Convention. As to whether, despite Articles 5 and 6 (art. 5, art. 6) of the Convention, the detention of G.R. Lawless was justified by the right of derogation allowed to the High Contracting Parties in certain exceptional circumstances under Article 15 (art. 15) of the Convention».

riferimento alle misure di prevenzione personali (e patrimoniali) italiane²⁸⁴, ed alla necessità di arginare e contrastare efficacemente il crimine mafioso.²⁸⁵

Alla luce di questo pur breve *excursus* è comunque possibile indicare la gravità/natura della sanzione, e la sua finalità (eminentemente preventiva, piuttosto che sanzionatoria), come gli elementi di valutazione privilegiati, in un senso o nell'altro, nell'ambito dell'indagine sulla collocazione nella materia penale di una qualche forma di restrizione della libertà personale: all'aumentare dell'intensità/severità della misura, anche avuto riguardo, in concreto, alle sue modalità di esecuzione, dovrà sussistere un'esigenza di prevenzione pregnante e relevantissima perché questa non sia attratta nella materia penale, soprattutto in virtù della insopprimibile componente afflittiva (la cui compresenza, a lato dell'intento preventivo, è innegabile) che connota la privazione (o, comunque, la drastica limitazione) della libertà personale.

2.3 Confisca e CEDU

Diverse forme di confisca presenti negli ordinamenti degli Stati contraenti sono state sottoposte alla Corte EDU in quanto indiziate di costituire, a discapito della formale qualificazione interna in termini amministrativi, civilistici, o comunque estranei alla materia penale, delle vere e proprie risposte sanzionatorie collegate ad un illecito penale commesso dall'individuo.

La collocazione di una forma di confisca al di fuori dalla materia penale comporta, anche in questo caso, sensibili conseguenze in punto di statuto garantistico applicabile: ad esempio, l'esclusione delle garanzie di cui all'art. 7 CEDU, anche in punto di irretroattività delle nuove disposizioni più sfavorevoli; ancora, l'esclusione delle garanzie "penalistiche" di cui all'art. 6 CEDU, tra cui la presunzione di innocenza. Ciò tuttavia non significa che una simile confisca non debba, comunque,

²⁸⁴ Il precedente in questione è infatti richiamato dal Governo italiano nelle proprie argomentazioni nella decisione -di irricevibilità- della Commissione EDU (al tempo organo competente a valutare la ricevibilità dei ricorsi) *M. c. Italia*, 15 aprile 1991, 12386/86. Con quest'ultima pronuncia, come si vedrà, si sono poste le basi per riconoscere uno "scudo", infatti spesso pedissequamente richiamato dalla Corte nei casi successivi, all'ammissibilità di quesiti diretti a ricondurre le misure di prevenzione italiane (personali e patrimoniali) nella materia penale ai sensi della convenzione.

²⁸⁵ In questo senso anche v. T. TRINCERA *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., 328.

rispettare i parametri, di proporzione e ragionevolezza, di cui all'art. 1 prot. 1 CEDU (tutela del diritto di proprietà contro interferenze ingiustificate).

Il primo caso in cui la Corte si occupa della questione è la nota decisione *Welch c. Regno Unito*²⁸⁶, dove esamina una disposizione che attribuiva poteri estesi di confisca all'autorità britannica, in forza dei quali era consentita, nei confronti di un soggetto condannato per reati in materia di stupefacenti, la confisca di tutti quei beni acquistati nei sei anni precedenti l'inizio del procedimento, che a tal fine venivano presunti come proventi illeciti del traffico di droga (salva la possibilità per il condannato di provare il contrario).²⁸⁷ Un'altra caratteristica interessante è quella per cui, nella determinazione dell'ammontare di tale confisca, il giudice poteva tenere conto del grado di colpevolezza dell'individuo, e addirittura prevedere, laddove la confisca venisse elusa, un periodo sostitutivo di carcerazione.²⁸⁸

Nel fare applicazione dei criteri Engel la Corte, già con questa sentenza, affronta molti dei nodi problematici che caratterizzano, ancora oggi, la giurisprudenza convenzionale in materia anche con riferimento alla confisca di prevenzione italiana: tra questi, la compresenza, accanto a indiscutibili finalità preventive, anche di effetti marcatamente sanzionatori; la possibilità o meno di accertare un collegamento tra il prelievo e un'accusa di natura penale; l'operatività della presunzione di innocenza piuttosto che della presunzione di illecito arricchimento.

Nelle argomentazioni del governo britannico, infatti, la misura in questione viene presentata come preventiva e recuperatoria, ossia diretta da un lato a prevenire l'uso dei profitti del traffico di droga (presunti tali fino a prova contraria) in ulteriori traffici illeciti e, dall'altro lato, a privare l'autore del reato di ogni beneficio che gli sia derivato dal crimine.²⁸⁹

²⁸⁶ Si tratta di *Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995, in particolare v. §§ 22-36.

²⁸⁷ La disposizione in questione è stata introdotta nel Regno Unito con il Drug Trafficking Offences Act del 1986, e veniva nel caso di specie applicata retroattivamente, in quanto ritenuta a livello interno come una misura preventiva, o al più ripristinatoria, e non una sanzione penale, come tale assistita dall'art. 7 CEDU (la cui copertura sostanziale è, invece, invocata dal ricorrente in relazione alla propria posizione).

²⁸⁸ T. TRINCHERA *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., 335-336.

²⁸⁹ «The Government contended that the true purpose of the order was twofold: firstly, to deprive a person of the profits which he had received from drug trafficking and secondly, to remove the value of the proceeds from possible future use in the drugs trade. It thus did not seek to impose a penalty or punishment for a criminal offence but was essentially a confiscatory and preventive measure. This could be seen from the order in the present case, which had been made for the purpose of depriving the

La Corte, pur rilevando come senz'altro la misura persegua, anche, uno scopo preventivo, evidenzia invece come vi siano plurimi elementi che caratterizzano la misura, nel complesso, in termini più prossimi a quelli di *penalty*, con conseguente attrazione, ai fini dell'applicazione dell'art. 7 CEDU, nell'area della materia penale convenzionale. Questi, in particolare, sono da ricavarsi nel legame della misura con un'accusa penale, che è evidente, nel caso di specie, atteso il riferimento alla condanna per uno o più *offences* in materia di *drug trafficking* richiesta per l'applicazione della misura²⁹⁰; ancora, assume rilievo l'ampia presunzione legale in forza della quale i beni sono presunti derivanti dal traffico di droga, così come la possibilità di determinare l'ammontare della confisca anche tenendo conto del grado di colpevolezza del condannato, ed eventualmente prevedere un periodo di carcerazione in caso di mancato pagamento; ancora rileva, sempre nel senso di "sospingere" la misura verso la materia penale, il fatto che l'ablazione non sia limitata al solo arricchimento o profitto illecito.²⁹¹

defendant of illegal gains. Had no order been made, the money would have remained within the system for use in further drug-dealing enterprises. It was stressed that a criminal conviction for drug trafficking was no more than a "trigger" for the operation of the statutory provisions. Once the triggering event had occurred, there was no further link with any conviction. Thus, the court could consider whether a person had benefited from drug trafficking at any time and not merely in respect of the offence with which he had been charged. Moreover, an order could be made in relation to property which did not form part of the subject-matter of the charge against the defendant or which had been received by him in a period to which no drug-dealing conviction related. Furthermore, the fact that a period of imprisonment could be imposed in default of payment could be of no assistance in characterising the nature of the confiscation order since there were many non-penal court orders which attracted such a penalty in the event of non-compliance. Similarly the harsh effect of the order was of no assistance, since the effectiveness of a preventive measure required that a drug trafficker be deprived not only of net profits but of money which would otherwise remain available for use in the drug trade» cfr. § 24 *Welch c. Regno Unito*.

²⁹⁰ «As regards the connection with a criminal offence, it is to be observed that before an order can be made under the 1986 Act the accused must have been convicted of one or more drug-trafficking offences (see section 1 (1) of the 1986 Act at paragraph 12 above). This link is in no way diminished by the fact that, due to the operation of the statutory presumptions concerning the extent to which the applicant has benefited from trafficking, the court order may affect proceeds or property which are not directly related to the facts underlying the criminal conviction. While the reach of the measure may be necessary to the attainment of the aims of the 1986 Act, this does not alter the fact that its imposition is dependent on there having been a criminal conviction» cfr. *Welch c. Regno Unito*, § 29.

²⁹¹ «However, there are several aspects of the making of an order under the 1986 Act which are in keeping with the idea of a penalty as it is commonly understood even though they may also be considered as essential to the preventive scheme inherent in the 1986 Act. The sweeping statutory assumptions in section 2 (3) of the 1986 Act that all property passing through the offender's hands over a six-year period is the fruit of drug trafficking unless he can prove otherwise (see paragraph 12 above); the fact that the confiscation order is directed to the proceeds involved in drug dealing and is not limited to actual enrichment or profit (see sections 1 and 2 of the 1986 Act in paragraph 12 above); the discretion of the trial judge, in fixing the amount of the order, to take into consideration the degree of culpability of the accused (see paragraph 13 above); and the possibility of imprisonment in default of payment by

È soprattutto interessante, anche per le future questioni che si affronteranno in tema di confisca, come la Corte ritenga che “*the aims of prevention and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent elements of the very notion of punishment*”²⁹², e dunque come la coesistenza di scopi preventivi accanto a finalità sanzionatorie non sia argomentazione idonea a escludere la natura sostanzialmente penale di una forma di confisca (ed, anzi, costituisca una condizione immanente alla stessa la nozione di *punishment*).

Tuttavia, nel tempo la giurisprudenza della Corte si è rivelata estremamente frammentata in materia di riqualificazione in chiave sanzionatoria di forme di confisca particolarmente estese, complici, da un lato, il metodo casistico proprio della giustizia convenzionale e, da un altro lato, la consapevolezza di doversi confrontare con misure patrimoniali su cui gli Stati contraenti hanno investito molto in termini di “lotta senza quartiere” ad alcuni fenomeni criminali (mafia, terrorismo, corruzione diffusa) che ne tengono “ostaggio” il territorio e le economie, e che proprio in un’ottica di maggior efficienza hanno scelto di “posizionare” in aree diverse da quella penale.

Ed infatti, già nel caso *Phillips c. Regno Unito* la Corte ha invece ritenuto di non applicare la garanzia della presunzione di innocenza (che implica che nei confronti dell’individuo sia rivolta una vera e propria accusa penale) ad una misura del tutto analoga a quella già giudicata nel caso *Welch*.²⁹³

In particolare la Corte ha valorizzato la circostanza che, nell’ordinamento inglese, la fase di accertamento e definizione dell’ammontare della confisca è autonoma rispetto a quella di cognizione ed affermazione della colpevolezza: ne

the offender (see paragraph 14 above) - are all elements which, when considered together, provide a strong indication of, inter alia, a regime of punishment» cfr. *Welch c. Regno Unito*, § 33.

²⁹² «In assessing the nature and purpose of the measure, the Court has had regard to the background of the 1986 Act, which was introduced to overcome the inadequacy of the existing powers of forfeiture and to confer on the courts the power to confiscate proceeds after they had been converted into other forms of assets (see paragraph 11 above). The preventive purpose of confiscating property that might be available for use in future drug-trafficking operations as well as the purpose of ensuring that crime does not pay are evident from the ministerial statements that were made to Parliament at the time of the introduction of the legislation (see paragraph 11 above). However it cannot be excluded that legislation which confers such broad powers of confiscation on the courts also pursues the aim of punishing the offender. Indeed the aims of prevention and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent elements of the very notion of punishment» cfr. *Welch c. Regno Unito*, § 30

²⁹³ Nel caso di specie, tuttavia, non era in discussione l’applicabilità dell’art. 7 CEDU, ma appunto quella dell’art. 6 CEDU laddove prevede tutta una serie di garanzie, tra le quali anche la presunzione di innocenza (di cui al secondo paragrafo di tale disposizione), per le persone nei cui confronti si svolge un procedimento in relazione ad un’accusa penale.

consegue che il procedimento volto all'applicazione della misura patrimoniale, non implicando la decisione sulla colpevolezza dell'imputato ma solo una stima (sulla base del criterio civilistico del *balance of probabilities*) dell'ammontare della confisca, non prefigura un'accusa penale da cui difendersi e non rientra, pertanto, nello spettro di applicazione dell'art. 6 par. 2 CEDU.²⁹⁴

E così, il diverso angolo di valutazione del singolo caso, prima (*Welch*) focalizzato sulla irretroattività della disciplina, ora (*Phillips*) sulla sua compatibilità con la presunzione di innocenza, è sufficiente a ingenerare un risultato contraddittorio quanto alla riconducibilità di questa confisca alla materia penale²⁹⁵: avviene per l'applicazione dell'art. 7 CEDU (valorizzando anche il collegamento sostanziale della misura patrimoniale con l'accusa penale per la quale vi è il procedimento penale), mentre rimane esclusa per la presunzione di innocenza (dove viene negata la configurabilità di un'accusa penale -con impostazione, qui, molto più formale che nel proprio precedente- nel procedimento per la "determinazione" della confisca).

²⁹⁴ «However, the purpose of this procedure was not the conviction or acquittal of the applicant for any other drug-related offence. Although the Crown Court assumed that he had benefited from drug trafficking in the past, this was not, for example, reflected in his criminal record, to which was added only his conviction for the November 1995 offence. In these circumstances, it cannot be said that the applicant was "charged with a criminal offence". Instead, the purpose of the procedure under the 1994 Act was to enable the national court to assess the amount at which the confiscation order should properly be fixed. The Court considers that this procedure was analogous to the determination by a court of the amount of a fine or the length of a period of imprisonment to be imposed on a properly convicted offender. This, indeed, was the conclusion which it reached in *Welch* (judgment cited above) when, having examined the reality of the situation, it decided that a confiscation order constituted a "penalty" within the meaning of Article 7. The Court has also considered whether, despite its above finding that the making of the confiscation order did not involve the bringing of any new "charge" within the meaning of Article 6 § 2, that provision should nonetheless have some application to protect the applicant from assumptions made during the confiscation proceedings. However, whilst it is clear that Article 6 § 2 governs criminal proceedings in their entirety, and not solely the examination of the merits of the charge (see, for example, *Minelli v. Switzerland*, judgment of 25 March 1983, Series A no. 62, pp. 15-16, § 30; *Sekanina v. Austria*, judgment of 25 August 1993, Series A no. 266-A; and *Allenet de Ribemont v. France*, judgment of 10 February 1995, Series A no. 308), the right to be presumed innocent under Article 6 § 2 arises only in connection with the particular offence "charged". Once an accused has properly been proved guilty of that offence, Article 6 § 2 can have no application in relation to allegations made about the accused's character and conduct as part of the sentencing process, unless such accusations are of such a nature and degree as to amount to the bringing of a new "charge" within the autonomous Convention meaning referred to in paragraph 32 above (see *Engel and Others v. the Netherlands*, judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, pp. 37-38, § 90).» cfr. *Phillips c. Regno Unito* §§ 34-35.

²⁹⁵ In questo senso cfr. T. TRINCHERA *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., 338.

La Corte sembra infatti non considerare, nel caso *Phillips*, che nel procedimento di stima della confisca i beni ed i valori ricompresi nella presunzione legale sono ritenuti frutto di attività di narcotraffico diverse/ulteriori rispetto a quelle per cui è in concreto accertata la responsabilità²⁹⁶, e dunque, già in questo senso, non convince pienamente la giustificazione per cui non vi sarebbe un'accusa penale da contrastare: la derivazione dei beni da ulteriori illeciti, o da illeciti diversi, parrebbe implicare comunque, incidentalmente, un giudizio di responsabilità del destinatario per tali condotte (nel caso di specie di particolare rilevanza, trattandosi di reati di droga), anche se svolto solo al fine di applicare la confisca (la cui natura penale, e quindi in parte afflittiva, è stata già riconosciuta nella sentenza *Welch*, proprio al fine di ricollegarvi la garanzia di cui all'art. 7 CEDU).

Il principio in questione è stato ribadito anche nella successiva decisione (di irricevibilità del ricorso) *Van Offeren c. Paesi Bassi*²⁹⁷, nella quale la Corte, applicando i criteri Engel, ritiene di escludere dalla materia penale il procedimento in forza del quale un cittadino olandese, condannato per reati di droga, è stato destinatario di un ordine esteso di confisca, fondato sulla presunzione di illecito arricchimento tramite altre attività illecite della stessa natura. Ferma, infatti, la necessaria condanna per uno dei reati "presupposto" nel procedimento penale (che è separato da quello patrimoniale per evitare che le lungaggini di quest'ultimo possano influire sulla tempestività dell'affermazione di responsabilità) per poter procedere a confisca, i beni e i valori che ne formavano l'oggetto sono però individuati sulla base di presunzioni (di origine illecita) non ribattute dal destinatario e secondo un criterio di apprezzamento probabilistico: il ricorrente invocava, anche in questo caso, l'applicabilità della presunzione di innocenza nel procedimento patrimoniale.

La Corte ribadisce come non si tratti, in questa prospettiva, di difendersi da un'accusa di carattere penale, ma di controbattere in un giudizio relativo alla sola imputabilità di valori e utilità ritenuti di sospetta origine illecita, in quanto riconducibili agli episodi delittuosi per cui si è stati condannati o per altri della medesima natura. Legittimo è dunque uno standard di accertamento che non implichi

²⁹⁶ Ancora cfr. T. TRINCHERA *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., 338 (in particolare *ivi* cfr. nota n. 68).

²⁹⁷ Si tratta di *Van Offeren c. Paesi Bassi*, 7 luglio 2005, ric. 19581/04.

la presunzione di innocenza ma preveda un diverso meccanismo per il quale ad una prova indiziante dell'origine illecita dei beni segua la confisca laddove il destinatario non fornisca una dimostrazione in senso contrario.²⁹⁸

A completare un quadro che, comunque, conserva aspetti di profonda contraddizione, interviene poi la decisione *Geerings c. Paesi Bassi*²⁹⁹, dove la Corte riconduce alla materia penale una misura in nulla differente dalle precedenti se non per il fatto che, nel procedimento penale, l'imputato era stato assolto per alcuni specifici reati sui quali, tuttavia, veniva fondato l'ordine di confisca, che colpiva peraltro beni in relazione ai quali nemmeno era stata dimostrata la effettiva disponibilità da parte del destinatario della confisca.

²⁹⁸ In quest'ottica la Corte EDU si pone in totale continuità con il precedente *Phillips c. Regno Unito*: «As regards the classification of the proceedings under domestic law, the Court notes that, as from 1 March 1993, the proceedings on deprivation of illegally obtained advantage were disconnected from the principal criminal proceedings – *inter alia*, in order to prevent situations in which issues concerning illegally obtained advantage would overshadow and affect the duration of the principal criminal proceedings – by providing for a separate procedure set out in the Code of Criminal Procedure. However, it is clear from the statutory framework that this separate procedure remains directly linked to the substantive criminal proceedings in that only a criminal conviction can trigger off a confiscation order procedure. In these circumstances, the Court considers that the confiscation order procedure must be regarded as forming a part of the sentencing process under domestic law. Turning to the second and third relevant criteria – the nature of the proceedings and the type and severity of the penalty at stake – the Court notes that, in a confiscation order procedure, the prosecution must establish a *prima facie* case that the convicted person has benefited from crime, i.e. from the offence(s) of which he has been found guilty and/or other offences of a similar nature. It is then for the convicted person to rebut the prosecution's case by proving, on the balance of probabilities, that the benefits in question were not obtained through such offences but have another origin not related to the offence(s) of which he was convicted or to any offence of a similar nature. In the instant case, the Court of Appeal noted that a property analysis disclosed that, at the material time, the applicant had demonstrably held a considerable capital from an untraceable/unknown source, in any event not from a traceable legal source. It subsequently examined and rejected as not credible the applicant's explanation that this capital stemmed from his having traded in cars and gold, and – finding that this allowed no other conclusion than that this capital stemmed from drug trafficking – imposed a confiscation order in the amount of EUR 162,026.31. If the applicant failed to pay this amount he was to serve an extra eighteen months' imprisonment, consecutive to the four years and six months' term already imposed on him on 13 September 1999. However, the purpose of this procedure was not the conviction or acquittal of the applicant for any other offences, but to assess whether assets demonstrably held by him were obtained by or through drug-related offences and, if so, to assess the amount at which the confiscation order should properly be fixed. In these circumstances, the Court is of the opinion that the confiscation order procedure must therefore be regarded as analogous to the determination by a court of the amount of a fine or the length of a period of imprisonment to be imposed on a person properly convicted of one or more drug offences and did not involve the bringing of any new "charge" within the meaning of Article 6 § 2 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Phillips v. the United Kingdom*, cited above, §§ 32-35. Consequently, the Court finds that, in the particular circumstances of the present case, the facts of the case do not disclose a violation of the applicant's rights under Article 6 § 2 of the Convention» cfr. *Van Offeren c. Paesi Bassi*.

²⁹⁹ Si tratta del caso *Geerings c. Paesi Bassi*, 1 marzo 2007, v. in particolare §§ 45-48.

In questo caso, dunque, la Corte ha gioco abbastanza facile nell'affermare: “*If it is not found beyond a reasonable doubt that the person affected has actually committed the crime, and if it cannot be established as fact that any advantage, illegal or otherwise, was actually obtained, such a measure can only be based on a presumption of guilt*”. Così come nel dichiarare la conseguente violazione dell'art. 6 par. 2 CEDU in tema di presunzione di innocenza.³⁰⁰

Tuttavia, una simile impostazione sembra in un qualche modo porsi in contrasto, come si vedrà (v. *infra* 3, 3.2), con l'esclusione dalla materia penale della confisca di prevenzione che, a differenza dell'art. 240-bis c.p., non richiede alcuna condanna per poter essere applicata, nemmeno per una soltanto delle attività illecite ricostruite nel giudizio constatativo della pericolosità sociale (e che peraltro è estesa a beni in possesso di terzi in forza di presunzioni legali particolarmente ampie).

3. La posizione della Corte EDU sul sistema preventivo italiano

La Corte EDU ha esaminato diverse volte le misure di prevenzione italiane³⁰¹, sia personali che patrimoniali, e le ha sempre qualificate come misure preventive, facendo leva, in particolar modo, sulla finalità di tali strumenti diretta ad impedire ulteriori attività illecite da parte dei prevenuti e -precisazione non di poco conto- delle

³⁰⁰ Così §§ 45-48 *Geerings c. Paesi Bassi* «45. The present case has additional features which distinguish it from Phillips and Van Offeren. 46. Firstly, the Court of Appeal found that the applicant had obtained unlawful benefit from the crimes in question although in the present case he was never shown to be in possession of any assets for whose provenance he could not give an adequate explanation. The Court of Appeal reached this finding by accepting a conjectural extrapolation based on a mixture of fact and estimate contained in a police report. 47. The Court considers that “confiscation” following on from a conviction – or, to use the same expression as the Netherlands Criminal Code, “deprivation of illegally obtained advantage” – is a measure (maatregel) inappropriate to assets which are not known to have been in the possession of the person affected, the more so if the measure concerned relates to a criminal act of which the person affected has not actually been found guilty. If it is not found beyond a reasonable doubt that the person affected has actually committed the crime, and if it cannot be established as fact that any advantage, illegal or otherwise, was actually obtained, such a measure can only be based on a presumption of guilt. This can hardly be considered compatible with Article 6 § 2 (compare, mutatis mutandis, Salabiaku v. France, judgment of 7 October 1988, Series A no. 141-A, pp. 15-16, § 28). 48. Secondly, unlike in the Phillips and Van Offeren cases, the impugned order related to the very crimes of which the applicant had in fact been acquitted».

³⁰¹ Si riportano qui alcune delle pronunce più rilevanti in materia di misure di prevenzione: *Guzzardi c. Italia*, 6 novembre 1980; *M. c. Italia*, 15 aprile 1991 (commissione EDU in sede di ricevibilità); *Raimondo c. Italia*, 22 febbraio 1994; *Prisco c. Italia*, 15 giugno 1999; *Labita c. Italia*, 6 aprile 2000; *Boccellari e Rizza c. Italia*, 13 novembre 2007; *Bongiorno e altri c. Italia*, 5 gennaio 2010; *Arcuri c. Italia*, 21 dicembre 2010; *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017.

organizzazioni criminali cui si ritiene tali soggetti appartengano, o siano comunque inseriti e/o in collegamento.

Quest'ultima considerazione costituisce, come si vedrà, l'argomentazione più spesso richiamata (dal Governo, e fatta propria dalla Corte EDU) a difesa della collocazione delle misure all'infuori della materia penale convenzionale, ed è spesa (e ripresa, nelle pronunce successive), senza elementi di sostanziale differenziazione, tanto per la sorveglianza speciale di p.s. con obbligo di soggiorno (la più incisiva delle misure personali) quanto per il sequestro e la confisca di prevenzione.³⁰²

Anche ai fini di giustificare il perseguimento del pubblico interesse, così come la proporzionalità delle misure³⁰³, la Corte ha sempre evidenziato come la finalità di contrastare il crimine organizzato possa senz'altro perseguirsi anche attraverso misure improntate a comprimere, in funzione eminentemente preventiva, la libertà di circolazione o il diritto di proprietà dei singoli; in quest'ottica, sono soprattutto le dimensioni del fenomeno criminale mafioso in Italia che consentono, nell'opinione costante della Corte EDU, di ritenere proporzionata, adeguata e necessaria l'interferenza che lo Stato esercita, con tali strumenti, sui diritti individuali citati.

In questo quadro, apparentemente consolidato, si inserisce da ultimo la sentenza *De Tommaso c. Italia*³⁰⁴, che, con impostazione sorprendente, riaccende il

³⁰² Cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di pena*, cit. 176-181. Anche v. A. BALSAMO V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., 270-289; T. TRINCHERA *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., 356-360; F. BASILE *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 125-131; 184-187.

³⁰³ Indagini che la Corte EDU deve svolgere per valutare la legittimità delle misure che, ancorché non collocate nella materia penale, ricadono comunque nell'ambito di operatività delle previsioni convenzionali in merito -quelle personali- alla libertà di circolazione (prot. 4 art. 2 CEDU) e -quelle patrimoniali- al diritto di proprietà (prot. 1 art. 1 CEDU) e che richiedono, in modo sostanzialmente analogo, che una misura diretta ad interferire con siffatti diritti debba avere certe condizioni per essere ritenuta convenzionalmente legittima: previsione per legge, perseguimento del pubblico interesse, proporzionalità.

³⁰⁴ Si tratta della nota pronuncia, C. Edu, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, 43305/09; a riguardo v. F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, 3, 370 ss.; per una diversa prospettiva anche v. F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso contro Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, 4, 127 ss.; ancora, v. 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.*, 2017, 3, 15 ss.

profilo problematico dell' idoneità della base legale delle misure di prevenzione.³⁰⁵ In particolar modo, ciò viene rilevato in relazione alle fattispecie di pericolosità generica³⁰⁶ che, in virtù della loro vaga e approssimativa formulazione, non consentirebbero, secondo i giudici di Strasburgo³⁰⁷, il rispetto del requisito di sufficiente prevedibilità (della loro applicabilità, da parte dell'individuo) che deve necessariamente caratterizzare il dato positivo, e la sua ragionevole prospettiva di applicazione, anche e proprio per orientare i comportamenti dei singoli.

Quest'ultima pronuncia appare estremamente rilevante per vari motivi, che meglio si illustreranno in seguito, ma soprattutto dimostra che la tematica della mancanza di tassatività delle fattispecie di pericolosità generica, così come quella delle tare connaturate al giudizio di pericolosità in tali casi, siano solo all'apparenza “uscite di scena” con l'assestarsi, nell'ordinamento interno, del sistema preventivo (sulla scorta anche delle sponde fornite, in senso conservativo, dalla Corte Costituzionale e dalla giurisprudenza di legittimità negli ultimi decenni) e riemergano, oggi, sostanzialmente irrisolte e con le medesime, profonde, ambiguità già evidenziate dalla dottrina.³⁰⁸

³⁰⁵ Peraltro, come poi confermato anche dalle questioni di legittimità interne proposte a seguito della pronuncia in discussione, il rilevato *deficit* di prevedibilità delle fattispecie di pericolosità generica impatta tanto sull'applicazione delle misure personali quanto su quelle patrimoniali, essendo appunto l'inquadramento del prevenuto in siffatta categoria un presupposto comune ad entrambi gli strumenti.

³⁰⁶ Ma non solo: anche diverse prescrizioni accessorie della misura sono state ritenute talmente vaghe e generiche da non essere “prevedibili”, problema reso ancor più aspro considerando che dalla eventuale loro violazione discende la responsabilità penale del prevenuto per il reato di violazione degli obblighi della misura, previsto attualmente dall'art. 75 del d.lgs. 159/2011 (c.d. “Codice antimafia”).

³⁰⁷ Che, come si vedrà, sul punto prendono le mosse proprio dalla storica sentenza della Corte Costituzionale del 1980, che aveva dichiarato l'incostituzionalità della categoria dei c.d. “proclivi a delinquere” e posto le basi per la successiva riformulazione legislativa delle ipotesi di pericolosità c.d. “generica” avvenuta nel 1988.

³⁰⁸ Di particolare interesse sono, inoltre, le opinioni parzialmente dissenzienti rese a corredo della sentenza in questione (Pinto de Albuquerque), nonché quelle concorrenti (Raimondi, Villiger, Šikuta, Keller e Kjølbø) e concordanti (in particolare quella del giudice Dedov), rese da diversi giudici della Grande Camera e che svelano come, dietro l'apparente solidità dell'esclusione dalla materia penale delle misure, esistano tuttavia autorevoli correnti di pensiero diverse e che, al netto del lungo tempo trascorso dallo “scudo” costruito con le prime pronunce sulle misure italiane, si possa in futuro auspicare una maggiore attenzione e differenziazione sostanziale dell'approccio della Corte EDU agli strumenti in questione, in particolare alla luce del ampliamento “a perdita d'occhio” del loro target criminologico (non più solo riferito alla mafia, ma anche a molteplici altri fenomeni criminali, all'evidenza meno strutturati e allarmanti e che non sempre giustificano analoghi interventi di prevenzione).

3.1 CEDU e sorveglianza speciale di pubblica sicurezza

In materia di misure personali, come anticipato, la Corte mostra la massima prudenza nel valutare la “famigerata” sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con obbligo di soggiorno, ricordando in molte considerazioni l’impostazione prescelta, a suo tempo, dalla Corte Costituzionale con i suoi primi interventi in materia.

Anche in questo caso, infatti, la Corte tende a sgombrare il campo dall’equiparazione, sostenuta costantemente dai ricorrenti, tra effetti della sorveglianza speciale (ed in particolare dell’obbligo di soggiorno) e privazione della libertà personale: quest’ultima, infatti, chiamerebbe in gioco l’art. 5 CEDU, che prevede modalità e ragioni tassative per procedervi, e dove lo standard di garanzie riconnesso è quello necessariamente della materia penale.

Ed invero, la Corte rilevò, con la risalente sentenza *Guzzardi c. Italia*, che la misura in questione poteva arrivare ad assumere un’intensità tale da connotarsi come una forma di privazione delle libertà personale: nel caso in questione il prevenuto era stato assegnato sull’Isola dell’Asinara, in particolari condizioni di sorveglianza e “compagnia”. In quel caso dunque, la misura era -senza alcun dubbio- sostanzialmente da ricondursi alla materia penale in virtù della sua innegabile componente afflittiva.³⁰⁹

³⁰⁹ Cfr. *Guzzardi c. Italia* § 93 e ss.: «The difference between deprivation of and restriction upon liberty is nonetheless merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance. Although the process of classification into one or other of these categories sometimes proves to be no easy task in that some borderline cases are a matter of pure opinion, the Court cannot avoid making the selection upon which the applicability or inapplicability of Article 5 (art. 5) depends. [...]. Deprivation of liberty may, however, take numerous other forms. Their variety is being increased by developments in legal standards and in attitudes; and the Convention is to be interpreted in the light of the notions currently prevailing in democratic States (see notably the Tyrer judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, pp. 15-16, par. 31). Whilst the area around which the applicant could move far exceeded the dimensions of a cell and was not bounded by any physical barrier, it covered no more than a tiny fraction of an island to which access was difficult and about nine-tenths of which was occupied by a prison. Mr. Guzzardi was housed in part of the hamlet of Cala Reale which consisted mainly of the buildings of a former medical establishment which were in a state of disrepair or even dilapidation, a carabinieri station, a school and a chapel. He lived there principally in the company of other persons subjected to the same measure and of policemen. The permanent population of Asinara resided almost entirely at Cala d’Oliva, which Mr. Guzzardi could not visit, and would appear to have made hardly any use of its right to go to Cala Reale. Consequently, there were few opportunities for social contacts available to the applicant other than with his near family, his fellow "residents" and the supervisory staff. Supervision was carried out strictly and on an almost constant basis. Thus, Mr. Guzzardi was not able to leave his dwelling between 10 p.m. and 7 a.m. without giving prior notification to the authorities in due time. He had to report to the authorities twice a day and inform them of the name and number of his correspondent whenever he wished to use the telephone. He needed the consent of the authorities for each of his trips to Sardinia or the mainland, trips which were rare and, understandably, made under the strict supervision of the carabinieri. He was liable to punishment by "arrest" if he failed to comply with any of his obligations. Finally, more than sixteen months elapsed between his arrival at Cala Reale and his

Dopo tale pronuncia il legislatore ha previsto l'applicazione dell'obbligo di soggiorno solo nel comune di residenza, e non più in un luogo la cui individuazione era rimessa all'autorità di sicurezza (che, come intuibile, prediligeva l'assegnazione in comuni diversi e distanti da quello di residenza, spesso situati in aree poco popolate e difficilmente accessibili). Tanto è bastato per garantire la successiva immunità dell'istituto dalla *vis attractiva* della materia penale, tanto sotto il profilo sostanziale (v. applicazione dell'art. 7 CEDU e dei suoi corollari) quanto sul versante processuale (v. applicazione dell'art. 6 CEDU nel suo nucleo penalistico, nonché dell'art. 4 prot. 7 CEDU che sancisce il principio del *ne bis in idem*).

Ed invero, la Corte ha sempre successivamente qualificato la sorveglianza speciale, così rimodellata nel suo obbligo più stringente, come una misura esclusivamente preventiva³¹⁰, in quanto diretta eminentemente ad impedire l'ulteriore commissione di reati e a preservare l'ordine pubblico.³¹¹

departure for Force (see paragraphs 11, 12, 21, 23-42 and 51 above). It is admittedly not possible to speak of "deprivation of liberty" on the strength of any one of these factors taken individually, but cumulatively and in combination they certainly raise an issue of categorisation from the viewpoint of Article 5 (art. 5). [...]. The Court considers on balance that the present case is to be regarded as one involving deprivation of liberty».

³¹⁰ Sul punto v. *Raimondo c. Italia*, cfr. § 39 e ss.: «The Court considers in the first place that, notwithstanding the applicant's assertion to the contrary, the measure in issue did not amount to a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 para. 1 (art. 5-1) of the Convention. The mere restrictions on the liberty of movement resulting from special supervision fall to be dealt with under Article 2 of Protocol No. 4 (P4-2) (see the *Guzzardi v. Italy* judgment, cited above, p. 33, para. 92). In view of the threat posed by the Mafia to "democratic society", the measure was in addition necessary "for the maintenance of ordre public" and "for the prevention of crime". It was in particular proportionate to the aim pursued, up to the moment at which the Catanzaro Court of Appeal decided, on 4 July 1986, to revoke it (see paragraph 14 above). It remains to consider the period between 4 July and 20 December 1986, when the decision was notified to the applicant (see the same paragraph). Even if it is accepted that this decision, taken in private session, could not acquire legal force until it was filed with the registry, the Court finds it hard to understand why there should have been a delay of nearly five months in drafting the grounds for a decision which was immediately enforceable and concerned a fundamental right, namely the applicant's freedom to come and go as he pleased; the latter was moreover not informed of the revocation for eighteen days. 40. The Court concludes that at least from 2 to 20 December 1986 the interference in issue was neither provided for by law nor necessary. There has accordingly been a violation of Article 2 of Protocol No. 4 (P4-2)».

³¹¹ In *tema v. Labita c. Italia*, cfr. § 190 e ss.: «In the present case, although the applicant had been acquitted (the Government emphasised in that connection that the expression "with the benefit of doubt" had now been abolished), there was serious evidence of his guilt which had justified his committal and that evidence had not been rebutted at trial. 191. The applicant submitted that following his acquittal on the ground that "he had not committed the offence", he should no longer have been treated as a Mafia criminal, as the "serious evidence" against him had, contrary to the Government's contention, been disproved at trial. 192. The Commission considered that the grounds relied on by the Italian courts, in particular the fact that the applicant had family connections with the Mafia, were insufficient. 193. The Court observes that the applicant was for three years (from 19 November 1994 to 18 November 1997 – see paragraphs 69 and 76 above) subjected to very severe restrictions on his freedom of movement,

Quanto agli effetti della misura, tendenzialmente esclusa, come detto, l'assimilabilità a quelli di una privazione della libertà personale, la Corte riconosce comunque che, sicuramente, si realizza un'interferenza sul diritto di libertà circolazione dei singoli, che, tuttavia, appare prevista per legge, diretta a tutelare l'interesse generale, e proporzionata alla gravità del fenomeno mafioso in Italia: e dunque soddisfa tutti i criteri che l'art. 2 prot. 4 CEDU³¹² prevede per l'intervento statale su tale diritto convenzionalmente tutelato.³¹³

Salvo l'eccezione costituita dall'ultima sentenza De Tommaso, che mette ora in risalto la mancanza di una base legale idonea a fondare le misure nei confronti delle categorie a pericolosità "generica", le violazioni più spesso riscontrate in passato dalla Corte sono soprattutto relative alla mancanza di proporzionalità dell'applicazione di una simile misura nel caso concreto (quando emergevano vistose lacune o arbitrii nella formulazione della prognosi di pericolosità, o quando quest'ultima era unicamente costruita sull'impostazione di un procedimento penale³¹⁴ poi definito con sentenza di

which undoubtedly amounted to an interference with his rights guaranteed by Article 2 of Protocol No. 4 (see the *Guzzardi v. Italy* judgment of 6 November 1980, Series A no. 39, p. 33, § 92, and the *Raimondo* judgment cited above, p. 19, § 39). 194. Those measures were based on Laws nos. 1423/56, 575/65, 327/88 and 55/90 (see paragraphs 103-09 above), and were therefore "in accordance with law" within the meaning of the third paragraph of Article 2. They clearly pursued legitimate aims: "maintenance of ordre public" and the "prevention of crime" (see the *Raimondo* judgment, *ibid.*). 195. However, the measures also had to be "necessary in a democratic society" for those legitimate aims to be achieved. In this connection, the Court considers that it is legitimate for preventive measures, including special supervision, to be taken against persons suspected of being members of the Mafia, even prior to conviction, as they are intended to prevent crimes being committed. Furthermore, an acquittal does not necessarily deprive such measures of all foundation, as concrete evidence gathered at trial, though insufficient to secure a conviction, may nonetheless justify reasonable fears that the person concerned may in the future commit criminal offences».

³¹² V. articolo 2 prot. 4 CEDU: "Libertà di circolazione 1. Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di sceglierli liberamente la sua residenza. 2. Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il suo. 3. L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui 4. I diritti riconosciuti al paragrafo 1 possono anche, in alcune zone determinate, essere oggetto di restrizioni previste dalla legge e giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica".

³¹³ Sulla costante collocazione, dopo la sentenza *Guzzardi*, degli effetti della misura nell'ambito delle interferenze sul diritto di circolazione v. *Raimondo c. Italia*, 22 febbraio 1994; anche v. *Labita c. Italia*, 6 febbraio 2000; *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 104 ss.

³¹⁴ Secondo un'impostazione in parte analoga a quella seguita dalla Corte anche in *Geerings c. Paesi Bassi*, 1 marzo 2007, §§ 45-48 (a riguardo v. *supra* par. 2.2.).

assoluzione) circostanza che appunto impedisce di ritenere la sua applicazione “necessaria in uno stato democratico”.³¹⁵

3.2 CEDU e confisca di prevenzione

La Corte EDU ritiene la confisca di prevenzione italiana -così come il sequestro ad essa propedeutico- una forma di intervento dello Stato nella regolazione dell’uso dei beni finalizzata ad impedire il compimento di attività illecite da parte dei singoli, che ne dispongono, e senza configurare a loro carico alcuna accusa penale.³¹⁶

Si tratterebbe dunque di una misura preventiva, estranea alla materia penale, che incide sul diritto di proprietà dei singoli tutelato dall’art. 1 prot. 1 CEDU.

Sulla base di questo presupposto i giudici di Strasburgo hanno sempre limitato l’esame della compatibilità convenzionale della misura, dal punto di vista sostanziale, al rispetto delle condizioni che tale articolo impone agli Stati per l’adozione di interventi/misure in grado di incidere sul diritto di proprietà: previsione per legge, interesse generale, proporzionalità.³¹⁷

³¹⁵ Come ad esempio nel caso *Labita c. Italia*, cfr. § 196 e ss.: «196. In the instant case, the decision to put the applicant under special supervision was taken on 10 May 1993 at a time when there effectively existed some evidence that he was a member of the Mafia, but the measure was not put into effect until 19 November 1994 after his acquittal by the Trapani District Court (see paragraphs 63 and 69 above). The Court has examined the grounds relied on by the Italian courts for refusing to rescind the measure after the applicant's acquittal, namely B.F.'s assertion that the applicant had contacts in the Mafia clan as was proved by the fact that his deceased brother-in-law had been the head of the main clan (decision of the Trapani District Court of 11 June 1996 – see paragraph 72 above) and the fact that “the applicant had not shown any real change in his lifestyle or that he was genuinely repentant” (decision of the Trapani District Court of 21 October 1997 – see paragraph 75 above). The Court fails to see how the mere fact that the applicant's wife was the sister of a Mafia boss, since deceased, could justify such severe measures being taken against him in the absence of any other concrete evidence to show that there was a real risk that he would offend. As regards changing his lifestyle and repenting, the Court is mindful of the fact that the applicant, who has no criminal antecedents, was acquitted of the charge that he was a member of the Mafia on the ground that no concrete evidence in support of that allegation could be found during the preliminary investigation and trial. 197. In conclusion, and without underestimating the threat posed by the Mafia, the Court concludes that the restrictions on the applicant's freedom of movement cannot be regarded as having been “necessary in a democratic society”. There has therefore been a violation of Article 2 of Protocol No. 4».

³¹⁶ Oltre a quanto si dirà in questa sede, per un’interessante panoramica delle questioni in tema di confisca di prevenzione nel diritto sovranazionale, svolta anche sulla scorta della comparazione con i modelli europei e stranieri più affini, anche v. A. M. MAUGERI, *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di “processo” al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 2, 559 ss.; sulla posizione della Corte Edu, in particolare, cfr. 584 ss.

³¹⁷ Art. 1 prot. add. 1 CEDU, Protezione della Proprietà: “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni

Quanto al versante processuale-procedurale, la Corte ritiene che il procedimento di prevenzione non prefiguri alcuna accusa a carico del destinatario della confisca, che, dunque, è assistito solamente dalle garanzie “civilistiche” dell’art. 6 CEDU, ossia quelle riferibili a tutte quelle controversie che hanno un oggetto patrimoniale, ma che, ad esempio, non contemplano la presunzione di innocenza e consentono comunque di decidere la causa in base alla *preponderance of evidence* (anziché necessariamente con lo standard prescritto per la responsabilità penale).³¹⁸

3.2.1 *Esclusione della confisca di prevenzione dalla materia penale*

Sulle ragioni dell’esclusione della misura dalla materia penale è particolarmente chiara la decisione *M. c. Italia*, resa dalla Commissione EDU, già nel 1991, nel giudizio sulla ricevibilità del ricorso presentato da un esponente della Nuova Camorra Organizzata, che, qualificando come sostanzialmente penale la confisca subita (anche dal figlio, relativamente ad una parte dei suoi beni), ne contestava l’applicazione retroattiva a beni acquisiti precedentemente all’introduzione dello strumento preventivo in questione (art. 7 CEDU), analogamente a quanto era avvenuto con il caso *Welch c. Regno Unito* (v. *supra* 2.3).

La Commissione, invero, esamina la questione anche in riferimento a due ulteriori profili, connessi all’esame demandato sull’inquadramento della misura, ma non esplicitamente sollevati dal ricorrente, ossia la violazione della presunzione di innocenza³¹⁹ (art. 6 par. 2 CEDU) e la compatibilità con l’art. 1 prot. 1 CEDU.

I giudici escludono, come detto, la natura penale della misura e la configurabilità di un’accusa penale a carico del prevenuto sulla scorta del fatto che le

precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende”.

³¹⁸ Per alcuni precedenti di rilievo in tema di garanzie procedurali “civili” delle misure di prevenzione patrimoniali anche v. *Arcuri c. Italia, Riela e altri c. Italia; Bocellari e Rizza c. Italia*.

³¹⁹ Siffatta violazione sarebbe realizzata, in particolare, in virtù del noto meccanismo giustificativo, previsto dalla normativa italiana, che vuole sia il prevenuto a dover dimostrare la legittima provenienza dei beni ritenuti frutto di attività illecite (a tal fine, nel caso di specie, sulla scorta del loro valore sproporzionato rispetto alle legittime disponibilità del prevenuto).

misure di prevenzione non si fondano, appunto, sull'attribuzione di una responsabilità, ma poggiano invece su un distinto ed autonomo giudizio di pericolosità.³²⁰

In questa prospettiva, pertanto, il giudizio previsto dall'ordinamento interno è adeguatamente sorretto da un criterio di “*sufficient circumstantial evidence*”, corroborato dalla eventuale mancanza di giustificazione proveniente (*absence of rebuttal*) dal prevenuto riguardo l'origine legale dei beni, dunque in grado di distinguersi oggettivamente da una valutazione improntata su sospetti o speculazioni meramente soggettive.

Quanto al criterio della severità della misura, e sempre nel senso di escluderne la natura penale, la Commissione evidenzia come forme di confisca esistano, e siano giustificate, anche fuori dalla sfera penale³²¹: pertanto l'esame di questo criterio non appare decisivo nell'inquadrare o meno la misura come *penalty*.

Tutte queste argomentazioni, che conducono la Commissione a dichiarare irricevibile il ricorso, costituiranno sin dai primi anni '90, come facilmente riconoscibile in tutti i successivi provvedimenti della Corte, un vero e proprio “scudo” rispetto all'ammissibilità di qualsiasi questione che implicasse il riconoscimento della natura penale della confisca di prevenzione.

L'angolo privilegiato di (ammissibilità e) valutazione è dunque divenuto, pressoché unicamente, quello “extra-penale” del rispetto delle condizioni in forza delle quali una misura preventiva può essere adottata.³²² Ed infatti, così come le misure personali debbono sottostare ai vincoli posti dalla Convenzione a tutela del diritto (di libera circolazione, art. 2 prot. 4 CEDU) sul quale incidono, allo stesso modo le misure

³²⁰ In questo senso la Commissione si appoggia al giudizio già reso dalla Corte EDU in relazione al sistema di misure di prevenzione personali (cui sono accessorie quelle patrimoniali), nei casi *Guzzardi c. Italia*, 6 novembre 1980, e *Ciulla c. Italia*, 26 febbraio 1989. Cfr. *M. c. Italia* «confiscation provided [...] is conditional upon a prior declaration of dangerousness to society, based on suspected membership of a mafia-type organization, and is subsidiary to the adoption of a preventive measure restrictive of personal liberty. In other words, it is not possible to confiscate property whose lawful origin has not been established unless the person in possession is suspected of belonging to a mafia-type organization and, as such, as been subjected to a preventive measure restrictive of personal liberty».

³²¹ Cfr. *M. c. Italia*, p. 98: “it is encountered widely in the sphere of administrative law items liable to confiscation include illegally imported goods (...), the proceeds from unlawful activities not classified as criminal offence (such as buildings constructed without planning permission), certain items considered dangerous in themselves (such as weapons, explosives or infected cattle) and property connected, though only indirectly, with criminal activity”.

³²² Per qualche esempio in questo senso v. *Raimondo c. Italia*, 22 febbraio 1994, *Prisco c. Italia*, 15 giugno 1999, *Bongiorno e altri c. Italia*, 5 gennaio 2010; tale prospettiva, come detto, è peraltro confermata dalla Corte anche nel recente caso *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017.

patrimoniali devono, dal punto di vista sostanziale, rispettare le condizioni di cui all'art. 1 prot. 1 CEDU in materia di protezione della proprietà privata, attesa la pacifica portata interferente con tale diritto.

3.2.2 *Compatibilità della confisca con l'art. 1 prot. 1 CEDU*

Sino alla sentenza *De Tommaso c. Italia* nessun dubbio era mai stato sollevato dalla Corte EDU riguardo la mancanza della qualità di “legge” della disciplina preventiva italiana. Pertanto, al netto delle indicazioni di quest'ultima sentenza con riguardo alle fattispecie di pericolosità generica, ancora oggi nessuna questione è stata posta, ad esempio, sulla legalità/prevedibilità delle fattispecie di pericolosità c.d. “qualificata”, anche se il riferimento -come prassi, in quest'ultima tipologia di fattispecie- ad elementi e condotte prossimi e/o coincidenti a quelli di una fattispecie di reato renderebbe sicuramente più arduo cogliere il medesimo difetto di prevedibilità (sub specie di vaghezza, genericità, imprecisione) riscontrato in relazione alle fattispecie c.d. “generiche” nella sentenza *De Tommaso*.

Riguardo il perseguimento dell'interesse generale, la Corte ha sempre ricavato detta condizione dal fatto che le misure di prevenzione patrimoniali (così come quelle personali, pur con le dovute diversità di “oggetto”) tendono ad impedire la realizzazione di ulteriori attività illecite da parte dei prevenuti e/o delle organizzazioni cui appartengono o sono comunque a vario titolo riconducibili.³²³

Circa l'ultimo “requisito”, ossia quello relativo alla proporzionalità della confisca, la Corte motiva pressoché sempre nello stesso modo la propria posizione: *«la Corte sottolinea che la misura controversa rientra nell'ambito di una politica di prevenzione della criminalità e ritiene che, nell'attuazione di tale politica, il legislatore debba avere un ampio margine di manovra per pronunciarsi sia sull'esistenza di un problema di interesse pubblico che richiede una normativa che sulla scelta delle modalità applicative di quest'ultima. Tra l'altro, la Corte osserva che il fenomeno della criminalità organizzata ha raggiunto, in Italia, dimensioni*

³²³ Ad esempio, sul punto, v. *Raimondo c. Italia*, cfr. § 30: «Like the Government and the Commission, the Court observes that the confiscation - also provided for in section 2 ter of the 1965 Act -pursued an aim that was in the general interest, namely it sought to ensure that the use of the property in question did not procure for the applicant, or the criminal organisation to which he was suspected of belonging, advantages to the detriment of the community».

*davvero preoccupanti. I guadagni smisurati che le associazioni di stampo mafioso ricavano dalle loro attività illecite danno loro un potere la cui esistenza mette in discussione la supremazia del diritto nello Stato. Quindi, i mezzi adottati per combattere questo potere economico, ed in particolare la confisca controversa, possono risultare indispensabili per poter efficacemente combattere tali associazioni».*³²⁴

Pur rinviando a fine capitolo per alcune considerazioni di sintesi, è comunque utile evidenziare come il tema della criminalità organizzata sia centrale nell'economia delle valutazioni della Corte EDU, sia riguardo l'accertamento del perseguimento di un interesse pubblico sia, in particolar modo, riguardo il vaglio di proporzionalità della misura (tenendo conto anche delle relative modalità applicative).

Tale considerazione, però, porta ad interrogarsi sull'indebolimento argomentativo che queste posizioni scontano, inevitabilmente, laddove ci si riferisca, nell'esaminare la compatibilità con l'art. 1 prot. 1 CEDU, non già ad un contesto di criminalità organizzata bensì alla c.d. prevenzione generica, ossia quella rivolta a "coloro che per la condotta ed il tenore di vita debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose" e di cui, ancora oggi, alla superstita lett. b) dell'art. 1 del c.d. "Codice Antimafia".

3.2.3 *Statuto processuale della confisca di prevenzione*

³²⁴ Cfr. *Bongiorno e altri c. Italia*, § 45; in senso analogo, ancora v. *Raimondo c. Italia* § 30: «The Court is fully aware of the difficulties encountered by the Italian State in the fight against the Mafia. As a result of its unlawful activities, in particular drug-trafficking, and its international connections, this "organisation" has an enormous turnover that is subsequently invested, inter alia, in the real property sector. Confiscation, which is designed to block these movements of suspect capital, is an effective and necessary weapon in the combat against this cancer. It therefore appears proportionate to the aim pursued, all the more so because it in fact entails no additional restriction in relation to seizure. Finally, the preventive purpose of confiscation justifies its immediate application notwithstanding any appeal. In conclusion, the respondent State did not overstep the margin of appreciation left to it under the second paragraph of Article 1». Più in generale, è comunque possibile scorgere nelle decisioni della Corte un evidente prudenza nell'approcciare l'armamentario di prevenzione patrimoniale italiano: il fatto che quest'ultimo abbia ormai assunto un ruolo cruciale nel sistema "integrato" di contrasto al crimine organizzato costituisce senz'altro uno dei motivi in tal senso, sintomatico appunto del cauto approccio convenzionale, come già in passato (valga, ancora, il richiamo al caso *Lawless c. Irlanda*), rispetto a contesti di "lotta senza quartiere" alla criminalità organizzata o al terrorismo.

Quanto alle garanzie procedurali e processuali, la Corte EDU ha costantemente escluso che le misure di prevenzione presuppongano un'accusa penale per la loro applicazione, evidenziando come siano autonomamente fondate su altri presupposti, relativi appunto al giudizio di pericolosità sociale del prevenuto ed all'accertamento della (il)legittima provenienza dei beni ritenuti di sospetta origine illecita.³²⁵

In questa prospettiva, dunque, non vi è spazio per alcuna presunzione di innocenza. L'accertamento, anzi, ben può modularsi secondo schemi di giudizio civilistici (atteso l'oggetto meramente patrimoniale della misura), e quindi snodarsi anche attraverso meccanismi di tipo presuntivo, quale appunto quello in tema di dimostrazione dell'illecita accumulazione.³²⁶

L'unica criticità processuale individuata dalla Corte è stata, invero, quella relativa al fatto che la normativa italiana non prevedesse la possibilità di celebrare pubblicamente le udienze del procedimento di prevenzione³²⁷, situazione cui il legislatore ha successivamente posto rimedio prevedendo, oggi, la facoltà per il prevenuto di richiedere che l'udienza sia celebrata alla presenza del pubblico, diversamente dal "rito ordinario" di prevenzione che prevede tendenzialmente la celebrazione del procedimento in camera di consiglio, con l'intervento dei prevenuti e

³²⁵ Sul punto anche v. *M. c. Italia*, cit., *Raimondo c. Italia*, cit., *Prisco c. Italia*, cit., *Arcuri c. Italia*, cit.
³²⁶ V. ad esempio *Bongiorno e altri c. Italia* cfr. § 47-50: «47. La Corte constata che nella fattispecie, l'articolo 2 ter della legge del 1965 prevede, in presenza di «indizi sufficienti», la presunzione che i beni della persona sospettata di appartenere ad un'associazione per delinquere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Questa stessa norma prevede espressamente la possibilità che i beni oggetto della misura di prevenzione, pur essendo in realtà a disposizione della persona sospettata di appartenere all'associazione per delinquere, appartengano formalmente a terzi. 48. Ogni sistema giuridico prevede presunzioni di fatto o di diritto. Evidentemente, la Convenzione non vi si oppone in linea di principio (vedi, mutatis mutandis, *Salabiaku c. Francia*, sentenza del 7 ottobre 1988, serie A no 141-A, § 28). Il diritto dei ricorrenti al rispetto dei loro beni implica, tuttavia, l'esistenza di un'effettiva garanzia giurisdizionale. 49. In proposito, la Corte constata che la procedura relativa all'applicazione delle misure di prevenzione si è svolta in contraddittorio dinanzi a tre successive giurisdizioni: tribunale, corte d'appello e Corte di cassazione. In particolare, i ricorrenti hanno avuto la possibilità, tramite il loro avvocato di fiducia, di sollevare le eccezioni e di presentare i mezzi di prova da loro ritenuti necessari per la tutela dei propri interessi, il che prova che i diritti della difesa sono stati rispettati. Inoltre, la Corte osserva che le giurisdizioni italiane non potevano basarsi su semplici sospetti. Esse hanno accertato e valutato obiettivamente i fatti esposti dalle parti, e nulla nel fascicolo fa pensare che abbiano valutato arbitrariamente gli elementi che sono stati a loro sottoposti».

³²⁷ In particolare si veda la decisione *Bocellari e Rizza c. Italia*, 13 novembre 2007, § 33-40. Per le ricadute interne e la dichiarazione di incostituzionalità della normativa (art. 666 co. 3 e 678 co. 1 cod. proc. pen.), laddove non prevede la possibilità di richiedere la celebrazione del procedimento di opposizione alla confisca nelle forme dell'udienza pubblica, v. sent. C. Cost. 15 giugno 2015 n. 109.

dei terzi interessati, nonché dei loro difensori, oltre che, ovviamente, del rappresentante dell'organo proponente l'applicazione della misura.

4. Riferimenti internazionali ed europei per le misure patrimoniali

Anche nel diritto dell'Unione Europea la tematica del contrasto patrimoniale alla criminalità organizzata è particolarmente sentita ed attuale, coerentemente con la dimensione transnazionale che i traffici illeciti più redditizi hanno assunto nel panorama moderno.

In quest'ambito l'Unione si adopera in particolar modo ad armonizzare la disciplina degli Stati membri, favorendo con ciò la circolazione e il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca o blocco dei beni, emessi dalle rispettive autorità giudiziarie, al fine di rendere l'esecuzione di quest'ultimi più effettiva e penetrante. La creazione di una rete europea di circolazione rapida di provvedimenti ablativi attribuisce inoltre a tali strumenti una portata ulteriormente dissuasiva, che deriva appunto dalla maggiore difficoltà di elusione dei provvedimenti di confisca o congelamento dei beni in tutto lo spazio dell'Unione.

Allo stesso modo, la cooperazione e collaborazione tra Stati all'interno dell'Unione ha portato ad una sempre maggiore condivisione di strumenti investigativi, informativi e di intelligence, che si sono rivelati -oggi ancora di più- indispensabili ai fini di un contrasto patrimoniale alle organizzazioni criminali che voglia essere efficace su larga scala.

In questo senso, sono diverse le Convenzioni che hanno progressivamente costruito una piattaforma comune in campo internazionale, sino agli ultimi importanti interventi costituiti dalla direttiva n. 2014/42/UE e dal regolamento europeo n. 1805/2018, sui quali si soffermerà maggiormente l'attenzione in questo capitolo.

4.1 Le convenzioni internazionali sugli strumenti patrimoniali

Nel 1988, con la Convenzione di Vienna³²⁸ in materia di contrasto al narcotraffico, gli Stati aderenti si impegnavano a favorire il reciproco riconoscimento

³²⁸ V. "Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope", Vienna, 20 dicembre 1988. Nelle premesse iniziali sono ricostruite le esigenze di impegno e cooperazione internazionale nell'incriminazione delle condotte integranti e comunque collegate al

dei provvedimenti di confisca nazionali, ai fini della cui applicazione veniva, già allora, caldeggiato l'impiego di forme di inversione dell'onere probatorio in materia di confisca dei proventi di sospetta origine illecita, o comunque di diversa ripartizione dell'onere di allegazione sul punto.

Analoghe sollecitazioni sono peraltro ribadite anche nella Convenzione di Strasburgo³²⁹ del 1990, accanto all'invito a prevedere forme di confisca anche "per equivalente" dei profitti illeciti stimati o comunque presunti tali.

Ancora, nel 2000, viene sottoscritta la Convenzione di Palermo contro il crimine organizzato³³⁰, nella quale gli Stati aderenti sono invitati "nella più ampia misura possibile dei loro ordinamenti giuridici interni" ad apprestare forme di ablazione obbligatoria, anche per equivalente, dei profitti derivanti da reati connessi al crimine organizzato (v. conv. cit. art. 12, co. 1), eventualmente prevedendo che sia il "reo" (dunque, un condannato in sede penale) a dover dimostrare l'origine lecita dei presunti proventi da reato (v. conv. cit., art. 12, co. 7).

Tutte tali convenzioni hanno significativamente contribuito alla creazione di una piattaforma operativa -oltre che di una più spiccata sensibilità comune- per una efficace cooperazione in materia di contrasto patrimoniale del grande crimine transnazionale, ed è proprio in quest'ottica "condivisa" che si radicano, con forza, alcune istanze di maggior efficienza e deterrenza (su tutte, la confisca per equivalente e l'inversione dell'onere probatorio in materia di origine illecita dei profitti) che

narcotraffico, così come nell'individuazione dei profitti illeciti di tali condotte ed in una più facile ed efficiente sottoposizione a congelamento in vista della confisca. In particolare, l'art. 5, co. 7, della Convenzione invita gli stati aderenti a prevedere forme di inversione dell'onere probatorio circa l'origine lecita di beni che, in virtù di particolari condizioni, possono presumersi illecitamente accumulati: «Ciascuna Parte può prendere in considerazione l'ipotesi di invertire l'onere di prova per quanto concerne l'origine lecita dei prodotti presunti o di altri beni che possono essere oggetto di una confisca, nella misura in cui ciò sia conforme con i principi della sua legislazione interna e con la natura della procedura giudiziaria e delle altre procedure».

³²⁹ V. "Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi da reato", Strasburgo, 8 novembre 1990. In particolare l'art. 2, co. 1, prevede: «Ciascuna Parte prende le misure legislative o di altra natura eventualmente necessarie per consentirle di procedere alla confisca di strumenti e di proventi, o di valori patrimoniali il cui valore corrisponde a tali proventi».

³³⁰ V. "Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale", Palermo, 15 novembre 2000. In particolare gli artt. 12 e 13 sono espressamente dedicati alla confisca dei proventi da reato, ed alle procedure di cooperazione nell'esecuzione e riconoscimento dei provvedimenti di confisca in questa materia.

troveranno larga accoglienza e rapido consolidamento negli ordinamenti interni dei singoli stati.

4.2 L'azione comune dell'Unione Europea

L'Unione è intervenuta diverse volte in materia, oltre che come Parte aderente alle Convenzioni di cui sopra, anche nel proprio ambito di competenza per c.d. "interno" e relativo, a sua volta, all'armonizzazione delle normative degli stati membri in materia ed alla fissazione di standard minimi, anche di garanzia, condivisi.

In tale politica l'Unione si è avvalsa, dapprima, di strumenti come le azioni comuni e le decisioni quadro, sempre assunte nell'ambito del GAI, ossia il Consiglio "Giustizia e affari interni" dell'UE, per poi utilizzare i più incisivi strumenti della direttiva (2014) e infine, pur eccezionalmente, del regolamento (2018).

Le decisioni più rilevanti sono assunte a partire dal 1998, sempre in materia di lotta al riciclaggio, ricerca dei proventi da reati connessi al crimine organizzato e mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie di confisca o congelamento dei beni in questione.³³¹

Tra le più rilevanti vi è senz'altro la decisione quadro 2005/212/GAI relativa alla "confisca di beni, strumenti e proventi da reato", dove per la prima volta viene sollecitato espressamente il ricorso da parte degli Stati a poteri "estesi" di confisca contro il crimine organizzato (dal narcotraffico al riciclaggio, dal contrabbando alla tratta illegale di persone, alla corruzione e al racket), fornendo anche indicazioni minime sulle caratteristiche di tali strumenti.

In particolare l'art. 3 prevede al co. 2 diverse ipotesi "minime" di confisca allargata (o estesa), in danno del condannato per taluno dei gravi reati di cui sopra, in relazione ai beni e alle utilità derivate all'interessato in un determinato lasso di tempo anteriore alla condanna (e che siano considerati frutto di attività criminosa analoga) o

³³¹ Il riferimento in particolare è all'azione comune del 3 dicembre 1998, n. 98/699/GAI, in materia di "individuazione e confisca degli strumenti e dei proventi da reato", poi aggiornata con la decisione quadro n. 2000/500/GAI concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o il sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi da reato. A queste deve aggiungersi anche la decisione quadro n. 2003/577/GAI in tema di "esecuzione nell'Unione europea di provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio".

che comunque, sempre “sulla base di fatti circostanziati”, il Giudice sia convinto che derivino da altre attività criminose del condannato.³³²

A tal fine, inoltre, l’art. 3 co. 3 invita gli Stati a predisporre eventualmente anche forme di ablazione nei confronti delle persone con cui l’autore del reato ha relazioni più strette, nonché nei confronti delle persone giuridiche cui questo sia collegato, direttamente ovvero attraverso l’intermediazione di familiari o conviventi.³³³

Quanto alla natura della procedura di confisca “estesa”, l’ultimo comma della disposizione in questione prevede espressamente che “*Gli Stati membri possono ricorrere a procedure diverse dalle procedure penali per privare l’autore del reato del godimento del bene in questione*”. Ciò, tuttavia, non inficia la necessità, che è anzi presupposto comune di tutte le ipotesi minime prospettate nella decisione, che l’autore del reato per subire la confisca debba essere stato, appunto, dichiarato tale attraverso un procedimento penale, e quindi porta a scorgere, nei modelli proposti, uno strumento che più si avvicina alla confisca ex art. 240-bis c.p. (che ha di recente sostituito la confisca ex art. 12-sexies d.l. 306/92 e succ. mod.) piuttosto che alla confisca di prevenzione, che, come noto, non richiede invece alcuna condanna per la sua applicazione.

³³² Ci si riferisce ai casi minimi di applicazione dei poteri di confisca estesa, di cui all’art. 3 co. II, individuati rispettivamente dalle seguenti lettere: *a)* quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie; *b)* quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di analoghe attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie; *c)* quando si stabilisce che il valore del bene è sproporzionato al reddito legittimo della persona condannata e un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata stessa.

³³³ V. art. 3 co. 1 della decisione citata: «Ciascuno Stato membro può altresì prendere in considerazione l’adozione delle misure necessarie per poter procedere, conformemente alle condizioni di cui ai paragrafi 1 e 2, alla confisca totale o parziale dei beni acquisiti da persone con le quali la persona in questione ha le relazioni più strette e dei beni trasferiti a una persona giuridica su cui la persona in questione, che agisce da sola o in collegamento con persone con le quali essa ha relazioni più strette, esercita un controllo. Questo si applica anche se la persona in questione riceve una parte rilevante del reddito della persona giuridica».

In questo solco si inserisce, da ultimo, la direttiva n. 42/2014/UE³³⁴, che prosegue nell'armonizzazione degli strumenti patrimoniali, ed in particolar modo dei poteri estesi di confisca, elaborando in tal senso alcune sollecitazioni agli Stati a prevedere, questa volta, anche delle vere e proprie forme di confisca senza condanna, pur tuttavia riservate a particolari condizioni (la fuga o la malattia dell'imputato) riferibili comunque alla "dimensione" del procedimento penale.

4.2.1 *La direttiva 42/2014/UE in materia di confisca dei proventi da reato*

La direttiva n. 42 del 2014 sostituisce l'originaria Azione Comune del 1998 nonché, parzialmente, le decisioni quadro di cui si è detto sopra in materia di contrasto al crimine organizzato e confisca dei proventi da reato.

È stato un atto centrale nella politica dell'Unione in materia di confisca dei proventi da reato sotto diversi punti di vista.³³⁵

La scelta dello strumento, innanzitutto, riflette un cambio di passo nell'armonizzazione delle discipline nazionali: il proposito è peraltro espressamente motivato nel considerando n. 19, dove si evidenzia che le tre "ipotesi" minime, previste dalla decisione quadro del 2005 (in virtù della quale gli Stati sono obbligati a prevedere poteri estesi di confisca) hanno dato luogo, in sede di recepimento, a differenti modelli e concetti di "confisca estesa", le cui divergenze ancora ostacolano il mutuo riconoscimento e impongono, pertanto, un ulteriore affinamento comune delle norme minime in materia.

Gli stessi considerando della direttiva sono di particolare attualità: vi si ritrovano valutazioni e osservazioni sulla recente evoluzione del crimine organizzato³³⁶, sulle implicazioni patrimoniali e finanziarie dei traffici illeciti

³³⁴ V. Direttiva del Parlamento e del Consiglio UE del 3.4.2014 n. 42 "relativa al congelamento ed alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato". A riguardo anche v. A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, I, 300 ss.

³³⁵ Per alcune osservazioni riguardo alla proposta di direttiva v. A. M. MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi da reato*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, 2, 180 ss.; anche v. A. BALSAMO, *Il "codice antimafia" e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?*, contributo reperibile e consultabile in *dirittopenalecontemporaneo.it* (web) 20 luglio 2012, 1 ss.

³³⁶ V. ad esempio il considerando n. 1), che costituisce una buona sintesi dell'approccio moderno al fenomeno in questione: «Il motore principale della criminalità organizzata transfrontaliera, comprese le organizzazioni criminali di stampo mafioso, è il profitto economico. Di conseguenza, le autorità

transnazionali e sulla politica comune di contrasto e risposta al fenomeno, che svelano un tessuto spesso comune con le considerazioni già svolte, nel proprio sindacato, dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo, o dalle supreme giurisdizioni nazionali quando chiamate, in particolare, a giustificare il perseguimento dell'interesse pubblico attraverso misure, particolarmente dure, contro la grande criminalità.

In tema di poteri estesi di confisca la direttiva ha, come detto, l'obiettivo di affinare ancora di più il quadro delle condizioni obbligatorie minime: in questo senso, chiarisce come, a fronte della condanna penale per uno dei gravi reati in considerazione, potranno essere confiscati anche beni e utilità non associati al reato, ma che l'autorità giudiziaria ritenga derivanti da altre attività criminose.

Di fatto, viene ribadito che il nesso di pertinenzialità con il reato, a fronte della condanna, non è più richiesto in relazione a tutti quei beni che, sulla base di sufficienti elementi (tra cui è menzionata anche la sproporzione) sono ritenuti comunque frutto di altre attività criminose. Per quest'ultimo giudizio, infatti, è sufficiente "che l'autorità giudiziaria ritenga, in base ad una ponderazione delle probabilità, o possa ragionevolmente presumere, che sia molto più probabile che i beni in questione siano il frutto di condotte criminose piuttosto che di altre attività".³³⁷

Se ne ricava dunque un assetto minimo -ma obbligatorio per tutti gli Stati dell'Unione- più "aggressivo" rispetto a quello delineato nel 2005, in particolare sgombrando ogni ambiguità circa tre aspetti centrali: la natura delle ulteriori attività criminose non è necessario sia analoga a quella per cui è intervenuta condanna; lo standard di giudizio minimo può basarsi su una rafforzata valutazione probabilistica, e può avvalersi di presunzioni; la sproporzione è un elemento -in realtà, l'unico- menzionato espressamente come idoneo ad indurre l'autorità giudiziaria a concludere

competenti dovrebbero disporre dei mezzi per rintracciare, congelare, gestire e confiscare i proventi da reato. Tuttavia, la prevenzione e la lotta efficaci contro la criminalità organizzata dovrebbero essere conseguite neutralizzando i proventi da reato e dovrebbero essere estese, in alcuni casi, a qualsiasi bene derivante da attività di natura criminosa»; ancora, v. considerando n. 11) per il concetto di provento da reato: «Occorre chiarire l'attuale concetto di proventi da reato al fine di includervi i proventi diretti delle attività criminali e tutti i vantaggi indiretti, compresi il reinvestimento o la trasformazione successivi di proventi diretti. Pertanto, i proventi possono comprendere qualsiasi bene, anche trasformato o convertito, in tutto o in parte, in un altro bene, ovvero confuso con beni acquisiti da fonte legittima, fino al valore stimato dei proventi confusi. Possono inoltre comprendere introiti o altri vantaggi derivanti dai proventi da reato o da beni nei quali i proventi da reato sono stati trasformati o convertiti o da beni con i quali i proventi da reato sono stati confusi».

³³⁷ Cfr. considerando n. 21) dir. 42/2014/Ue.

che i beni derivano da condotte criminose (a tal fine può anche fissarsi un periodo entro il quale presumere l'origine illecita di tutti i beni "sproporzionati").³³⁸

Di rilievo anche il riferimento all'obbligatoria previsione di forme minime di confisca senza condanna, ancorché considerate dallo stesso legislatore europeo procedure eccezionali: ne limita l'adozione minima, infatti, ai soli casi di fuga o malattia dell'imputato³³⁹, e pare concepirla, soprattutto, come risposta, nel procedimento penale, alle problematiche originate da tali situazioni a livello processuale.

In questo senso, dunque, il paradigma centrale della politica Ue sembra rimanere quello dei poteri estesi di confisca esercitati in occasione della condanna penale, lasciando alla confisca senza condanna il ruolo di risorsa complementare "eccezionale", da applicare in talune particolari situazioni di compromissione, tendenzialmente patologica, della possibilità di celebrare un procedimento penale comunque avviato contro una persona (dunque nessuna *actio in rem* di ispirazione statunitense) e già istruito al punto da permettere una ragionevole prognosi secondo la quale, ove non intervenisse la causa di improcedibilità, si sarebbe pervenuti sicuramente ad una condanna dell'imputato.³⁴⁰

Tutte queste posizioni in materia di poteri estesi di confisca e confisca senza condanna sono trasfuse, in particolare, agli articoli 4 (Confisca)³⁴¹ e 5 (Poteri estesi di

³³⁸ V. in particolare ultima parte del cons. n. 21: «Una sproporzione tra i beni dell'interessato e il suo reddito legittimo può rientrare tra i fatti idonei ad indurre l'autorità giudiziaria a concludere che i beni derivano da condotte criminose. Gli Stati membri possono inoltre fissare un periodo di tempo entro il quale si può ritenere che i beni siano derivati da condotte criminose».

³³⁹ Quest'ultima evenienza è in particolare descritta al considerando n. 16): «Ai fini della presente direttiva, si intende per malattia l'impedimento dell'indagato o dell'imputato a comparire nel procedimento penale per un periodo prolungato e, di conseguenza, il procedimento non può proseguire in condizioni normali. L'indagato o l'imputato può essere chiamato a provare lo stato di malattia, ad esempio con un certificato medico, di cui l'autorità giudiziaria dovrebbe poter non tener conto qualora lo ritenga insoddisfacente. È opportuno che il diritto dell'interessato di farsi rappresentare nel procedimento da un difensore non sia messo in pericolo».

³⁴⁰ A riguardo v. cons. n. 15): «Qualora la confisca in base a una condanna definitiva non sia possibile, in determinate circostanze dovrebbe essere comunque possibile confiscare beni strumentali e proventi da reato, almeno in caso di malattia o di fuga dell'indagato o dell'imputato. Tuttavia, in tali casi di malattia e di fuga, l'esistenza di un procedimento in contumacia negli Stati membri dovrebbe essere sufficiente per adempiere a tale obbligo. In caso di fuga dell'indagato o dell'imputato, gli Stati membri dovrebbero adottare ogni misura ragionevole e possono disporre affinché il soggetto in questione sia chiamato a comparire nel procedimento di confisca o sia informato di tale procedimento».

³⁴¹ Art. 4 (Confisca): «1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, di beni strumentali e proventi da reato, o di beni di valore corrispondente a detti beni strumentali o proventi, in base a una condanna penale definitiva, che può anche essere

confisca)³⁴² della direttiva, che costituiscono appunto il livello minimo cui devono uniformarsi gli Stati dell'Unione.

Gli effetti della direttiva, recepita in 25 paesi, sono stati notevoli in diversi ordinamenti, dove hanno dato impulso all'introduzione di nuovi strumenti (come nell'ordinamento spagnolo) o alla rimodulazione di precedenti istituti nei termini minimi ora imposti dal legislatore europeo (come nell'ordinamento tedesco o in quello francese).³⁴³

Sotto questo profilo l'Italia, che ha recepito la direttiva in questione nel 2016³⁴⁴, si trovava già nel 2014 con un arsenale di confische, sia in forma estesa, sia senza condanna, pienamente adeguato: l'art. 12-*sexies* d.l. 306/92 costituiva infatti, da oltre un ventennio, una consolidata ipotesi di confisca allargata nel nostro

pronunciata a seguito di un procedimento in contumacia. 2. Qualora la confisca sulla base del paragrafo 1 non sia possibile, almeno nei casi in cui tale impossibilità risulti da malattia o da fuga dell'indagato o imputato, gli Stati membri adottano le misure necessarie per consentire la confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato laddove sia stato avviato un procedimento penale per un reato che può produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico e detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato».

³⁴² Art. 5 (Poteri estesi di confisca), co. 1: «1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico, laddove l'autorità giudiziaria, in base alle circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, come il fatto che il valore dei beni è sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata, sia convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose». Al co. 2 sono indicati tutte le fattispecie che rientrano nella nozione di reato rilevante per l'applicazione della direttiva.

³⁴³ Per una breve panoramica di tali mutamenti, già in questa sede, fermo il rinvio ai prossimi paragrafi (v. *infra* par. 5 e ss.) per un più strutturato approfondimento comparato, v. A.M. MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, contributo reperibile e consultabile in archivioldpc.dirittopenaleuomo.org, (web), 16 gennaio 2019, 25-38; con riguardo specifico alla riforma, avvenuta del 2017, nell'ordinamento tedesco anche v. T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit. 226-258; per un raffronto con le proposte di riforma in materia di *comiso* o *decomiso* nell'ordinamento spagnolo anche v. T. AGUADO CORREA, *Comiso: crónica de una reforma anunciada*, in *InDret*, 4/2014, 1 ss., (web) contributo reperibile e consultabile su indret.com; con riguardo alle nuove disposizioni ivi adottate in tema di *comiso ampliado* e *comiso sin sentencia*, anche v. T. AGUADO CORREA, *La directiva sobre embargo y decomiso en la Unión europea: una solución de compromiso a medio camino*, in *Revista general de derecho europeo*, n. 35, 2015, 1-34. Sempre relativamente a quest'ultimo tema vedi anche F. GARRIDO CARRILLO, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Ed. Dykinson, 2019, Madrid, 19-34, 41-66;

³⁴⁴ In particolare attraverso il d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, con il quale si è provveduto ad allineare soprattutto la platea di applicazione della confisca (diretta, per equivalente e allargata del profitto da reato) al novero delle fattispecie previsto dalla direttiva cui non erano ancora applicabili. Si tratta quindi, in buona sostanza, di interventi di adeguamento che si sono tradotti in estensioni del raggio d'azione delle confische menzionate, senza modificare strutturalmente gli istituti coinvolti. Per una sintetica panoramica delle modifiche apportate dal d.lgs. 202/2016 anche v. T. TRINCHERA, *Introdotte nuove ipotesi speciali di confisca per dare attuazione alla direttiva 2014/42/UE*, scheda tematica reperibile in archivioldpc.dirittopenaleuomo.org, (web), 01 dicembre 2016.

ordinamento; la confisca di prevenzione consentirebbe, invece, di “coprire” ben oltre le ipotesi minime di improcedibilità del procedimento penale menzionate dalla direttiva, trattandosi invero di un dispositivo generale e amplissimo, che è del tutto indipendente non solo da una condanna, ma addirittura da un eventuale processo penale a carico dell’interessato.

In realtà è proprio tale ultimo aspetto che esclude la confisca di prevenzione dall’oggetto della direttiva, e che ne rende più complesso il riconoscimento diretto da parte degli altri Stati: l’art. 4 della direttiva, infatti, nel delineare le situazioni minime in cui la confisca potrà operare anche senza l’intervento di una condanna, fa espresso riferimento tanto alla circostanza che “*un procedimento penale sia stato avviato per un reato*” quanto alla prognosi per cui “*detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l’indagato o imputato avesse potuto essere processato*”.

Si tratta, invero, di chiari riferimenti al procedimento penale, in relazione al cui oggetto è peraltro richiesta una prognosi così forte (la possibilità di addivenire a condanna) che sembrerebbe, anche per altre ragioni connesse all’intervento difensivo (solo eventuale nelle indagini), presupporre quantomeno l’esercizio dell’azione penale per tali fatti quale base minima. Il legame con il procedimento penale costituisce, invece, un aspetto del tutto eventuale nel procedimento di prevenzione che, come noto, si fonda invece sul distinto piano della pericolosità sociale.

Quanto alle garanzie applicabili il considerando n. 38) espressamente richiama i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e dalla CEDU (quest’ultimi così come interpretati dalla propria Corte).³⁴⁵ In tema di proporzionalità, in particolare, si avverte l’esigenza di invitare gli Stati a predisporre una clausola che permetta, nel singolo caso, di evitare che le confische in questione si traducano in una privazione eccessiva per l’interessato; anche se l’operatività di tale condizione, che di fatto impedirebbe di ordinare la confisca (quantomeno in parte),

³⁴⁵ Cfr. cons. n. 38) dir. Ue n. 42/2014: «La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (la «Carta») e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (la «CEDU»), come interpretate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. La presente direttiva dovrebbe essere attuata conformemente a tali diritti e principi. La presente direttiva dovrebbe lasciare impregiudicato il diritto nazionale in materia di patrocinio a spese dello Stato e non crea alcun obbligo per i sistemi di patrocinio a spese dello Stato vigenti negli Stati membri, che dovrebbero applicarsi conformemente alla Carta e alla CEDU».

dovrebbe, secondo il considerando n. 18), comunque essere molto limitata, e giustificarsi solo ove determini una situazione critica di sussistenza per l'interessato.³⁴⁶

Da ultimo, sempre in tema di garanzie, la direttiva si preoccupa di invitare gli Stati a predisporre un adeguato sistema di tutele anche per i diritti fondamentali dei terzi, e che in particolare sostengono di essere titolari del diritto di proprietà o di usufrutto sui beni.³⁴⁷

Il richiamo sul punto pare senz'altro apprezzabile (la disciplina della tutela dei terzi è infatti uno storico "fianco scoperto" di questo tipo di forme di confisca)³⁴⁸ e, a ben vedere, comunque imposto quale necessario bilanciamento del favore che, al contempo, la direttiva sembra accordare anche a modalità di confisca in grado di incidere pesantemente sui diritti dei terzi, in una strategia diretta a restringere gli spazi di manovre elusive da parte degli interessati e delle persone a loro più vicine.³⁴⁹

³⁴⁶ Cfr. cons. n. 18) dir. Ue n. 42/2014: «Nell'attuazione della presente direttiva, gli Stati membri possono prevedere che, in circostanze eccezionali, la confisca non sia ordinata qualora, conformemente al diritto nazionale, essa rappresenti una privazione eccessiva per l'interessato, sulla base delle circostanze del singolo caso, che dovrebbero essere determinanti. È opportuno che gli Stati membri facciano un ricorso molto limitato a questa possibilità e abbiano la possibilità di non ordinare la confisca solo quando essa determinerebbe per l'interessato una situazione critica di sussistenza».

³⁴⁷ A ciò è espressamente dedicato, ad esempio, il cons. n. 33) dir. Ue n. 42/2014: «La presente direttiva ha conseguenze rilevanti sui diritti delle persone, non solo degli indagati o degli imputati, ma anche di terzi che non sono coinvolti in un procedimento penale. È pertanto necessario prevedere specifiche garanzie e mezzi di ricorso al fine di salvaguardare i loro diritti fondamentali nell'attuazione della presente direttiva. Ciò comprende il diritto di essere ascoltati per i terzi che sostengono di essere proprietari del bene in questione o di godere di altri diritti patrimoniali («diritti reali», «ius in re»), quale il diritto di usufrutto. La decisione di congelamento di beni dovrebbe essere comunicata all'interessato il prima possibile dopo la relativa esecuzione. Tuttavia, le autorità competenti possono rinviare la comunicazione di tali decisioni all'interessato in ragione delle esigenze investigative».

³⁴⁸ Sul tema, per maggiore approfondimento, v. I. BLANCO CORDERO, *Modern Forms of Confiscation and Protection of third Parties*, in K. LIGETI M. SIMONATO (a cura di), *Chasing Criminal Money. Challenges and perspective on asset recovery in the EU*, Bloomsbury Publishing, 2019, 140-154.

³⁴⁹ Cfr. cons. n. 24) dir. Ue n. 42/2014: «La pratica del trasferimento dei beni, al fine di evitarne la confisca, da parte di un indagato o di un imputato ad un terzo compiacente è comune e sempre più diffusa. L'attuale quadro giuridico dell'Unione non contiene norme vincolanti sulla confisca dei beni trasferiti a terzi. Pertanto, è diventato ancora più necessario consentire la confisca dei beni trasferiti a terzi o acquisiti da terzi. L'acquisizione da parte di terzi si riferisce a situazioni in cui, ad esempio, il terzo abbia acquisito beni, direttamente o indirettamente, ad esempio tramite un intermediario, da un indagato o imputato, ivi compreso quando il reato è stato commesso per suo conto o a suo vantaggio, e quando l'imputato non dispone di beni confiscabili. Tale confisca dovrebbe essere possibile almeno quando i terzi sapevano o avrebbero dovuto sapere che il trasferimento o l'acquisizione dei beni aveva lo scopo di evitarne la confisca, sulla base di fatti e circostanze concreti, ivi compreso il fatto che il trasferimento sia stato effettuato a titolo gratuito o contro il pagamento di un importo in denaro significativamente inferiore al valore di mercato. Le norme sulla confisca nei confronti di terzi dovrebbero estendersi alle persone fisiche e giuridiche. In ogni caso è opportuno che i diritti dei terzi in buona fede non siano pregiudicati».

4.2.2 *Il regolamento Ue n. 1805/2018*

L'Unione ritorna a legiferare in materia di confisca, con il regolamento 1805/2018, sulla base delle difficoltà ancora riscontrate nel mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca assunti dagli Stati nelle rispettive giurisdizioni.³⁵⁰

Le difficoltà ancora sussistenti ad implementare i contenuti delle decisioni quadro del 2003 e del 2006 in materia di riconoscimento, si sommano, inoltre, a quelle derivanti dalla proliferazione di diversi modelli di confisca estesa, e di ipotesi di confisca senza condanna, in conseguenza dell'input fornito con gli ultimi interventi dell'Unione del 2005 e 2014.

In quest'ottica, la previsione di condizioni e modelli minimi di confisca diviene del tutto inefficace se, poi, non si traduce, anche, in una stringente e veloce circolazione tra gli Stati dei provvedimenti che le applicano: il presupposto di colpire con efficienza le dinamiche criminali transnazionali obbliga dunque l'Unione ad intervenire con uno strumento direttamente applicabile, quale il regolamento, per dotare di effettività il sistema delineato nei precedenti interventi.³⁵¹

Punto centrale è quindi l'ambito di applicazione del nuovo intervento, che è espressamente ricostruito in diversi passaggi, tra cui, innanzitutto, il considerando n. 13) che prevede vi rientrino tutti i provvedimenti di congelamento e confisca "*emessi nel quadro di un procedimento in materia penale*".³⁵²

³⁵⁰ In particolare v. cons. n. 6) reg. 1805/2018: «Dalle relazioni di attuazione della Commissione riguardanti le decisioni quadro 2003/577/GAI e 2006/783/GAI emerge che il vigente regime in materia di riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e dei provvedimenti di confisca non è pienamente efficace. Tali decisioni quadro non sono state attuate e applicate in maniera uniforme negli Stati membri e, di conseguenza, il riconoscimento reciproco è insufficiente e la cooperazione transfrontaliera non è ottimale».

³⁵¹ Cons. n. 7) reg. n. 1805/2018: «Il quadro giuridico dell'Unione sul riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e dei provvedimenti di confisca non ha tenuto il passo con i recenti sviluppi legislativi a livello di Unione e nazionale. In particolare, la direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio stabilisce norme minime comuni in materia di congelamento e di confisca dei beni. Tali norme minime riguardano la confisca dei proventi da reato e dei beni strumentali, anche in caso di malattia o di fuga dell'indagato o dell'imputato, laddove sia già stato avviato un procedimento penale per un reato, la confisca estesa e la confisca nei confronti di terzi. Tali norme minime riguardano anche il congelamento dei beni in vista di un'eventuale successiva confisca. I tipi di provvedimenti di congelamento e di confisca che rientrano nell'ambito di applicazione di tale direttiva dovrebbero rientrare anche nell'ambito di applicazione del quadro giuridico sul riconoscimento reciproco».

³⁵² Cfr. cons. n. 13) reg. n. 1805/2018: «Il presente regolamento dovrebbe applicarsi a tutti i provvedimenti di congelamento e tutti i provvedimenti di confisca emessi nel quadro di un procedimento in materia penale. «Procedimento in materia penale» è un concetto autonomo del diritto dell'Unione interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, ferma restando la giurisprudenza

Tale formula, poi ripresa all'art. 1 co. 1 del regolamento in questione, costituisce un concetto autonomo del diritto dell'Unione, interpretato dalla Corte di giustizia, “*ferma restando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo*”, e si riferisce non solo ai provvedimenti che già rientravano nell’ambito della direttiva del 2014, bensì anche a tutti quelli emessi in seguito a “*procedimenti connessi ad un reato*”, anche in assenza di una condanna definitiva.

Ai procedimenti in materia penale (o “*connessi ad un reato*”), in cui “*possono rientrare anche indagini penali svolte dalla polizia o da altri servizi di contrasto*”, sono contrapposti, ed esclusi dall’applicazione del regolamento, i “*procedimenti in materia civile o amministrativa*”³⁵³ ex art. 1 co. 4 reg. 1805/2018.

Si ricava, dunque, una nozione di “procedimento in materia penale” più ampia di quella riferibile al procedimento penale in senso stretto, e che pare plasmata proprio per estendersi anche a tutte quelle forme di confische della ricchezza illecita che non presuppongono una condanna penale, ma possiedono innegabilmente una connessione con un reato.³⁵⁴

In questa prospettiva, la nozione utilizzata parrebbe quindi spianare la strada all’ingresso della confisca di prevenzione (e procedure similari) nel novero dei procedimenti in materia penale.³⁵⁵

della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tale termine contempla pertanto tutti i tipi di provvedimenti di congelamento e provvedimenti di confisca emessi in seguito a procedimenti connessi ad un reato e non solo i provvedimenti che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/42/UE. Esso contempla inoltre altri tipi di provvedimenti emessi in assenza di una condanna definitiva. Benché tali provvedimenti possano non esistere nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, lo Stato membro interessato dovrebbe essere in grado di riconoscere ed eseguire tali provvedimenti emessi da un altro Stato membro. Il procedimento in materia penale può comprendere anche indagini penali svolte dalla polizia e da altri servizi di contrasto. I provvedimenti di congelamento e i provvedimenti di confisca emessi nel quadro di procedimenti in materia civile o amministrativa dovrebbero essere esclusi dall'ambito di applicazione del presente regolamento».

³⁵³ Ancora cfr. cons. n. 13) reg. 1805/2018.

³⁵⁴ In questo senso anche v. art. 2, co. 3, lett. c) e d), dove nel definire la categoria dei beni, menziona tanto quelli passibili di confisca mediante l’applicazione di uno dei poteri di confisca previsti dalla direttiva 2014/42/UE (lett. c), quanto quelli passibili di confisca ai sensi di altre disposizioni degli Stati membri, compresa la confisca in assenza di una condanna definitiva “*previste dal diritto dello Stato di emissione in seguito a un procedimento per un reato*” (lett. d).

³⁵⁵ In questo senso appare sicuramente calzante la precisazione contenuta nella seconda parte del considerando n. 13) e per cui “*Benché tali provvedimenti possano non esistere nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, lo Stato membro interessato dovrebbe essere in grado di riconoscere ed eseguire tali provvedimenti emessi da un altro Stato membro*”.

Tuttavia, ritenere la confisca di prevenzione “*connessa a un reato*” non sembra operazione in realtà così leggera, ed anzi pare porsi in contrasto con le precedenti statuizioni nazionali e sovranazionali sul tema: nelle misure di prevenzione non vi sono, infatti, accuse penali da fronteggiare (sul punto la Corte EDU è sempre stata costante riguardo tale forma di confisca); le misure di prevenzione non si fondano, né tendono, all’accertamento di reati, bensì si basano su elementi obiettivi che denotano la propensione alla commissione di crimini dell’interessato, e dunque la sua pericolosità sociale (anche su questo punto, come visto, la Corte EDU ha sempre sposato le indicazioni offerte dalla giurisprudenza di legittimità italiana).

Le perplessità in questo senso aumentano laddove, al considerando n. 18), sono richiamati tutti i “diritti procedurali” da applicare ai procedimenti che rientrino nella “materia penale”.

Si tratta, in particolare, di quelli già previsti in numerose precedenti direttive³⁵⁶, tra le quali quelle in tema di traduzione degli atti, informazione nel procedimento penale, presunzione di innocenza³⁵⁷ ed assistenza nel procedimento, e che paiono tutti riferiti al procedimento penale in senso stretto: ne consegue, in questo caso, uno standard minimo ben più alto rispetto a quello attuale delle misure di prevenzione.

Pertanto, l’atipicità in questo senso della procedura di prevenzione italiana si ritiene potrà continuare a porre problemi in sede di riconoscimento europeo, nella misura in cui, soprattutto, paiono delinarsi concetti ambivalenti di “*materia penale*”, “*procedimento in materia penale*” e “*procedimento connesso a un reato*”, nonostante il formale raccordo tra diritto dell’Unione e diritto EDU, soprattutto in tema di

³⁵⁶ In particolare v. cons. n. 18: «I diritti procedurali di cui alle direttive 2010/64/UE, 2012/13/UE, 2013/48/UE, (UE) 2016/343, (UE) 2016/800 e (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbero applicarsi, nei limiti dell’ambito di applicazione di tali direttive, ai procedimenti penali rientranti nell’ambito di applicazione del presente regolamento per quanto riguarda gli Stati membri vincolati da tali direttive. In ogni caso, le garanzie previste dalla Carta dovrebbero applicarsi a tutti i procedimenti rientranti nell’ambito di applicazione del presente regolamento. In particolare, le garanzie essenziali applicabili ai procedimenti penali previste dalla Carta dovrebbero applicarsi ai procedimenti in materia penale ma che sono contemplati dal presente regolamento».

³⁵⁷ In questo senso, in particolare, si veda la direttiva Ue n. 343/2016 in materia di presunzione di innocenza e divieto di autoincriminazione, dove le garanzie in questione sono concepite sul modello del procedimento penale (in particolare v. cons. 11 e 12 dir. cit.) e non paiono *tout court* estensibili alle misure di prevenzione senza entrare in contraddizione con l’esclusione dalla materia penale che la Corte EDU ha consolidato sul punto con riferimento alla normativa italiana (ma non solo), anche e più volte con espresso riferimento alla non applicabilità dell’art. 6 par. 2 CEDU che prevede proprio la presunzione di innocenza.

garanzie. Questi termini sembrano, paradossalmente, incontrare un'interpretazione più ristretta, nella giurisprudenza EDU, laddove si tratta di attribuire le garanzie proprie della materia penale, mentre sono invece intesi in senso ampio, nel diritto dell'Unione, al fine di agevolare il riconoscimento dei provvedimenti di confisca.

Di questa ambivalenza, ad esempio, è sintomatico il “cortocircuito” realizzato con il richiamare le garanzie procedurali penalistiche per tutte le confische del regolamento (e non solo per quelle di cui alla direttiva del 2014), e dunque anche proprio per quella particolare area di frontiera costituita dalla confisca della ricchezza di sospetta origine illecita. Il proposito, infatti, sembra non considerare che l'efficienza di tali misure si fonda anche sull'indebolimento o l'esclusione di tali garanzie procedurali penalistiche (su tutte la presunzione di innocenza), secondo un'impostazione che la Corte EDU ha più volte giustificato proprio con l'esclusione dalla materia penale di tali misure (cui infatti viene attribuito il parametro procedurale dell'art. 6 CEDU nel suo portato civilistico, in ragione dell'oggetto patrimoniale della confisca).³⁵⁸

Nessuna questione pare porsi invece riguardo l'applicabilità del regolamento in questione alla confisca c.d. “allargata” di cui all'art. 240-*bis* c.p.³⁵⁹, nemmeno per i casi in cui l'ablazione è mantenuta anche a seguito della declaratoria di prescrizione del reato purché vi sia stata condanna in primo grado.³⁶⁰In tal senso, infatti, la direttiva del 2014 invitava a predisporre forme di confisca senza condanna quantomeno in caso di fuga o malattia dell'imputato, lasciando liberi gli Stati di prevedere ulteriori

³⁵⁸ Tale contraddizione è stata già colta dalla dottrina, ad esempio, recentemente, cfr. A. M. MAUGERI-P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza se ne afferma la natura ripristinatoria* (C. Cost. 24/2019), in *Sistema Penale* (web), 29 novembre 2019, 80 ss.

³⁵⁹ Di questo avviso sempre A.M. MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, cit., 25 ss.

³⁶⁰ Ipotesi ora espressamente normata, in via generale, all'art. 578-*bis* c.p.p., e dapprima consentita in via interpretativa a seguito dei principi di diritto elaborati con la sentenza delle SS. UU. “Lucci”, per cui «Il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell'art. 240, secondo comma, n. 1, cod. pen., la confisca del prezzo del reato e, a norma dell'art. 322-*ter* cod. pen., la confisca del prezzo o del profitto del reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato» cfr. Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, Pres. Santacroce, Rel. Macchia, Ric. Lucci.

situazioni in cui ragionevolmente prevedere l'operatività della confisca in casi in cui il procedimento penale non possa giungere ad una condanna definitiva.³⁶¹

In questa direzione, appunto più rigorosa rispetto all'obbligo "minimo" imposto dalla direttiva, un esempio recente è costituito dalla scelta del legislatore spagnolo, con le ultime riforme in materia di confisca (in particolare, del 2003 e del 2015), di prevedere l'operatività di una particolare ipotesi di *comiso sin sentencia* (anche in forma "estesa") nei casi in cui il reato si estingua per prescrizione (come si vedrà meglio *infra*, par. 5), oltre che in altre specifiche situazioni.

5. Strumenti di prevenzione patrimoniale nel diritto comparato

Nel panorama moderno moltissimi Stati fanno ricorso a confische particolarmente incisive nei confronti degli autori di gravi crimini in grado di generare rilevanti proventi economici, e gli strumenti adottati sono, spesso, dotati di fisionomie pratiche fortemente differenziate.

Ciò non toglie che alcune caratteristiche, in linea generale, paiono tuttavia accomunare i vari modelli adottati nel panorama europeo ed internazionale.³⁶²

Molte si sono già intraviste nell'esame delle problematiche, per così dire "comuni", trattate nella giurisprudenza convenzionale rilevante, altre, invece, si ricavano dall'osservazione degli elementi attorno ai quali la stessa Unione europea intende costruire una base condivisa (e il cui modello attuale è quello tratteggiato dalla direttiva n. 42/2014).³⁶³

Le speciali forme di confisca in questione si caratterizzano tutte, innanzitutto, per un tendenziale alleggerimento dell'onere probatorio dell'accusa, e per l'impiego

³⁶¹ Da segnalare comunque che, nella proposta di direttiva originaria era invero stata già avanzata l'ipotesi di prevedere una forma di confisca senza condanna -pur sempre ancorata nel procedimento penale- anche laddove il reato si estingua per prescrizione, oltre che per morte del reo, e dunque non solo nei casi di fuga e malattia poi accolti nel testo definitivo della direttiva n. 42/2014.

³⁶² Sul punto, anche per taluni profili critici (ad es. onere della prova; quantificazione del profitto confiscabile) altrettanto "comuni" a tali forme di confisca, v. J. BOUCHT, *Extended Confiscation: Criminal Assets or Criminal Owners?* in K. LIGETI M. SIMONATO (a cura di), *Chasing criminal money. Challenges and perspective on asset recovery in the EU*, Bloomsbury Publishing, 2019, 117-137.

³⁶³ Con particolare riferimento al percorso di creazione comune e/o armonizzazione delle legislazioni dei paesi membri in materia di confisca dei profitti illeciti v. K. LIGETI M. SIMONATO, *Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An introduction*, in K. LIGETI M. SIMONATO (a cura di), *Chasing criminal money. Challenges and perspective on asset recovery in the EU*, cit., 3-15.

di una regola di giudizio che deroga al convincimento del giudice oltre ogni ragionevole dubbio, per conformarsi invece a criteri probabilistici più o meno rinforzati.

Ancora, tali forme di confisca condividono, pressoché tutte, la caratteristica di colpire beni che vengono ritenuti frutto di attività criminali delittuose che, tuttavia, non sono accertate con una sentenza di condanna.

In alcuni casi, come quello delle misure di prevenzione italiane³⁶⁴, la condanna non è richiesta in alcun modo per la confisca dei beni, e l'accertamento delle attività criminali dai quali deriverebbero avviene in una dimensione "altra" rispetto a quella penale (in Italia, appunto, quella del giudizio di pericolosità del prevenuto). In altri modelli, invece, è richiesta una condanna³⁶⁵, ma i beni confiscabili vanno comunque oltre quelli derivanti dal reato accertato con la sentenza e quindi, anche in questo caso, vi sono altre attività criminali (la cui esistenza viene "ricostruita" o "presunta") poste a fondamento della presunzione di illecita accumulazione patrimoniale senza che la eventuale responsabilità individuale per quest'ultime sia stata affermata in un procedimento penale.³⁶⁶

³⁶⁴ Ma anche nei casi del *civil forfeiture* irlandese e del *civil recovery* britannico, dove la procedura è appunto di tipo civilistico, svincolata da qualsiasi procedimento penale nei confronti dell'autore. Analoga separazione dal procedimento penale è prevista, ad esempio, anche nel caso del *civil forfeiture* in vigore negli Stati Uniti.

³⁶⁵ Questo è, come si è in parte già visto, il modello più diffuso, oltre che quello cui si ispira, almeno in prima battuta, la volontà politica dell'Unione in materia. Ciò non significa che, in talune condizioni, la confisca in questione non possa operare "senza condanna": in questo senso, anche su invito del legislatore europeo, numerosi stati hanno previsto l'operatività della confisca nel procedimento penale anche in caso di fuga o malattia, e alcuni paesi hanno esteso tale possibilità anche alla morte del reo, alla prescrizione (come in Italia, in relazione alla confisca allargata di cui all'art. 240-bis c.p., se vi è stata condanna in primo grado, v. art. 578-bis c.p.p.). Quello che conta evidenziare è che, rispetto alle misure di prevenzione italiane o ai procedimenti di *civil forfeiture* o *civil recovery* di matrice anglosassone, si tratta qui di confische ancorate e sviluppate in un procedimento penale (che è anche "aperto" e condotto come tale: dunque con una base indiziaria più solida e prerogative difensive nettamente più penetranti, anche in punto di formazione della prova).

³⁶⁶ In questa prospettiva, le confische allargate o estese sono sempre "senza condanna", almeno per quanto attiene all'accertamento incidentale dell'attività criminale dell'interessato, diversa o analoga da quella per cui è appunto intervenuta sentenza, da cui si ritiene, o si presume, derivino i beni evidenziati dall'accusa. La condanna richiesta, ad esempio, dall'art. 240-bis c.p., così come dagli omologhi istituti europei (v. ad esempio ordinamento britannico, spagnolo e olandese), funge quasi esclusivamente da presupposto di ammissibilità dell'ablazione, senza esplicitare un più ampio valore dimostrativo anche rispetto alle ulteriori attività criminali dell'interessato che si assumono rilevanti per indiziarne il patrimonio come di origine illecita. In questo senso sembra peraltro esprimersi, anche, il legislatore dell'Unione nei considerando della decisione quadro n. 212/2005 e della direttiva n. 42/2014 (in particolare v. *supra* par. 4.2).

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione di tali strumenti, può rilevarsi come, quantomeno in origine, esso sia stato tendenzialmente il medesimo per la gran parte delle tradizioni giuridiche: si tratta, infatti, di misure che hanno storicamente registrato le loro prime applicazioni soprattutto in materia di narcotraffico, contrabbando, crimine organizzato e terrorismo.³⁶⁷

Da tale base di partenza gli Stati hanno, poi, progressivamente esteso l'ambito di applicazione anche alla criminalità da profitto ed alla corruzione, pur in un quadro ancora oggi piuttosto eterogeneo, ma che, lo stesso, tradisce una certa tendenza generale ad ampliarne il *focus* applicativo in tale direzione.³⁶⁸

Anche sotto il profilo del dibattito interno generato nei vari Paesi dall'introduzione e "militanza" di tali strumenti nel proprio ordinamento si possono registrare istanze e "resistenze" trasversali che svelano, dietro la diversità delle singole tradizioni giuridiche nazionali, alcune tensioni condivise che attengono ai diritti fondamentali dell'individuo, sia quale "proprietario" sia quale "parte" di un procedimento comunque "connesso a un reato", e che mettono in risalto, a seconda dei casi, ora l'aspetto sostanziale delle sproporzionate ricadute sul diritto di proprietà, ora quello dell'inadeguatezza delle regole procedurali e di giudizio attraverso cui la confisca viene applicata in questi casi.³⁶⁹

³⁶⁷ Il dato in questione è osservabile anche laddove si esamini la progressiva espansione dell'oggetto della cooperazione internazionale tra stati finalizzata anche al più agile riconoscimento dei provvedimenti di confisca dei proventi (in tal senso si veda l'oggetto delle convenzioni di Vienna, Bruxelles, Strasburgo e Palermo prima citate; ancora, l'oggetto della decisione quadro 212/2005 e della direttiva 42/2014; anche v. *supra* 4.2). Sul punto anche v. M. FERNANDEZ-BERTIER, *The History of confiscation Laws*, in (a cura di) K. LIGETI M. SIMONATO, *Chasing Criminal Money*, Bloomsbury, 2019, Oxford, 60-75.

³⁶⁸ La tendenza in questione è riscontrabile, a livello interno e per quanto attiene alla confisca di prevenzione, nel pacifico riposizionamento delle figure di pericolosità generica quali presupposti non più solo di misure personali verso i recidivi, i violenti da stadio o gli emarginati, ma soprattutto di misure patrimoniali in chiave di contrasto a fenomeni di accumulazione patrimoniale illecita legati, da ultimo, ad una moltitudine di reati contro il patrimonio, alle frodi e all'evasione fiscale sistematica, sino alle condotte fallimentari più gravi. Tuttavia, come anticipato, si tratta di una nuova direttrice di espansione del tradizionale campo delle misure che trova riscontro anche in altri paesi, (come può ricavarsi dall'esame dell'evoluzione storica del catalogo dei reati c.d. "presupposto" cui le varie ipotesi di confisca fanno riferimento) e che è espressamente sollecitata, nel senso di una sua più ampia generalizzazione ad ogni forma di crimine in grado di generare proventi economici non irrilevanti, anche dagli ultimi interventi normativi dell'Unione europea (in particolare v. dir. n. 42/2014, reg. 1805/2018).

³⁶⁹ In questo senso ne sono esempi il diffuso disagio della dottrina in vari paesi riguardo la collocazione extra-penale delle confische allargate, soprattutto con riferimento alle ricadute in termini di retroattività delle disposizioni (e loro successive modifiche), ovvero a quelle in tema di difetto di proporzionalità. Ancora, le regole procedurali più alleggerite che accompagnano, pur con talune eccezioni, gli strumenti

Posta questa premessa, di carattere generale, sui punti di contatto dei diversi modelli consolidati in tema di confisca allargata, con o senza condanna, diverse sono in concreto le opzioni pratiche adottate dai singoli Stati sotto molteplici aspetti: dai diversi meccanismi presuntivi, ai differenti legami con il procedimento penale (e con la condanna); dall'estensione o meno della confisca oltre l'arricchimento illecito, alle garanzie difensive, anche procedurali, riconosciute all'interessato ed ai terzi.

Si tratta di aspetti sui quali non si gioca una partita "minore" e che infatti concorrono tutti, con diverso peso, a delineare l'assetto strutturale di una misura e l'economia complessiva delle sue conseguenze sui diritti individuali. Appunto nei termini di una "valutazione globale" si è espressa, più volte, la giurisprudenza della Corte EDU nell'ottica di giustificare le proprie decisioni circa la riconducibilità alla materia penale o meno di ipotesi di confische come quelle in discussione.³⁷⁰

In questa prospettiva saranno brevemente passati in rassegna gli istituti più affini previsti nella legislazione dei paesi dell'Unione europea, con particolare attenzione al modello del *decomiso ampliado/decomiso sin sentencia* spagnolo.

5.1 Alcuni problemi di classificazione della confisca di prevenzione

Ricerca modelli simili a quello della confisca di prevenzione è operazione davvero interessante e comunque piuttosto complessa.

Innanzitutto, perché non è facile, nemmeno nell'ordinamento interno, catalogare univocamente la confisca di prevenzione: come si è in parte già visto, la "storica", e discussa, natura preventiva sembra lasciare il passo, da ultimo, a quella c.d. ripristinatoria, ma sempre destando perplessità in quanti la ritengono comunque una misura sostanzialmente penale che naviga sotto falsa bandiera.³⁷¹ Anzi, proprio

in questione hanno fondato spesso critiche, di sostanza "trasversale", alla violazione delle norme nazionali che disciplinano la presunzione di innocenza, così come posto problematiche, anch'esse comuni a diversi ordinamenti, di adeguata tutela del terzo estraneo o in buona fede dagli effetti dell'ablazione.

³⁷⁰ Cfr. C. Edu, *Welch c. Regno Unito* § 33, anche v. supra, par. 2.3.

³⁷¹ Sul tema della natura della confisca in questione a seguito della SS.UU. Spinelli del 2015, fermo quanto già segnalato e osservato in precedenza, v. F. MAZZACUVA, *The Problematic Nature of Asset Recovery Measures: Recent Developments of the Italian Preventive Confiscation*, in K. LIGETI M. SIMONATO (a cura di), *Chasing criminal money. Challenges and perspective on asset recovery in the EU*, Bloomsbury Publishing, 2019, 101-115; riguardo, in particolare, le posizioni assunte dalla Corte Costituzionale con l'ultima sentenza 24/2019 anche v. A. M. MAUGERI-P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La*

questa particolare tensione sulla natura di tale strumento (che non di rado vede contrapposta la dottrina, su posizioni di maggiore garanzia, e la giurisprudenza di legittimità e costituzionale, che difende invece strenuamente l'estraneità alla materia penale di simili istituti) è forse in realtà il primo tratto che accomuna tutte tali forme di confisca oltre i singoli confini nazionali.³⁷²

Ancora, pare utile evidenziare come la disciplina della confisca di prevenzione sia il risultato di una combinazione di diverse peculiari caratteristiche, per così dire “strutturali”, che la rendono comparabile solo in parte con altri modelli.

La onfisca di prevenzione, ad esempio, costituisce sì una forma di confisca senza condanna, ma ciò non è all'evidenza sufficientemente preciso come criterio di indagine, perché, rispetto a molti strumenti che possiedono tale caratteristica, non si tratta in questo caso di una confisca ancorata ad un procedimento penale, e che viene applicata anche dove, poi, venga a mancare la condanna (del tutto, o solo perché non divenuta definitiva) in forza di particolari condizioni personali (malattia, fuga) o giuridiche (prescrizione).

Costituisce, invece, una confisca ordinata in un procedimento del tutto autonomo da quello penale: dunque da collocarsi in un sottoinsieme della più ampia categoria “confisca senza condanna”, e più precisamente in quello relativo alle sole

confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza se ne afferma la natura ripristinatoria (C. Cost. 24/2019), cit., 1 ss.

³⁷² In questo senso per quanto attiene al dibattito in Spagna sulla natura di tali forme di confisca, oltre a quanto in seguito affrontato (v. *infra* par. 6) anche v. T. AGUADO CORREA, *Comiso: crónica de una reforma anunciada*, cit., 1 ss.; E. A. FABIÁN CAPARRÓS, *La regulación del decomiso tras la reforma de la ley orgánica 1/2015*, in E. A. FABIÁN CAPARRÓS – I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE – N. RODRÍGUEZ GARCÍA (a cura di), *Recuperación de activos y decomiso*, Ed. Tirant, 2017, Valencia, 429-448; sempre in tema v. A.M. MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, cit., 28-34; per quanto attiene al dibattito sulla natura penale o meno della procedura di *civil forfeiture* irlandese, con particolare riferimento anche alla giurisprudenza della Suprema Corte irlandese, v. C. KING, *Civil Forfeiture in Ireland: Two Decades of the Proceeds of Crime Act and the Criminal Assets Bureau*, in K. LIGETI M. SIMONATO (a cura di), *Chasing criminal money. Challenges and perspective on asset recovery in the EU*, Bloomsbury Publishing, 2019, 77-99; sempre sul sistema di *civil forfeiture* irlandese anche v. C. KING, *Using civil processes in pursuit of criminal law objectives: a case study of non-conviction-based asset forfeiture*, in *The international journal of evidence & proof*, 2012, 337-363; per quanto riguarda il dibattito nella dottrina e giurisprudenza tedesca sia consentito il rimando, anche per maggiori riferimenti bibliografici, alla esaustiva panoramica contenuta in T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit., 218-256; per un inquadramento generale degli strumenti nel panorama europeo anche v. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001, 165-245.

ipotesi che sono del tutto indipendenti dall'apertura di un procedimento penale (e, *a fortiori*, dai suoi esiti processuali).

Anche in questa categoria, tuttavia, la confisca di prevenzione non appare ancora ben inquadrata: viene infatti a trovarsi in compagnia solo di ipotesi di confisca applicate sia in un procedimento del tutto autonomo da quello penale (e che anzi di norma è civilistico) ma che, diversamente, sono “dirette contro la cosa” (e dunque si tratta di azioni *in rem*, che abbracciano un concetto di pericolosità “reale”), oppure sono fondate sull'esistenza di un'illecita situazione patrimoniale riferibile alla persona.

Sotto quest'ultimo profilo, la confisca di prevenzione pare, invece, l'unico istituto che pone alla base della confisca la riconducibilità dell'interessato ad una fattispecie di pericolosità sociale legalmente predeterminata: è proprio tale riconducibilità (e, dunque, la pericolosità sociale del prevenuto) che diviene, ad esempio, la “misura temporale della confisca”; allo stesso modo, è proprio e solo tale inquadramento “preliminare” in una fattispecie che consentirebbe, poi, la ragionevole operatività della presunzione di illecita accumulazione patrimoniale, con le connesse inversioni probatorie che comporta per il prevenuto sul piano procedurale.

In tutto questo, la confisca di prevenzione nasce, inoltre, come confisca “allargata”, ed è anzi un precursore di tale categoria nel nostro ordinamento, come rilevabile in rapporto alla successiva introduzione dell'art. 12-*sexies* d.l. 306/92, la cui struttura appare dichiaratamente ispirata al modello della confisca di prevenzione. Anche in quest'ottica, pertanto, la confisca di prevenzione si differenzia da molti modelli che, quando prevedono l'operatività della “confisca senza condanna”, la limitano al solo provento del reato non più procedibile o giudicabile: non avendo invece alcun reato nel proprio baricentro -quantomeno espressamente- la confisca di prevenzione è invece sempre concepita come “estesa” a tutto il patrimonio di sospetta origine illecita del reo, e non è sussidiaria all'operatività di nessun altro meccanismo di ablazione principale più garantito.

Tenendo quindi ben presenti questi profili di assoluta originalità della confisca di prevenzione, quest'ultima può, comunque, farsi rientrare abbastanza pacificamente nell'ampia area delle confische aventi ad oggetto “beni di sospetta origine illecita”, ed i cui principali modelli stranieri saranno appunto i termini di raffronto di questa breve indagine comparata.

5.2 I principali modelli nel panorama europeo

In materia di ablazione estesa dei proventi da reato sia l'ordinamento inglese, sia l'ordinamento irlandese, hanno implementato una strategia "a doppio binario"³⁷³ simile a quella italiana, e che contempla, da un lato, la previsione di forme di confisca allargata per così dire "tradizionale", ossia disposte a seguito della condanna in un procedimento penale per talune categorie di gravi reati e, dall'altro lato, procedure di confisca autonome dal procedimento penale dirette a colpire la pericolosità stessa di alcuni beni (in quanto ritenuti collegati a un reato) ovvero a neutralizzare una situazione patrimoniale illecita in capo ad una persona.

In Gran Bretagna il *Proceeds of Crime Act* (POCA) del 2002³⁷⁴ prevede un'applicazione estesa della confisca allargata in caso di condanna nel processo penale per gravi reati³⁷⁵, cui può procedere la Crown Court, anche d'ufficio, e che si sviluppa attraverso tre fasi piuttosto interessanti dal punto di vista comparatistico.³⁷⁶

Nella prima, la Corte è infatti chiamata a valutare se l'interessato abbia tenuto nella sua vita una più generale condotta delittuosa³⁷⁷ (*criminal lifestyle*), secondo un giudizio che può in parte ricordare la fase constatativa del giudizio di pericolosità nel nostro ordinamento in materia di misure di prevenzione.

³⁷³ Nel senso che perseguono una strategia di individuazione e confisca dei proventi illeciti che poggia sia sulla normale azione repressiva di stampo penale, in occasione della quale sono innestate forme di estensione della confisca anche ai proventi di ulteriori attività criminose rispetto a quelle accertate, sia sull'utilizzo di forme di ablazione per c.d. "senza condanna" ed anzi del tutto indipendenti dal procedimento penale. In Italia ne è un esempio, in materia di confisca della ricchezza di sospetta origine illecita, il doppio binario costituito dall'art. 240-*bis* c.p., nella dimensione processuale penale, insieme alla confisca di prevenzione, nella sua dimensione giurisdizionale autonoma (comunque non penale).

³⁷⁴ Per una esaustiva analisi dell'evoluzione degli istituti (tra cui il *Drug Trafficking Offences Act* del 1986, e il *Criminal Justice Act* del 1988) disciplinati da ultimo nella nuova normativa in questione, sia consentito il rimando a A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., 206-234. In particolare sulla compatibilità del DTOA, introdotto del 1986 e ora ricompreso nel POCA del 2002, con le garanzie convenzionali vedi anche quanto già osservato prima con riferimento alla posizione della Corte EDU nei casi *Welch c. Regno Unito* e *Philipps c. Regno Unito* (*supra*, par. 3.2).

³⁷⁵ La necessità di una condanna per taluni reati, è prevista nella parte n. 2, sec. 6, n. (2) a, b, c, del POCA, nell'elenco delle condizioni dell'azione, insieme alla richiesta dell'organo inquirente e ad una valutazione preliminare di appropriatezza della Corte.

³⁷⁶ Sul punto in particolare, la procedura seguita dalla Corte è delineata innanzitutto nel POCA, part. 2, s. 6, n. (4) e ss.

³⁷⁷ «It must decide whether the defendant has a criminal lifestyle» cfr. POCA, part. 2, s. n. 6, n. (4)a.

Ove sia riscontrato tale presupposto la Corte procederà, quindi, a ricostruire i benefici che sono derivati all'interessato nell'ambito della sua più ampia condotta criminale³⁷⁸, anche attraverso l'uso di presunzioni e con uno standard di valutazione che segue il criterio della *preponderance of evidence*.

Laddove non sia riscontrabile alcuna generale condotta criminale la Corte esaminerà, allora, i benefici derivati dalla sola particolare condotta delittuosa (*particular criminal conduct*) per cui è intervenuta condanna.³⁷⁹

In entrambi i casi, la Corte procede, poi, a stimare l'ammontare dei proventi illeciti e ad ingiungerne il pagamento a carico dell'interessato, previa stima delle sue concrete e reali disponibilità.

Accanto a questa forma di confisca allargata, che comunque è destinata ad innestarsi su un procedimento penale conclusosi con una condanna, il POCA del 2002 prevede anche ulteriori forme di confisca di beni di sospetta origine illecita e/o comunque connessi con un reato, e che, diversamente dal *confiscation* di cui sopra, prescindono dalla celebrazione di un procedimento penale: si tratta in particolar modo del *civil recovery* (che ha per oggetto i beni, dunque la "*property*"), e del *cash forfeiture* (che ha per oggetto il denaro) previste dalla parte n. 5 dell'atto in questione.³⁸⁰

Le misure in questione possono dunque avere oggetto tutti quei beni e valori che si può provare siano derivati da un reato, o siano destinati ad essere utilizzati da chi ne dispone in qualche condotta illegale, ed il procedimento si svolge dinanzi alla

³⁷⁸ «if it decides that he has a criminal lifestyle it must decide whether he has benefited from his general criminal conduct» cfr. POCA, part. 2, s. 6, n. (4)b.

³⁷⁹ «if it decides that he does not have a criminal lifestyle it must decide whether he has benefited from his particular criminal conduct» cfr. POCA, part. 2, s. 6, n. (4)c.

³⁸⁰ Tra le finalità delle misure in questione vi è espressamente quella di «enabling the enforcement authority to recover, in civil proceedings before the High Court or Court of Session, property which is, or represents, property obtained through unlawful conduct» cfr. part. 5, sec. 240, (1)a, oltre che di consentire la confisca anche di quei beni, tra cui il denaro, che «is intended to be used in unlawful conduct» ex part. 5, s. 240, (1)b. Per quanto riguarda il *cash forfeiture*, in particolare, deve comunque evidenziarsi come lo stesso fosse già presente nell'ordinamento britannico, in particolare in materia di reati di droga, laddove le autorità doganali accertassero la connessione del denaro con crimine di tale matrice ed a prescindere dalla possibilità di identificarne o perseguirne l'autore; a riguardo v. Parte 2, DTA, 1994, con riguardo al denaro importato/esportato nel Regno Unito. Per ulteriori riferimenti anche v. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., 230-232.

giurisdizione civile (presso la *High Court*) con annesse relative regole e standard probatorio (in questo caso, quello del *balance of probabilities*).³⁸¹

Nonostante siano formalmente rivolte direttamente nei confronti dei beni e/o dei valori che si ritengono connessi ad un reato (e dunque, come tali, acquisiti o mantenuti senza titolo legittimo da chi ne dispone), secondo un'impostazione che ne vorrebbe evidenziare così la natura esclusivamente "ripristinatoria", si sono inevitabilmente poste, anche per queste forme di ablazione, diverse questioni sulla reale natura sostanziale penale della misura, con tutto quello che ne conseguirebbe anche dal punto di vista, ad esempio, dell'applicazione della presunzione di innocenza e del principio di irretroattività.

La Corte suprema ritiene però di confermare la "*restitutory nature*"³⁸² della misura in questione, giustificata dal fatto che non vi è nessun diritto a trattenere i beni che sono stati acquisiti tramite condotte illegali; in quest'ottica, l'utilizzo di schemi di prova e giudizio di tipo civilistici in relazione alla provenienza illecita dei beni non lede alcuna prerogativa penalistica dell'individuo, che vedrà, pertanto, legittimamente esclusa la garanzia della presunzione di innocenza.³⁸³

Anche l'ordinamento irlandese, come anticipato, possiede diversi strumenti di aggressione della ricchezza illecitamente accumulata o comunque connessa a un reato. I modelli utilizzati sono, anche in questo caso, sia quello della confisca c.d. "allargata"

³⁸¹ In questo senso, v. s. 241, POCA; inoltre la s. 242 consente a questo titolo la confisca anche della «*property obtained through unlawful conduct*», anche laddove la condotta illegale sia stata commessa da persona diversa dall'attuale proprietario, in quanto considerata comunque come prodotto o corrispettivo del reato: cfr. s. 242, (1) «A person obtains property through unlawful conduct (whether his own conduct or another's) if he obtains property by or in return for the conduct».

³⁸² Cfr. *Walsh v. Director Asset Recovery Agency* [2005] NICA, 6, s. [32] e ss.

³⁸³ Per alcuni precedenti di rilevante importanza v. *Director of Assets Recovery Agency v. Taher*, [2006] EWHC 3406, e *Serious Organized Crime Agency v. Hymans* [2011] EWHC 3332, in tema di compatibilità della procedura con una sentenza di assoluzione; di primaria importanza anche la già citata decisione *Walsh v. Director Asset Recovery Agency* [2005] NICA 6, dove la procedura è ritenuta appunto avente natura ripristinatoria e come tale compatibile con lo standard civilistico e l'esclusione della presunzione d'innocenza. La pronuncia in questione è stata oggetto anche di ricorso alla corte EDU nel caso *Walsh c. Regno Unito*, 43384/05, 21.11.2006 (anche v. *Butler c. Regno unito*, 41661/98, 27.6.2002). Su quest'ultimo profilo anche v. *Gale v. Serious Organised Crime Agency* [2011] UKSC 49. Ancora, sempre sull'esclusione delle garanzie convenzionali della materia penale per questa particolare procedura, v. *Director of Asset Recovery Agency v. Jia Je He and Dan Dan Chen*, [2004] EWHC, 3021.

agganciata alla condanna per un grave reato³⁸⁴, sia quello di un procedimento del tutto autonomo dalla giurisdizione penale (definito *civil forfeiture*)³⁸⁵ e che possiede talune analogie con le procedure di *civil recovery* e *cash forfeiture* di cui sopra.³⁸⁶

Quest'ultimo procedimento, in particolare, presenta diversi aspetti di interesse in quanto consente di applicare la confisca senza la necessità di dover accertare un reato, bensì sul presupposto che i beni di cui dispone una persona possano ritenersi, in forza di sufficienti indizi e/o ragionevoli motivi, come ottenuti direttamente o indirettamente da "attività criminali".³⁸⁷

Anche in questo caso, dunque, il procedimento sembra "*in rem*", e quindi direttamente focalizzato sull'origine dei beni sospetti (che diviene il solo tema da provare), a prescindere dal coinvolgimento dell'interessato in un procedimento penale per le condotte "presupposte", o da un giudizio di pericolosità sociale del singolo.³⁸⁸

Il *civil forfeiture* irlandese è incardinato davanti all'autorità civile, anche mediante l'uso di presunzioni, e con standard di giudizio di tipo probabilistico. Il procedimento, in particolare, è articolato in tre fasi progressive che coincidono con l'emissione di altrettanti provvedimenti patrimoniali.

La procedura inizia con la richiesta di un (a) *interim order* con il quale i beni e i valori in questione vengono congelati provvisoriamente (21 giorni) in una fase in cui

³⁸⁴ Si tratta, nello specifico, di quanto previsto dal *Criminal Justice Act*, del 1994, in rapporto al narcotraffico e ad altri gravi reati. Richiede la condanna penale, ma procede alla valutazione del più esteso perimetro della confisca tramite presunzioni e regole di stampo civilistico come il *balance of probabilities*.

³⁸⁵ Introdotta in Irlanda con il *Proceeds of Crime Act* del 1996. Per una più ampia disamina storica e giuridica dell'istituto anche v. C. KING, *Civil Forfeiture in Ireland: Two Decades of the Proceeds of Crime Act and the Criminal Assets Bureau*, cit., 77-99. Lo stesso anno è stato istituito nell'ordinamento irlandese anche il *Criminal Asset Bureau*, ossia un'istituzione multidisciplinare a cui viene devoluta l'applicazione del *Proceeds of Crime Act*.

³⁸⁶ Per alcune osservazioni comuni ai procedimenti di confisca senza condanna applicati ai proventi da reato in una dimensione processuale civilistica anche v. C. KING, *Using civil processes in pursuit of criminal law objectives: a case study of non-conviction-based asset forfeiture*, cit., 337 ss.

³⁸⁷ In questo senso il POCA irlandese del 1996, s. 2, n. (1)a, cfr.: «that a person is in possession or control of (i) specified property and that the property constitutes, directly or indirectly, proceeds of crime, or (ii) specified property that was acquired, in whole or in part, with or in connection with property that, directly or indirectly, constitutes proceeds of crime». La successiva s. 2 n. 1(b) pone, quale ulteriore condizione, che il valore dei beni e delle proprietà stimate sia maggiore di £ 10.000 (oggi circa 13.000 euro).

³⁸⁸ In questo senso C. KING, *Civil Forfeiture in Ireland: Two Decades of the Proceeds of Crime Act and the Criminal Assets Bureau*, cit., 81-82, cfr.: "Contrariwise, with civil forfeiture under POCA property may be seized even in the absence of criminal conviction: civil forfeiture is said to operate in rem (against the property), rather than in personam (against the individual)".

gli interessati dal provvedimento possono assolvere agli oneri probatori in relazione agli elementi valorizzati dall'accusa.³⁸⁹ Quest'ultima, dove lo ritenga, e sempre che non vi sia un serio rischio di ingiustizia³⁹⁰, può allora richiedere un (b) *interlocutory order*, assolvendo ai medesimi oneri probatori previsti per l'*interim order*, ma al netto delle eventuali difese portate dagli interessati o degli ulteriori elementi emersi dagli accertamenti durante l'esecuzione del primo provvedimento provvisorio.³⁹¹

Tale secondo provvedimento di congelamento ha durata indeterminata e può esserne comunque chiesta la revoca da parte degli interessati laddove adempiano gli oneri giustificativi in punto di origine lecita dei beni e dei valori colpiti dalla misura.

Una volta trascorsi almeno sette anni può essere, infine, richiesta l'emissione di un (c) *disposal order* in forza del quale i beni vengono definitivamente trasferiti allo Stato per la parte in cui sono ritenuti provento di attività criminali.³⁹²

Anche con riferimento a questa procedura di confisca sono state sollevate diverse perplessità riguardo alla sua collocazione extra-penale, ed in particolare esclusivamente civilistica. Il filo conduttore delle questioni sollevate pare sempre quello, per come visto comune a molti altri paesi, della sostanziale natura repressiva che l'istituto possiede, nonostante la formale qualificazione in chiave ripristinatoria da parte del legislatore.³⁹³In questa prospettiva, dunque, è invocata tanto l'applicazione

³⁸⁹ Sulla base dei presupposti di cui sopra, v. POCA, s. 2(a) e (b).

³⁹⁰ «Provided, however, that the Court shall not make the order if it is satisfied that there would be a serious risk of injustice» cfr. POCA, s. 3(b).

³⁹¹ POCA, s. 3(b), I e II cfr. «the Court shall make an order (“an interlocutory order”) prohibiting the respondent or any other specified person or any other person having notice of the order from disposing of or otherwise dealing with the whole or, if appropriate, a specified part of the property or diminishing its value, unless, it is shown to the satisfaction of the Court, on evidence tendered by the respondent or any other person (I) that particular property does not constitute, directly or indirectly, proceeds of crime and was not acquired, in whole or in part, with or in connection with property that, directly or indirectly, constitutes proceeds of crime, or (II) that the value of all the property to which the order would relate is less than £10,000».

³⁹² POCA, s.4, (1) e (2), cfr.: «(1) Subject to *subsection (2)*, where an interlocutory order has been in force for not less than 7 years in relation to specified property, the Court, on application to it in that behalf by the applicant, may make an order (“a disposal order”) directing that the whole or, if appropriate, a specified part of the property be transferred, subject to such terms and conditions as the Court may specify, to the Minister or to such other person as the Court may determine. (2) Subject to *subsections (6) and (8)*, the Court shall make a disposal order in relation to any property the subject of an application under *subsection (1)* unless it is shown to its satisfaction that that particular property does not constitute, directly or indirectly, proceeds of crime and was not acquired, in whole or in part, with or in connection with property that, directly or indirectly, constitutes proceeds of crime».

³⁹³ Su queste tematiche il *leading case* più rilevante è stato *Gilligan v. Ireland, Attorney General, Criminal Asset Bureau and others, Murphy v. G.M., P.B., PC Ltd*, [2001] 4 IR 113. A riguardo anche v. A.M. MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti*

della presunzione di innocenza, quanto del principio di irretroattività e della *double jeopardy clause*; istanze che, tuttavia, non hanno aperto alcuna breccia nella difesa piuttosto compatta dell'istituto da parte della Corte suprema irlandese.³⁹⁴

L'ordinamento francese, invece, prevede un assetto strategico in materia di confisca dei proventi da reato parzialmente diverso. In questo sistema, infatti, non è prevista alcuna procedura autonoma ed estranea al diritto penale in forza della quale applicare forme di confisca allargata; per contro, il comparto penalistico, sino alla fine degli anni '80 piuttosto spuntato, è oggi attrezzato con strumenti che appaiono particolarmente severi.³⁹⁵

In materia di confisca dei proventi da reato è prevista in via generale una forma di confisca allargata che colpisce tutti i beni del patrimonio del condannato (per un reato con pena massima superiore o pari a cinque anni, ed in grado di generare profitti diretti ed indiretti) di cui quest'ultimo non sappia dimostrare l'origine lecita.³⁹⁶

di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza, cit., 14-15, dove l'autore motiva la non adesione dell'Irlanda al regolamento UE alla luce dell'esigenza di evitare di riconoscere garanzie di tipo penalistico nel procedimento di *civil forfeiture* in discussione. Sempre sul punto v. A. M. MAUGERI, *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, cit., 589-591.

³⁹⁴ «Unsurprisingly, a number of legal challenges ensued, but the Irish courts have consistently upheld the constitutionality of POCA. The leading decision is the joined case of *Murphy v GM, PB, PC Ltd, GH and Gilligan v CAB* (herein referred to as *GM/ Gilligan*). In that case, the Supreme Court upheld the constitutionality of the Act and also dismissed a number of challenges on non-constitutional points. The arguments advanced are worth further attention: It was argued that POCA essentially formed part of the criminal law, not the civil law, and that persons affected by this legislation were deprived of traditional criminal law safeguards. Furthermore, it was alleged that: the Act permitted oppressive delays; the maxim *audi alteram partem* was violated; the privilege against self-incrimination was contravened; the Act was over-broad and vague; the Act violated the guarantee of private property; there was an impermissible interference with the judicial function; the Act purported to allow, or at least recognise, the possibility of an appeal from the Supreme Court to a non-specified court or authority; and, finally, the Act had retrospective effect (contrary to Article 15.5) and extraterritorial effect (contrary to Article 29.3 and 29.8)» cfr. C. KING, *Civil Forfeiture in Ireland: Two Decades of the Proceeds of Crime Act and the Criminal Assets Bureau*, cit. 88 ss.; per una critica complessiva del modello di *forfeiture* irlandese v. 92-99.

³⁹⁵ Anche nell'ordinamento francese gli originari terreni di applicazione sono stati il traffico di stupefacenti e il riciclaggio, per poi ampliarsi ulteriormente, anche per rispettare le norme minime di derivazione UE (di cui al processo iniziato con la decisione quadro 212/2005/GAI e proseguito con gli atti successivi, tra cui la direttiva 42/2014/UE), anche ad altri reati connessi con il crimine organizzato. Per alcuni riferimenti storici e bibliografici circa la prima introduzione in Francia di forme di confisca dei proventi da reato v. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., 194-196.

³⁹⁶ Prevista dall'art. 131-21-5 c.p., introdotto dalla LOI n. 297/2007 del 5 marzo 2007, secondo cui: «*S'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, la confiscation porte également sur les biens meubles ou immeubles, quelle*

Accanto a tale istituto il legislatore francese ha fatto ricorso anche ad uno strumento “storico” della propria tradizione, ossia la confisca generale (o parziale) dei beni del condannato per gravi delitti, senza alcuna necessità né di provare il nesso di derivazione dal reato né di dimostrare la sproporzione.

Si tratta di una confisca concepita come pena complementare³⁹⁷ a contenuto patrimoniale, la cui applicazione totale o parziale al patrimonio del condannato è facoltativa e rimessa al giudice del procedimento penale.

Nonostante l'inquadramento penalistico -dunque in teoria più garantito- dello strumento è stato segnalato come l'istituto presenti potenziali frizioni con i principi di tassatività, proporzionalità e colpevolezza: in questo senso non vi sarebbero criteri predeterminati in forza dei quali prevedere come verrà stimata l'entità della confisca, il cui unico limite sarebbe rappresentato dalla consistenza del patrimonio del condannato.³⁹⁸

qu'en soit la nature, divis ou indivis, appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, lorsque ni le condamné, ni le propriétaire, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'ont pu en justifier l'origine.

³⁹⁷ La confisca è definita in questi termini, ad esempio, nell'art. 321-10-1 che la consente in relazione ai reati (321-6, 321-6-1) di mancata giustificazione dell'origine dei propri beni da parte di persone in relazioni abituali con autori di reati gravi in grado di generare proventi diretti o indiretti: cfr. «*Les personnes physiques coupables des délits prévus aux articles 321-6 et 321-6-1 encourrent également la peine complémentaire de confiscation de tout ou partie de leurs biens, quelle qu'en soit la nature, meuble ou immeuble, divis ou indivis, dont elles n'ont pu justifier l'origine. Peuvent également être prononcées les peines complémentaires encourues pour les crimes ou les délits commis par la ou les personnes avec lesquelles l'auteur des faits était en relations habituelles*». Nello stesso modo è definita in relazione al reato *association de malfaiteurs* ex art. 450-5 c.p.: «*Les personnes physiques et morales reconnues coupables des infractions prévues au deuxième alinéa de l'article 450-1 et à l'article 321-6-1 encourrent également la peine complémentaire de confiscation de tout ou partie des biens leur appartenant ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont elles ont la libre disposition, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis*». Non vi è tuttavia una disposizione generale che disciplini tale confisca, venendo prevista direttamente in relazione a talune fattispecie delittuose: oltre a quanto sopra ne sono esempio l'art. 222-49 c.p. per il traffico di stupefacenti, l'art. 222-49 c. 2 in relazione al riciclaggio, l'art. 225-25 c.p. per la tratta di esseri umani e lo sfruttamento della prostituzione. Le ipotesi sono andate aumentando anche in considerazione delle sollecitazioni europee. Il legislatore ha quindi esteso la confisca generale/parziale dei beni del condannato, soprattutto con la LOI n. 2012-409 del 27 marzo 2012.

³⁹⁸ In questo senso cfr. F. VERGINE, *Vecchio e nuovo in tema di confisca*, in *Arch. Pen.*, 2013, 3, (web), 13 ss.; profili di criticità sono evidenziati anche in A.M. MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, cit., 37-38, con riferimento alla possibilità di ricomprendere questo strumento nell'ambito di applicazione del regolamento UE 1805/2018. Sul punto, in particolare, viene evidenziato come in relazione alla qualificazione di pena patrimoniale di questo istituto possono scaturire contrasti in sede UE con l'art. 49 c. 3, della Carta Europea dei diritti fondamentali, che prevede il principio di proporzionalità.

Conclude il quadro penalistico la previsione del reato previsto dall'art. 321-6-1 e ss. del codice penale francese in relazione al fatto di non poter giustificare la corrispondenza tra le risorse possedute ed il proprio stile di vita, o di non poter provare l'origine lecita dei propri beni, quando riferito a da chi abbia "*relations habituelles*" con persone che sono impegnate nella commissione di delitti con certe caratteristiche (pena superiore a cinque anni; idoneità a produrre profitti diretti o indiretti). Anche in relazione a tale condotta è peraltro prevista l'applicazione della confisca generale o parziale dei beni (ex art. 321-10-1).

Ne consegue un assetto particolarmente stringente per diverse ragioni: non solo il fatto di non poter giustificare il proprio patrimonio diviene, nell'ottica della confisca allargata, condizione sufficiente per l'ablazione, ma in questo schema assume anche la veste di elemento costitutivo di un reato se è "commesso" da colui che intrattiene rapporti abituali con una o più persone autori di gravi reati produttivi di profitti illeciti diretti o indiretti.

La figura delittuosa, in particolare, ricorda la fattispecie di possesso ingiustificato di valori italiana di cui all'art. 12-*quinquies* c. 2 d.l. 306/1992 e succ. modd.³⁹⁹, la cui incostituzionalità veniva dichiarata con la nota sentenza n. 48 del 1994⁴⁰⁰, e dalle cui ceneri sorgerà, poi, la confisca misura di sicurezza ex art. 12-*sexies* d.l. 306/92, oggi art. 240-*bis* c.p.

In quel caso, tuttavia, la sproporzione ingiustificata del proprio patrimonio costituiva reato laddove "colorata", in senso ovviamente illecito, dall'essere l'indagato al contempo sottoposto o ad un procedimento penale per gravi reati o ad un

³⁹⁹ Che prevedeva al secondo comma come segue: «Fuori dei casi previsti dal comma 1 e dagli *articoli 648, 648-bis e 648-ter* del codice penale, coloro nei cui confronti pende procedimento penale per uno dei delitti previsti dai predetti articoli o dei delitti in materia di contrabbando, o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'*articolo 416-bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli *articoli 416-bis, 629, 630, 644 e 644-bis* del codice penale e agli articoli 73 e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con *D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309*, ovvero nei cui confronti è in corso di applicazione o comunque si procede per l'applicazione di una misura di prevenzione personale i quali, anche per interposta persona fisica o giuridica, risultano essere titolari o avere la disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, e dei quali non possano giustificare la legittima provenienza, sono puniti con la reclusione da due a cinque anni e il denaro, beni o altre utilità sono confiscati».

⁴⁰⁰ Si tratta di Corte Cost. sentenza 9 febbraio 1994 (dep. 17.2.1994) n. 48, v. *supra* (cap. II, par. 7.2).

procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione. La Corte Costituzionale riteneva tale discriminante del tutto irragionevole ed in violazione della presunzione di innocenza, ma affermava che tuttavia la sproporzione, così come le circostanze delle pendenze per procedimento penali e/o di prevenzione, potevano legittimamente attivare strumenti di carattere preventivo (da cui, poi, la rapida introduzione della confisca allargata quale misura di sicurezza patrimoniale).⁴⁰¹

Ebbene, nella fattispecie francese, oltre alla sproporzione ingiustificata (e comunque alla mancanza della prova dell'origine illecita) dei propri beni, assume valore centrale ai fini dell'integrazione del reato la prova dei rapporti abituali dell'indagato con uno o più soggetti autori di reati gravi ed in grado di produrre di profitti anche indiretti, con una scelta che pone problemi parzialmente diversi da quelli affrontati dalla Corte costituzionale italiana, ma che, si crede, non ne consentirebbero comunque l'esistenza nel nostro ordinamento.⁴⁰²

Il tema della confisca dei proventi da reato nell'ordinamento tedesco è stato oggetto, recentemente, di un'interessante indagine finalizzata a cogliere elementi utili ad una comparazione con gli strumenti di ablazione della ricchezza di sospetta origine

⁴⁰¹ “Se, infatti, può ritenersi non in contrasto con i principi costituzionali una norma che, al limitato fine di attivare misure di tipo preventivo, desume dalla qualità di indiziato per taluni reati il sospetto che la sproporzione tra beni posseduti e reddito dichiarato possa esser frutto di illecita attività, altrettanto non può dirsi ove l'analoga situazione venga ricondotta all'interno di una previsione incriminatrice, giacché la legittimità di una simile fattispecie rinverrebbe un insormontabile ostacolo proprio nel principio di presunzione di non colpevolezza” cfr. C. Cost. sent. n. 48/1994.

⁴⁰² Si assiste infatti, rispetto all'ipotesi italiana, al mero riposizionamento dell'elemento rivelatore del disvalore illecito relativo al fatto di non poter giustificare i propri valori e beni: dall'essere sottoposto ad indagini o misure di prevenzione, all'avere rapporti con persone condannate o coinvolte in crimini; in entrambi i casi, i rilievi della Corte Costituzionale non paiono superabili in punto di ragionevolezza del disvalore ricavabile dalla condotta dalla mera circostanza, in questo caso, delle frequentazioni con autori di crimini. La eventuale reintroduzione di una misura quale quella in discussione non sarebbe nemmeno, in concreto, utile sul piano della politica criminale nel nostro paese: sul fronte patrimoniale vi è già infatti la confisca di prevenzione che è in grado di ricomprendere adeguatamente queste situazioni (di cui nella prassi sono indici le frequentazioni con pregiudicati, le commistioni patrimoniali e/o imprenditoriali con persone sottoposte a misura di prevenzione o ad indagini preliminari, ecc.), mentre sul piano penale opera la confisca allargata. Entrambi gli strumenti recano poi un particolare concetto di disponibilità diretta o indiretta che permette di estendere notevolmente l'oggetto dell'ablazione. Ancora, la confisca di prevenzione prevede un'articolata presunzione di intestazione fittizia (ex art. 26 d.lgs. 159/2011) di tutta una serie di atti e disposizioni effettuate in favore di talune categorie di soggetti presunte, appunto, in relazione personale stretta con il prevenuto. Per alcune interessanti osservazioni sul ruolo giocato dalla confisca di prevenzione in questa prospettiva v. A. M. MAUGERI, *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, giuffrè, 2018, Milano, 921-954.

illecita diffusi anche nel nostro ordinamento.⁴⁰³ In quella prospettiva sono state evidenziate alcune caratteristiche peculiari dello sviluppo giurisprudenziale e normativo della materia in Germania, e che possono essere così riassunte: nella convergenza attorno ad una concezione ripristinatoria della natura della confisca, in quanto misura che si limita a privare l'interessato del vantaggio economico effettivamente conseguito dalla realizzazione del reato e sul quale non può dunque vantare alcun titolo legittimo; nella particolare attenzione riservata al criterio della quantificazione del profitto (se inteso come l'intera "cosa" derivante dal reato, piuttosto che il solo arricchimento illecito al netto dei costi -leciti- sostenuti) nell'economia del dibattito sulla natura della confisca; nella natura unitaria che viene riconosciuta all'istituto della confisca, e quindi anche per forme di ablazione (come quella allargata, quella per equivalente, quella senza condanna) cui, per esempio, il nostro ordinamento riconosce invece nature diverse a seconda dell'ambito normativo in cui sono chiamate a operare.⁴⁰⁴

Per quanto qui di interesse, la disciplina positiva, dopo la riforma del 2017 con cui si è provveduto a recepire la direttiva 42/2014/UE, prevede ora un'ipotesi generale di confisca dei proventi da reato, anche in forma allargata, disposta nel procedimento penale.⁴⁰⁵ Un primo aspetto rilevante, in quanto infrequente nel panorama sinora esaminato, è che il giudice potrà disporre la confisca in base al pieno convincimento che i beni in questione derivino anche da altri illeciti penali, e dunque con uno standard probatorio di tipo penalistico.

Un secondo profilo degno di nota è la previsione dell'operatività della confisca allargata in via autonoma, quando si verificano i presupposti per la sua applicazione

⁴⁰³ Il riferimento è in particolare a T. TRINCERA, *Confiscare senza punire?*, cit., 218-257. Per una panoramica, in parte più datata, degli strumenti di ablazione patrimoniale in Germania, ma con anche ulteriori riferimenti alla dottrina tedesca v. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., 166-185.

⁴⁰⁴ Cfr. T. TRINCERA, *Confiscare senza punire?*, 256-257. L'autore evidenzia, inoltre, come il passaggio da un'impostazione che limita la confisca al solo vantaggio effettivo conseguito, ad una dove l'ablazione colpisce invece l'intero provento del reato (accogliendo dunque il principio del lordo), non è destinato a riflettersi sulla natura ripristinatoria unitaria della confisca. Ciò nonostante l'autore segnala comunque come parte della dottrina ritenga che, accanto a tale natura ripristinatoria, l'applicazione del principio del lordo sommi un'ulteriore innegabile componente afflittiva.

⁴⁰⁵ La confisca (*einziehung*), assimilabile a quella di cui all'art. 240 c.p. italiano, è prevista ora dal §73 StGB, che al successivo § 73(a) ne disciplina l'applicazione in forma estesa agli autori ed ai partecipanti al reato.

ma intervengono talune condizioni di fatto (fuga, irreperibilità, impossibilità di determinare l'identità del responsabile) o di diritto (come prescrizione e non imputabilità) a causa delle quali nessuna persona può essere perseguita o condannata per il reato.⁴⁰⁶ Anche in questo caso il provvedimento viene emesso nel procedimento penale, dove il giudice deve accertare tutti i fatti e gli elementi probatori che sono significativi per la decisione finale.⁴⁰⁷

Tuttavia l'aspetto più interessante della disciplina tedesca è forse quello relativo alla previsione, accanto allo strumento di cui sopra, anche di un'ulteriore forma di confisca autonoma diretta a colpire proprio i patrimoni delle organizzazioni criminali.

In particolare, nelle ipotesi in cui i beni sono stati già sequestrati in procedimento per fatti di crimine organizzato o terrorismo il giudice può disporre in via autonoma la confisca, anche laddove la persona indagata o imputata non sia perseguibile, quando ritiene che i beni siano comunque frutto di altre attività illecite, anche diverse da quelle per cui i beni erano inizialmente stati sequestrati.⁴⁰⁸ Il procedimento si celebra davanti al giudice procedente (o che sarebbe stato competente laddove l'azione fosse stata esercitabile) il quale decide secondo standard penalistico (è richiesto il pieno convincimento) circa l'origine illecita dei beni sequestrati, anche se tra gli elementi di cui il giudice deve tenere conto è comunque espressamente indicata la crassa sproporzione tra il valore dei beni ed il reddito dell'interessato.⁴⁰⁹

6. Prevenzione e confisca nel modello spagnolo

⁴⁰⁶ La disposizione di riferimento per questo tipo di applicazioni è il § 76(a) StGB, in relazione ai §§ 73, 73b, 73c.; il co. 4 della disposizione in questione consente poi un'ulteriore ipotesi autonoma di confisca senza condanna di cui si dirà infra.

⁴⁰⁷ Cfr. A.M. MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, cit. 33-35, dove ritiene non vi siano ostacoli a includere tale forma di confisca allargata nell'ambito di applicazione del regolamento UE n. 1805/2018 (anche v. *supra* 4.2.2).

⁴⁰⁸ «Un bene che deriva da un fatto illecito, che è stato sequestrato in un procedimento avviato per il sospetto di uno dei reati menzionati nel periodo 3, deve essere confiscato in forma autonoma, se la persona colpita dal sequestro non può essere processata o condannata per il reato» cfr. 76 (a) co. 4 StGB.

⁴⁰⁹ Evidenzia un'analogia pur parziale tra questo strumento e la disciplina italiana in materia confisca di prevenzione T. TRINCERA, *Confiscare senza punire?*, cit., 236-237. Nello stesso senso, anche evidenziando la natura in rem che assume il provvedimento in tal caso, cfr. A MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 133-135.

L'ordinamento spagnolo si ritiene possa costituire un modello di comparazione particolarmente interessante ai fini di questo lavoro.

Si tratta, innanzitutto, di una tra le poche legislazioni continentali che ha previsto, nella sua storia, misure preventive personali, dirette a contenere la pericolosità sociale di determinate categorie soggettive, giustificate dall'intento di impedire in questo modo l'ulteriore realizzazione di delitti e comportamenti illegali.⁴¹⁰

Tuttavia, come si vedrà, in Spagna non avverrà quella "saldatura" tra prevenzione della pericolosità sociale e recupero delle ricchezze di sospetta origine illecita che, invece, ha caratterizzato così profondamente il sistema preventivo italiano da quando si è "patrimonializzato" con la legge Rognoni-La Torre del 1982.

Diversamente, l'obiettivo del contrasto patrimoniale al crimine organizzato e della confisca efficace dei proventi del reato è perseguito in Spagna con misure che, oggi, appaiono del tutto estranee alle categorie della pericolosità sociale, ispirandosi invece ad un modello per c.d. "ripristinatorio", e che pare influenzato anche dagli esiti del dibattito sul punto maturato nell'esperienza tedesca.⁴¹¹

In questa prospettiva è utile evidenziare, infine, come la Spagna abbia proceduto, relativamente di recente, ad un profondo rinnovamento dell'istituto del *comiso* (oggi indicato con il sinonimo *decomiso*) ampliandolo lungo le direttrici tracciate dagli *input* europei, più volte citati (decisione quadro n. 212/2005/GAI, direttiva n. 42/2014/UE), e andando talvolta ben oltre la conformazione minima richiesta in tale sede; si tratta, spesso, di scelte anche coraggiose, all'insegna non solamente della ricerca di una maggiore efficienza/effettività dell'azione pubblica, bensì anche di una più rigorosa tassatività e ragionevolezza dei suoi presupposti.

6.1 Repressione e controllo della pericolosità sociale in Spagna

⁴¹⁰ Il riferimento è in particolare alle misure previste dalla "storica" *Ley de Vagos y Maleantes*, pubblicata in Gazzetta il 5 agosto del 1933, di cui si dirà a breve (v. *infra* 6.1).

⁴¹¹ Per diversi aspetti interessanti di comparazione, in questo senso, con l'ordinamento tedesco (dalla collocazione nel codice della confisca, alla natura della misura, dal ruolo giocato dalla direttiva 2014/42 quale ulteriore spinta verso il rimodellamento dell'istituto, alle ipotesi di operatività senza condanna), v. M. ROIG TORRES, *El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: interpretación jurisprudencial*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, 2018 (Num. Ext.), vol. 38, 547 ss.; Anche v. M. ROIG TORRES, *La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, vol. 36, 199-279.

Le influenze del positivismo italiano e delle teorie del riformismo criminologico hanno contribuito a generare in Spagna un ampio dibattito sulla problematica della pericolosità sociale, in cui quest'ultima viene affrontata non solo nella prospettiva del “contrasto” alla recidiva, ma anche in relazione alla prevenzione della diffusa illegalità connessa alle devianze proprie delle categorie più disordinate e meno abbienti della società e che in particolare affollavano i tessuti urbani delle grandi città in espansione.⁴¹²

In questo contesto viene introdotta la *Ley de Vagos y Maleantes*, nel 1933, destinata a regolare la delicata materia della pericolosità sociale con metodi, presupposti e obiettivi che, per lungo tempo, hanno costituito uno degli esempi più vicini al sistema di prevenzione italiano. Con tale provvedimento vengono delineate diverse categorie di pericolosità sociale, cui diventano applicabili stringenti misure a carattere limitativo della libertà personale e di circolazione dei destinatari.⁴¹³

Coerentemente con questa concezione “anfibia” della pericolosità sociale (sia rivelata dalla recidiva, sia alimentata dalle devianze connesse alle abitudini ed alle condizioni di vita degli strati più emarginati della società) le categorie soggettive cui si rivolge la legge comprendono tanto gli autori accertati di crimini, quanto gli oziosi, i vagabondi, i mendicanti, i giocatori d'azzardo ed altre ipotesi tutte in larga parte già incontrate nell'esame dell'originaria cerchia di applicazione delle misure di prevenzione personali italiane (v. *supra* cap. 1).⁴¹⁴

⁴¹² Cfr. R. CAMPOS, *Pobres, Anormales y Peligrosos en España (1900-1970) De la “mala vida” a la ley de peligrosidad y rehabilitación social*, contributo realizzato per il XIII Coloquio Internacional de Geocrítica “*El control del espacio y los espacios de control*”, Barcellona, 5-10 maggio 2014, 2-6; in particolare l'autore evidenzia, da un punto di vista storico, anche le tensioni schiuse con il liberalismo e la nuova rimodulazione dell'ordine sociale e proprietario: “*En esta línea, en los años del cambio de siglo XIX al XX, surgieron en el ámbito de la criminología italiana, española y latinoamericana los estudios sobre la “mala vida” que centraron su atención en las nuevas formas de delincuencia urbana vinculadas a las transformaciones socioeconómicas del liberalismo, reflejando también las angustias y miedos finiseculares que la modernidad despertaba en las élites occidentales. Los estudios sobre “la mala vida” tuvieron un recorrido relativamente corto, apenas una docena de años de cierto esplendor, pero dejaron, en el caso español, sentadas las bases para que décadas después se elaborara, si bien dentro de unos parámetros algo distintos, la Ley de Vagos y Maleantes del 4 de agosto de 1933, que se mantuvo vigente hasta 1970 en que fue sustituida por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*”.

⁴¹³ Cfr. M. PIFFERI, *Reinventing Punishment*, cit., 201-202, dove rileva come in alcuni casi tale provvedimento preveda una vera e propria pericolosità senza delitto.

⁴¹⁴ In particolare, nel testo del 1933 l'art. 2 prevede l'applicabilità delle misure a: «Primero. Los vagos habituales. Segundo. Los rufianes y proxenetas. Tercero. Los que no justifiquen cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia de dinero o efectos que hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia. Cuarto.

Gli strumenti che la legge predispone per l'intervento su tali forme di pericolosità sociale sono definiti *medidas de seguridad*, e si caratterizzano per la natura tendenzialmente personale delle limitazioni che originano: sono previste varie forme di internamento in strutture di custodia improntate al lavoro e/o a finalità curative e di reinserimento, espulsioni e divieto di reingresso per gli stranieri, obbligo di residenza e limitazioni di circolazione per i cittadini pericolosi.⁴¹⁵

Al carattere tendenzialmente personale delle misure fanno eccezione solo poche disposizioni a contenuto patrimoniale: quella che prevede la confisca del denaro e dei beni sequestrati ai soggetti pericolosi, quando non siano in grado di giustificare il possesso legittimo dei propri beni e/o del proprio denaro⁴¹⁶; quella che prevede, secondo un meccanismo sussidiario, l'applicazione di una multa nei confronti di alcune delle categorie soggettive esaminate.⁴¹⁷

Dal punto di vista processuale, il procedimento applicativo delle misure è di tipo giurisdizionale e si svolge appunto dinanzi al tribunale che le applica, all'interno

Los mendigos profesionales y los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores de edad, a enfermos mentales o a lisiados. Quinto. Los que exploten juegos prohibidos o cooperen con los explotadores a sabiendas de esta actividad ilícita, en cualquier forma. Sexto. Los ebrios y toxicómanos habituales. Séptimo. Los que para su consumo inmediato suministren vinos o bebidas espirituosas a menores de catorce años en lugares y establecimientos públicos o en instituciones de educación e instrucción y los que de cualquier manera promuevan o favorezcan la embriaguez habitual. Octavo. Los que ocultaren su verdadero nombre, disimularen su personalidad o falsearen su domicilio mediante requerimiento legítimo hecho por las autoridades o sus agentes, y los que usaren o tuvieran documentos de identidad falsos u ocultaren los propios. Noveno. Los extranjeros que quebrantaren una orden de expulsión del territorio nacional. Décimo. Los que observen conducta reveladora de inclinación al delito, manifestada por el trato asiduo con delincuentes y maleantes; por la frecuentación de los lugares donde éstos se reúnen habitualmente; por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos, y por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones penales». L'applicabilità ai recidivi è invece espressamente prevista dall'art. 3 della medesima legge: «También estarán sometidos a los preceptos de esta Ley: Primero. Los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos en los que sea presumible la habitualidad criminal. Segundo. Los criminalmente responsables de un delito, cuando el tribunal sentenciador haga declaración expresa sobre la peligrosidad del agente».

⁴¹⁵ L'art. 4 della legge in questione, espressamente intitolato alle misure di sicurezza, annovera ad esempio il n. 1. "*Internado en un Establecimiento de régimen de trabajo o Colonias agrícolas por tiempo indeterminado, que no podrá exceder de tres años*"; n. 2. "*Internado en un Establecimiento de custodia por tiempo indeterminado no inferior a un año y que no podrá exceder de cinco años*"; n. 4. "*Expulsión de extranjeros del territorio nacional*"; n. 6. "*Prohibición de residir en el lugar o territorio que el Tribunal designe*"; n. 7. "*Sumisión a la vigilancia de la autoridad*".

⁴¹⁶ Sotto quest'ultimo profilo v. art. 6, co. III, della Ley de Vagos y Maleantes in relazione "*a los que no justifiquen la posesión legítima de dinero o efectos*".

⁴¹⁷ Le misure in questione sono previste al n. 8 "*Multa de 250 a 10.000 pesetas, que se regulará conforme a los preceptos del vigente Código Penal*" e 9. "*Incautación y pérdida en favor del Estado, de dinero o efectos*" dell'art. 4 Ley de Vagos y Maleantes.

di una “cornice”, per un periodo minimo ed entro un massimo stabilito in entrambi i casi per legge, salva la possibilità di chiederne comunque in ogni tempo la revoca.

Proprio l’aspetto della tutela giurisdizionale riconosciuta all’applicazione delle misure costituiva, secondo l’estensore della legge⁴¹⁸, un punto di assoluto miglioramento rispetto al passato: in questo senso, il nuovo procedimento sottraeva alle pratiche di polizia l’applicazione di varie forme di controllo e limitazione dei soggetti pericolosi, che diventavano ora “ufficiali”, previste dalla legge, e regolate, anche dal punto di vista procedurale, secondo un sistema di garanzie e di tutela effettiva che era, prima, del tutto sconosciuto alla materia.⁴¹⁹

Come nel caso italiano, anche queste misure, concepite per contrastare la pericolosità degli strati marginali della società, sono state progressivamente estese oltre l’originale campo di applicazione⁴²⁰: la prima categoria soggettiva destinata ad integrare, nel 1935, il già nutrito catalogo del 1933, sarà infatti in materia eversiva, ed in particolare relativa a coloro che reiteratamente incitano “*a la ejecución de delitos de terrorismo, de atraco y los que públicamente glorifiquen o enaltezcan la comisión de dichos delitos*”, trovando applicazione, spesso, anche contro i movimenti operai.⁴²¹

Durante il franchismo la *Ley de Vagos y Maleantes* non solo è conservata, anzi, considerate le notevoli potenzialità repressive delle misure ivi previste, diverrà oggetto di nuove modifiche e ampliamenti.⁴²² Il più noto è forse quello relativo all’inclusione, tra le categorie soggettive cui la legge veniva ad applicarsi, degli omosessuali,

⁴¹⁸ Sulla questione, in particolare, v. L. J. DE ASÚA, *Un saggio legislativo sulla pericolosità senza delitto*, in *Giust. Pen.*, 1933, n. 1, 39, 429-446.

⁴¹⁹ Cfr. L. J. DE ASÚA, *Un saggio legislativo sulla pericolosità senza delitto*, in *Giust. Pen.*, 1933, n. 1, 39, 446. In questo senso anche M. PIFFERI, *Reinventing Punishment*, cit., 202; ancora, v. R. CAMPOS, *Pobres, Anormales y Peligrosos en España (1900-1970) De la “mala vida” a la ley de peligrosidad y rehabilitación social*, cit., 7-8.

⁴²⁰ Sul punto v. R. CAMPOS, *Pobres, Anormales y Peligrosos en España (1900-1970) De la “mala vida” a la ley de peligrosidad y rehabilitación social*, cit., 8-10.

⁴²¹ Cfr. R. CAMPOS, *Pobres, Anormales y Peligrosos en España (1900-1970) De la “mala vida” a la ley de peligrosidad y rehabilitación social*, cit., 8. Si tratta di una prima direttrice espansiva che pare analoga a quella, per c.d. “ciclica”, che ha interessa le misure italiane già con le prime applicazioni anti anarchiche e nei tumulti che hanno caratterizzato la fine dell’Ottocento; poi, ulteriormente rilanciata (nel T.U.L.P.S. v. *supra* cap. I, par. ...) nel 1926 e nel 1931 durante l’esperienza fascista (contemporanea all’introduzione della *Ley de Vagos y Maleantes* appunto del 1933); ancora, in epoca moderna, utilizzata nei confronti dei sovversivi e terroristi dopo le modifiche degli anni ’70 del Novecento.

⁴²² Cfr. R. CAMPOS, *Pobres, Anormales y Peligrosos en España (1900-1970) De la “mala vida” a la ley de peligrosidad y rehabilitación social*, cit., 9.

avvenuta nel 1954 e che prevedeva anche in tali casi l'internamento in specifiche strutture.⁴²³

La legge in questione è stata poi sostituita, nel 1970, dalla *Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social* che, a partire dalla denominazione, non solo si proponeva di perpetuare i precedenti schemi di intervento, bensì ambiva ad estenderne il campo d'azione in chiave generale.⁴²⁴

Siffatto intervento preventivo sembra volersi rilanciare, quindi, come uno dei pilastri generali della politica criminale moderna, secondo una modalità a c.d. "doppio binario" che ricorda quella sviluppatasi anche nel nostro ordinamento, dove il codice penale è stato sistematicamente affiancato, sin dal 1889, prima, dalla legge di pubblica sicurezza e, poi, in epoca repubblicana, dalla legge generale delle misure di prevenzione del 1956 (e sue successive modifiche, sino all'attuale d.lgs. 159/11).

Lo sviluppo in tal senso del sistema è stato, tuttavia, interrotto dalla morte di Franco e dai conseguenti riassetti costituzionali/ordinamentali che hanno accompagnato il paese nella propria transizione democratica: già nel 1977, anche in materia, viene concessa un'ampia amnistia, mentre, nel 1979⁴²⁵, sono eliminate le fattispecie di pericolosità più anacronistiche e criminologicamente meno plausibili, cancellando, in particolare, anche ogni riferimento all'omosessualità quale presupposto di tali misure.

⁴²³ «Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en Instituciones especiales y, en todo caso, con absoluta separación de los demás» v. art. 6 n. 4, post. L. 17 luglio 1954. Vi sono poi state ulteriori estensioni: da casi particolari, come quello degli speculatori, sino a condotte generalissime come, ad esempio, quelle di coloro che «de cualquier manera, perturben con su conducta o pusieren en peligro la paz social o la tranquilidad pública» (pure introdotta nel luglio del 1954).

⁴²⁴ In particolare, la l. 4 agosto 1970, n. 16, prevede tra le sue finalità, indicate in apertura, anche quella per cui: «Establecer las nuevas categorías de estados de peligrosidad que las actuales circunstancias sociales demandan por ofrecerse ciertamente como reveladoras de futuras y probables actividades delictivas o de presentes y efectivas perturbaciones sociales con grave daño o riesgo para la comunidad, tales como las referentes al ejercicio habitual de la prostitución y al tráfico de estupefacientes; a la situación de los menores de veintiún años en ciertas condiciones de perversión moral y en ausencia de protección familiar; a aquellos que, aun mayores de edad, se agrupan en bandas y pandillas con actividades reveladoras de evidente predisposición delictiva: a los portadores de armas u otros objetos idóneos para la agresión; a los que promuevan o fomenten el tráfico, comercio o exhibición de material pornográfico, y a los autores de inexcusables contravenciones de circulación por conducción peligrosa. Asimismo parece oportuno incluir en la relación de peligrosidad social a quienes, como los enfermos mentales cuando estuvieren abandonados y sin adecuado tratamiento, constituyen, por desgracia y sin ninguna voluntariedad por su parte, un riesgo efectivo para la comunidad, por lo que, tanto en interés social como en su propio bien, deben ser objeto de un régimen preventivo que permita lograr su curación y poner remedio a su potencial peligrosidad».

⁴²⁵ Con la legge n. n. 77 del 26 dicembre 1978, entrata in vigore il 10 gennaio 1979.

Più in generale, il concetto spagnolo di pericolosità (e prevenzione) *ante delictum* -a differenza di quanto avvenuto a suo tempo in Italia- dopo l'entrata in vigore della Costituzione nel 1978 entra in lampante collisione con il principio di legalità⁴²⁶ (nonché con la presunzione di innocenza e la clausola del *ne bis in idem*) ed il sistema preventivo stesso comincia, a sua volta, una fase di declino e marginalità che si conclude, poi, con la definitiva e formale soppressione nel 1995.⁴²⁷

6.2 Evoluzione della confisca nell'ordinamento spagnolo

L'istituto del *comiso* (dopo le ultime riforme, *decomiso*), regolato, oggi, dagli artt. 127 e ss. del codice penale spagnolo, costituisce l'equivalente di quanto, nel nostro panorama, è ricondotto storicamente alle confische in materia penale.⁴²⁸

⁴²⁶ Il Tribunale Costituzionale spagnolo ha infatti dichiarato l'incostituzionalità di svariate parti della disciplina della *ley sobre peligrosidad y rehabilitación social*, in particolare relativamente alle ipotesi di pericolosità *ante delictum*, per violazione del principio di legalità e, per quanto attiene al cumulo con la pena, del principio del *ne bis in idem*. In particolare, v. Trib. Cost. sent. n. 23 del 24 febbraio 1986: “*La imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena -y la medida de seguridad lo es- que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio non bis in idem, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad»*”. Ancora, nello stesso senso, anche con specifico riguardo alla presunzione di innocenza v. Trib. Cost. sent. n. 21 del 19 febbraio 1987; ancora vedi, sempre in termini equivalenti, Trib. Cost. sent. n. 131 del 20 luglio 1987.

⁴²⁷ In quest'ottica, solo la pericolosità *post delictum* continuerà ad informare le misure di sicurezza, che sono attratte e disciplinate nel codice penale; sui presupposti per l'applicazione delle misure di sicurezza (*post delictum*), ed in particolare sulla concezione di pericolosità sociale nell'ordinamento costituzionale spagnolo, v. N. GARCÍA RIVAS, *El proyecto de reforma del código penal de 2013 como programa inocuidador de delincuente peligrosos (Prisión permanente revisable y medidas de seguridad indeterminadas)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014, 3-4, 178-199. Quanto ad altre condotte, giudicate di minor allarme e laddove dotate di sufficiente oggettività, sono previsti illeciti e sanzioni amministrative, sottoposte alla relativa giurisdizione. Non esisterà, più, invece, alcuna fattispecie di pericolosità *ante delictum* pura. Anche in materia di terrorismo vi sono analogie tra lo sviluppo della disciplina spagnola (a partire dalla *ley organica 8/1984*) con il percorso italiano, in particolare rispetto ai particolari regimi penitenziari, ai poteri investigativi rinforzati, alla creazione di corpi ed uffici speciali: tuttavia non si assiste, in questo caso, all'utilizzo di un impianto preventivo autonomo dalla materia penale. Piuttosto, vi è un utilizzo dello strumento dello stato di emergenza, e una parziale devoluzione alla giurisdizione penale militare dei procedimenti in tema di terrorismo (con la possibilità di infliggere anche condanne a morte) che ricorda la prima fase di lotta italiana al brigantaggio subito dopo l'unificazione. A riguardo v. F. J. BOBILLO, *Constitución y legislación antiterrorista*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 48, Novembre-dicembre 1985, 47-76; più recente, sempre in materia di legislazione antiterrorismo spagnola, anche v. J. L. DE LA CUESTA, *Legislación Antiterrorista en España*, in *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Parigi, 2003, contributo reperibile su www.ehu.eus, 1 e ss.

⁴²⁸ Per una più esaustiva panoramica della disciplina normativa attuale e delle sue radici storiche, fermo quanto si dirà comunque anche in seguito, v. E. FABIÁN CAPARRÓS, *La regulación del decomiso tras la*

Si tratta di uno strumento la cui natura è stata a lungo oscillante (pena patrimoniale, pena accessoria, misura di sicurezza)⁴²⁹ e dibattuta, sino all'attuale inquadramento, con la legge di riforma del codice penale del 1995, nell'ambito dell'eterogenea categoria delle conseguenze accessorie del reato.⁴³⁰

La scelta è assunta dal legislatore sulla base della diversa finalità politico-criminale che persegue la disciplina del *comiso*⁴³¹, rispetto a quella che connota le pene o le misure di sicurezza: la confisca costituirebbe, in questo schema, una sorta di *tertium genus* in cui confluisce tanto l'esigenza -preventiva- di neutralizzare la pericolosità dei beni strumentali al reato quanto quella -ripristinativa- di azzerare i benefici patrimoniali per l'autore di condotte delittuose.⁴³²

reforma de la ley orgánica 1/2015, cit., 429-448. Sul punto anche v. F. GARRIDO CARRILLO, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, cit., 11-17.

⁴²⁹ In particolare, la misura era storicamente qualificata come pena patrimoniale o pena accessoria (così, da ultimo, nel 1932), salvo la qualificazione nei termini di misura di sicurezza avvenuta esclusivamente sotto la breve vigenza del codice del 1928 (1928-1932). Dal 1995 è invece stabilmente collocata nel titolo VI del codice penale, tra le conseguenze accessorie del reato.

⁴³⁰ Cfr. A. CARRILLO DEL TESO, *La recuperación de activos como estrategia común contra la criminalidad*, in E. A. FABIÁN CAPARRÓS-I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE-N. RODRÍGUEZ GARCÍA (a cura di) *Recuperación de activos y decomiso*, Tirant, 2017, Valencia, 15-16; anche v. F. GARRIDO CARRILLO, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, cit., 11-13. Sempre sul punto cfr. A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 124-127.

⁴³¹ In questo senso cfr. preambolo alla Ley Organica n. 1 del 30 marzo 2015 di riforma al codice penale, n. VIII: «La regulación del decomiso es objeto de una ambiciosa revisión que introduce importantes modificaciones que tienen como objeto facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos. La reforma toma en consideración la Directiva europea 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Las novedades afectan, especialmente, a tres cuestiones: el decomiso sin sentencia; el decomiso ampliado; y el decomiso de bienes de terceros. Tradicionalmente el decomiso del producto del delito ha estado vinculado a la existencia de una condena previa (penal) por el delito cometido. Con este punto de partida, se había afirmado que un decomiso sin condena es necesariamente contrario al derecho a la presunción de inocencia, pues autoriza el decomiso de efectos procedentes de un delito que no ha sido probado y por el que no se ha impuesto ninguna condena. Sin embargo, tal interpretación solamente viene determinada por un análisis del decomiso apegado a la regulación tradicional del mismo, y desconoce que, como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el decomiso sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que «es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal» pues «dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción» (Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein)».

⁴³² Cfr. T. AGUADO CORREA, *artículo 127*, in (a cura di) M. GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, LexNova, 2010, Valladolid, 502. Anche v. J. DÍAZ CABIALE, *El decomiso tras la reformas del código penal y la ley de enjuiciamiento criminal de 2015*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, núm. 18-10, 2016, 1-70. Anche v. M. ROIG TORRES, *La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española*, cit., 229-231. Ancora, cfr. F. GARRIDO CARRILLO, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, cit., 39-41.

Anche nel caso spagnolo l'istituto subisce nel tempo una profonda mutazione della propria *ratio*, innanzitutto determinata dall'esigenza di realizzare un salto di qualità nel garantire il principio (meglio, il monito) per cui "il crimine non paga".⁴³³

Di tale mutazione, analogamente a quanto avvenuto in molte altre tradizioni giuridiche, sono elementi sintomatici tanto lo sviluppo della nozione di profitto confiscabile, che viene appunto progressivamente dilatata sino a ricomprenderne ogni utilità e vantaggio realizzato in conseguenza del fatto, quanto la previsione dell'esecuzione della confisca per equivalente, anch'essa in grado di incidere significativamente sull'efficacia dello strumento e sulla sua portata deterrente.⁴³⁴

Sempre in questa prospettiva sono da leggersi, ancora, il progressivo superamento di due "pilastri" tradizionali della misura, quali la necessità di una condanna definitiva e il nesso di derivazione dei beni con il reato, entrambi destinati ad essere "relativizzati" in funzione del rilievo sempre maggiore che assume, oggi, l'imperativo del contrasto patrimoniale al crimine. Come prodotti di tali "riletture" possono indicarsi, ad esempio, sia l'introduzione di ipotesi di applicazione della confisca anche dove l'azione penale non è più perseguibile per ragioni di fatto o di diritto (confisca senza condanna), sia la previsione dei poteri estesi di confisca che non presuppongono alcun nesso di derivazione che colleghi l'oggetto del prelievo con il reato accertato in sentenza (confisca allargata).

6.3 Il dibattito sulla collocazione dell'istituto

Il risultato attuale di questa evoluzione è un istituto unitario, quantomeno dal punto di vista formale, che racchiude diverse "modalità" di confisca giustificate,

⁴³³ Necessità resa ancora più evidente in conseguenza dell'apertura alla dimensione internazionale dei traffici illeciti più lucrosi, segnata inizialmente dal narcotraffico, dal contrabbando e dal riciclaggio, ma che arriva sino a interessare, con la globalizzazione, una platea vastissima condotte delittuose in grado di generare rilevanti profitti nei più svariati comparti economici, produttivi, finanziari. Individua la lotta alla criminalizzata quale ragione, anche nel caso spagnolo, della maggiore centralità acquisita progressivamente dalla confisca nel panorama moderno cfr. F. GARRIDO CARRILLO, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, cit., 11, 37-38.

⁴³⁴ Diversi autori segnalano come la disciplina del *decomiso* sia stata infatti oggetto di numerosi rilevanti interventi in questo senso, di cui i principali sono la LO 15/2003, la LO 5/2010, e infine la LO 1/2015; cfr. T. AGUADO CORREA, *Comiso: crónica de una reforma anunciada*, cit., 3; anche v. E. FABIÁN CAPARRÓS, *La regulación del decomiso tras la reforma de la ley orgánica 1/2015*, cit., 429-432.

quanto ai proventi da reato (un discorso diverso potrebbe farsi per gli strumenti), dalla funzione ripristinatoria connessa al recupero della ricchezza di origine illecita.⁴³⁵

La collocazione dell'istituto nell'ampia -eterogenea- area delle conseguenze giuridiche del delitto (accanto a quelle tradizionali costituite dalla pena, dalla misura di sicurezza e dalla responsabilità civile derivante da reato) ha permesso di modellare in uno spazio autonomo l'istituto, senza comprimerlo nella scelta pena/misura di sicurezza.⁴³⁶

Da tale "libertà" sono tuttavia derivate sotto-collocazioni oscillanti e, spesso, tra loro contraddittorie. In dottrina⁴³⁷ si è segnalato, ad esempio, come la giurisprudenza sia passata dall'inquadrare tendenzialmente il *decomiso* nei termini di una pena accessoria⁴³⁸, dunque piuttosto garantita, a ritenerlo più stabilmente, dopo la riforma del 2003, una "conseguenza accessoria del delitto" in ragione del carattere indipendente dalla pena e dalle misure di sicurezza, e dunque aprendo ad un regime differenziato; salvo, però, continuare comunque a qualificare nei termini di una

⁴³⁵ In questa prospettiva ancora si veda LO 1/2015, preambolo, n. VIII, in particolare sulla natura della confisca allargata nell'ottica del legislatore: «El decomiso ampliado no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto. El hecho de que la normativa de la Unión Europea se refiera expresamente a la posibilidad de que los tribunales puedan decidir el decomiso ampliado sobre la base de indicios, especialmente la desproporción entre los ingresos lícitos del sujeto y el patrimonio disponible, e, incluso, a través de procedimientos de naturaleza no penal, confirma la anterior interpretación».

⁴³⁶ In questo senso è stata segnalata l'influenza crescente esercitata dall'evoluzione del dibattito in germania, in particolare ai fini del consolidamento della natura di conseguenza accessoria, e del carattere ripristinatorio dell'ordine economico violato -dunque non afflittivo, né preventivo- che possiede in relazione ai proventi da reato, cfr. M. ROIG TORRES, *La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española*, cit., 229: "En esta fundamentación se advierte la influencia de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional alemán en el citado Auto de 14 de enero de 2004, donde declaró que el comiso no infringe el principio de culpabilidad, puesto que no es una pena ni una sanción asimilada a ella, ni persigue reprochar al implicado el hecho delictivo, sino que constituye una medida dirigida a la estabilización de la norma y la ordenación del patrimonio. Incluso se omite la referencia a ese objetivo estabilizador que podría relacionarse con el fin de prevención general positiva que se asigna a la pena. De esta forma, se perfila el decomiso nitidamente como una medida no punitiva y se prescinde de cualquier elemento que conlleve una connotación sancionadora".

⁴³⁷ Cfr. T. AGUADO CORREA, *artículo 127*, cit., 501 ss.; sulla natura dell'istituto anche v. A. CARRILLO DEL TESO, *La recuperación de activos como estrategia común contra la criminalidad*, cit. 15-17.

⁴³⁸ Cfr. Tribunal Supremo, n. 1528/2002 del 20 settembre 2002; in particolare: «Ciertamente el comiso, aunque no incluido en el catálogo de las penas contenido en el artículo 33 del Código Penal, constituye una sanción sometida a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, pertinencia y legalidad. Siendo muchas las resoluciones judiciales que desestiman el comiso de efectos por no estar relacionados con el delito, o no guardar la debida proporcionalidad con la infracción enjuiciada»

sanzione penale la prima ipotesi di confisca allargata introdotta (proprio dalla LO n. 15/2003) in materia di narcotraffico.⁴³⁹

L'incertezza sul punto ha, come intuibile, riflessi determinanti sul piano pratico. È stato infatti evidenziato come, a seconda che si riconosca al *comiso* la natura di pena accessoria piuttosto che di conseguenza accessoria "atipica", si avranno regimi diversi in punto di soggezione dello strumento al principio di colpevolezza e di personalità: laddove considerato una pena accessoria, la confisca non potrebbe che operare solo a condizione che intervenga la condanna, e non potrebbe, nemmeno, colpire i beni di terzi (tra cui quelli delle persone giuridiche).⁴⁴⁰

Con le successive riforme, realizzate dalla LO n. 5/2010 e dalla LO n. 1/2015, il dibattito sullo statuto "incerto" di tale strumento ha tratto nuova linfa, soprattutto, dall'introduzione, appunto, di forme di *decomiso ampliado* e *decomiso sin sentencia*: si tratta in entrambi i casi di modalità di confisca in cui l'accertamento del reato viene a marginalizzarsi, sia sul piano dell'individuazione del profitto (che nella confisca allargata si estende oltre quanto derivato dal reato) sia sotto il profilo della accessorietà rispetto alla condanna (che, in taluni casi, non è più necessaria).

La scelta legislativa, nonostante un certo dissenso in dottrina⁴⁴¹, è stata difesa reiteratamente dal Tribunale Supremo⁴⁴², anche mediante richiami alle pronunce più

⁴³⁹ Tribunal supremo, 18.6.2009 RJ 2009/328275; anche v. Tribunal Supremo, 26.9.2008 RJ 2008/4395. Si trattava in particolare di una forma di confisca di cui all'art. 374 c.p., così come modificato dalla LO 15/2003, che prevedeva una prima forma di confisca allargata a carico del condannato per reati connessi al traffico di droga o al riciclaggio di capitali. Si tratta, tuttavia, di un'ipotesi peculiare, di applicazione ristretta, e cui la giurisprudenza in particolare aveva dedicato diversi interventi per chiarire lo speciale regime giuridico di tale disposizione, cfr. M. ROIG TORRES *La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española*, cit., 207-208.

⁴⁴⁰ Cfr. M. ROIG TORRES *La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española*, cit., 203; anche v. F. GARRIDO CARRILLO, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, cit., 39.

⁴⁴¹ Per una sintesi degli aspetti problematici sollevati in dottrina, fermo quanto si esporrà in seguito, anche v. A. MANNA *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 127-132.

⁴⁴² In particolare Cfr. Tribunal Supremo, 2 giugno 2015, n. 338: «en el Código Penal anterior el comiso estaba configurado como una pena accesoria, no como una medida o consecuencia penal de distinta naturaleza que sólo podía ser impuesta en virtud de sentencia. Por el contrario en el CP. aprobado por LO. 10/95 dejó de ser una pena para convertirse en una consecuencia accesoria, tal como en este punto establece la legislación penal alemana que, en su parte general, al contemplar las consecuencias jurídicas del hecho trata por separado la pena, las medidas de seguridad y el comiso en sus dos manifestaciones de instrumentos y productos en sentido estricto, por una parte, y de ganancias, por otra, y la doctrina tradicional que había cuestionado la condición de pena del comiso, pues su función no es retributiva, como en cierta medida son las penas, sino exclusivamente preventiva, dado que su imposición obedece a la necesidad de evitar o impedir que los efectos e instrumentos puedan servir para la comisión de nuevos hechos delictivos. Tampoco encajaba con claridad en las medidas de seguridad entre las que las

note della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed alle indicazioni del legislatore Ue.⁴⁴³

Tra queste analogie con l'impostazione sovranazionale si ritrova, ad esempio, la posizione secondo la quale la presunzione di innocenza non è applicabile nel procedimento di stima dei proventi (con inversione dell'onere probatorio) in caso di confisca allargata: come la Corte EDU, anche il Tribunale supremo ritiene "esaurito" il ruolo della garanzia in questione con la dichiarazione di responsabilità, e ben possono, quindi, subentrare altri meccanismi, anche presuntivi, nel "successivo" segmento processuale destinato a regolare solamente l'applicazione delle "conseguenze" del reato.⁴⁴⁴

In questo senso è stato comunque segnalato in dottrina come il *decomiso*, (considerata proprio la previsione anche per equivalente, in taluni casi senza condanna,

patrimoniales han sido muy criticadas por la doctrina, pues estas, en sentido estricto, tienen funciones reeducativas o de mejora que el comiso no cumple. Su definición como medida de seguridad también resultaba insatisfactoria para gran parte de los autores al no asentarse sobre la peligrosidad personal del responsable ya que cualquier medida de seguridad patrimonial es incompatible con los fines de reeducación o seguridad del delincuente sobre el que, únicamente, debe actuarse para lograr su reinserción como medidas o actuaciones personales que influyan sobre su carácter. Por ello -como ya dijimos ut supra- el CP. 1995 considera el comiso como una consecuencia accesorio, al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es la de una tercera clase de sanciones penales, bajo la denominación de consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias, distinta de la responsabilidad civil, al constituir ésta una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea diferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal para su imposición»; sul punto anche v. A.M. MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, cit. 30-31, dove l'autore segnala comunque come non visiano problemi all'inclusione tanto del deomiso ampliato, quanto del decomiso sin condena, nell'ambito di applicazione del regolamento n. 1805/2018 UE.

⁴⁴³ Cfr. M. ROIG TORRES, *La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española*, cit., 230.

⁴⁴⁴ Cfr. Tribunal Supremo, 2 giugno 2015, n. 338; anche v. E. FABIÁN CAPARRÓS, *La regulación del decomiso tras la reforma de la ley orgánica 1/2015*, cit., 431. Si tratta, come visto, dell'impostazione già adottata più volte dalla corte EDU (ad es. v. C. Edu, *Phillips c. Regno Unito*) per escludere l'applicazione dell'art. 6 par. 2 CEDU in relazione ai procedimenti di confisca allargata di beni di sospetta o presunta origine illecita (anche v. *supra* par. 2 ss.). Analoga posizione è assunta invero dalla Corte EDU anche in relazione ai procedimenti di confisca del tutto autonomi rispetto a quello penale: anche in questo senso, come per le misure di prevenzione patrimoniali, i giudici di Strasburgo ritengono che non vi sia né un'accusa penale da fronteggiare, né un collegamento sostanziale con il riconoscimento della responsabilità con un reato (tanto che, di norma, la Corte EDU legittima la collocazione di tali confische in senso a procedimenti speciali, o di stampo civile, preoccupandosi che sia rispettato, oltre all'art. prot. 1 CEDU sub specie di proporzionalità e adeguatezza, soprattutto l'art. 6 par. 1 dal punto di vista delle garanzie procedurali e giurisdizionali che spettano alle controversie a contenuto patrimoniale).

e con una latitudine che travalica i confini di quanto direttamente e/o indirettamente ricollegabile al reato) possieda, dietro la formale dimensione unitaria dell'istituto, una più eterogenea "composizione" delle singole forme di confisca, in relazione alle quali, in alcune ipotesi, la dottrina non esita a riconoscere una componente afflittiva.⁴⁴⁵

6.4 Il quadro legislativo attuale in materia di confisca

Con la LO 1/2015 la materia del *decomiso* è interessata nuovamente da una profonda, incisiva riforma (dopo quella del 2003, e del 2010) i cui risultati delineano l'attuale disciplina dell'istituto, che rimane collocata nel Titolo VI, dedicato a "*Las consecuencias accesorias*", ma passa dall'essere contenuta in un unico articolo ad essere ora regolata in nove diverse disposizioni consecutive (dall'art. 127 sino all'art. 127-*octies*, cui si aggiunge la clausola finale di cui all'art. 128), delle quali si esamineranno brevemente solo quelle più rilevanti nella prospettiva di questo lavoro.

6.4.1 *Decomiso basico (art. 127 c.p.)*

L'art. 127 del codice penale spagnolo prevede una forma di *decomiso* c.d. "*basico*", con ad oggetto "*los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*", e che sembra piuttosto sovrapponibile con la previsione della nostra confisca "classica" di cui all'art. 240 c.p.; l'ambito di applicazione è riferito tanto al *delito doloso* (co. 1) quanto al *delito imprudente* con pena superiore ad un anno (co. 2), ed è prevista l'esecuzione per equivalente della confisca (co. 3) su altri beni,

⁴⁴⁵ Cfr. M. ROIG TORRES, *La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española*, cit., 231-237. Vedi, in particolare, sulla confisca senza condanna e sulla confisca per equivalente "Por una parte, cuando se acuerda sin sentencia (art. 127 ter CP), no es una consecuencia del delito. No obstante, se puede entender que busca evitar el enriquecimiento ilícito producido por el hecho delictivo, salvo en el caso de los medios e instrumentos empleados para su preparación o ejecución, cuyo fundamento reside en el peligro que encierran. En todo caso, no serían medidas sancionadoras. En cambio, cuando se aprehende una suma equivalente a esos medios e instrumentos la confiscación parece perseguir un fin sancionador, puesto que no se priva del beneficio obtenido ni tampoco del objeto peligroso, sino que se sustituye por una cuantía económica" cfr., *ivi*, 231.

per valore corrispondente a quelli sui quali la cui confisca non è più direttamente applicabile.⁴⁴⁶

6.4.2 *Decomiso ampliado (artt. 127-bis, 127-quinques, 127-sexies c.p.)*

La confisca allargata dei beni del condannato, già introdotta per un novero molto limitato di ipotesi delittuose dalla LO 5/2010, è strutturata, ora, in due distinte tipologie, nelle quali sono confluite, con taluni punti di raccordo, tanto il modello previsto dalla direttiva 42/2014/UE, quanto quello, ben più gravoso, presente nella legislazione speciale antidroga già esaminata in precedenza (che viene abrogata).⁴⁴⁷

È ora innanzitutto prevista (art. 127-bis) la confisca allargata “*de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada*” per uno dei reati previsti nel catalogo dell’articolo in questione⁴⁴⁸, quando vi siano “*indicios objetivos fundados*” che i beni siano frutto di altre attività criminali e non ne sia dimostrata (dal condannato) l’origine lecita.⁴⁴⁹ A tal fine, l’art. 127 co. 2 elenca alcuni indizi rilevanti ai fini della confisca, quali la sproporzione dei beni rispetto alle fonti di reddito lecite, l’occultamento dei beni e/o del denaro attraverso schermature o in paradisi fiscali, la realizzazione di operazioni idonee a renderne più difficile il tracciamento laddove prive di una valida giustificazione economica.

⁴⁴⁶ Così l’art. 127 co. 3 codice penale spagnolo: «Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición». Si evidenzia la espressa previsione, nell’ultimo periodo della disposizione, dell’operatività della confisca per il valore che il bene aveva al momento della sua acquisizione, e non per quello eventualmente diminuito in seguito.

⁴⁴⁷ Cfr. F. GARRIDO CARRILLO, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, cit., 48-52; sempre l’autore segnala come il legislatore spagnolo sia andato ben oltre le indicazioni minime contenute dalla direttiva 42/2014/UE (e decisioni quadro precedenti).

⁴⁴⁸ Si tratta tendenzialmente di fattispecie piuttosto gravi, anche se in un catalogo comunque più ampio rispetto a quello minimo previsto dalla legislazione UE. Vi confluiscono fatti di terrorismo, crimine organizzato, riciclaggio, tratta di esseri umani, gravi delitti contro il patrimonio, delitti informatici, ed altri tutti previsti dall’art. 127, co. 1 lettere dalla (a) alla (r).

⁴⁴⁹ Per un maggiore approfondimento del dibattito sul regime della prova dei proventi nel decomiso ampliado v. F. GARRIDO CARRILLO, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, cit., 67-75.

Anche in questo caso, non senza incontrare talune opposizioni in dottrina⁴⁵⁰, la confisca allargata è autorizzata espressamente per equivalente (art. 127-*bis* co. 3).

Da segnalare, anche, come i co. 4 e 5 cerchino di controbilanciare l'allargamento della confisca. In particolare, il co. 4 impone al giudicante di tenere conto delle eventuali precedenti decisioni di confisca (che hanno interessato il condannato per reati commessi prima di quello accertato con l'ultima condanna) al fine di evitare duplicazioni ed effetti irragionevolmente sproporzionati.⁴⁵¹

Il co. 5, invece, esclude che si possano valorizzare, quali attività delittuose da cui sarebbero derivati i proventi del condannato, reati prescritti o oggetto di sentenze di assoluzione o proscioglimento. Si tratta, come meglio si vedrà in chiusura, di una delimitazione che pare oltremodo opportuna, in particolare sia per scongiurare il rischio di contrasti con precedenti decisioni, sia per mitigare gli effetti di una ricostruzione sulle attività delittuose che -pur incidentalmente- ha comunque l'effetto di ricollegarle al condannato, pur al limitato fine della confisca.

Come anticipato, è inoltre prevista una forma più stringente di *decomiso ampliado* (art. 127-*quinquies*) nel caso in cui, oltre (a) alla condanna per uno dei reati per i quali sarebbe applicabile la confisca di cui all'art. 127-*bis* appena vista, vi sia la possibilità di ritenere (b) che il reato accertato sia stato consumato nell'ambito di un "*actividad delictiva previa continuada*" e (c) esistano indizi fondati che una parte rilevante del patrimonio della persona condannata deriva da una precedente attività illecita.⁴⁵²

La definizione dei casi di *actividad delictiva continuada* è contenuta nel co. 2, che la prevede quando: (1) nel medesimo procedimento, si sia condannati per almeno

⁴⁵⁰ Critico sul punto cfr. M. ROIG TORRES, *La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española*, cit., 251: "El afán por privar al condenado de cualquier beneficio de su acción delictiva lleva a declarar aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior, es decir, se permite confiscar bienes por un valor equivalente a los que se presumen obtenidos de forma ilegal y a las ganancias que se hubieran obtenido de ellos, cuando no sea posible recuperarlos, o incluso por la cuantía en que se hubiesen depreciado. Esta previsión no está en la Directiva y me parece desproporcionada, habida cuenta que ese origen ilegítimo se deduce de indicios pero no está acreditado con prueba directa".

⁴⁵¹ Cfr. T. AGUADO CORREA, *Comiso: crónica de una reforma anunciada*, cit., 36; anche cfr. M. ROIG TORRES, *La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española*, cit., 251-252.

⁴⁵² A queste condizioni deve aggiungersi che (d) vi siano indizi fondati che il ricavato dalle precedenti attività delittuose sia stato superiore a 6000 euro. Cfr. art. 127 *quinquies*, co. 1, ultimo periodo.

tre delitti dai quali sono derivati benefici economici diretti o indiretti, o per un reato in forma continuata che annoveri almeno tre infrazioni; ovvero (2) quando, nei sei anni precedenti l'apertura del procedimento per il reato presupposto di questa confisca, l'imputato è stato condannato almeno due volte per delitti dai quali derivano profitti diretti o indiretti, o per un reato continuato, che annoveri almeno due infrazioni e sia in grado di produrre profitti diretti o indiretti.

Quanto agli “*indicios fundados*” che una parte rilevante del patrimonio sia di derivazione illecita, rileveranno, anche in questo caso, quelli già visti per la prima forma di confisca allargata di cui all'art. 127-*bis*, ossia la sproporzione e talune categorie di operazioni sospette o ingiustificate.

Ebbene, in presenza di tutti e tali condizioni (condanna per uno dei gravi reati di cui all'art. 127-*bis*; attività delittuosa continuata; indizi fondati che il patrimonio è per una parte rilevante derivato da condotte illecite; valori complessivi superiori a 6000 euro) può in questo caso utilizzarsi nei confronti del condannato un regime molto “drastico” di presunzioni⁴⁵³ (art. 127-*sexies*) in forza delle quali, ove non giustifichi la provenienza lecita del proprio patrimonio, sarà applicata la confisca allargata in discussione.⁴⁵⁴ Si tratta, invero, di presunzioni davvero pesanti: tra le più rilevanti, quelle per cui nei sei anni precedenti l'apertura del procedimento penale tutti gli acquisti effettuati dal condannato, e tutte le spese che questi ha sostenuto, si ritengono realizzate con proventi della sua *actividad delictiva*.⁴⁵⁵

La particolare severità di questa seconda forma di *decomiso ampliado* è in parte mitigata, da un lato, dal suo carattere facoltativo (a differenza del *decomiso*

⁴⁵³ Critico su alcuni aspetti della disciplina presuntiva dei profitti in questo tipo di confisca, nel senso di ritenere che dia luogo in alcuni casi ad applicazioni sproporzionate ed irragionevoli, cfr. F. GARRIDO CARRILLO, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, cit., 75-80.

⁴⁵⁴ Sul punto, per una panoramica più approfondita anche in punto di incongruenze e contraddizioni tra le formulazioni utilizzate nell'art. 127-*bis* e nell'art. 127-*quinquies* c.p. v. M. ROIG TORRES, *La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española*, cit., 254-259.

⁴⁵⁵ Così l'art. 127-*sexies* in tema di presunzioni applicabili con la confisca ex art. 27-*quinquies*: «(a) Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva. A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos; (b) Se presumirá que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva; (c) Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas».

ampliado previsto dall'art. 127-*bis* che, invece, è obbligatorio) e, da un altro lato, dalla possibilità per il giudice (art. 127-*sexies*, co. 1, ultimo periodo) di non applicare tali presunzioni in relazione ad alcuni beni o proventi quando, avuto riguardo al caso concreto, si riveli sproporzionato o erroneo.

6.4.3 *Decomiso sin sentencia (art. 127-ter c.p.)*

Con l'art. 127-ter sono disciplinati i casi in cui il *decomiso basico* e il *decomiso ampliado* possono essere disposti anche senza condanna. Si tratta di un novero di situazioni, tutte comunque collegate ad un procedimento penale nel quale la persona sia stata accusata o imputata⁴⁵⁶, ben più esteso del “minimo” previsto nella direttiva Ue del 2014, che faceva riferimento esclusivamente ai casi di fuga o malattia dell'imputato.

Diversamente, la norma in questione dispone che si possa procedere a confisca in assenza di condanna nei casi di morte, malattia o infermità cronica e contumacia, oltre che quando la responsabilità dell'imputato si è estinta per prescrizione.⁴⁵⁷

In tali ipotesi deve, in ogni caso, essere accertata una “*situación patrimonial ilícita*” in un processo in contraddittorio, ed a tal fine la riforma introduce un apposito procedimento autonomo per questo tipo di *decomiso* (e che sarà eventualmente utilizzabile anche nei casi in cui l'imputato sia giudicabile, laddove l'accusa si limiti a richiedere la confisca rinviando espressamente a questo procedimento per la sua determinazione), che si conclude egualmente con sentenza⁴⁵⁸.

Se ne ricava, nel complesso, un modello di confisca senza condanna che si propone come “variante” espressa del procedimento penale, laddove quest'ultimo sia

⁴⁵⁶ Cfr. art. 127-ter, co. II, c.p. «El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal».

⁴⁵⁷ Così l'art. 127-ter sul punto: «(a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, (b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o (c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido»

⁴⁵⁸ Si tratta del procedimento regolato dalle disposizioni, che vanno dall'art. 803 *ter* e) all'art. 803 *ter* u), introdotte dalla legge di modifica n. 4/2015, della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECr). Per una puntuale disamina delle norme che regolano il procedimento v. F. GARRIDO CARRILLO, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, cit., 95-165.

pregiudicato da ragioni di fatto o giuridiche (diverse dalla infondatezza dell'accusa) che impediscano la condanna definitiva del responsabile.

La previsione espressa di una disciplina "generale", e anche di un procedimento specificamente dedicato, sono scelte che sottraggono la confisca senza condanna all'incertezza di un "governo" esclusivamente o prevalentemente giurisprudenziale dei suoi presupposti⁴⁵⁹, ed appiono in questo senso novità assolutamente degne di apprezzamento.

In dottrina sono sollevate alcune perplessità con riferimento alla possibilità di applicare *sin sententia*, oltre che il *decomiso basico*, anche il *decomiso ampliado* previsto dal precedente art. 127-bis: la norma, in apertura, pare espressamente ricollegare il regime del *decomiso sin sententia* ai casi previsti "*en los articulos anteriores*", e dunque anche alla confisca allargata di cui all'art. 127-bis (ma non a quella di cui agli artt. 127-*quinquies* e *sexies*, in quanto esclusa dal tenore del richiamo ai soli articoli precedenti). Tuttavia è stato evidenziato come, in quest'impostazione, verrebbe a mancare uno dei presupposti dell'art. 127-*bis* (appunto la condanna) tradizionalmente ritenuta, anche prima della riforma, una condizione imprescindibile per "allargare" l'oggetto dell'ablazione, e come sarebbe invece preferibile limitare la confisca senza condanna ai soli beni e valori derivati direttamente dal reato per cui non si può più procedere.⁴⁶⁰

6.4.4 *Decomiso de bienes de terceros (art. 127-quarter c.p.)*

⁴⁵⁹ Come, invece, avvenuto per lungo tempo in Italia, con riferimento, ad esempio, all'applicabilità della confisca ex art. 12-*sexies* anche in caso di prescrizione, ipotesi prima del 2017 ammessa solo in via giurisprudenziale; un altro esempio è quello costituito dalla confisca c.d. "urbanistica" di cui all'art. 44 d.P.R. 380/2001, la cui applicazione senza condanna è stata oggetto di un'ampio dibattito nazionale e sovranazionale, in quanto, innanzitutto, riconosciuta solo in via giurisprudenziale dalla valorizzazione di una formulazione alquanto singolare della norma (che fa riferimento all'accertamento, e non alla condanna, quale presupposto per l'operatività della confisca). In particolare, su quest'ultima pronuncia sia concesso rinviare, per una breve panoramica delle opzioni interpretative delineate nel confronto interno e con la Corte EDU, a M. MONTORSI, *Confisca disposta in assenza di condanna formale e tutela dei terzi: un'interessante interpretazione convenzionalmente orientata, con qualche spunto per il futuro*, in *Lexambiente. Rivista trimestrale di diritto penale dell'ambiente*, 2019, n. 2, 94-112; anche v. M. MONTORSI, *Le Sezioni unite razionalizzano lo statuto processuale della confisca urbanistica e rimandano il confronto sulla sostanza dei rilievi convenzionali in punto di proporzionalità della misura*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2020, 3, 609-623.

⁴⁶⁰ Cfr. T. AGUADO CORREA, *Comiso: crónica de una reforma anunciada*, cit., 22. Sul fatto che la condanna sia, invece, "surrogata", anche nel caso del *decomiso ampliado sin sententia*, dall'accertamento della *situación patrimonial ilícita*, cfr. M. ROIG TORRES, *La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española*, cit., 260, anche per ulteriori riferimenti alla dottrina.

L'ultima disposizione che viene in rilievo ai fini che qui interessano è quella contenuta nell'art. 127-*quater* c.p. relativa alla possibilità di applicare le forme di *decomiso* previste dagli articoli precedenti (dunque *basico*, *ampliado* e *sin condena*) anche sui beni dei terzi che versino in alcune specifiche condizioni.

In questo senso la disposizione prevede in via generale il “*decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos*”.

La norma specifica che il *decomiso* in questione opererà, quanto agli “*efectos y ganancias*”, laddove il terzo sia stato consapevole della loro origine illecita, o quando comunque una persona diligente avrebbe avuto, nelle circostanze del caso, motivo di sospettarne l'origine illecita.⁴⁶¹ Per “*los otros bienes*”, invece, il *decomiso* si applicherà quando si dimostri che il terzo era consapevole della finalità, sottesa al trasferimento in suo favore, di renderne più difficile la confisca in danno dell'autore del reato, o quando, anche in questo caso, vi erano motivi per cui una persona diligente avrebbe dovuto rilevarne la preordinazione a tal fine.⁴⁶²

Anche in questo caso la predisposizione di una disciplina generale della confisca in danno dei terzi costituisce operazione assolutamente apprezzabile, soprattutto sotto il punto di vista della prevedibilità dell'ablazione e dell'omogeneità dei suoi presupposti. Non mancano, tuttavia, posizioni che hanno segnalato come il riferimento non solo alla consapevolezza dell'origine illecita (o della natura elusiva dell'operazione) ma anche alla situazione in cui una persona diligente avrebbe avuto motivo di sospettare tale derivazione (o idoneità elusiva), abbia l'effetto di disegnare un assetto piuttosto incisivo sulla sicurezza dei traffici giuridici e sulla tutela dell'affidamento.⁴⁶³

⁴⁶¹ Cfr. art. 127-*quater*, co. 1, lett. a): «En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito».

⁴⁶² Cfr. art. 127-*quater*, co. 1, lett. b): «En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso».

⁴⁶³ In questo senso, anche se ritenuto nel complesso un effetto coerente con la natura di conseguenza accessoria riconosciuta al *decomiso*, Cfr. M. ROIG TORRES, *La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española*, cit., 263-265.

6.5 Qualche considerazione di sintesi sul modello spagnolo

A conclusione di questo breve approfondimento alcune considerazioni sembrano opportune con riguardo agli aspetti più interessanti del modello appena esaminato: in questo senso, la diversa “traiettoria” percorsa della pericolosità sociale *ante delictum* nell’ordinamento spagnolo costituisce senz’altro un buon punto di partenza.

E infatti è innegabile come vi fossero, nella *ley de vagos y maleantes*, diversi profili di profonda analogia con il sistema preventivo personale italiano: il retroterra comune, dovuto alla diffusione degli studi positivisti e riformisti, si riflette nella scelta, ad esempio, degli stessi indici adottati dal legislatore italiano per la prognosi della pericolosità sociale, a cominciare dalla recidiva, dall’assenza di lavoro, dall’appartenenza a classi sociali tendenzialmente “instabili” e, quindi, devianti.

L’esame dell’originaria cerchia dei destinatari reca, anch’essa, sensibili analogie, così come simili saranno i processi espansivi che interesseranno inizialmente la materia (con un primo allargamento alla pericolosità “politica” ed un uso sempre più repressivo del sistema durante fasi politiche particolarmente autoritarie).

Tuttavia, salvo le poche disposizioni che si sono prima evidenziate (in tema di confisca del denaro in possesso di talune categorie di soggetti pericolosi, laddove non ne sappiano giustificare la provenienza), il sistema preventivo spagnolo non compirà nella sua storia nessuna evoluzione dal punto di vista patrimoniale, rimanendo prevalentemente composto da discutibili misure di carattere personale.

E senza le misure di carattere patrimoniale a “compensare” (o meglio, celare) le criticità e l’inefficienza storica di quelle personali, la pericolosità *ante delictum*, già con l’inizio della transizione democratica (anni ’70), pare divenire in Spagna una sorta di “ramo secco”, un ingombrante fardello non solo giuridico, ma anche burocratico e politico, specialmente dopo che il Tribunale Costituzionale ne smantella a più riprese (anni ’80) il fondamento per contrasto con i principi (in particolare, di legalità e colpevolezza) della neointrodotta Costituzione spagnola del 1978.

Come visto, in Italia vi sono state dinamiche che, dopo una similitudine iniziale, si sono fortemente differenziate da quelle spagnole: (I) l’asservimento, via via sempre più stretto, delle misure di prevenzione alla lotta alla mafia e al terrorismo ne ha dapprima “blindato” la necessaria permanenza nell’ordinamento, nonostante le

perplexità che la pericolosità *ante delictum*, soprattutto c.d. “generica”, suscitava da tempo (e a tacere della totale assenza di finalità rieducativa del sistema personale); (II) proprio per questo, nell’intensificare l’azione contro tali fenomeni, si è proceduto, anche sotto la spinta dell’emergenza, ad individuare nel già sperimentato campo delle misure di prevenzione il terreno in quel tempo più adeguato (in quanto più fluido e meno garantito) per innestare le misure patrimoniali⁴⁶⁴; (III) constatato il successo delle misure patrimoniali indipendenti dal procedimento penale, queste sono state interessate da un processo per c.d. “di ritorno” in chiave generale, candidandosi, ora, a svolgere il ruolo di strumento generalizzato di ablazione della ricchezza di sospetta origine illecita.⁴⁶⁵

Ebbene, recentemente si tende a giustificare la necessità delle misure di prevenzione patrimoniali soprattutto sulla scorta dell’innegabile ruolo strategico che rivestono nel contrasto alle accumulazioni illecite, in particolare sganciando l’ablazione dal procedimento penale e alleggerendone gli oneri probatori e lo standard valutativo, secondo un’evoluzione che sarebbe, appunto, coerente con le istanze europee (v. direttive e decisioni quadro citate) e rispettoso del quadro di garanzie sovranazionali (v. *supra* par. 3) e costituzionali (v. *supra* cap. II).

In questa prospettiva, tuttavia, l’esempio spagnolo svela, forse più di altri, come tutte tali prerogative “moderne” della confisca del profitto illecito siano perseguibili, oggi, anche secondo un modello che non ha più niente da spartire con la pericolosità sociale *ante delictum* (o *sine* o *extra delictum*): disfarsi di quest’ultima ingombrante categoria è quindi possibile, senza che ciò implichi precludere il raggiungimento degli obblighi europei o, più in generale, di un assetto soddisfacente della confisca della ricchezza di sospetta origine illecita. In questa luce, anzi, chi scrive ritiene che, sotto ogni profilo, si confisca “meglio” proprio laddove non ci si immischi con siffatto concetto.

Nell’ordinamento spagnolo la via percorsa, in questo senso, è stata quella, coraggiosa, di “rompere” con le oscillanti categorie cui in passato è stato ricondotto

⁴⁶⁴ In questo senso cfr. S. FINOCCHIARO, *La confisca “civile” dei proventi da reato*, cit., 406.

⁴⁶⁵ Cfr. M. PELLISSERO, *Le misure di prevenzione*, in *disCrimen*, 13.2.2020, 3-4; si tratta della relazione tenuta al convegno “*Alternative al processo penale? Tra deflazione, depenalizzazione, diversion e prevenzione*”, svoltosi a Genova, il 12 aprile 2019, 3-4; sul punto anche cfr. V. MANES, *L’ultimo imperativo della politica criminale: Nullum crimen sine confiscatione*, cit., 1262-1276.

l'istituto della confisca (pena, misura di sicurezza, pena accessoria) per "rifondarlo" quale conseguenza accessoria *sui generis* del delitto: così facendo si è garantito, non senza difficoltà, uno spazio di elaborazione autonoma dell'istituto che gli ha consentito di adeguarsi ai *target* moderni del contrasto patrimoniale, senza doversi "trascinare" il macigno della legittimazione della prevenzione della pericolosità *ante delictum*.

Il baricentro del sistema spagnolo pare infatti, in materia di confisca, ricostruirsi comunque saldamente attorno al procedimento penale, senza con ciò implicare l'inerte soggezione della confisca alle sue "problematiche" processuali: il *decomiso sin sentencia* consente infatti di far sopravvivere all'interruzione o all'estinzione del procedimento penale le situazioni che il legislatore ha individuato come ragionevolmente meritevoli di un segmento di giurisdizione ulteriore, finalizzato al ripristino di una situazione patrimoniale illecita comunque emersa nel contraddittorio, ed in relazione ad una persona nei cui confronti è stata almeno esercitata l'azione penale e quindi formulata l'imputazione di uno o più reati.

Nell'opinione di chi scrive, come meglio si vedrà nel prossimo capitolo, prevedere la confisca senza condanna quale "derivazione" del procedimento penale in determinate situazioni e al ricorrere di certi presupposti, invece che come *output* di un procedimento del tutto indipendente dall'azione penale, è opzione che offre molte e più significative garanzie, senza compromettere, in concreto, il grado di efficienza.

Innanzitutto, l'apertura di un procedimento penale e la successiva imputazione dell'accusa sono momenti procedurali -soprattutto il secondo- che richiedono un quadro probatorio maggiore e più ponderato di quello richiesto ai fini di soddisfare la parte constatativa del giudizio di pericolosità.

Anche sotto il profilo temporale la differenza è decisiva, in quanto, nel modello adottato in Spagna, è necessario che il procedimento sia aperto per un reato -almeno in quel momento- perseguibile: diversamente, la confisca di prevenzione italiana può, dopo le riforme del 2008-2009, essere applicata anche per condotte -pur rivelative di pericolosità sociale- esaurite e risalenti nei decenni, e senza alcun legame con una pendenza "attuale", di natura penale o in materia di prevenzione personale. In mancanza di questi elementi è peraltro difficile rinvenire un valore effettivamente selettivo dell'interesse pubblico nel colpire fatti così remoti nel tempo (considerata la palese difficoltà difensiva che ne consegue, e il margine di errore inevitabilmente

connesso ad accertamenti così risalenti) con tutto quello che consegue anche in punto di proporzionalità dello strumento (che sotto questo profilo è davvero “no limits”).⁴⁶⁶

A ciò si aggiunga che il *comiso sin sentencia*, oltre a rivolgersi all'imputato di un reato per cui è in corso un procedimento penale, ne prevede l'operatività solo in via sussidiaria rispetto al verificarsi di impossibilità di fatto o giuridiche che, appunto, impediscano di procedere con il giudizio di responsabilità penale strettamente inteso. A questa considerazione si deve affiancare, inoltre, il fatto che la disciplina spagnola richiede anche la dimostrazione di una “*situación patrimonial ilícita*”, in termini non lontani da quelli propri dell'accertamento circa l'origine illecita dei beni svolto nella giurisdizione di prevenzione (ma con valutazione indiziaria, senza dare peso preponderante alla sproporzione che è, appunto, solo uno tra gli indizi liberamente valutabili).

Se ne delinea un quadro nel complesso più garantito e che presenta inoltre, in virtù della sua recente codificazione puntuale, invidiabili profili di maggiore coerenza e tassatività rispetto al *tandem* confisca di prevenzione-confisca allargata (quest'ultima anche nelle sue applicazioni c.d. “senza condanna”) italiano, pur al netto di alcune criticità dovute, soprattutto, agli effetti di “rottura” che il tritico delle ultime riforme spagnole (2003, 2010, 2015) ha impresso alla materia, così come rimodernata nel 1995, ed a qualche formulazione poco convincente o mal coordinata.

La questione sicuramente più spinosa pare, nel modello spagnolo, quella relativa alla possibilità di applicare il *decomiso ampliado* anche nella sua modalità *sin sentencia*, dunque combinando, come la legge in effetti prevede, tali forme “critiche” di confisca: si è sostenuto, come visto, che tale combinazione di “indebolimenti” (l'arretramento rispetto alla condanna e al nesso di derivazione) dia luogo a conseguenze che paiono discostarsi dalla finalità meramente ripristinatoria, per

⁴⁶⁶ Per una critica su tale aspetto, fermo quanto meglio si vedrà anche in chiusura del presente lavoro, cfr. V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: Nullum crimen sine confiscatione*, cit., 1276-1277; l'espressione “no limits”, riferita in particolare al trend estensivo-preventivo del diritto penale contemporaneo è utilizzata sempre da V. MANES, *Diritto penale no limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giustizia* (web), si tratta del testo (rivisto con note) della relazione tenuta dal XXII congresso di Magistratura Democratica, sul tema “*Il giudice nell'Europa dei populismi*”, Roma, 1-3 marzo 2019 ; anche cfr. A. M. MAUGERI, *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di “processo” al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, cit., 589; ancora cfr. A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, cit., 33.

assumere, anche, un tratto afflittivo e deterrente (rispetto al quale sarebbe forse opportuno valutare il riconoscimento di alcune garanzie proprie della materia sanzionatoria, come l'irretroattività).

Un altro spunto interessante attiene alla previsione, nella disciplina spagnola in materia di *decomiso*, di alcune norme espressamente rivolte a controbilanciare la portata di alcuni meccanismi, come quelli presuntivi, o ad evitare il conflitto con provvedimenti e decisioni precedenti.⁴⁶⁷

Quanto al primo aspetto, si tratta invero di un'innovazione sollecitata anche dalla direttiva 42/2014/UE⁴⁶⁸, ma che non trova espressa formulazione nel nostro ordinamento, il che pare una debolezza perché una clausola generale (o, comunque un sistema di disposizioni limitative) avrebbe costituito anche la base per consentire alla giurisprudenza di elaborare una gamma di correttivi “*in action*” degli aspetti più drastici di talune forme di confisca (e che pure sono stati sviluppati, ma sempre nella dimensione frammentaria delle plurime forme di confisca presenti nell'ordinamento, e rispetto alla cui tutela in concreto sorgono, spesso, anche divergenze apprezzabili).

Infine, relativamente alle norme che fungono da raccordo con le precedenti decisioni in tema di *decomiso*, può anche in questo caso apprezzarsi in particolar modo il contenuto, che attribuisce al giudice, nella sostanza, uno spazio per un ulteriore vaglio di proporzionalità della confisca, che soprattutto nei casi di *actividad delictiva continuada* -dove il regime probatorio, come visto, si semplifica notevolmente- può più facilmente presentare profili di sovrapposizione o irragionevolezza con gli effetti patrimoniali ed economici eventualmente già derivati all'interessato in occasione delle precedenti vicende giudiziarie definite con condanna.

⁴⁶⁷ Il riferimento è in particolare svolto alle disposizioni di cui agli artt. 127-*bis* co. 4 (in tema di precedenti provvedimenti di confisca) e co. 5 (esclusione dei fatti prescritti o per cui è intervenuto proscioglimento), 127-*sexies*, ult. periodo (dove consente al giudice di non applicare le presunzioni in caso risultino irragionevoli o sproporzionate al caso concreto), nonché alla clausola generale di cui all'art. 128, in favore della non applicazione (in tutto o in parte) della confisca in determinati casi.

⁴⁶⁸ Cfr. cons. n. 18) dir. Ue n. 42/2014: «Nell'attuazione della presente direttiva, gli Stati membri possono prevedere che, in circostanze eccezionali, la confisca non sia ordinata qualora, conformemente al diritto nazionale, essa rappresenti una privazione eccessiva per l'interessato, sulla base delle circostanze del singolo caso, che dovrebbero essere determinanti. È opportuno che gli Stati membri facciano un ricorso molto limitato a questa possibilità e abbiano la possibilità di non ordinare la confisca solo quando essa determinerebbe per l'interessato una situazione critica di sussistenza».

CAPITOLO 4 – QUALE DESTINO PER LA CONFISCA DI PREVENZIONE?

SOMMARIO 1. Premessa – 2. Il problematico legame con la pericolosità sociale ante delictum – 2.1 I limiti cronici delle fattispecie di pericolosità – 2.2 L'uso "improprio" della pericolosità sociale nella confisca di prevenzione – 3. La natura ripristinatoria della confisca di prevenzione – 4. Alcune implicazioni della nuova natura ripristinatoria – 4.1 Il tramonto della natura preventiva – 4.2 Il rapporto tra requisito soggettivo e sproporzione ingiustificata – 5. Un raffronto critico con la confisca allargata ex art. 240-bis c.p. – 6. L'assetto attuale necessario a soddisfare gli obblighi europei – 7. Qualche spunto di miglioramento – 7.1 Fare a meno della confisca di prevenzione... – 7.1.1. Una proposta suggerita dalla disciplina della confisca urbanistica – 7.1.2 Uno spunto derivante dall'esperienza dell'ordinamento spagnolo – 7.2 ...senza darla vinta alla mafia.

1. Premessa

Nei precedenti capitoli si è cercato di dare conto del composito quadro di collocazione della confisca di prevenzione, così da poter ora confrontarsi con tale strumento approfittando delle riflessioni maturate sulla scorta dell'inquadramento storico-normativo e dell'esame della giurisprudenza convenzionale, nonché di qualche spunto suggerito dalla pur breve analisi comparata.

Ebbene, è innegabile che la confisca di prevenzione costituisca la "punta di diamante" dell'attuale arsenale nazionale in materia di confische di beni di sospetta origine illecita. E non potrebbe essere diversamente, trattandosi, come visto, di una misura che, almeno sulla carta, garantisce il massimo risultato (in termini di ampiezza della confisca) con il minimo sforzo (probatorio) in capo all'organo pubblico, in un procedimento, peraltro, a garanzie "comprese" (per i prevenuti e i terzi interessati).

Nonostante le storiche perplessità che connotano il sistema di prevenzione⁴⁶⁹, tanto la Corte Costituzionale quanto la Corte EDU hanno sostanzialmente avallato il suo posizionamento al di fuori della materia penale (che, come visto, costituisce condizione di esistenza efficace per questa tipologia di strumenti) e riconosciuto la "autonoma validità" del giudizio di pericolosità su cui si fonda la confisca in questione.

⁴⁶⁹ Fermo quanto si dirà in seguito, per una brillante ricognizione di tali aspetti problematici cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 2018, Milano, 885-918.

In questa prospettiva, il legame -quantomeno in origine- con il crimine organizzato ha rivestito un ruolo centrale nel giustificare la necessità di un simile strumento nell'ordinamento, così come la proporzionalità delle "interferenze" con i diritti individuali che la sua applicazione comporta (v. *supra* cap. III par. 3.2).

Non può dubitarsi, nemmeno, del favore ancora maggiore che incontra un simile strumento in tempi recenti, caratterizzati appunto dalla "fuga" dal processo penale e dalla contestuale ricerca di moduli alternativi (più efficienti, spesso meno garantiti) di intervento in materia patrimoniale sempre più ad ampio spettro, che consentano di colpire efficacemente i proventi del reato senza, tuttavia, rimanere legati a doppio filo con l'affermazione della responsabilità penale del singolo.⁴⁷⁰

In questo senso sono diversi, come visto, gli spunti di comparazione con altri ordinamenti che, in vario modo, hanno predisposto procedimenti autonomi (quasi sempre "*in rem*"), oppure "prosecuzioni" del procedimento penale, finalizzati all'applicazione della confisca (spesso anche in forma c.d. "estesa" o "allargata") senza che intervenga necessariamente la condanna penale definitiva dell'interessato.

Insomma: non solo si potrebbe, ad un primo sguardo, pensare che la confisca di prevenzione sia ormai uscita, sostanzialmente indenne, dalle "rapide" del vaglio di compatibilità costituzionale e convenzionale⁴⁷¹, ma che, addirittura, sia da includersi nel novero degli strumenti patrimoniali "moderni" cui ispirarsi ed il cui paradigma innovativo⁴⁷² sia auspicabilmente da difendere e promuovere con un certo entusiasmo.

⁴⁷⁰ In tema cfr. V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: Nullum crimen sine confiscatione*, cit., 1272 e ss.; anche vedi A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, cit., 27-31, che evidenzia una recente "ansia preventiva"; ancora, sempre in tema, v. M. CERESA-GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *dir. pen. cont.* (web), 3 dicembre 2015, 2-3 (si tratta del testo dell'intervento dell'autore al Convegno Nazionale tra gli Studiosi del processo penale "G. D. Pisapia" *La giustizia penale preventiva*, Cagliari, 29-31 ottobre 2015); ancora, riguardo l'attenzione crescente riscossa da questo strumento nella dottrina e nella giurisprudenza recente, cfr. M. PELLISSERO, *Le misure di prevenzione*, cit., 1-7.

⁴⁷¹ Come pure è largamente riconosciuto dalla dottrina, che tuttavia non si esime da segnalare comunque i perduranti margini di ritenuta incostituzionalità, o di frizione con le garanzie convenzionali. Sul punto cfr. V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: Nullum crimen sine confiscatione*, cit., 1272 e ss.; anche cfr. A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, cit., 12-18.

⁴⁷² In realtà, come ampiamente visto nei capitoli I e II, la struttura della confisca di prevenzione è per così dire "complessa": aveva, nel 1982, senz'altro elementi di innovatività, come appunto la presunzione di illecito arricchimento, ma possedeva, al contempo, l'aggancio con la pericolosità sociale e con le medesime categorie soggettive cui si riferivano anche le misure personali. Quest'ultimo aspetto,

Tuttavia dietro l'apparentemente solida difesa di tale strumento -al netto, anche, di una certa propaganda di favore⁴⁷³- si intravedono ormai crepe profonde che ne segnano l'antica struttura -già messa a dura prova dalle "evoluzioni" degli ultimi decenni- e che appaiono ancora più minacciose laddove di consideri che, appunto con l'estensione della confisca di prevenzione verso una platea sempre più generale si consuma definitivamente lo "scudo" garantito dalla esclusiva riferibilità della misura, in origine, all'orbita criminologica del crimine organizzato, e quindi la prudenza che tanto la Corte costituzionale quanto la Corte EDU hanno sempre dimostrato nell'esaminare la disciplina in questione (e nel riconoscerne natura preventiva), consce, soprattutto, della centralità della confisca di prevenzione nella strategia patrimoniale antimafia.⁴⁷⁴

Allo stesso modo, la sancita indipendenza della confisca dall'attualità della pericolosità sociale, così come la -conseguente- natura ripristinatoria che, da ultimo, sarebbe da attribuire alla misura in discussione⁴⁷⁵, costituiscono passaggi evolutivi

lungi dall'essere innovativo (già allora), è in realtà un tratto antico e, come si spiegherà meglio in seguito, ormai del tutto anacronistico.

⁴⁷³ Parte della dottrina evidenzia, in senso critico, come i risultati della confisca di prevenzione siano spesso sopravvalutati, e che, tuttavia, tali misure costituiscono ancora oggi strumenti "politicamente irrinunciabili". In particolare, cfr. M. CERESA-GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, cit., 2-3.

⁴⁷⁴ La centralità dell'argomentazione del crimine organizzato negli itinerari giustificativi della Corte EDU, ad esempio, è diffusamente colta dalla dottrina, che rileva, anche, come l'esito, oggi, di un nuovo vaglio convenzionale su taluni aspetti (in particolare, la necessità e proporzionalità della misura), alla luce soprattutto dell'estensione generalizzata delle misure anche a fenomeni meno allarmanti del crimine organizzato, potrebbe anche non essere di "scontata" conferma degli orientamenti precedenti; sul punto cfr. F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 186-187; anche v. T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., 360;

⁴⁷⁵ In questo senso il richiamo è a Corte Cost., sent. n. 24/2019, cfr: "*In presenza, insomma, di una ragionevole presunzione che il bene, di cui il soggetto risulti titolare o abbia la materiale disponibilità, sia stato acquistato attraverso una condotta illecita – presunzione a sua volta fondata sul puntuale riscontro, da parte del giudice, dei requisiti dettati dalla normativa in esame –, o a fortiori in presenza di prove dirette di tale origine illecita, il sequestro e la confisca del bene medesimo non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta; bensì, più semplicemente, quello di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all'ordinamento giuridico, o comunque di far sì (eventualmente attraverso la confisca per equivalente) che venga neutralizzato quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non potrebbe godere. In assenza di connotati afflittivi ulteriori, la finalità dell'ablazione patrimoniale ha, in tale ipotesi, carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene. Quest'ultimo potrà, così, essere sottratto al circuito criminale, ed essere invece destinato – quanto meno ove non sia possibile restituirlo a un precedente titolare, che ne fosse stato illegittimamente spogliato – a finalità di pubblico interesse, come quelle istituzionalmente perseguite dall'Agenzia nazionale dei beni confiscati".*

“epocali”, e che “smascherano” definitivamente la precedente, controversa, qualificazione preventiva dello strumento; imponendo, anche in questo caso, di rivedere il giudizio di compatibilità costituzionale (e convenzionale) prima elaborato sulla scorta, appunto, della ritenuta natura preventiva della misura (secondo una concezione storicamente avversata dalla dottrina e che, oggi, sembra “abbandonata” anche dalla recente giurisprudenza costituzionale).

Primo intento di quest’ultimo capitolo è, quindi, quello di mettere in evidenza tutte tali problematiche, così da mostrarne la matrice comune, ancora irrisolta, e che attiene, in particolare, al problematico legame dell’ablazione con il giudizio di pericolosità sociale dell’interessato, anziché con l’accertamento diretto (non necessariamente definito con condanna) delle attività produttive dei profitti illeciti. Si riserverà infine un piccolo spazio, in chiusura di questo lavoro, per alcune proposte di intervento in materia elaborate sulla scorta degli spunti più interessanti ricavabili dall’esame comparato, soprattutto, della “corrispondente” disciplina in vigore nell’ordinamento spagnolo.

2. Il problematico legame con la pericolosità *ante delictum*

La confisca di prevenzione è ancora oggi inscindibilmente legata all’accertamento della pericolosità sociale del soggetto nei confronti del quale è proposta.

Sotto questo aspetto, le riforme del 2008-2009 -che hanno sancito l’indipendenza della confisca dall’attualità della pericolosità sociale- non hanno certo eliminato la necessità di rincondurre il prevenuto in -almeno- una della fattispecie di pericolosità previste dalla legge, che rimane appunto il primo presupposto applicativo della misura, oltre che quello storicamente più originale, debole e controverso.⁴⁷⁶

⁴⁷⁶ Cfr. A. M. MAUGERI, *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, cit., 921. In questo, nella giurisprudenza di Cassazione, cfr. per tutte, Cass, sez. un. 2 febbraio 2015, Spinelli: «La possibilità di applicazione disgiunta della confisca dalla misura di prevenzione personale, così come emerge dalle riforme normative operate dalla legge 24 luglio 2008 n. 125 e dalla legge 15 luglio 2009 n. 94, non ha introdotto nel nostro ordinamento una “actio in rem”, restando presupposto ineludibile di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale la pericolosità del soggetto inciso, in particolare la circostanza che questi fosse tale al momento dell’acquisto del bene».

2.1 I limiti cronici delle fattispecie di pericolosità e del relativo giudizio

L'impiego delle categorie della pericolosità ai fini della confisca di prevenzione espone quest'ultimo strumento, innanzitutto, ad un primo ordine di critiche, comune anche alle misure personali, e che attiene proprio alla dubbia idoneità di tali fattispecie a selezionare elementi obiettivi in grado di supportare, ragionevolmente, la formulazione di una prognosi sui futuri comportamenti illeciti dell'individuo.⁴⁷⁷

In quest'ambito, come visto anche in precedenza, la tecnica di formulazione delle fattispecie è diversificata a seconda che si si riferisca a quelle di pericolosità c.d. "generica" piuttosto che "qualificata", ed in tal senso si sono differenziate anche le principali impostazioni critiche.

Da un lato, le fattispecie di pericolosità qualificata (ad esempio "essere indiziato" di un qualche specifico delitto) sarebbero perlopiù disegnate sulla falsariga delle figure di reato che richiamano, tuttavia richiedendo, appunto, il semplice indizio e non la prova (o quantomeno i gravi indizi) della loro commissione: in questo senso, l'appiattimento sulla medesima tipologia di elementi che -in prospettiva, ove coltivati- potrebbero dimostrare la responsabilità penale potrà -forse- aumentare il grado di "tassatività" della fattispecie, ma non può che acuire la sensazione di trovarsi al cospetto di "surrogati" punitivi meno garantiti⁴⁷⁸, e solamente "mascherati" da misure preventive per usufruire di "regole di ingaggio" più permissive con i diritti individuali (a maggior ragione alla luce della diffusa confutazione della natura preventiva della confisca di prevenzione).⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ Sul punto, sia consentito il rinvio alle principali impostazioni critiche (in particolare quelle di Bricola e Nuvolone) emerse nel dibattito in occasione del convegno di Alghero del 1974 (v. *supra* cap. II, par 4.3). Più recentemente v. M. CERESA-GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, cit., 4-8; Per una ricognizione puntuale dei profili problematici che interessano, attualmente, le fattispecie di pericolosità, sia generiche sia qualificate, anche cfr. F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 33-78; sempre valido, anche in questo argomento, il riferimento a F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, cit., 887-889.

⁴⁷⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, cit., 889-890.

⁴⁷⁹ Ancora, sempre in tema di fattispecie di pericolosità c.d. "qualificata", si è segnalata in dottrina l'eccessiva eterogeneità che contraddistingue quest'ultime, e che in particolare riguarderebbe tanto la gravità dei reati richiamati (alcuni più gravi, altri meno), quanto quella della piattaforma probatoria minima (in alcuni casi l'essere indiziato, in altri l'aver posto in essere, ad esempio, atti preparatori obiettivamente rilevanti, ecc.), quanto l'esigenza sostanziale di intervenire con un simile strumento. Sul punto cfr. F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 67-68.

Da un altro lato, le fattispecie di pericolosità generica non svolgono invece alcun riferimento a specifici delitti, ma sarebbero, per contro, talmente vaghe e imprecise da risultare arbitrarie, irragionevoli e imprevedibili (tema “antico”, ma che, come visto, è nuovamente “risorto” a seguito della pronuncia della Corte EDU De Tommaso e dei suoi seguiti interni). Quest’ultima impostazione critica non pare sorpassata, nella sostanza, nemmeno dalla stessa Corte Costituzionale che, sul punto, ha dichiarato recentemente l’illegittimità della fattispecie generica di cui all’art. 1 lett. a) d.lgs. 159/2011, e “salvato” quella di cui al medesimo articolo, lett. b), in virtù solamente dell’opera “tassativizzante” svolta nel tempo dalla giurisprudenza di legittimità in relazione ai suoi presupposti⁴⁸⁰ (riconoscendo comunque, anche in questo caso, la problematicità del dato legislativo).

A tali problematiche si aggiunga, ancora, la considerazione che il giudizio di pericolosità sociale nella confisca di prevenzione -attesa l’indipendenza dal requisito dell’attualità- non si snoda più nelle sue due tipiche “fasi” (la prima, c.d. “diagnostica” o “constativa”, diretta ad inquadrare il prevenuto in una categoria di pericolosità, la seconda, c.d. “prognostica”, diretta a proiettare la pericolosità nella dimensione del rischio futuro della commissione di reati) ma ne esce “compresso” al solo inquadramento storico del prevenuto in una fattispecie soggettiva. In questo senso, si tratta di un accertamento meramente “statico”, o addirittura “esaurito”, della pericolosità che invece, per definizione, costituisce una condizione dinamica e potenziale (ma che potrebbe, anche, non essersi mai concretizzata in alcun illecito).⁴⁸¹

2.2 L’uso “improprio” della pericolosità sociale nella confisca di prevenzione

L’accertamento della pericolosità sociale *ante delictum* è dunque, come visto ampiamente anche nei precedenti capitoli, operazione tendenzialmente tormentata e che, storicamente, non ha mai persuaso molto la dottrina.

⁴⁸⁰ Sempre cfr. Corte Cost. sent. n. 24/2019; sul tema, anche cfr. F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 42 ss.

⁴⁸¹ Per un interessante approfondimento sulla struttura delle fattispecie soggettive e dell’accertamento della pericolosità sociale nelle misure di prevenzione patrimoniali, comparato con quello che contraddistingue tali profili nelle misure di sicurezza, cfr. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, Cedam, 2001, Padova, 59-132; circa la riduzione dell’accertamento della pericolosità alla sola fase di inquadramento storico del prevenuto anche cfr. F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 152-154.

Nella confisca di prevenzione, non richiedere (più) che la pericolosità sociale sia attuale non significa, affatto, rinunciare all'impiego di tale categoria, ma semmai finalizzare l'accertamento sulla sua sussistenza ad un uso evidentemente "diverso" da quello preventivo.⁴⁸²

Nelle misure di prevenzione personali la pericolosità deve, infatti, essere necessariamente attuale, in quanto solo quest'ultima connotazione permette di giustificare le limitazioni alla libertà di circolazione in funzione "preventiva" (della commissione di futuri illeciti), anziché "punitiva" (di un fatto pregresso).

Se, tuttavia, tale requisito non è più richiesto per l'applicazione della confisca di prevenzione, potrebbe allora ragionevolmente argomentarsi che l'accertamento della pericolosità sociale -comunque ancora necessario- non sia più, in questo caso, funzionale a delineare il rischio della futura commissione di illeciti⁴⁸³, ma piuttosto a "ricostruire" storicamente un arco temporale nel quale, proprio in ragione di tale condizione, è possibile ritenere (sulla base di "sufficienti indizi" o della sproporzione ingiustificata) che il prevenuto abbia realizzato proventi attraverso la commissione di attività illecite, o che i suoi beni ne costituiscano il reimpiego.

In altri termini, l'accertamento della pericolosità sociale muterebbe, in quest'ottica, la sua funzione naturale: da "preventiva" di illeciti futuri ad "accertativa" di attività illegali passate. In questo senso, peraltro, tale mutazione sembra coerente con il recente riconoscimento alla confisca in discussione di una natura, appunto, non più preventiva bensì ripristinatoria e, dunque, con chiarezza orientata al passato.⁴⁸⁴

⁴⁸² In argomento si segnalano le interessanti osservazioni sull'uso strumentale della confisca di prevenzione (quale "sanzione" del possesso ingiustificato di valori), svolte in cfr. A. M. MAUGERI, *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, cit., 921-954.

⁴⁸³ In questo senso si è osservato, ben prima che intervenisse la novella del 2008-2009 che ha reso indipendenti le misure patrimoniali dall'accertamento dell'attualità della pericolosità sociale, che "le c.d. fattispecie soggettive di pericolosità, prese in considerazione dalle misure di prevenzione, evocano ma non traducono l'idea della prognosi rivolta alla futura (ed eventuale) carriera criminale del soggetto. L'evoluzione storica della misura ha plasmato la fisionomia della pericolosità sociale in termini radicalmente diversi da quelli che le sono propri sul piano concettuale. Sia la struttura normativa, sia la proiezione finalistica (giudizio/sanzione) della misura di prevenzione sembrano non avere più elementi in comune con le valutazioni prognostiche. Queste misure non si muovono su un terreno squisitamente preventivo-prognostico, bensì su uno repressivo-diagnostico". Cfr. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, cit., 74.

⁴⁸⁴ Sul punto, con impostazione ancora oggi attuale e condivisibile, si è osservato che "L'attuale volto della misura di prevenzione non esprime alcunché di seriamente prognostico -né forse vi è mai riuscita- essendo strutturata solo su fatti storici già avvenuti: sul piano soggettivo, la categoria è costruita facendo ricorso a fatti illeciti-presupposti ma solo sospettati, ai quali peraltro è attribuito il compito

Il richiamo alla “prevenzione” rimarrebbe, dunque, esclusivamente nel nome della misura, perché, nella sostanza, non vi sarebbe più alcuna finalità preventiva - esclusiva, o comunque prevalente- a giustificarlo.⁴⁸⁵

Tale considerazione, pertanto, porta ad interrogarsi sulla disfunzionalità di utilizzare, oggi, le -compromettenti- categorie della pericolosità sociale⁴⁸⁶ per compiere un’operazione che con il pericolo e la prevenzione nulla ha da spartire, e che mira, diversamente, a ricostruire (ed imputare) il risultato economico di attività illecite, secondo uno schema molto più affine all’esame della responsabilità che della propensione a delinquere.⁴⁸⁷

L’eccentricità di una simile scelta è evidente, ancora, laddove si osservi come in molti altri ordinamenti esistono forme di confisca che possono prescindere dal procedimento penale, o dalla definitiva condanna del responsabile, ma che solo nella confisca di prevenzione il presupposto fondante è la pericolosità sociale: in Spagna è richiesta, ad esempio, la dimostrazione di una situazione patrimoniale illecita⁴⁸⁸; in Irlanda e Inghilterra l’accertamento è condotto esclusivamente sull’origine delittuosa dei beni, e non sulla condizione di pericolosità dell’interessato⁴⁸⁹; in Germania, pure, con riferimento alla “innovativa” confisca di cui al § 76 StBG, rileva l’origine delittuosa dei beni sequestrati e non la pericolosità del titolare (o di chiunque ne abbia la disponibilità).⁴⁹⁰

È proprio, allora, il riferimento all’accertamento della pericolosità sociale, quale condizione per ritenere (e delimitare) la produzione di proventi illeciti, che rende

*semantico di antropomorfizzare il tipo-pericoloso; sul piano oggettivo, il sequestro e la confisca presuppongono strutturalmente il sospetto dell’origine illecita dei beni appresi, id est il sospetto di un reato-matrice che li abbia prodotti?” cfr. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, cit., 75-76.*

⁴⁸⁵ Di questo avviso, cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell’ordinamento italiano*, cit., 917.

⁴⁸⁶ Per alcune interessanti considerazioni sui limiti della struttura epistemica del giudizio di pericolosità sociale v. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, cit., 91-100; sempre in senso critico, anche v. A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, cit., 7-12; ancora v. M. CERESA-GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l’incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, cit., 5-6.

⁴⁸⁷ Ancora, sul punto, cfr. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, cit., 74.

⁴⁸⁸ Il riferimento è alla disposizione di cui all’art. 127-ter del codice penale spagnolo (v. *supra*, cap. III par. 6.4.3) in tema di *decomiso sin sentencia condenatoria*.

⁴⁸⁹ Seguono questa impostazione sia i procedimenti di *civil recovery* e *cash seizure* britannici, sia quello di *civil forfeiture* irlandese (v. *supra*, cap. III, par. 5.2).

⁴⁹⁰ In tema sempre v. *supra* cap. III par. 5.2.

“unica” la confisca di prevenzione, e non tanto l’impiego di un diverso onere di allegazione, piuttosto che la sua esecuzione per equivalente, o presso terzi.⁴⁹¹

In questo senso, forme di confisca che poggiano sull’inversione dell’onere probatorio, che prevedono l’esecuzione per equivalente, che utilizzano uno standard civilistico rinforzato, sono diffuse in molti ordinamenti e addirittura sollecitate da convenzioni internazionali e provvedimenti normativi dell’Unione: per quanto possano porre, come si è visto, problemi con il rispetto della presunzione di innocenza, o con i principii di ragionevolezza e proporzione, si tratta comunque di aspetti “strutturali” comuni di questi strumenti, e che sono ormai giustificati a livello interno e sovranazionale, in base ad argomentazioni che poggiano su una piattaforma di ragionamento, convergente, di natura “transnazionale”.⁴⁹² Tutte le misure che si sono brevemente esaminate nella parte comparata possiedono infatti, in tutto o in parte, quest’ultime caratteristiche (inversione dell’onere probatorio, uso di presunzioni, esecuzione in forma allargata e/o per equivalente) che -diversamente dal riferimento alla pericolosità sociale- possono appunto qualificarsi come “tratti” comuni del *genus* ripristinatorio riconosciuto tanto nell’ordinamento tedesco, quanto in quello spagnolo, quanto, ancora più di recente, nell’ultima giurisprudenza della nostra Corte costituzionale.⁴⁹³

Riassumendo, pare quindi evidente che sia proprio il perdurante legame con la pericolosità sociale la principale e più originale “debolezza” della confisca di prevenzione: non solo tale legame era, infatti, già storicamente problematico laddove lo si cercasse ai fini, per così dire “naturali”, dell’applicazione di una misura preventiva, ma lo diventa a maggior ragione, oggi, laddove è impiegato in un sindacato “snaturato” che non ha di mira la prevenzione di crimini futuri, ma la ricostruzione di

⁴⁹¹ Cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell’ordinamento italiano*, cit., 890-892.

⁴⁹² Cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell’ordinamento italiano*, cit., 889-890. Sul punto è peraltro interessante osservare come, tra tutte le convenzioni internazionali e negli atti normativi dell’UE prima esaminati in materia di confisca dei proventi da reato, i riferimenti all’inversione dell’onere probatorio, o alla possibilità di “proseguire” un procedimento penale ai soli fini della confisca, o di prescindervi del tutto sulla base di un accertamento autonomo dell’origine delittuosa dei beni, siano assolutamente numerosi e diffusi. Lo stesso non può dirsi con riferimento alla pericolosità sociale, così per come intesa nelle misure di prevenzione italiane.

⁴⁹³ Sul punto cfr. A. M. MAUGERI-P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria* (C.COST 24/2019), cit., 53-54;

fatti illeciti passati (per “ripristinare” le conseguenze economiche in capo all’autore); una prova di siffatta problematicità è, secondo chi scrive, ricavabile anche dal fatto che un simile modello non è stato, sotto questo aspetto, imitato ne ripreso in altre legislazioni tra quelle che si sono in precedenza esaminate.⁴⁹⁴

3. La natura ripristinatoria della confisca di prevenzione

Soprattutto recentemente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, anche in Italia si sta affermando la tendenza ad assegnare alla confisca di prevenzione, così come alla confisca allargata ex art. 240-*bis* c.p., una natura c.d. “ripristinatoria” della situazione patrimoniale che l’interessato avrebbe avuto laddove non fossero confluiti nella sua disponibilità beni ottenuti tramite attività illecite, o che di queste ne costituiscono il reimpiego.⁴⁹⁵

Viene spesso valorizzato, infatti, come lo scopo -anche- della confisca di prevenzione non sia quello di punire il soggetto per specifiche condotte di reato, ma appunto quello, diverso, di neutralizzarne i vantaggi illeciti che ne sono derivati, ed in

⁴⁹⁴ In particolare, ciò non è avvenuto nemmeno nell’ordinamento spagnolo, dove pur esisteva una affinità di base tra il sistema preventivo delineato dalla *ley de vagos y maleantes* (e poi mantenuto con *ley sobre peligrosidad y rehabilitación social*) -fondato anch’esso sulla riconducibilità dei destinatari in specifiche categorie di pericolosità- e il sistema di prevenzione personale italiano: tuttavia, nel sistema spagnolo, non verrà effettuato nessun investimento “preventivo” in ottica di contrasto patrimoniale delle ricchezze di sospetta origine illecita, preferendo intraprendere, con le riforme susseguite dal 1995, la via della fondazione di una nuova tipologia di conseguenza accessoria del reato, in grado di adattarsi alle nuove esigenze (e *ratio*) dell’intervento patrimoniale moderno sui proventi da reato (v. *supra* cap. III, par. 6) e nell’ambito della quale nessun rilievo è più attribuito alla pericolosità sociale. Anche in sede sovranazionale, così come nel diritto dell’unione europea, la confisca di prevenzione è pur vero che talvolta è presa a modello, o a termine di comparazione “virtuoso”, ma pressoché sempre con riferimento ai profili dell’inversione probatoria che comporta, e non certo per la “innovatività” del riferimento alla pericolosità sociale.

⁴⁹⁵ Per quanto riguarda la giurisprudenza, il richiamo è alle già citate sentenze della Corte Cost. n. 24/2019, per quanto riguarda la confisca di prevenzione, e n. 33/2018 in tema di confisca allargata. Quanto ai riferimenti in dottrina, tra i più recenti, per un’impostazione in questo senso v. T. TRINCHERA *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., 392-395; in senso critico v. A. M. MAUGERI-P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C.COST 24/2019)*, cit., 57-64. A sostegno della natura civile, cui è comunque riconnessa finalità ripristinatoria dell’illecita accumulazione di proventi illeciti, cfr. S. FINOCCHIARO, *La confisca “civile” dei proventi da reato*, cit. 438 ss.; in quest’ultimo senso anche cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell’ordinamento italiano*, cit., 892 ss.

relazione ai quali, stante l'origine delittuosa, non può essere vantato alcun titolo di proprietà legittimo.⁴⁹⁶

In proposito, si è osservato in dottrina come il risultato economico della confisca di prevenzione (e, più in generale, delle confische dei beni di sospetta origine illecita) sia quello di riportare il reato per c.d. “*a somma zero*”, e dunque ad una situazione di neutralità economica rispetto alla sua commissione (le cui conseguenze sono, così, “riequilibrata”).⁴⁹⁷ Perché una misura sia collocabile in una prospettiva sanzionatoria, diversamente, è necessario che il risultato economico complessivo risulti “negativo” per il soggetto inciso, lasciandolo dunque in una situazione peggiore e impoverita rispetto a quella di partenza⁴⁹⁸: proprio e solo in quel “saldo negativo” potrebbe rinvenirsi un connotato non meramente “ripristinatore” della confisca.

È in questo solco, peraltro, che si inserisce anche il condivisibile ragionamento circa l'opportunità, per salvaguardare la natura ripristinatoria di tali strumenti, di limitare l'ablazione al solo profitto netto derivato dall'illecito (rispetto al quale potranno essere deducibili eventuali costi leciti sostenuti per ottenerlo e/o reimpiegarlo) e non a qualsivoglia vantaggio patrimoniale che ne sia derivato.⁴⁹⁹

Anche sul versante convenzionale pervengono, da tempo, indicazioni rassicuranti sul futuro di tale impostazione “ripristinatore”, che costituisce infatti l'opzione più spesso ripresa dalla Corte EDU per inquadrare l'essenza delle confische allargate e/o senza condanna (anziché ricondurle alla materia penale).⁵⁰⁰ A ben vedere,

⁴⁹⁶ Fanno riferimento alla dimensione della sterilizzazione dell'ingiustificato arricchimento tanto Corte Cost. n. 24/2019, quanto le più recenti elaborazioni in dottrina. Per quest'ultime, cfr. S. FINOCCHIARO, *La confisca “civile” dei proventi da reato*, cit. 438-442; anche v. T. TRINCHERA *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., 390 ss.; sempre in questo senso anche cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, cit., 904-906.

⁴⁹⁷ Cfr. T. TRINCHERA *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., 382-383.

⁴⁹⁸ Ancora cfr. T. TRINCHERA *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., 382-383.

⁴⁹⁹ Favorevole alla delimitazione della confisca al solo profitto netto, inteso quindi come grandezza residuale, derivante dal confronto di componenti attive e passive di reddito, cfr. T. TRINCHERA *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., 397-399; nello stesso senso, anche v. S. FINOCCHIARO, *La confisca “civile” dei proventi da reato*, cit. 447 e ss.

⁵⁰⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, cit., 905-908, dove l'autore richiama, da ultimo, la pronuncia C. Edu, 12 maggio 2015, *Gogitidze c. Georgia*; in tema, anche v. A. M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla*

solo per la confisca di prevenzione i giudici di Strasburgo si sono spinti sino a riconoscerne la natura “preventiva”: soprattutto, crede chi scrive, per salvarne il presupposto applicativo più controverso -quello della pericolosità sociale- che perderebbe valore ove non collocato, appunto, in una “dimensione preventiva” (v. *supra* par. 2.2).

La Corte Costituzionale, nella sua ultima pronuncia,⁵⁰¹ indicando per il prossimo futuro la collocazione della confisca di prevenzione nell’alveo delle misure ripristinatorie, sembra, in questa direzione, anticipare la prevedibile “torsione” cui sarà chiamata probabilmente anche la Corte EDU nella propria giurisprudenza, laddove emergerà anche in tale sede giurisdizionale, che, da un lato, non sussiste più il riferimento criminologico originario a giustificare il particolare assetto preventivo (e la correlata valutazione di proporzionalità) della confisca di prevenzione, e che, dall’altro lato, nel momento in cui tale strumento si “libera” del riferimento al requisito dell’attualità della pericolosità, perde, logicamente, anche ogni prevalente finalità preventiva.⁵⁰²

Ancora, sempre nel senso di favorire il nuovo inquadramento della confisca di prevenzione tra le misure ripristinatorie in materia di accumulazioni illecite, ha ripreso piede la comparazione, ed anzi l’assimilazione, tra questo strumento e la confisca allargata, considerate in quest’ottica due *species* di un unico *genus* (quello delle “confische di sospetta origine illecita”, aventi natura e funzione ripristinatoria).⁵⁰³

Ebbene, non può negarsi come tale innovativa categoria, per come visto ancora in via di definizione nel nostro ordinamento, possieda un certo *appeal*, che peraltro è

natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture, in *riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2015, 942-974.

⁵⁰¹ Il riferimento è sempre alla già citata sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019.

⁵⁰² Indizi in questo senso sono colti dalla dottrina soprattutto nella sentenza C. Edu *Gogitidze c. Georgia*, resa nel 2015; sul punto v. F. BASILE *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 186-188; anche v. T. TRINCHERA *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., 342-345.

⁵⁰³ Per un *excursus* della più rilevante giurisprudenza costituzionale sul punto cfr. A. M. MAUGERI-P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C.COST 24/2019)*, cit., 50-57; da ultimo, v. C. Cost. 24/2019; accomuna le due confische in questione nella più ampia categoria delle confische aventi di mira i beni di sospetta origine illecita anche cfr. T. TRINCHERA *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., 427-430; sempre in tema v. F. MENDITTO, *Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali. Gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale 27 febbraio 2019 n. 24*, in *giur. pen.*, 2019, 10 (web), 44-46.

confortato dalle elaborazioni della giurisprudenza convenzionale, oltre che dal suo riconoscimento, pur con alcune differenze, anche nelle altre legislazioni più rilevanti dell'Unione Europea.

Innanzitutto, la natura c.d. “rispristinatoria” di tali forme di confisca consente di sottrarre la disputa sul loro inquadramento alla -tradizionalmente angusta- contrapposizione tra pena e misura di sicurezza, creando appunto un *tertium genus* che sembra meglio ricomprendere l'attuale conformazione di questi strumenti nella prassi.⁵⁰⁴ In questo senso, deve invero evidenziarsi una certa comodità di un simile *restyling*: si propone infatti una nuova categoria *ad hoc*, plasmata sulla “fotografia” della attuale conformazione e funzione delle misure; dove ciò che prima cositutiva “eccezione” -tendenzialmente problematica- rispetto alla natura di pena o di misura di sicurezza diviene, invece, “tratto caratteristico” e identitario del nuovo *genus*. Non solo, oltre alla “comodità” di tale opzione sul piano classificatorio, è evidente anche la “convenienza” strategica di aderire ad una simile impostazione: consente infatti di mantenere siffatte forme di confisca lontane dalla materia penale (e dalle sue garanzie), senza tuttavia doversi cimentare con l'arduo compito di ricercargli una qualche natura preventiva (che non hanno mai avuto, o hanno comunque perso da tempo), e così permette di garantire, almeno sulla carta, una piena continuità con il regime sostanziale e processuale sinora riconosciuto a tali misure dalla giurisprudenza.

4. Alcune implicazioni della nuova natura ripristinatoria

L'ascrizione della confisca di prevenzione in questa nuova categoria di misure ripristinatorie (dell'illecito arricchimento), per quanto plausibile e convincente in astratto, deve confrontarsi, in concreto, con l'effetto che un simile riconoscimento è in

⁵⁰⁴ In questo senso, infatti, entrambe le misure, nonostante le formali etichette di misura di prevenzione e misura di sicurezza patrimoniale, hanno sempre dimostrato tensioni con alcuni elementi strutturali di tali categorie, registrando nella giurisprudenza un'ampia gamma di definizioni connotate da una certa “atipicità”, e che cercavano ora di ricomprenderne le anomalie costituite dalla rilevante portata dissuasiva, dall'indipendenza dall'attualità della pericolosità, dall'irrelevanza dei redditi da attività lecita -ma non dichiarati al fisco- nell'ottica di giustificare la lecita provenienza dei beni. Quanto al regime sostanziale di questi strumenti, al di là delle difficoltà sul piano classificatorio, la giurisprudenza le ha compattamente ascritte al *genus* preventivo sino in tempi recenti, riconnettendovi dunque la possibilità di applicazione retroattiva, e la ragionevolezza dei meccanismi presuntivi che le contraddistinguono. Sul punto è opportuno il rinvio alla storica sentenza SS.UU. Spinelli del 2014 già esaminata in precedenza (v. *supra* cap. II, par. 9.2 per ulteriori riferimenti).

grado di produrre sul delicato equilibrio “strutturale” e sull’impianto “giustificativo” precedente di questo strumento.

Ed invero, a meno di non voler semplicemente attribuire, in questo modo, una nuova e più comoda “etichetta”, solamente formale, il passaggio da una logica preventiva ad una ripristinatoria non può avvenire inatti senza pesanti contraccolpi su quelle che, per molto tempo, sono state le “menzogne vitali”⁵⁰⁵ spese per garantire copertura costiuzionale e convenzionale alla misura in discussione.

4.1 Il tramonto della natura preventiva

In primo luogo, a livello generale, un’operazione di ripristino (o di “riequilibrio”) sembra postulare necessariamente l’accertamento, rivolto al passato, tanto della “situazione di partenza”, quanto dell’evento che l’ha perturbata: da un lato, se non vi è una pertrubazione non vi sarebbe, allora, necessità di ripristinare alcunché; da un altro lato, le conseguenze della perturbazione sono anch’esse rilevanti in quanto stabiliscono la misura (e la qualità) del successivo intervento di ripristino.

Traslando tale schema in materia di accumulazioni illecite possono trarsi le seguenti implicazioni: per stabilire la necessità, e la misura, dell’ablazione funzionale a ripristinare la situazione patrimoniale dell’interessato, più che accertare la sua pericolosità sociale appare necessario, semmai, ricostruire direttamente l’elemento perturbatore (le attività illecite) e le sue conseguenze (i proventi).

Non può dubitarsi, infatti, che proprio la ricostruzione -pur incidentale- delle attività illecite passate⁵⁰⁶ sia il principale cardine di queste forme di confisca “ripristinatorie”: in questo senso, infatti, tale operazione assume valore sia al fine di ritenere la necessità di applicare la confisca (ove non si trattasse di attività illecite in grado di generare profitti non vi sarebbe infatti alcunché da ripristinare), sia al fine di

⁵⁰⁵ L’espressione in questione è tratta provocatoriamente dal pensiero di F. Nietzsche, che nelle sue opere (in particolare v. *La gaia scienza*, 1882, ed. it. trad. Einaudi, 2015) la riferiva in particolare, a quelle credenze, di carattere metafisico, religioso o morale, elaborate nel corso dei millenni, e cui ci si aggrappa come “certezze” indubitabili proprio per dare un “senso” e un ordine rassicurante alla vita.

⁵⁰⁶ Anche se, nel gergo della prevenzione, questa sostanziale operazione di ricostruzione di attività delittuose passate è “mascherata” dietro la dimostrazione del “pericolo” della loro commissione, rimane evidente che la disciplina pone in realtà al centro della sua attenzione soggetti che si sospetta abbiano già realizzato condotte illecite (e senza alcun fine di prevenirne di “ulteriori”). Sul punto, cfr. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, cit., 71-72.

conferire ragionevolezza ai meccanismi presuntivi (o comunque agevolati) in tema di determinazione dei beni di provenienza illecita nella disponibilità dell'interessato.

Allo stesso tempo, esce di scena, come visto, ogni pretesa di prevenzione "pura": gli elementi sui quali si basa l'inquadramento del proposto in una fattispecie di pericolosità (tipo di attività illecita sospettata, lasso temporale di riferimento, ecc..) servono infatti a ricostruire (o a consentire di presumere, a determinate condizioni) l'origine illecita dei proventi, e non a formulare una qualche prognosi sul rischio che l'autore commetta un reato.⁵⁰⁷

Sul punto, è pur vero che la retorica de "*il crimine non paga*" esce senz'altro rafforzata dalla previsione dell'utilizzo di questi strumenti in alternativa al circuito penale in senso stretto (o a suo complemento); tuttavia, questo maggiore effetto deterrente che ne deriverebbe non pare sufficiente, di per sé solo, ad imprimere alla misura una natura autenticamente -o anche solo prevalentemente- preventiva, risultando, anzi, un elemento piuttosto neutro in questa prospettiva (anche la sanzione penale, ad esempio, esplica un effetto deterrente).

La natura preventiva, infine, non può essere "recuperata" nemmeno facendo leva sull'argomentazione che, attraverso l'ablazione dei profitti di sospetta origine illecita, si impedirebbe la commissione di illeciti da parte di chi ne dispone.

Una simile lettura era forse consentita in origine, laddove la confisca era "esclusivamente" antimafia e aveva di mira, quindi, un contesto criminologico in cui il presupposto di base (gli indizi di appartenenza ad un'associazione mafiosa), consentivano più plausibilmente di ritenere i beni sproporzionati del prevenuto come nella disponibilità, in realtà, dell'organizzazione stessa, e quindi perennemente esposti alla sua capacità di utilizzo o reimpiego per le proprie esigenze criminose. Oggi, alla luce dell'estensione a perdita d'occhio del campo di operatività delle misure patrimoniali, non pare tuttavia potersi sostenere che una simile impostazione -ove mai si potesse ritenere valida in origine- conservi ancora la medesima pregnanza, specie laddove ci si riferisca a fatti che, per quanto comunque produttivi di proventi illeciti, risultano estranei all'orbita del crimine organizzato. Peraltro deve evidenziarsi come,

⁵⁰⁷ Cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, cit., 895-896.

tanto nel dato positivo quanto nella prassi, nemmeno è richiesta una prognosi di questo tipo⁵⁰⁸ per l'adozione del provvedimento di confisca, che infatti raramente "indugia" sul rischio dell'uso delittuoso, o comunque illegale, dei beni da confiscare laddove rimangano nella disponibilità dell'interessato, accontentandosi, pressoché sempre, di accertarne la sola provenienza illecita (*a fortiori* dopo lo sganciamento dall'onere di verificare l'attualità della pericolosità sociale del destinatario).

Non pare destinata a maggior fortuna, nemmeno, l'argomentazione per la quale la confisca di prevenzione svolgerebbe una funzione preventiva in quanto impeditiva delle alterazioni delle dinamiche concorrenziali, e comunque degli effetti distorsivi che deriverebbero dall'immissione delle ricchezze di sospetta origine illecita nel mercato⁵⁰⁹: se da un lato, infatti, si tratta di una correlazione talmente generica e sfumata da essere di difficile verifica nel caso concreto, da un altro lato, anche in questo caso, la richiesta di una simile prognosi -nonostante la recente retorica sulla prevenzione della criminalità da profitto- risulta completamente assente sia nel dato normativo sia nella prassi applicativa dello strumento.⁵¹⁰

4.2 Il rapporto tra requisito soggettivo e sproporzione ingiustificata

Una caratteristica che accomuna la confisca di prevenzione e la confisca allargata ex art. 240-*bis* c.p. è l'impiego della presunzione di illecito arricchimento, ossia quel meccanismo per cui, a fronte dell'integrazione del presupposto soggettivo (la condanna, nella confisca allargata; l'inquadramento in una fattispecie di pericolosità, per la confisca di prevenzione) è possibile ritenere di origine delittuosa

⁵⁰⁸ Ancora cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, cit., 896.

⁵⁰⁹ In questo senso la più volte citata Cass. pen., sez. un., 2 febbraio 2015, Spinelli; per una critica a tale impostazione vedi, anche in questo caso, F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, cit., 893-894. Ancora, in senso critico, cfr. A. MANNA *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 195-197.

⁵¹⁰ Ancora cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, cit., 896, dove osserva "Insomma: la prevenzione di futuri reati e/o di distorsioni dell'economia lecita e della libera concorrenza potranno pure costituire le rationes più significative della nostra confisca, nata e pensata come strumento di contrasto alla grande criminalità mafiosa dopo gli attentati dei primi anni ottanta; ma non si riflettono nei requisiti normativi cui, oggi, è subordinata l'applicazione della confisca medesima, i quali non fanno alcun riferimento alla necessità di neutralizzare situazioni di pericolo attuali, e di prevenire così la commissione di futuri reati".

tutti quei beni, sproporzionati al reddito lecito o all'attività economica svolta, di cui il prevenuto disponga e dei quali non riesca a giustificare la lecita provenienza.

L'impiego della sproporzione dei beni (corroborata dalla mancanza di una giustificazione lecita da parte del prevenuto) costituisce sicuramente una strada molto più comoda per l'accusa rispetto a quella di accertare direttamente la provenienza illecita, in tutto o in parte, del patrimonio dell'interessato e che, invece, implicherebbe la ricostruzione incidentale di tutti i fatti-matrice (illeciti) che hanno concorso a generarlo. Che ciò costituisca un'eccezione (ed un indebolimento notevole) dell'ordinario metodo di accertamento della derivazione illecita del profitto non pare potersi dubitare, e quindi il punto focale della questione diventa, soprattutto, la ragionevolezza di siffatta impostazione "derogatoria", o "speciale", in rapporto al contesto in cui è prevista ed agli elementi strutturali che la sorreggono.

In quest'ottica, la tendenziale confutazione della natura preventiva della confisca di prevenzione innesca un ulteriore "contraccolpo".

Ed infatti, la sproporzione del proprio patrimonio, di per sé considerata, è un elemento neutro che non assume alcun rilievo in materia penale, e nemmeno tale rilevanza si può ricavare dal fatto che il titolare non sia in grado di giustificare la lecita provenienza dei beni che lo compongono.

Se questi due elementi (sproporzione e mancata giustificazione) assumono una "combinata" rilevanza nella confisca di prevenzione -e nella confisca allargata- è proprio grazie all'esistenza di un presupposto soggettivo che permette, appunto, di "riconnettere" alla sproporzione, ove non giustificata, una portata indiziante ragionevole e sufficiente a fondare la confisca.

Indicazioni in questo senso sono ricavabili, soprattutto, dalla giurisprudenza costituzionale in tema di possesso ingiustificato di valori⁵¹¹, che appunto mette al centro dell'attenzione la tendenziale neutralità della sproporzione, e la sua inidoneità

⁵¹¹ In quest'ambito il riferimento è innanzitutto alle pronunce: (1) Corte Cost. n. 110/1968, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 708 c.p. laddove fa riferimento alle condizioni di mendicizia, di ammonito, di sottoposto a misure di sicurezza personale e a cauzione di buona condotta; (2) Corte Cost. n. 370/1996, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità del sopravvissuto articolo 708 c.p., per sostanziale anacronismo e irragionevolezza rispetto al tessuto moderno delle figure di reato in tema di repressione dell'arricchimento illecito personale; (3) Corte Cost. n. 48/1994, già citata, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 12-*quinquies*, c. 2, l. 306/1992, per violazione del principio di non colpevolezza.

ad essere valorizzata, in una prospettiva sanzionatoria, ove accompagnata da presupposti soggettivi labili, incentrati su elementi transitori (o che fanno riferimento a meri “status” e condizioni “personali” del destinatario) e che, oltre ad integrare sovente delle scelte irragionevoli sul piano della politica criminale⁵¹², si porrebbero, soprattutto, in contrasto con la presunzione di non colpevolezza⁵¹³ ed i principi di uguaglianza e ragionevolezza.⁵¹⁴

In particolare, la Corte costituzionale così interveniva nel 1994 con riferimento alla dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 12-*quinquies* l. 306/92: “*Se, infatti, può ritenersi non in contrasto con i principi costituzionali una norma che, al limitato fine di attivare misure di tipo preventivo, desume dalla qualità di indiziato per taluni reati il sospetto che la sproporzione tra i beni posseduti e reddito dichiarato possa esser frutto di illecita attività, altrettanto non può dirsi ove l’analoga situazione venga ricondotta all’interno di una fattispecie incriminatrice, giacché la legittimità di una simile fattispecie rinverrebbe un insormontabile ostacolo proprio nel principio di presunzione di non colpevolezza*”.⁵¹⁵ Sempre secondo la Corte, elementi come l’essere indiziato, indagato o imputato per un delitto, proprio in quanto condizioni instabili e transitorie, non costituiscono un presupposto soggettivo adeguato per conferire rilevanza alla sproporzione in chiave sanzionatoria, che finisce, anzi, per rendere “*punibile un dato di fatto -la sproporzione non giustificata tra beni e reddito- che altrimenti non sarebbe perseguito, cosicché la persona indiziata o imputata, ancorché presunta non colpevole, è, per ciò solo, assoggettata a pena, in ordine ad una condotta che, ove posta in essere da un qualsiasi altro soggetto, viene ad essere normativamente riguardata in termini di totale indifferenza*”.⁵¹⁶

⁵¹² In questo senso, con riferimento alla contravvenzione di cui all’art. 708 c.p., cfr. Corte Cost. n. 370/1996.

⁵¹³ Violazione, quella dell’art. 27 Cost., posta infatti a fondamento della ritenuta incostituzionalità del delitto di cui all’art. 12 *quinquies*, c. 2, l. 306/92 e succ. modd., nella sentenza Corte Cost. n. 48/1994.

⁵¹⁴ Quest’ultima impostazione è quella prescelta originariamente da Corte Cost. n. 110/1968 nella sua prima pronuncia sugli artt. 707 e 708 c.p. (poi richiamata anche da Corte Cost. 370/96).

⁵¹⁵ Cfr. C. Cost. n. 49 del 1994.

⁵¹⁶ Ancora cfr. C. Cost. n. 49 del 1994, dove altresì si afferma che “*la provvisorietà e la stessa causalità insita nello status di chi è sottoposto a indagini o al processo, fa sì che persone le quali versino nella medesima situazione, vale a dire dispongano di beni non proporzionati al reddito, subiscano un trattamento differenziato a seconda che, nei loro confronti, sia stato o meno iniziato un procedimento penale: basta quindi una semplice notizia criminis, ancorché infondata e tale da condurre ad unoscontato esito di archiviazione, a determinare l’insorgenza della qualità che rende punibile la condotta, con conseguenze discriminatorie di intuitiva evidenza, al fondo delle quali sta l’arbitrarietà*”.

Ebbene in quest'ottica, come già segnalato (cfr. *supra*, cap. II, par. 7.2), un presupposto soggettivo diverso dalla condanna (e dunque l'essere indagati, imputati, o proposti per l'applicazione di misure preventive personali) sarebbe secondo la Corte solamente ammissibile “*al limitato fine di attivare misure di tipo preventivo*”.

Ecco, dunque, servito un secondo pesante contraccolpo derivante dalla ritenuta natura ripristinatoria della confisca di prevenzione: se non è più misura preventiva, non potrà allora più giustificarsi il ricorso ad un presupposto soggettivo “debole”, come quello costituito dalla pendenza di indagini penali o di procedimenti di prevenzione personale (o addirittura dalla autonoma ricostruzione di attività illecite risalenti che nemmeno hanno dato avvio ad un procedimento penale), al fine di conferire ragionevolezza (e valore dimostrativo) alla sproporzione ingiustificata.

È pur vero, sul punto, che la confisca di prevenzione può porre alla base dell'inquadramento dell'interessato in una fattispecie di pericolosità anche sentenze di condanna irrevocabili, ma è altrettanto pacifico che il dato normativo consenta -come peraltro avviene nella maggior parte dei casi- di limitarsi ad elementi ben meno pregnanti⁵¹⁷, come appunto la “mera” pendenza attuale o passata di procedimenti penali (anche nel caso in cui si siano conclusi con assoluzione, o estinzione del reato), le frequentazioni, lo stile e il “programma di vita” del prevenuto.⁵¹⁸

In conclusione, sul punto, è possibile evidenziare come la nuova natura ripristinatoria, riconosciuta sia alla confisca di prevenzione sia alla confisca allargata,

assimilazione di condizioni (quella di condannato e di imputato) che il costituente ha invece inteso nettamente separare”.

⁵¹⁷ In questo senso cfr. A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, cit., 3. Sempre in tema, si è osservato che “Nel mondo della confisca di prevenzione italiana, invece, l'avvio di un procedimento penale nei confronti del titolare del bene non è in alcun modo un presupposto della misura. In concreto, certo, è ben possibile che contro il soggetto proposto si stiano svolgendo anche indagini o un processo penale; ma la circostanza è un mero accidens nell'economia del procedimento che conduce alla confisca: il quale si svolgerà lungo binari paralleli a quelli dell'indagine penale, coinvolgerà giudici diversi da quelli che potranno essere eventualmente essere chiamati a giudicare della sua responsabilità penale, e sarà alla fine insensibile alle sorti di quello stesso eventuale processo penale, ben potendo la confisca di prevenzione essere disposta anche in caso di assoluzione dalle accuse penali eventualmente formulate nei confronti del titolare dei beni” cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, cit., 891.

⁵¹⁸ Sul punto, è segnalato da più voci in dottrina come la tematica della tassatività processuale delle fattispecie di pericolosità costituisca ancora oggi un problema estremamente rilevante, potendo assumere rilievo, in ottica di inquadrare il prevenuto, una pluralità di elementi eterogenei e non sempre ragionevoli. Con riferimento alle fattispecie di pericolosità generica cfr. F. BASILE *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, cit., 53-55; anche cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, cit., 888-893.

anziché far convergere in maniera convincente i due strumenti in un unico “*genus*”, sembri svelare invece, più nitidamente, la radicale differenza tra le due misure e, con essa, la possibilità di ricondurre alla nuova categoria, semmai, la sola confisca allargata.⁵¹⁹ In questo senso, piuttosto, pare che la confisca di prevenzione, ormai orfana della sua natura preventiva, si presti all’equivoco -o alla una nuova forzatura- di essere “nascosta” dietro il modello più solido e condivisibile della confisca allargata cui all’art. 240-*bis* c.p., senza possedere, tuttavia, la medesima ragionevolezza, significatività e “dignità” del suo presupposto soggettivo (la condanna).

5. Un raffronto critico con la confisca allargata ex art. 240-*bis* c.p.

Autorevolissima dottrina ha osservato, condivisibilmente, che “*il modello della confisca di prevenzione è nella sua essenza quello della confisca allargata, o dei “poteri estesi di confisca”, che si diffonde sempre più anche negli ordinamenti a noi vicini*”.⁵²⁰ In questa convincente prospettiva si può evidenziare, infatti, come le misure in questione condividevano, prima, la medesima *ratio* preventiva (ora convertita in ripristinatoria) e si caratterizzano, oggi, per una struttura sostanzialmente analoga: identica è la presunzione di illecito arricchimento, e identico sarebbe anche il presupposto soggettivo, costituito dalla commissione di reati. Continuando a ragionare in questo modo si arriva presto al dunque: se hanno medesima finalità e struttura, cosa effettivamente le distingue? Ebbene, l’unica differenza è la “qualità” del presupposto soggettivo: nella confisca di prevenzione è la pericolosità (meglio, il suo inquadramento storico-temporale), mentre nella confisca allargata è la condanna.

A ben vedere, non è infatti la funzione del requisito soggettivo -che, in entrambe le ipotesi, è quella di rendere ragionevole la presunzione di illecito arricchimento- ad essere diversa, bensì il “modo processuale” e lo “standard probatorio” sulla scorta dei quali viene accertato⁵²¹: in un caso sono più semplici,

⁵¹⁹ Nel nuovo *genus* ripristinatorio, tuttavia, insieme alla confisca allargata potrebbe farsi rientrare anche la c.d. “confisca urbanistica” conseguente all’accertamento -anche non definito con condanna, ma di stretto stampo penalistico- del reato di lottizzazione abusiva. In proposito, v. *infra* par. 6.

⁵²⁰ In questo senso l’autore richiama la direttiva 42/2014, citando quali esempi di tale modello, ad esempio, l’art. 127-*bis* del codice spagnolo (*decomiso ampliado*) o la confisca allargata di cui all’art. 73 StBG (anche v. *supra* cap. III, par. 5.2), cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell’ordinamento italiano*, cit., 890.

⁵²¹ Cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell’ordinamento italiano*, cit., 899-903.

nell'altro più impegnativi. Già sotto questo primo aspetto sorge ragionevole l'interrogativo riguardo la validità di questa differenza a farne due *species* di un unico *genus* e non, piuttosto, una sola misura con due regimi di prova differenti del proprio requisito soggettivo.

Tuttavia, la scelta in favore dell'una o dell'altra confisca non è regolata da un meccanismo di sussidiarietà, o distinta in ragione del diverso riferimento criminologico. In realtà, non è nemmeno richiesto alla parte pubblica di prendere una simile scelta, tanto che gli elementi ricavabili dalla medesima indagine penale possono essere posti alla base sia della confisca di prevenzione sia, nel caso intervenga poi la condanna, di quella allargata.⁵²²

Ma, allora, che cosa giustifica l'indebolimento del requisito soggettivo nella confisca di prevenzione? Anche perché, se non si riuscisse a rispondere in maniera convincente a questo quesito, le conclusioni possono diventare banalmente solo quelle, tra loro alternative, di ritenere la confisca di prevenzione del tutto fuorilegge, o di ritenere la confisca allargata del tutto superflua.

Ebbene, si potrebbe argomentare che la giustificazione della confisca di prevenzione e, più in particolare, della minor pregnanza del suo requisito soggettivo, risieda nella necessità, in materia patrimoniale, di *bypassare* il requisito della condanna penale (indefettibile nell'art. 240-bis c.p.), il cui ottenimento talvolta sfuma in virtù di circostanze che non attengono alla solidità dell'accusa, ma alla prescrizione del reato ed altre impossibilità, giuridiche o di fatto, di proseguire il procedimento penale, o di vederne confermato l'esito di condanna sino in Cassazione.⁵²³ In questo

⁵²² In questo senso condivisibilmente si è osservato che “Il sistema descritto si va ad inserire in un contesto che forma una rete: i singoli reati possono sfociare nella confisca/misura di sicurezza; alcuni di essi giustificano in caso di condanna la confisca allargata che consente l'acquisizione di tutti i beni patrimoniali di valore sproporzionato; qualora venga attivato un procedimento di prevenzione, anche sulla base degli stessi elementi posti a fondamento del processo penale, ciò può condurre alla confisca preventiva di beni che risultino sproporzionati; laddove falliscano i tentativi sopra descritti il sistema consente l'ablazione per equivalente. Il cielo non voglia che nelle more si attivino anche gli organi tributari che contestino patrimoni non adeguatamente supportati dalla dichiarazione dei redditi” cfr. A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, cit., 29; sul punto anche v. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, cit., 891-892.

⁵²³ Preoccupazione risolta, per la confisca allargata di cui all'art. 240 bis c.p., con l'introduzione recente della disposizione processuale di cui all'art. 578-bis c.p.p. che consente al giudice dell'impugnazione di decidere comunque sulla confisca disposta in primo grado anche, nelle more del giudizio di impugnazione, il reato si è estinto per prescrizione.

senso, peraltro, sono molteplici le istanze sovranazionali e le suggestioni del diritto comparato, che dimostrano tutte come tale necessità sia, soprattutto, negli ultimi decenni particolarmente avvertita e condivisa.

Tuttavia, proprio l'esame del quadro sovranazionale e comparato sembra indicare, per questi casi, un modello di confisca per così dire "autonoma" o "senza condanna" che non pare quello in cui può riconoscersi la confisca di prevenzione.

Già ad un primo sguardo, infatti, l'art. 4, paragrafo n. 2, della direttiva 42/2014/UE nel delineare il modello -minimo- di confisca senza condanna, così prevede «*Qualora la confisca sulla base del paragrafo 1 (ossia quella, diretta o per equivalente, degli strumenti e dei proventi da reato accertati sulla base di una condanna definitiva, n.d.r.⁵²⁴) non sia possibile, almeno nei casi in cui tale impossibilità risulti da malattia o da fuga dell'indagato o imputato, gli Stati membri adottano le misure necessarie per consentire la confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato laddove sia stato avviato un procedimento penale per un reato che può produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico e detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato*». Ed invero, sotto un primo profilo, il modello della direttiva in questione sembra ispirato ad un rapporto di sussidiarietà -del tutto mancante nel nostro ordinamento- tra le due forme di confisca: quando non è possibile ottenere la condanna -e quindi la confisca diretta o per equivalente collegata a tale presupposto- deve comunque prevedersi la possibilità di addivenire a confisca in specifici casi. È evidente che la direttiva non sembri indicare, per queste confische, una dimensione diversa da quella penale, bensì, più semplicemente, arrivi ad imporre l'obbligo di giudicare sulla confisca anche laddove si verifichi l'estinzione del reato⁵²⁵ o altra causa che impedisce

⁵²⁴ Così l'art. 4 par. 1 dir. Eu n. 42/2014: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, di beni strumentali e proventi da reato, o di beni di valore corrispondente a detti beni strumentali o proventi, in base a una condanna penale definitiva, che può anche essere pronunciata a seguito di un procedimento in contumacia».

⁵²⁵ In questo senso la direttiva in realtà non menziona, nel suo testo definitivo, anche i casi di prescrizione, ma solo quelli di malattia e fuga dell'imputato. Tuttavia, come visto anche per l'ordinamento spagnolo, non appare un'opzione irragionevole estendere il novero di queste situazioni anche ai casi di prescrizione, considerato che tale "scollamento" viene comunque bilanciato dalla richiesta di valutazione incidentale della possibilità di emettere condanna, e quindi della ricorrenza di tutti gli elementi della fattispecie (come avviene, in parte, nella confisca c.d. "urbanistica" v. *infra*, 6).

il proseguimento del procedimento e -quindi- l'affermazione di responsabilità.⁵²⁶ Sotto un secondo profilo, la confisca senza condanna prevista nella direttiva sembra coincidere con la confisca (diretta o per equivalente) di beni e proventi la cui derivazione o strumentalità rispetto al reato sia però stata direttamente accertata, e non, anche, con il modello della confisca allargata. In questo senso, al successivo articolo 5⁵²⁷, la direttiva delinea infatti il modello dei poteri estesi di confisca (cioè quello della nostra confisca allargata) e ne obbliga l'adozione nella sola eventualità che i beni appartengano ad una persona condannata per un reato suscettibile di produrre direttamente o indirettamente un vantaggio economico. Diversamente da come avvenuto nell'articolo precedente, in questo caso la direttiva non impone l'obbligo di prevedere la confisca allargata anche laddove non si possa arrivare ad una condanna nel procedimento penale.

Pertanto, la combinazione tra l'assenza di condanna e l'estensione allargata è un'eventualità -che la confisca di prevenzione, ad esempio, realizza in pieno- che la direttiva in realtà non prevede. È pur vero, si potrebbe obiettare, che la direttiva nemmeno espressamente esclude (trattandosi di norme minime) tale combinazione; a chi scrive, tuttavia, pare che proprio il diverso contegno del dato normativo rispetto alla confisca ex art. 4 dir. Eu 42/2014, e la collocazione, solo nell'ambito di quest'ultimo, di ogni riferimento ad un'applicazione senza condanna, autorizzino una lettura limitativa di tale eventualità alla sola confisca dei proventi e dei beni strumentali la cui relazione con il reato contestato sia stata direttamente accertata.

Oltre ad un argomento di ordine testuale, vi sarebbe anche un ulteriore aspetto, per così dire di "buon senso", che lascia desumere che la direttiva Ue abbia voluto prudentemente evitare di combinare siffatte "caratteristiche" della confisca.

Ed infatti è abbastanza evidente che prevedere la confisca dei profitti del reato senza una condanna, ma sulla base del fatto che questa sarebbe potuta intervenire ove

⁵²⁶ Una conferma della dimensione "penale" in cui si muoverebbe tale istituto è ricavabile, come anche in precedenza segnalato nei termini di "cortocircuito" (cfr. *supra*, cap. III, par. 4.2.2), dal fatto che il reg. 1805/2018 Ue richiama quali, garanzie applicabili, quelle proprie della materia penale.

⁵²⁷ Art. 5 par. 1 dir. Eu n. 42/2014: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un van taggio economico, laddove l'autorità giudiziaria, in base alle circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, come il fatto che il valore dei beni è sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata, sia convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose».

si fosse concluso il procedimento penale, costituiva già un vistoso scollamento rispetto al paradigma “classico” (e ne è una tendenziale conferma in questo senso la previsione in termini sussidiari rispetto alla possibilità di ottenere la condanna). Si tratta di un indebolimento, soprattutto, delle prerogative penalistiche dell'imputato: un sacrificio che viene giustificato dal “supremo” valore che l'imperativo della confisca ha assunto di questi tempi⁵²⁸, e che viene “razionalizzato”, da un lato, prevedendo comunque garanzie ed elementi minimi che devono caratterizzare l'applicazione senza condanna e, da un altro lato, facendo leva sulla maggiore “cedevolezza” della tutela del patrimonio rispetto alla libertà personale.⁵²⁹

Allo stesso modo, anche il paradigma della confisca allargata presuppone un evidente scollamento nel nome dell'interesse pubblico: in questo schema la singola condanna non delimita tutti i profitti accertandoli direttamente (ciò infatti avviene solo per la parte riconnessa al reato per cui interviene la condanna) ma si atteggia a elemento “sintomatico” anche di ulteriori condotte criminose (produttive di profitti) e tale da rendere ragionevole un abbassamento dello standard di accertamento dell'origine illecita del patrimonio del condannato. Anch'essa costituisce, di tutta evidenza, un sacrificio delle prerogative dell'interessato (che potrebbe anche non aver mai commesso altre attività criminose) che si trova appunto -con l'onere invertito- a giustificare la sproporzione del proprio patrimonio (condizione, come visto, che sarebbe altrimenti irrilevante) sulla base di un'inferenza generalizzante che muove proprio dal fatto che è intervenuta una condanna. Anche in questo caso, la giustificazione di questo “scatto” aggressivo dei moderni moduli di confisca è da rinvenirsi nella necessità di un più efficace contrasto delle accumulazioni illecite.⁵³⁰

Ebbene, combinare la “deroga” della confisca senza condanna anche con le severe conseguenze del meccanismo “presuntivo” della confisca allargata significa innestare un sacrificio su un altro sacrificio, sempre a detrimento della posizione (debole) dell'indagato/imputato e sempre, per così dire, “*pro republica*”.

⁵²⁸ In questi termini ancora cfr. V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: Nullum crimen sine confiscatione*, cit., 1261-1276.

⁵²⁹ Sul punto, con impostazione critica, cfr. A. MANNA *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 192-195.

⁵³⁰ In argomento, ad esempio, sia consentito il rinvio diffuso ai considerando della direttiva Ue n. 42/2012 in tema di confisca dei proventi da reato. Anche v. *supra*, cap. III, par. 4.2.1.

Tuttavia, il risultato è difficilmente giustificabile, per quanto siano innegabili e serie le preoccupazioni in tema di contrasto patrimoniale alle accumulazioni illecite. Se ne ricava, infatti, un duplice sacrificio anche in punto di “ragionevolezza”: una confisca di un profitto direttamente accertato, anche se senza condanna, si fa carico solo di una “quota” di debolezza; pur con il “difetto” di non accompagnarsi, appunto, ad una condanna formale, rimane comunque un provvedimento fondato sull’accertamento incidentale della responsabilità per il reato e della diretta derivazione dei profitti dall’illecito. In questa prospettiva, il sacrificio, soprattutto formale, costituito dall’assenza di condanna può anche ritenersi assunto in maniera ragionevole, con tendenziale riduzione al minimo dell’impatto negativo sui diritti individuali in rapporto all’indiscutibile interesse pubblico perseguito.

Una confisca allargata senza condanna si fa carico, invece, di due “quote” di debolezza: la prima, costituita dall’assenza di una condanna, la seconda costituita dal fatto che i proventi confiscabili non sono accertati -se non in parte- direttamente, bensì perlopiù attraverso un meccanismo presuntivo. Tale sommatoria, o combinazione, conduce ad una struttura che difficilmente pare compatibile con il mero fine ripristinatorio, appalesando, invece, marcati intenti repressivi.⁵³¹

A ciò si aggiunga che il requisito della condanna non pare -perlomeno a chi scrive- liberamente “graduabile” lungo una scala qualitativa uniforme, composta dalle qualifiche di indagato, imputato, condannato, condannato definitivo: la condanna formale (e il relativo *status* che ne deriva) costituisce invece uno spartiacque, minimo e irrinunciabile, per qualsiasi operazione giuridica che intenda assumere proprio tale fatto come elemento rivelatore (al fine di riconnettere ulteriori conseguenze), innanzitutto per rispetto della presunzione di non colpevolezza.⁵³² Se può utilizzarsi una condanna per indiziare di provenienza illecita un patrimonio, è infatti e solo perché, almeno su quella condanna, è stata vinta formalmente la presunzione di non colpevolezza, unica “certezza”, che, prima ancora che dare o meno di per sé ragionevolezza alla presunzione di illecita accumulazione, ne autorizza, soprattutto,

⁵³¹ In questo senso, operazione opportuna per scorgere la natura prevalentemente sanzionatoria è quella della valutazione globale, sinergica delle molteplici componenti, e dei diversi intenti, della misura, secondo l’impostazione di cui alla sentenza *Welch c. Regno Unito* (anche v. *supra*, cap. III par. 2.1).

⁵³² In questo senso, soprattutto v. Corte Cost. n. 49 del 1994.

l'operatività come “conseguenza giuridica” che implica una “degradazione” dei diritti del condannato in rapporto all'esame della sua situazione patrimoniale (che avviene, infatti, secondo moduli e criteri semplificati).⁵³³

A questa stregua, ritiene chi scrive che una confisca allargata, laddove applicata in assenza di condanna, non costituirebbe una misura ripristinatoria, bensì repressiva. Di conseguenza, essendo tali caratteristiche (applicazione senza condanna; applicazione in forma allargata) attualmente rinvenibili in forma combinata nella confisca di prevenzione (e non potendo essa tramutarsi in sanzione, per l'inidoneità del suo presupposto soggettivo)⁵³⁴ non vi è per questo strumento altro destino se non l'immediata esclusione dal sistema.⁵³⁵

Una soluzione alternativa al suo smantellamento integrale potrebbe, forse, rinvenirsi nel “ritorno” della confisca di prevenzione all'originario campo di applicazione alla sola criminalità organizzata mafiosa (e al terrorismo), circostanza che consentirebbe margini di recupero della natura preventiva della misura, con ogni riflesso anche in punto di necessità/proporzionalità dei sacrifici che la sua applicazione comporta sui diritti individuali.⁵³⁶

⁵³³ In questo senso è interessante evidenziare come, nella nuova disciplina spagnola in tema di decomiso, proprio la combinazione di tali forme (*ampliado*, e *sin sentencia*), pur prevista dal dato normativo (ed in particolare dall'art. 127-ter codice penale spagnolo), ha incontrato un certo dissenso in dottrina, dove si è osservato che la condanna costituisce un presupposto per così dire “irriducibile” dell'ablazione allargata. Sul punto, in questo senso, cfr. T. AGUADO CORREA, *Comiso: crónica de una reforma anunciada*, cit., 22. Con impostazione diversa, che muove dal fatto che la condanna sia, invece, idoneamente “surrogata”, anche nel caso del *decomiso ampliado sin sentencia*, dall'accertamento della *situación patrimonial ilícita*, cfr. M. ROIG TORRES, *La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española*, cit., 260. Anche v. *supra*, cap. III par. 6.4.3. Ancora, si consideri come, nella giurisprudenza convenzionale, l'applicazione della presunzione di innocenza è spesso esclusa proprio in quanto l'uso di presunzioni sarebbe successivo alla fase in cui l'interessato è già stato condannato e ritenuto responsabile di un reato (sul punto, diffusamente, v. *supra* cap. III par. 2.2).

⁵³⁴ Sul punto, diversi sono i rilievi che, si è osservato in dottrina, si potrebbero muovere alla confisca di prevenzione laddove ritenuta una sanzione: in tema di *ne bis in idem*, di presunzione di innocenza, di rispetto del principio di stretta legalità. In questo senso cfr. A. MANNA *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 201-207.

⁵³⁵ Ciò a maggior ragione considerando che, diversamente dal modello previsto dalla direttiva citata, la confisca di prevenzione non richiede alcun accertamento incidentale della responsabilità (come invece postula l'art. 4 dir. Eu n. 42/2014) dell'indagato/imputato, bensì solo della “pericolosità sociale” dell'individuo, che costituisce un presupposto soggettivo, come visto, ben più sfuggente e problematico.

⁵³⁶ Secondo impostazioni che, in quest'ottica, sono state peraltro già storicamente esplorate con favore nel sindacato convenzionale sulla confisca antimafia (v. *supra*, cap. III, par. 3 ss.).

6. L'attuale assetto necessario a rispettare gli obblighi europei

Muovendo dagli obblighi eurounitari in tema di confisca dei proventi da reato, di cui agli artt. 4, 5 e 6 della dir. Ue n. 42/2014, possiamo mappare attualmente gli strumenti in tema confisca della ricchezza illecita nei termini che seguono.

L'obbligo della confisca dei proventi del reato e dei beni ad esso strumentali, anche per equivalente (di cui all'art. 4, par. 1, dir. cit.), è assolto nel nostro ordinamento dalla confisca misura di sicurezza patrimoniale di cui all'art. 240 c.p., in combinazione con le norme ulteriori che ne autorizzano appunto l'esecuzione per equivalente.⁵³⁷

L'obbligo di prevedere i poteri estesi di confisca nei confronti del condannato (art. 5 dir. cit.) è soddisfatto, invece, dalla confisca allargata ex art. 240-bis c.p., così come ulteriormente facilitata dall'art. 578-bis c.p. che ne consente l'applicazione, se vi è stata condanna in primo grado, all'esito del giudizio di impugnazione anche nel caso si verifichi l'estinzione del reato in pendenza del relativo giudizio.⁵³⁸

L'obbligo di prevedere la confisca dei proventi del reato, anche in caso di malattia o fuga dell'imputato che determini la tendenziale compromissione della possibilità di processarlo penalmente per quell'illecito (art. 4, par. 2, dir. cit.) e, quindi, "senza condanna" è invece sostanzialmente assolto da una pluralità di disposizioni.

Ed infatti, a seconda che si abbia o meno riguardo al carattere "definitivo" della condanna, quest'obbligo è soddisfatto dalle interpretazioni e dalle norme che, oggi, consentono di applicare la confisca anche solo sulla base della condanna di primo grado (cui segue l'estinzione del reato per prescrizione o amnistia), piuttosto che dalla confisca di prevenzione, che può operare, come visto, del tutto a prescindere dalla condanna, ed anzi dall'apertura del procedimento penale.

Ebbene, l'assolvimento di quest'obbligo pare, rispetto agli altri, inserirsi in un contesto più critico e delicato. Prove ne sono: il fatto che, per soddisfarlo, non vi è nel nostro ordinamento una figura unica, ma una pluralità di strumenti, diversi non solo

⁵³⁷ Ad esempio, nel codice penale, gli artt. 240, co. 2 n. 1-bis), 644, 322-ter, 452-undecies, ecc.; nella legislazione repressiva speciale, ad esempio, v. artt. 73 e 74 del T.U. stupefacenti e art. 187 del T.U.F.

⁵³⁸ Su tale ultima disposizione anche cfr. Sez. Un. pen. – 30 aprile 2020, n. 13539 – Pres. Carcano, Rel. Andreazza – Ric. Perroni, che ne affronta le caratteristiche (anche se in prospettiva, soprattutto, di estendere la disciplina alla confisca "urbanistica"). Sul punto, sia concesso il rinvio a M. MONTORSI, *Le Sezioni unite razionalizzano lo statuto processuale della confisca urbanistica e rimandano il confronto sulla sostanza dei rilievi convenzionali in punto di proporzionalità della misura*, cit., 609-623.

qualitativamente ma anche dal punto di vista del procedimento e del giudice che li adotta; l'ulteriore considerazione per cui, con la confisca di prevenzione, si va ben oltre il minimo dalla normativa Ue sia quanto all'oggetto sia con riferimento ai casi e situazioni in cui applicare l'ablazione. Delineando, in questo modo, una confisca senza condanna, non sussidiaria a quella "compromessa" nel procedimento penale ma del tutto indipendente, stimata in forma allargata e senza un necessario accertamento diretto dei proventi, eseguibile anche per equivalente, senza limite temporale per la sua richiesta.

7. Qualche spunto di miglioramento

Ebbene, correndo il rischio di essere inteso per un irrecuperabile sabotatore dell'ordine preventivo faticosamente costituito in nome della supremazia dello Stato, chi scrive ritiene che un miglioramento della materia passi necessariamente attraverso due operazioni fondamentali: la prima è di tipo chiarificatore, ed imporrebbe di iniziare a chiamare le cose con un nome che davvero le rappresenti; la seconda, è quella di sradicare la confisca di prevenzione (e, con essa, la dimensione della pericolosità sociale impiegata per fini "snaturati"), lavorando su come allargare la disciplina della confisca classica e dei suoi poteri estesi in modo da "riempire" i vuoti -rispetto agli obblighi eurounitari sopra visti in tema di confisca senza condanna- che la cancellazione della confisca di prevenzione comporterebbe.

La prima operazione presuppone l'andare oltre le indicazioni ormai anacronistiche che ancora promanano dalla disciplina, a cominciare dalla "insopportabile finizione"⁵³⁹ della natura preventiva delle confische dei beni di sospetta origine illecita: la confisca di prevenzione, in questo senso, si chiama così ma non serve a prevenire; il codice antimafia, ancora, è tale solo in parte, applicandosi (sin dalla sua introduzione nel 2011) anche ad una platea ben più ampia di quella costituita dal crimine organizzato; la confisca allargata, anziché incarnare una misura di sicurezza patrimoniale -come tale, preventiva- è una misura ripristinatoria il cui particolare rigore è giustificato, irrinunciabilmente, dalla formale condanna

⁵³⁹ Tale espressione è efficacemente impiegata con riferimento alla natura preventiva della confisca di prevenzione da F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, cit., 896.

dell'interessato per almeno uno dei reati previsti dal catalogo applicativo di tale strumento. La necessità di rimuovere le espressioni e i riferimenti alla funzione preventiva, per quanto all'apparenza banale, è invero impellente al fine di evitare di generare nuovi equivoci per il futuro, in una materia complessa e fortemente dibattuta.

La seconda operazione muove dalla precedente ricostruzione critica e si propone, come detto, di espellere la confisca di prevenzione, o quantomeno di imporle un notevole "passo indietro" per poter sopravvivere nell'ordinamento.

In questo senso si è visto sopra come la confisca di prevenzione, rispetto agli obblighi eurounitari, si giustifica in astratto al fine di consentire l'ablazione dei proventi di attività criminose nei casi in cui non solo non sia divenuta definitiva la condanna in primo grado, ma nemmeno sia mai intervenuta. Tuttavia, rispetto al modello delineato in sede europea, la confisca di prevenzione si differenzia: nel non essere sussidiaria alla confisca conseguente a condanna; nel non richiedere l'apertura di alcun procedimento e la possibilità di addivenire a condanna ove non fosse intervenuta la condizione che la preclude; nel non accertare direttamente i proventi, bensì in forma allargata attraverso metodo presuntivo.

L'assolvimento di tale obbligo, nel caso della confisca di prevenzione, sembra dunque più un "pretesto" per mantenere tale controversa confisca "agganciata" al respiro internazionale della materia, perlomeno in apparenza: in realtà, il legislatore si era già spinto, come visto, ben oltre quanto poi sollecitato dalla direttiva, ed anche oltre quanto "ragionevole" -in una prospettiva di bilanciamento tra pretese statali e diritti individuali- sino a ibridare categorie (confisca senza condanna, confisca allargata, impiego della pericolosità sociale) in un mix dalle conseguenze dirimenti sui diritti fondamentali e dalla struttura ampiamente repressiva.

Al contrario, crede chi scrive che con alcuni "accorgimenti" alla disciplina dell'art. 129 c.p.p.⁵⁴⁰, mutuando parte dell'impostazione giurisprudenziale in tema di confisca c.d. "urbanistica" (o, in alternativa, traendo qualche spunto dalla disciplina

⁵⁴⁰ La Corte di Cassazione mostra di recente (cfr. Cass. SS. UU. 30 aprile 2020, n. 13539) come tale norma costituisca il limite alla possibilità di svolgere ulteriori attività di accertamento dopo che si verifica la causa di estinzione del reato. Sul punto si dirà ora (v. infra, 7.1) meglio con riferimento alla giurisprudenza in tema di confisca urbanistica.

spagnola), si potrebbe pervenire a rendere inutile la confisca di prevenzione in ottica di adempiere agli obblighi europei in materia di confisca dei proventi del reato.

7.1 Fare a meno della confisca di prevenzione...

Il ruolo indispensabile della confisca di prevenzione nel quadro degli obblighi europei è principalmente quello, come visto sopra, di consentire la confisca senza che sia intervenuta condanna nemmeno in primo grado. Sovrapponendo infatti i presupposti applicativi di tale confisca con quella c.d. “allargata” è proprio -e solo- tale ultima evenienza che rimarrebbe “scoperta” ove non intervenisse la confisca di prevenzione. Tuttavia, ritiene chi scrive che sia possibile arrivare a soddisfare tale obbligo -ed anzi anche a spingersi ragionevolmente oltre- senza ricorrere al problematico strumento della confisca di prevenzione.

In questo senso, l’oggetto dell’ablazione senza condanna di stampo europeo sembra, come visto, limitato ai proventi (e ai beni strumentali) del reato che siano direttamente accertati: sembra dunque il modello della nostra confisca ex art. 240 c.p., che tuttavia, anche secondo le linee interpretative più permissive, necessita almeno di una condanna in primo grado per essere disposta.⁵⁴¹

La direttiva, invero, richiede in questo senso qualcosa di meno della condanna (sia essa definitiva o meno), prevedendo che la confisca dei proventi sia possibile a condizione che (a) un procedimento penale sia stato avviato e (b) che avrebbe potuto concludersi con condanna.

Quanto al primo presupposto, la base minima pare essere il rinvio a giudizio dell’imputato: essendo, infatti, richiesto di verificare se il procedimento avrebbe potuto concludersi con condanna, parrebbe del tutto irragionevole accontentarsi del

⁵⁴¹ In questo senso, con riferimento al prezzo e al profitto del reato, cfr. Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, Pres. Santacroce, Rel. Macchia, Ric. Lucci, dove afferma il principio per cui “*Il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell’art. 240, secondo comma, n. 1, cod. pen., la confisca del prezzo del reato e, a norma dell’art. 322-ter cod. pen., la confisca del prezzo o del profitto del reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell’imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato*”. Per una breve panoramica sugli orientamenti oscillanti della giurisprudenza precedente anche cfr. F. CAPOROTUNDO, *Estinzione del reato per condotte riparatorie e “confisca senza condanna”*: problemi applicativi alla luce dei più recenti approdi della giurisprudenza, in *giur. pen. (web)* 3/2018, 7 ss.

mero esercizio dell'azione penale privo, tuttavia, del successivo vaglio giurisdizionale sulla "sostenibilità in giudizio" che è riconnesso al provvedimento di rinvio a giudizio.⁵⁴²

Quanto alla "prognosi" sulla possibilità di addivenire alla condanna deve evidenziarsi che: se la si richiede nei termini di "certezza", ossia di un accertamento incidentale di tutti gli elementi che compongono la fattispecie cui è ricollegata la misura ablatoria, allora si aprono alcuni scenari che possono ispirarsi a quelli già indicati per la confisca urbanistica; se la si intende, invece, nei termini più deboli di una prognosi di probabilità ("elevata", o anche solo "sufficiente"), come neppure è impedito dal dato testuale della direttiva (che peraltro fornisce solo indicazioni minime), allora potrebbero esplorarsi alcuni spunti derivanti dall'esperienza spagnola sul punto.

7.1.2 Una proposta "sugerita" dalla disciplina della confisca urbanistica

Nel primo caso, infatti, la giurisprudenza costituzionale e di legittimità è pervenuta -dopo una lunga e travagliata dialettica con la Corte Edu⁵⁴³- al risultato di consentire la confisca urbanistica anche nel caso in cui il reato si prescriva prima dell'emissione della condanna formale per il reato di lottizzazione abusiva.⁵⁴⁴ A tal fine è comunque necessario che il giudice dia conto, nel provvedimento con cui

⁵⁴² In questo senso, evitare che tale condizione "processuale" (l'essere stato avviato un procedimento) sia interamente determinabile su impulso esclusivo della Procura sembra operazione prudente e ragionevole, anche e proprio in ottica di fare potenzialmente a meno della condanna in certi casi.

⁵⁴³ Da ultimo cfr. Corte Cost. 15 gennaio 2015, n. 49. In argomento v. D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: "il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU"*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 400 ss.; anche v. M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *dir. pen. cont.*, 2015, 288 ss.; Sul versante convenzionale anche v. Corte Edu, *GIEM e altri c. Italia*, 2018. Nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass. Sez. Un. 30 aprile 2020 n. 13539; anche v. Corte Cass. pen., Sez. III, 26 febbraio 2019, n. 8350).

⁵⁴⁴ Si tratta della fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 44, comma 1, lett. c) D.P.R. 380/2001 che prevede sanzioni (arresto sino a due anni, congiunta all'ammenda) oltre per chi che interviene in zone sottoposte a vincoli (storico, paesaggistico, ecc.) in difformità o assenza del titolo prescritto, anche per chi realizza taluna delle operazioni di illecita lottizzazione a scopo edilizio dettagliatamente indicate nell'art. 30, comma 1, D.P.R. 380/200. Per un approfondito inquadramento della figura di reato in questione v. R. MARTUSCELLI, *La Lottizzazione Abusiva*, in *Teoria e pratica del Diritto*, Milano, 2012; con particolare riferimento alle sanzioni amministrative previste in relazione a tale contravvenzione v. L. BRACCHITTA, *Sanzioni amministrative nella c.d. zoonizzazione*, in *Sanzioni amministrative in materia di urbanistica*, a cura di A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI e F. TUCCARI, Giappichelli, Torino 2014, pp. 254 e ss., in particolare 270 e ss.; nonché G. ANGOTTI, *Sanzioni amministrative nella lottizzazione*, in *Sanzioni amministrative in materia di urbanistica*, cit., 312 ss.

dichiara l'estinzione del reato e proscioglie l'imputato, della ricorrenza incidentale di tutti i presupposti per la confisca. In questo senso, a seguito del lungo dibattito interpretativo che si è svolto su tale particolare opzione, la Corte EDU ritiene la confisca urbanistica -che nella disciplina interna costituisce una sanzione amministrativa applicata dal giudice penale- sia una sanzione da ricondurre alla materia penale, cui accordare la copertura dell'art. 7 CEDU e le garanzie processuali penalistiche.

In questa direzione potrebbe auspicarsi si muova la giurisprudenza anche con riferimento alla confisca classica del profitto e del prezzo del reato nel caso questo si prescriva prima della pronuncia di condanna in primo grado. Tuttavia, in tal senso potrebbero rilevare due ostacoli: il primo è costituito dalla anomala formulazione della confisca urbanistica che fa riferimento, per la sua applicazione, al fatto che il giudice abbia "accertato" la lottizzazione, anziché menzionare espressamente la condanna (come avviene, invece, nell'art. 240 c.p.).

In ogni caso, anche laddove si possa pensare di sorpassare la diversità testuale di partenza (nel senso di assimilare il trattamento di tali misure), non può tacersi che sempre la stessa giurisprudenza che ha consentito siffatta impostazione ne limita tuttavia notevolmente la portata pratica: ed infatti, sarà possibile disporre la confisca anche prima della sentenza di primo grado, ma a condizione che al momento in cui si verifica la condizione estintiva (la prescrizione, nel caso della confisca urbanistica) sia già possibile ritenere incidentalmente accertato il reato in tutti i suoi elementi, così come ogni altro dato rilevante ai fini della misura abaltoria.⁵⁴⁵

In altri termini, la confisca urbanistica può essere -come è più corretto dire- "applicata" anche con la pronuncia che dichiara l'estinzione del reato, ma non può essere "accertata" dopo tale momento: con la conseguenza che il novero delle situazioni potenzialmente rilevanti in questo senso si restringe notevolmente ai soli casi in cui la prescrizione intervenga laddove si sia già tenuta una convincente istruttoria, o dove comunque si sia già formato un compendio probatorio, nel contraddittorio con l'interessato, di una certo peso e solidità. Perché sia possibile svolgere attività istruttoria, anche dopo l'estinzione del reato, ai soli fini della verifica

⁵⁴⁵ Cfr. Cass. pen. SS.UU. 30 aprile 2020 n. 13539.

dei presupposti della confisca, sarebbe dunque necessaria una modifica espressa dell'art. 129 c.p.p. che in tal senso lo consenta.⁵⁴⁶

Anche senza intervenire su quest'ultima norma, l'attuale impostazione in tema di confisca urbanistica potrebbe, ove applicata anche alla confisca del prezzo o del profitto del reato, consentire di adempiere all'obbligo europeo in punto di confisca senza condanna senza comportare gli "eccessi" della confisca di prevenzione.

In quest'ultimo senso, la confisca senza condanna che ne deriverebbe non potrebbe infatti che beneficiare: (a) delle garanzie convenzionali -più fortiriconsociute dall'inquadramento nella materia penale (come ad esempio l'art. 7 CEDU), così come già avvenuto per la confisca urbanistica; (b) di un quadro probatorio di stampo penalistico, accertato con il rigore del giudizio oltre ogni ragionevole dubbio, anche con riferimento al nesso pertinenziale con il reato; (c) di una ragionevole dimensione temporale e di iniziativa per la sua applicazione, per la quale non potrà esercitarsi l'azione penale, ad esempio, al solo fine di ottenere la confisca in relazione ad un fatto già prescritto.

7.1.2 Uno spunto dall'esperienza dell'ordinamento spagnolo

Se invece si volesse, per serie e ragionevoli ragioni di efficienza, esplorare un'impostazione che non richieda, nelle applicazioni senza condanna, l'accertamento incidentale -ma identico- di tutti i presupposti di quest'ultima, un esempio interessante è come visto costituito dalla corrispondente disciplina nell'ordinamento spagnolo in tema di *decomiso sin sentencia condenatoria* e di cui all'art. 127-ter del codice penale iberico.

Con tale disposizione viene riconsociuta, appunto, la possibilità di applicare la confisca senza condanna laddove: (a) sia accreditata una situazione patrimoniale illecita nel contraddittorio con l'interessato; (b) sia stato aperto nei suoi confronti un procedimento in relazione alla cui accusa sussistono indizi ragionevoli di attività criminale; (c) si sia verificata una delle "compromissioni" del procedimento penale

⁵⁴⁶ Ancora cfr. Cass. pen. SS.UU. 30 aprile 2020 n. 13539. In tema sia consentito il rinvio a M. MONTORSI, *Le Sezioni unite razionalizzano lo statuto processuale della confisca urbanistica e rimandano il confronto sulla sostanza dei rilievi convenzionali in punto di proporzionalità della misura*, cit., 617-623.

previste dalla norma, che non attengono solo alla malattia o fuga dell'imputato (come già contemplato nella direttiva del 2014) ma anche ai casi in cui quest'ultimo non sia punibile o la sua responsabilità si estingua per prescrizione.⁵⁴⁷

In questo strumento le innovazioni principali rispetto all'impostazione precedentemente vista per la confisca urbanistica (e in, prospettiva anche, per la confisca senza condanna dei proventi del reato) attengono, innanzitutto, alla possibilità di non richiedere l'accertamento incidentale della responsabilità, bensì il riscontro di elementi, più "deboli" ma non per questo irragionevoli in assoluto, che la "surrogano" ai fini della confisca: ossia la sussistenza di una situazione patrimoniale illecita fondata su indizi razionali di commissione del reato per cui è stato aperto il procedimento (ed accusato l'imputato).

Anche dal punto di vista processuale la differenza è notevole: diversamente che nella prima impostazione di cui si è dato conto, nel modello spagnolo per decidere comunque sulla confisca anche nei casi in cui, ad esempio, il reato si sia prescritto prima dell'emissione della sentenza, sarà possibile "proseguire" il procedimento nel contraddittorio e con piena facoltà di ulteriore prova (e difesa) in ordine ai presupposti dell'ablazione.

In questo senso, peraltro, deve ricordarsi come il *decomiso sin sentencia* (o anche *decomiso autonomo*) previsto dalla legislazione spagnola è applicabile anche nei casi in cui la condanna sia intervenuta e la pubblica accusa si sia in precedenza riservata di richiedere la confisca ad un momento successivo all'affermazione di responsabilità. Sarebbe dunque limitativo descrivere questo strumento nei termini "solo" di una modalità di confisca senza condanna, costituendo piuttosto, dall'ultima riforma, la "modalità naturale" dell'accertamento sulla confisca: tanto che non sia mai intervenuta condanna (ma ricorrano i presupposti di cui all'art. 127-ter c.p. spagnolo) quanto che quest'ultima sia stata pronunciata regolarmente.

⁵⁴⁷ In questo senso cfr. art. 127-ter, codice penale spagnolo. Sul punto si è osservato nella dottrina spagnola come "no estamos ante una aparente acción real, pues tanto la Directiva (n. 42/2014, n.d.r.) como nuestro Código Penal, condicionan el decomiso sin condena a la incoación previa de un proceso penal, en el que han de regir todas las garantías procesales básicas, debiendo estar previstas legalmente las causas que imposibilitan el enjuiciamiento del acusado, y en su caso alcanzar una sentencia de condena. Asimismo, en el marco de este proceso penal, se exigen que se constate unos mínimos indicios, que acrediten la existencia de un delito del que pueda derivar un beneficio económico, y sobre la responsabilidad del sujeto" cfr. F. GARRIDO CARRILLO, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, cit., 61.

Ancora, deve rilevarsi come il procedimento di *decomiso autonomo* si conclude in ogni caso con una “sentenza”, anche se esclusivamente in tema di “*decomiso*”, e come l’autorità chiamata ad applicarlo sia il giudice penale che era -nei casi di compromissione- investito del procedimento, o che lo sarebbe comunque stato laddove non fosse intervenuta la causa che preclude la celebrazione del processo.

Se ne ricava nel complesso, anche in questo caso, uno strumento più garantito della confisca di prevenzione: richiede indizi ragionevoli della responsabilità, e non elementi sintomatici di pericolosità sociale; si celebra davanti al giudice penale, con uno standard, in punto di qualità e modalità di assunzione della prova, più rinforzato (e per così dire “diretto”) di quello previsto nella confisca di prevenzione⁵⁴⁸; ancora, è rigidamente ancorato al fatto che sia stato aperto un procedimento penale in cui sia stata formulata un’accusa -quindi al tempo perseguibile- introducendo così anche un limite temporale all’azione che, per come visto, manca totalmente nella confisca di prevenzione.

Allo stesso tempo, quest’ultima impostazione appare meno rigida di quella desumibile dall’estensione all’art. 240 c.p. della giurisprudenza in tema di confisca urbanistica: la responsabilità è ancora il *focus* della prova, ma ne viene abbassato lo standard, facendo appunto riferimento ad indizi ragionevoli della commissione del reato; ancora, è possibile nel modello spagnolo effettuare attività istruttoria ai soli fini di provare i requisiti per la confisca senza condanna, a differenza di tale preclusione nell’ordinamento italiano.

Vi sarebbe, poi, l’ulteriore beneficio di costituire una modalità di accertamento dei presupposti della confisca che è, per così dire, “comune” tanto alla confisca senza condanna quanto a quella che la segue, differenziandosene solo in punto di intensità del requisito soggettivo ma in termini meno drammatici, appunto, di quelli rilevabili rispetto a tale requisito nella confisca di prevenzione.

Nell’ordinamento spagnolo, invero, non può tacersi che il *decomiso sin sentencia* è applicabile non solo nei casi di *decomiso basico*, ma anche nel caso di *decomiso ampliado* (ossia l’equivalente della nostra confisca allargata). Tuttavia,

⁵⁴⁸ Per una panoramica sulla dimensione, le scansioni l’oggetto della prova nel procedimento finalizzato all’applicazione del *comiso sin sentencia* cfr. F. GARRIDO CARRILLO, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, cit., 91-164.

come anche prima evidenziato, tale eventualità è piuttosto osteggiata dalla dottrina spagnola, che ritiene appunto non aggirabile il requisito della condanna richiesto dall'art. 127-bis c.p. spagnolo.⁵⁴⁹ In quest'ultimo senso, anche per le ragioni trattate in precedenza (v. *supra* 5), pure chi scrive ritiene del tutto condivisibile la scelta di non combinare le forme “senza condanna” e “allargata” della confisca, onde evitare profili irragionevoli rispetto alla natura per c.d. ripristinatoria -o comunque non punitiva- che tali confische allargate possiedono nell'impostazione nazionale e sovranazionale.

7.2 ...senza darla vinta alla mafia

Gli spunti di cui sopra hanno come direttrice quella, indispensabile, di mantenere la copertura di tutti gli obblighi eurounitari in materia, senza tuttavia pagare un prezzo eccessivo e irragionevole rispetto alla *ratio* di tali obblighi (in particolare quello di prevedere la confisca del profitto accertato direttamente anche in alcuni casi in cui la condanna sia preclusa da particolari e tassative condizioni).

Tuttavia, chi scrive è ben conscio che, da un lato, soddisfare una norma minima in materia di confisca dei proventi da reato non significa aver fatto “tutto il possibile” su tale aspetto ma solo, appunto, “il minimo indispensabile”.

Dal punto di osservazione degli obblighi eurounitari la confisca di prevenzione è infatti indispensabile solo al limitato fine di consentire la confisca senza condanna nemmeno in primo grado, perché per il resto vi sono strumenti in grado di assolvere meglio, con una maggior rigore di accertamento dei presupposti rilevanti, agli obblighi europei rilevanti.

Fuori da quest'ottica, tuttavia, in una logica di adeguato contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso che voglia andare oltre gli *input* minimi che derivano dal diritto dell'Unione, potrebbe ancora ritrovarsi uno spazio per la confisca di prevenzione, quale strumento -in questo caso- davvero preventivo della ulteriore

⁵⁴⁹ In questo senso, fermo quanto già osservato sul punto (v. *supra*, cap. III, par. 6.4.3), si è osservato nella dottrina spagnola che “*el art. 127 ter prevé que se pueda acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores -art. 127 y 127 bis- aunque no medie sentencia de condena. Esto ya en si mismo supone una contradicción, pues si para aplicar el art. 127 ter no es necesario que medie sentencia de condena, no sería por lo tanto de aplicación lo previsto en el art. 127 bis del CP, pues dicho precepto si exige una sentencia de condena, y además que lo sea por alguno de los delitos previstos en el precepto*”. Cfr. F. GARRIDO CARRILLO, *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, cit., 61.

commissione di illeciti e/o della produzione di ulteriori vantaggi economici per le cosche. In questo senso, come si è già osservato, proprio l'esclusività del riferimento al peculiare fenomeno della criminalità mafiosa, considerata la innegabile forza del vincolo associativo e la naturale propensione delle organizzazioni criminali di questo tipo verso la soggiogazione -attraverso l'impiego delle logiche proprie del metodo mafioso- del tessuto economico sociale in cui operano, permetterebbe il recupero dell'autentica funzione preventiva della confisca in esame.

Tuttavia, sebbene in tal senso può sembrare che la strada sia già spianata, specie avendo riguardo alla giurisprudenza costante della Corte EDU, deve comunque segnalarsi come alcuni accorgimenti appaiono anche in questo caso indefettibili per conservare natura preventiva.

Il primo è il recupero del requisito della attualità della pericolosità sociale, vera e propria condizione di esistenza per una misura che voglia essere seriamente intesa come preventiva, cui consegue l'obbligo di formulare in questo senso un'adeguata prognosi sul rischio di commissione di illeciti da parte del prevenuto, o comunque sulla possibilità che, ove i beni rimangano in suo possesso, siano esposti al rischio fondato di essere illecitamente impiegati per le finalità delittuose dell'associazione mafiosa, dallo stesso prevenuto ovvero mediante intermediari che ne abbiano l'apparente disponibilità.

Un secondo accorgimento passa invece, necessariamente, dalla riscrittura in chiave più esaustiva e tassativa della fattispecie di pericolosità qualificata relativa agli indiziati di appartenenza ad un'associazione mafiosa, innalzandola verso una formulazione che non sia più una sbiadita evocazione degli elementi del reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. (e sue declinazioni, come ad esempio il concorso esterno), bensì una ragionevole selezione di indici di pericolosità, suffragati da elementi -la cui gamma andrebbe sottratta all'esclusiva tipizzazione giurisprudenziale- oggettivi e dotati di una significativa attitudine a rivelare l'inserimento attuale del proposto nella dinamica criminale associativa.

FONTI BIBLIOGRAFICHE

- AGUADO CORREA T., *Artículo 127*, in (a cura di) M. GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, LexNova, 2010, Valladolid.
- AGUADO CORREA T., *Comiso: crónica de una reforma anunciada*, in *InDret.Revista para el análisis del derecho*, 4/2014, 1 ss., presso www.indret.com.
- AGUADO CORREA T., *La directiva sobre embargo y decomiso en la Unión europea: una solución de compromiso a medio camino*, in *Revista general de derecho europeo*, n. 35, 2015, 1-34.
- ANGOTTI G., *Sanzioni amministrative nella lottizzazione*, in *Sanzioni amministrative in materia di urbanistica* (a cura di) A. CAGNAZZO S. TOSCHEI F. TUCCARI, Giappichelli, Torino 2014.
- ASHWORTH A. – ZEDNER L., *Preventive Justice*, Oxford University Press, 2014, Oxford.
- BALSAMO A., *Il “codice antimafia” e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?* contributo reperibile in www.dirittopenalecontemporaneo.it (web) 20 luglio 2012, 1 ss.
- BALSAMO A. V. CONTRAFATTO G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè, Varese, 2010.
- BALSAMO A. – AGLIOSTRO M., *I soggetti interessati*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, Utet, Milano, 2013.
- BASILE F. *Manuale delle misure di prevenzione. Profili Sostanziali*, Giappichelli, Torino, 2020.
- BIGNAMI M., *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *dir. pen. cont.*, 2/2015, 288-302.
- BLANCO CORDERO I., *Modern Forms of Confiscation and Protection of third Parties*, in LIGETI K. SIMONATO M. (a cura di), *Chasing Criminal Money. Challenges and perspective on asset recovery in the EU*, Bloomsbury Publishing, 2019.
- BOUCHT J., *Extended Confiscation: Criminal Assets or Criminal Owners?* in LIGETI K. SIMONATO M. (a cura di), *Chasing criminal money. Challenges and perspective on asset recovery in the EU*, Bloomsbury Publishing, 2019.
- BOBILLO F. J., *Constitución y legislación antiterrorista*, in *Revista de Estudios Politicos*, n. 48, Novembre-dicembre 1985, 47-76.

- BRACCHITTA L., *Sanzioni amministrative nella c.d. zoonizzazione*, in *Sanzioni amministrative in materia di urbanistica* (a cura di) A. CAGNAZZO S. TOSCHEI F. TUCCARI, Giappichelli, Torino 2014.
- BRICOLA F., *Forme di tutela ante-delictum*, in *Le misure di prevenzione* (atti del convegno di studio «Enrico de Nicola» organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Alghero, 1975), Giuffrè, Varese, 1975.
- CAMPOS R., *Pobres, Anormales y Peligrosos en España (1900-1970) De la “mala vida” a la ley de peligrosidad y rehabilitación social*, contributo realizzato per il XIII Coloquio Internacional de Geocritica “El control del espacio y los espacios de control”, Barcellona, 5-10 maggio 2014
- CANEPA G., *Aspetti criminologici delle misure di prevenzione con particolare riguardo alla legge 27 dicembre 1956, n. 1423*, in *Le misure di prevenzione*, (atti del convegno di studio «Enrico de Nicola» organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Alghero, 1975), Giuffrè, Varese, 1975.
- CARRARA F. *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Casa editrice libraia “Fratelli Cammelli”, Firenze, 1897.
- CARRILLO DEL TESO A., *La recuperación de activos como estrategia común contra la criminalidad*, in FABIÁN CAPARRÓS E. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE I. RODRÍGUEZ GARCÍA N. (a cura di) *Recuperación de activos y decomiso*, Tirant, 2017, Valencia.
- CAVALLARI V., *Il procedimento delle misure di prevenzione. Analisi e spunti critici*, in *Le misure di prevenzione*, (atti del convegno di studio «Enrico de Nicola» organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Alghero, 1975), Giuffrè, Varese, 1975.
- CELOTTO A. *La prevenzione speciale, i principi costituzionali e le garanzie europee*, in (a cura di) FURFARO S., *Misure di prevenzione*, Utet, Milano, 2013.
- CERESA-GASTALDO M., *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l’incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *dir. pen. cont.* (web), 3 dicembre 2015, 1 ss. (si tratta del testo dell’intervento dell’autore al Convegno Nazionale tra gli Studiosi del processo penale “G. D. Pisapia” *La giustizia penale preventiva*, Cagliari, 29-31 ottobre 2015).
- CIVELLO G., *La sentenza “Spinelli” sulla confisca di prevenzione: resiste l’assimilazione alle misure di sicurezza, ai fini della retroattività della nuova disciplina normativa*, in *Arch. Pen.*, 1/2015, 249-265.
- COSTA P., *Diritti individuali e governo dei soggetti: un quadro tipologico* in *Giornale di storia costituzionale*, 2004, 7, 9-32

- D'ASCOLA V., *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, Uter, Milano, 2013.
- DE ASÚA L. J., *Un saggio legislativo sulla pericolosità senza delitto*, in *Giust. Pen.*, 1933, n. 1, 39, 429-446.
- DE LA CUESTA J. L., *Legislación Antiterrorista en España*, in *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Parigi, 2003, contributo reperibile su www.ehu.eus.
- DE LIA A., *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Arch. Pen.*, fascicolo n. 1, Gennaio-Aprile 2017 (web), 1 ss.
- DÍAZ CABIALE J., *El decomiso tras la reformas del código penal y la ley de enjuiciamiento criminal de 2015*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, núm. 18-10, 2016, 1-70
- DOLSO G. P., *Le misure di prevenzione personali nell'ordinamento costituzionale*, in (a cura di) FIORENTIN F., *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giappichelli, Torino, 2018.
- ECO U., *Il fascismo eterno in Cinque scritti morali*, Bompiani, 1997, Milano.
- ELIA L., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, Milano, 1964, 9, 951 ss.
- FABIÁN CAPARRÓS E. A., *La regulación del decomiso tras la reforma de la ley orgánica 1/2015*, in FABIÁN CAPARRÓS E. A. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE I. RODRÍGUEZ GARCÍA N. (a cura di), *Recuperación de activos y decomiso*, Ed. Tirant, 2017, Valencia.
- FERNANDEZ-BERTIER M., *The History of confiscation Laws*, in (a cura di) LIGETI K. SIMONATO M., *Chasing Criminal Money*, Bloomsbury, 2019, Oxford.
- FERRAJOLI L. in *Diritto e ragione*, Laterza, 2002, Bari.
- FIANDACA G. MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli, Bologna, 2019.
- FIANDACA G., *Osservazioni a decreto sicurezza 1985*, in *Foro italiano*, 1986, II, 69 ss.
- FINOCCHIARO S., *La confisca "civile" dei proventi da reato*, in *Criminal Justice Network* (criminaljusticenetwork.eu), 20 settembre 2018.
- FINOCCHIARO S., *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?* in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, 2, 131-144.

- FILIPPETTA G., *Liberalismo e governamentalità: garantismo penale e prevenzione di polizia in Francesco Carrara*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2015, II, 1-49.
- GARFINKEL P., *Criminal Law in liberal and Fascist Italy*, Cambridge University Press, 2016.
- GARRIDO CARRILLO F., *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Ed. Dykinson, 2019, Madrid.
- GIGLIO V., *La "materia penale" e il suo statuto nella giurisprudenza interna e sovranazionale*, in *Diritto Penale e Uomo*, 10/2019, 93-125.
- GRÜNHUT M., *Penal Reform*, Patterson-Smith, Montclair, New Jersey (2° ed.) 1972.
- KING C., *Civil Forfeiture in Ireland: Two Decades of the Proceeds of Crime Act and the Criminal Assets Bureau*, in LIGETI K. SIMONATO M. (a cura di), *Chasing criminal money. Challenges and perspective on asset recovery in the EU*, Bloomsbury Publishing, 2019.
- KING C., *Using civil processes in pursuit of criminal law objectives: a case study of non-conviction-based asset forfeiture*, in *The international journal of evidence & proof*, 2012, 337-363.
- LACCHÉ L. «*Alzate l'architrate, carpentieri*» I livelli della legalità penale e le "crisi" tra otto e novecento", in STORTI C. (a cura di) *Le legalità e le crisi della legalità*, Giappichelli, Torino, 2016.
- LACCHÉ L. *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in antico regime*, Giuffrè, 1988, Milano.
- LACCHÉ L. "La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)", Giuffrè, 1990, Milano.
- LACCHÉ L. *La paura delle «classi pericolose». Ritorno al futuro?* in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, I, 2019, 159-178.
- LACCHÉ L., *Uno sguardo fugace. Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, in *riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2017, 413-438.
- LIGETI K. SIMONATO M., *Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An introduction*, in LIGETI K. SIMONATO M. (a cura di), *Chasing criminal money. Challenges and perspective on asset recovery in the EU*, Bloomsbury publishing, 2019.
- LOMBROSO C., *L'uomo delinquente*, rist. 1^a ed., Il mulino, 2011, Bologna.

- LUCCHINI L., *Sull'ammonizione e sul domicilio coatto secondo la vigente legislazione italiana. Studi statistici e critici* in *Annali di statistica*, XXV, Eredi Botta, 1881, Roma.
- MANES V., *Diritto penale no limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giustizia* (web), si tratta del testo (rivisto con note) della relazione tenuta dal XXII congresso di Magistratura Democratica, sul tema "Il giudice nell'Europa dei populismi", Roma, 1-3 marzo 2019.
- MANES V., *L'ultimo imperativo della politica criminale: Nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2015, 3, 1259-1282.
- MANGIONE A., *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, Cedam, 2001, Padova.
- MANNA A., *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina*, testo della relazione tenuta il 26 settembre 2018 all'Università di Foggia, in *Archivio Penale*, III, 2018.
- MANNA A., *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, IUS/Pisa, 2019, Pisa.
- MANTOVANI F., *Diritto Penale, parte generale* IX ed., Cedam, Vicenza, 2015.
- MARTUSCELLI R., *La Lottizzazione Abusiva*, in *Teoria e pratica del Diritto*, Milano, 2012
- MASERA L., *La nozione costituzionale di pena*, Giappichelli, 2018, Torino.
- MAUGERI A., *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, consultabile in archvioldpc.dirittopenaleuomo.org, 16 gennaio 2019.
- MAUGERI A., *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?* in *Dir. Pen. Cont.*, 2014, 2, 191-217.
- MAUGERI A., *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, giuffrè, 2018, Milano, 921-954.
- MAUGERI A., *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 2, 559-599.
- MAUGERI A., *La resa dei conti: alle sezioni unitela questione sulla natura della confisca antimafia e sull'applicazione del principio di irretroattività*, in *Dir. Pen. Cont.* (web) 10 febbraio 2014.

- MAUGERI A., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, 2001, Milano.
- MAUGERI A. PINTO DE ALBUQUERQUE P., *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C.COST 24/2019)*, in *Sistemapenale.it*, 24 novembre 2019.
- MAUGERI A., *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi da reato*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, 2, 180-214.
- MAUGERI A., *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, I, 300-336.
- MAUGERI A., *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.*, 2017, fasc. 3, 15-36.
- MAUGERI A., *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2015, 942-974.
- MAZZACUVA F., *Le persone pericolose e le classi pericolose*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, Utet, 2013, Milano.
- MAZZACUVA F., *The Problematic Nature of Asset Recovery Measures: Recent Developments of the Italian Preventive Confiscation*, in LIGETI K. SIMONATO M. (a cura di), *Chasing criminal money. Challenges and perspective on asset recovery in the EU*, Bloomsbury Publishing, 2019.
- MENDITTO F., *La rilevanza dei redditi da evasione fiscale nella confisca di prevenzione e nella confisca allargata*, in *Dir. Pen. Cont. (Web)* 9 marzo 2014.
- MENDITTO F., *La sentenza De Tommaso contro Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, 4, 127-174.
- MENDITTO F., *Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali. Gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale 27 febbraio 2019 n. 24*, in *giur. pen.*, 2019, 10 (web), 1-46.
- MEREU I., *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia «liberale» (1852-1894)*, in *Le misure di prevenzione (atti del convegno di studio «Enrico de Nicola» organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Alghero, 1975)*, Giuffrè, Varese, 1975.

- MONTORSI M., *Confisca disposta in assenza di condanna formale e tutela dei terzi: un'interessante interpretazione convenzionalmente orientata, con qualche spunto per il futuro*, in *Lexambiente. Rivista trimestrale di diritto penale dell'ambiente*, 2019, n. 2, 94-112.
- MONTORSI M., *Le Sezioni unite razionalizzano lo statuto processuale della confisca urbanistica e rimandano il confronto sulla sostanza dei rilievi convenzionali in punto di proporzionalità della misura*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2020, 3, 609-623.
- MUSCO E., *Luci ed ombre della legge "Rognoni-La Torre"*, in (a cura di) MUSCO E. BERTONI R. GERACI V., *La Legislazione antimafia al vaglio dell'esperienza*, Leg. Pen. 1986.
- NIETZSCHE F. *La gaia scienza*, 1882, ed. it. trad. Einaudi, 2015
- NOBILI M., *Le informazioni di pubblica sicurezza e la prova nel processo di prevenzione, in Le misure di prevenzione (atti del convegno di studio «Enrico de Nicola» organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Alghero, 1975)*, Giuffrè, Varese, 1975.
- NUVOLONE P., *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1973, 472 ss.
- NUVOLONE P., *Relazione introduttiva in Le misure di prevenzione (atti del convegno di studio «Enrico de Nicola» organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Alghero, 1975)*, Giuffrè, Varese, 1975.
- PAVARINI M., *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27 dicembre 1956 n. 1423 e 31 maggio 1965 n. 575*, in *Le misure di prevenzione (atti del convegno di studio «Enrico de Nicola» organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Alghero, 1975)*, Giuffrè, Varese, 1975.
- PELLISSERO M., *Le misure di prevenzione*, in *disCrimen*, 13.2.2020; si tratta della relazione tenuta al convegno "Alternative al processo penale? Tra deflazione, depenalizzazione, diversion e prevenzione", tenuto a Genova il 12 aprile 2019.
- PETRINI D., *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Jovene, Napoli, 1996.
- PIFFERI M. *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale tra otto e novecento*, in *Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, 2007, Milano, 743-798
- PIFFERI M. *Reinventing Punishment. A Comparative History of Criminology and Penology in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Clarendon Studies in Criminology, 2016, Oxford.
- RANELLETTI O., *La polizia di sicurezza*, Società editrice libraia, Milano, 1900

- ROIG TORRES M., *El comiso come strategia frente a la corrupción en Alemania: interpretación jurisprudencial*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, 2018 (Num. Ext.), vol. 38, 547-604.
- ROIG TORRES M., *La regulación del comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma española*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, 2016, vol. 36, 199-279.
- ROMANO B., *Il nuovo codice antimafia*, in FURFARO S. (a cura di), *Misure di prevenzione*, Utet, Milano, 2013.
- SANTORIELLO C., *Le misure di prevenzione patrimoniale diverse dalla confisca*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, Utet, Milano, 2013.
- SBRICCOLI M., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)* Laterza, Bari, 1990.
- SBRICCOLI M., *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra otto e novecento. Il problema dei reati politici dal 'programma' di Carrara al 'Trattato' di Manzini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1973, II, 607-702.
- SBRICCOLI M., *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVIII, 1999, Milano, 817-850.
- SPANGHER G.-MARANDOLA A., *sub. art. 18 in Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Wolters Kluwer, 2019, Milano.
- STANIG E., *L'evoluzione storica delle misure di prevenzione*, in (a cura di) FIORENTIN F., *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giappichelli, Torino, 2018.
- STRADAIOLI O., *Le misure di prevenzione*, in PITTARO P. (a cura di) *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?* EUT, 2012, Trieste.
- TAGLIARINI F., *Le misure di prevenzione antimafia*, in *Le misure di prevenzione, (atti del convegno di studio «Enrico de Nicola» organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Alghero, 1975)*, Giuffrè, Varese, 1975.
- TEGA D., *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: "il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU"*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 400-405;
- TRINCHERA T., *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Giappichelli, 2020, Torino.
- TRINCHERA T., *Introdotte nuove ipotesi speciali di confisca per dare attuazione alla direttiva 2014/42/UE*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.*, 01 dicembre 2016.

VIGANÒ F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, fasc. 3, 370-377.

VIGANÒ F., *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, giuffrè, 2018, Milano, 885-918.