

Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**
condirettore **Mario D'Andria**
LIV - gennaio 2014, n° 01

01

20
14

| **estratto**

UN'INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA
DELLE INTESTAZIONI FITTIZIE AI FINI
DELLA CONFISCA MISURA DI
PREVENZIONE TRA QUESTIONI ANCORA
IRRISOLTE (NATURA DELLA CONFISCA E
CORRELAZIONE TEMPORALE)

di Anna Maria Maugeri

82 IL REQUISITO DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE E LA PRESUNZIONE DI INTESTAZIONE FITIZIA NELLE MISURE DI PREVENZIONE

SEZ. VI - C.C. 18 OTTOBRE 2012 (DEP. 4 MARZO 2013), N. 10153 - PRES. MILO - REL. DE AMICIS-P.M. IZZO (CONCL. PARZ. DIFF.)- (254545-7)

MISURE DI PREVENZIONE - Misure di prevenzione personali e patrimoniali - Reciproca autonomia - Accertamento della pericolosità attuale - Necessità - Esclusione - Accertamento della pericolosità al momento dell'acquisto del bene da confiscarsi - Necessità.

(L. 31 MAGGIO 1965, N. 575, ART. 2-BIS)

MISURE DI PREVENZIONE - Misure di prevenzione personali e patrimoniali - Art. 2-bis, comma 6-bis, l. 31 maggio 1965, n. 575 - Applicabilità delle misure patrimoniali in assenza di pericolosità attuale - Questione di legittimità costituzionale per contrasto agli artt. 41 e 42 Cost. - Manifesta infondatezza.

(L. 31 MAGGIO 1965, N. 575, ART. 2-BIS)

MISURE DI PREVENZIONE - Misure di prevenzione personali e patrimoniali - Presunzione di fittizia intestazione ex comma 14 dell'art. 2-ter della l. n. 575 del 1965 - Applicabilità ad una pluralità di trasferimenti il primo dei quali precedente il biennio - Possibilità - Esclusione - Fattispecie.

(L. 31 MAGGIO 1965, N. 575, ART. 2-TER; L. 24 LUGLIO 2008, N. 125; D.L. 23 MAGGIO 2008, N. 92, ART. 10; L. 15 LUGLIO 2009, N. 94, ART. 2)

In tema di misure di prevenzione antimafia, il principio di reciproca autonomia tra le misure personali e patrimoniali – previsto dall'art. 2-bis, comma 6-bis, della l. 31 maggio 1965, n. 575, così come modificato dall'art. 2, comma 22 della 15 luglio 2009, n. 94 – consente di applicare la confisca prescindendo dal requisito della pericolosità del proposto al momento dell'adozione della misura, ma richiede che essa sia comunque accertata con riferimento al momento dell'acquisto del bene, oggetto della richiesta ablatoria (1).

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2-bis, comma 6-bis della l. 31 maggio 1965, n. 575, così come modificato dall'art. 2, comma 22 della 15 luglio 2009, n. 94, nella parte in cui consente l'applicabilità delle misure di prevenzione patrimoniale a prescindere dal requisito della pericolosità attuale del proposto, in relazione agli artt. 41 e 42 Cost., in quanto i diritti costituzionalmente tutelati di proprietà ed iniziativa economica possono essere limitati rispettivamente in funzione sociale (art. 42, comma 2, Cost.) e nell'interesse delle esigenze di sicurezza ed utilità generale (art. 41, comma 2, Cost.) secondo contenuti le cui concrete modulazioni rientrano nella discrezionalità del legislatore, tenuto conto della necessità di perseguire un'esigenza generalmente condivisa di sottrarre i patrimoni accumulati illecitamente alla disponibilità dei soggetti che non possono dimostrarne la legittima provenienza (2).

In tema di prevenzione patrimoniale, la presunzione di intestazione fittizia, prevista dal comma 14 dell'art. 2-ter l. 31 maggio 1965, n. 575, come modificato dall'art. 10, comma 1, lett. d) del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125 non si applica nel caso di una pluralità di atti traslativi, quando il primo di essi sia stato effettuato antecedentemente al biennio dalla proposta della misura di prevenzione. (Nella specie, la Corte ha ritenuto inapplicabile la presunzione in esame nel caso di un bene fittiziamente intestato dal proposto alla moglie oltre 20 anni prima e ceduto da quest'ultima ai figli nel biennio precedente la formulazione della proposta) (3).

(1-3) La sentenza è già stata pubblicata in *questa rivista*, 2013, p. 3193, con una nota di Enrico MENGONI; ne riproponiamo le massime con una nota di Anna Maria MAUGERI.

UN'INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA DELLE INTESTAZIONI FITTIZIE AI FINI DELLA CONFISCA MISURA DI PREVENZIONE TRA QUESTIONI ANCORA IRRISOLTE (natura della confisca e correlazione temporale)

A narrow interpretation of fictitious assignments in order to apply the preventive measure of confiscation among issues still unresolved (nature of confiscation and temporal correlation)

La sesta Sezione affronta con la sentenza n. 10153 alcune questioni interpretative relative alla disciplina della confisca misura di prevenzione, ancora oggetto di orientamenti contrastanti, offrendo l'occasione per una rinnovata riflessione sugli aspetti più problematici di tale normativa e per tentare di offrire un'interpretazione il più possibile costituzionalmente orientata di tale forma di confisca, il cui modello si avvicina ad una vera e propria *actio in rem*. La suprema Corte ribadisce la legittimità costituzionale della separazione delle misure patrimoniali dalle personali e la connessa possibilità di applicare le prime anche nei confronti del deceduto nei cinque anni precedenti, nonché la - problematica - scelta di politica criminale di allargarne l'ambito di applicazione a tutti i soggetti a pericolosità generica; sottolinea la necessità dell'accertamento incidentale della pericolosità sociale del prevenuto, anche se non più attuale, negando la configurazione di un *actio in rem* pura; riafferma la natura non sanzionatoria di carattere penale (affermata invece nella sentenza Occhipinti n. 14044), della confisca di prevenzione; richiede la prova della correlazione temporale tra il momento dell'acquisto dei beni da confiscare e la pericolosità sociale. In particolare, poi, la Corte offre un'interpretazione restrittiva della disciplina delle intestazioni fittizie ex comma 14 dell'art. 2-ter l. n. 575 del 1965 e art. 26 cod. mis. prev., negandone l'applicazione nell'ipotesi di successivi atti traslativi, e richiedendo un rigoroso accertamento della disponibilità dei beni in capo al prevenuto, prima della morte nel caso di specie, per consentire la confisca.

The Supreme Court, section VI, faces with judgement n. 10153 some issues of interpretation of the rules governing the preventive confiscation measure, still the subject of conflicting interpretations, offering the opportunity for a renewed reflection on the most problematic aspects of this legislation and to offer an interpretation, as constitutionally oriented as possible, of this form of confiscation, whose model approximates a real actio in rem. The Supreme Court reiterates the constitutional legitimacy of the separation of the preventive patrimonial measure from the personal and the related possibility to apply it also to the deceased in the preceding five years, as well as the - problematic - choice of criminal policy to broaden its application to all subjects "generally dangerous". The Court stresses the need for the investigation of the social dangerousness of the owner, even if no longer present, denying the configuration of a pure actio in rem; it denies the criminal nature (instead affirmed by the judgment Occhipinti n. 14042) of the preventive confiscation; it requires proof of the temporal connection between the time of purchase of the property to be confiscated and the social dangerousness of the suspect. In particular, then, the Court offers a restrictive interpretation of the rules of the fictitious assignments ex § 14 of art. 2-ter l. n. 575/1965 and art. 26 cod. mis. prev., denying its application in the event of subsequent translational trading acts, and requiring a rigorous assessment of the availability of the goods in the hands of the suspect, before his death in the particular case, in order to enable the confiscation.

Sommario 1. Premessa. — 2. La separazione delle misure personali dalle patrimoniali: la necessità degli indizi di pericolosità sociale. — 3. I soggetti a pericolosità generica come destinatari della confisca: interpretazione restrittiva. — 4. La natura della confisca. — 5. La confisca nei confronti dei beni del defunto. — 6. La “rinnovata” richiesta della correlazione temporale e l’onere della prova (rinvio). — 7. La confisca nei confronti dei successori e le intestazioni fittizie. Legittimazione passiva? — 7.1. Il contesto disciplinare in cui si inseriscono le intestazioni fittizie: la confisca per equivalente e la fattispecie di trasferimento fraudolento e “fittizio” di valori. — 7.2. La *ratio* della disciplina (la dichiarazione di nullità e la nozione di disponibilità). — 7.3. *Segue*. La nozione di disponibilità. — 7.4. Le presunzioni di fittizietà dei trasferimenti e il rispetto delle garanzie fondamentali. — 8. La decisione della suprema Corte: la presunzione di fittizietà e la disponibilità indiretta. — 8.1. La presunzione ex art. 2-bis in relazione a coniugi, figli e conviventi?

di Anna Maria Maugeri

Università degli Studi di Catania

1. PREMESSA

Con la sentenza in commento n. 10153 del 2012 la suprema Corte affronta una serie di questioni di legittimità costituzionale, che erano state avanzate dai ricorrenti mettendo in discussione le stesse fondamenta del modello di procedimento di prevenzione patrimoniale che è stato forgiato dal legislatore con le riforme introdotte con il d.l. n. 92/2008, convertito nella l. n. 125/2008, e con la l. n. 94/2009, riforme recepite nel codice “delle misure di prevenzione” (d.lg. n. 159/2011).

Nel rigettare tali questioni la sesta Sezione della suprema Corte ha colto l’occasione per riaffermare la compatibilità con i principi costituzionali della separazione delle misure di prevenzione patrimoniale dalle misure personali, introdotta con le suddette riforme, al punto da estenderne l’applicazione anche nei confronti del soggetto che sia morto nei cinque anni precedenti l’inizio del procedimento – come nel caso di specie –, e in maniera indiscriminata nei confronti dei soggetti a pericolosità generica: si tratta di quei profili che avvicinano il modello della prevenzione patrimoniale ad una vera e propria *actio in rem*, come si esaminerà, in base a delle scelte di politica criminale che sempre più tendono ad affermarsi anche in ambito sovranazionale. Basti citare da ultimo la Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 ottobre 2011⁽¹⁾, che auspica l’adozione di una vera e propria *actio in rem* nella lotta contro la criminalità organizzata, e la Proposta di Direttiva in tema di confisca e congelamento dei beni⁽²⁾, nella versione emendata proposta dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e

⁽¹⁾ Cfr. BALSAMO, *Il “codice antimafia” e la proposta di Direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2012, p. 25; BALSAMO-LUCCHINI, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento Europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, in questa rivista, 26 gennaio 2012.

⁽²⁾ *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio*, relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell’Unione europea, Bruxelles, 12.3.2012, COM(2012) 85 final, 2012/0036 (COD). Cfr. MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2012, II, p. 180 ss.; BALSAMO, *Il “codice antimafia”*, cit.; PIVA, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, I, p. 215 ss.; MANGIARACINA, *Cooperazione giudiziaria e forme di confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 369.

gli affari interni (non ancora approvata dal Parlamento) ⁽³⁾, che all'art. 5 impone agli Stati membri l'adozione di una forma di confisca senza condanna dei profitti di origine illecita.

Nell'affermare la compatibilità con i principi costituzionali della separazione delle misure patrimoniali dalle personali, la suprema Corte affronta anche la spinosa questione della natura della confisca in esame in seguito a tale separazione, con la connessa problematica relativa alla necessità di accertare la correlazione temporale tra la pericolosità sociale e l'acquisto dei beni da confiscare.

La sentenza in commento, poi, ritiene parzialmente fondate le doglianze di due dei tre ricorrenti in relazione all'applicazione della disciplina delle intestazioni fittizie, introdotta con la riforma del 2008; questo rappresenta il profilo più intrigante della sentenza, che meriterà una particolare trattazione, a partire dall'analisi della disciplina in materia.

2. LA SEPARAZIONE DELLE MISURE PERSONALI DALLE PATRIMONIALI: LA NECESSITÀ DEGLI INDIZI DI PERICOLOSITÀ SOCIALE

La suprema Corte ribadisce, innanzitutto, senza in verità affrontare con precisione le doglianze dei rimettenti, la legittimità della separazione delle misure personali dalle patrimoniali, richiamando la sua precedente giurisprudenza ⁽⁴⁾ con la quale si è sancito il principio, introdotto con le novelle del 2008 e del 2009, della cosiddetta «autonomia della misura patrimoniale di prevenzione» rispetto a quella personale, stabilendo che «le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente» (art. 2-bis, comma 6-bis, l. n. 575 del 1965, introdotto dal d.l. n. 92 del 2008); «il procedimento di prevenzione patrimoniale può essere avviato a prescindere da qualsiasi proposta relativa all'adozione di misure personali».

I ricorrenti lamentavano sostanzialmente che tale separazione avrebbe comportato l'introduzione di una sorta di *actio in rem* rivolta contro il patrimonio prescindendo del tutto dalla sussistenza del requisito soggettivo della "pericolosità sociale del proposto", al punto che "il patrimonio diventerebbe l'esclusivo fine cui tende il procedimento di prevenzione, con la conseguenza che la novella legislativa snaturerebbe le stesse regole di giudizio che governano il processo *de quo* e consentirebbe di confiscare un bene a prescindere dalla verifica del coinvolgimento del soggetto proposto con associazioni di tipo mafioso o similari, in palese contrasto con la tutela del diritto di proprietà e con l'art. 3 Cost., laddove introduce una ingiustificata disparità di trattamento tra il soggetto sottoposto al procedimento penale e quello sottoposto al procedimento di prevenzione, poiché la misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p. presuppone in primo luogo l'accertamento della responsabilità penale della persona che ne è destinataria".

⁽³⁾ Cfr. la *Relazione* sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea (COM(2012)0085 - C7-0075/2012 - 2012/0036(COD)) da parte della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (nel prosieguo la *Commissione LIBE*), A7-0178/2013, 20 maggio 2013, in <http://www.europarl.europa.eu/sides/get>. Cfr. MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie Cedu?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2013, n. 3, p. 252; MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2013.

⁽⁴⁾ Sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, in www.dejure.giuffre.it; cfr. Sez. VI, 10 ottobre 2012, n. 1282, in *C.E.D. Cass.*, n. 254220; Cass., 13 gennaio 2011, n. 18327, in www.dejure.giuffre.it; Sez. I, 13 gennaio 2011, n. 5361, in *C.E.D. Cass.*, n. 249800; Sez. VI, 20 ottobre 2011, n. 484, *ivi*, n. 251648.

La suprema Corte risponde a tale doglianza non solo evidenziando la scelta di politica criminale della separazione delle misure personali dalle patrimoniali, ma precisando che in ogni caso ai fini dell'applicazione delle misure patrimoniali non è più necessaria l'attualità della pericolosità ("al momento della richiesta") e quindi l'applicazione delle misure personali, ma sarà in ogni caso indispensabile che "il giudice accerti in via incidentale l'inquadrabilità del proposto nelle categorie dei soggetti che possono essere destinatari dell'azione di prevenzione"; non si tratta di un procedimento *in rem* puro, ma i destinatari devono rientrare nelle categorie di indiziati a pericolosità qualificata o generica, sia pure non attuale. Anche in altre sentenze la suprema Corte ha ribadito la necessità di tale accertamento incidentale ⁽⁵⁾.

Si deve ribadire a tal proposito che in seguito alle novelle del 2008 e del 2009, nonché in base alla disciplina del "codice delle misure di prevenzione", non sarà possibile procedere al sequestro e alla confisca di un patrimonio in quanto di valore sproporzionato o in quanto risulti di origine illecita, indipendentemente da chi sia il proprietario - anche se morto -, ma si potrà procedere solo nei confronti del patrimonio di soggetti indiziati di appartenere ad un'organizzazione criminale o di commettere uno dei crimini indicati nell'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. o, comunque, di soggetti ai quali possono essere applicate le misure di prevenzione previste dalla l. n. 575 del 1965 e oggi dal codice delle misure di prevenzione; in tale direzione si pronuncia lo stesso art. 1 della legge n. 575/1965 laddove stabilisce che solo i soggetti in questione sono «i destinatari della legge in esame» (Art. 1: «La presente legge si applica agli indiziati di ...»), nonché l'art. 2-*ter* laddove stabilisce che «Con l'applicazione della misura di prevenzione il tribunale dispone la confisca», così indicando che le misure patrimoniali si applicano ai soggetti ai quali può essere applicata la misura personale e cioè ai sensi dell'art. 2 le persone indicate all'art. 1 («Nei confronti delle persone indicate all'art. 1») ⁽⁶⁾.

La stessa l. n. 94/2009, del resto, ha esteso l'ambito di applicazione delle misure di prevenzione ai soggetti indiziati del reato contemplato dall'art. 12-*quinquies* l. n. 356/1992; tale espressa previsione non avrebbe avuto senso se si ritenesse che, ormai, con l'ulteriore riforma del comma 6-*bis* dell'art. 2-*bis* - che non richiede l'attualità della pericolosità - non fosse più necessario l'accertamento di carattere soggettivo, neanche degli indizi di consumazione dei crimini per i quali si applicano le misure di prevenzione ⁽⁷⁾.

Si deve ricordare, inoltre, che già la Corte costituzionale aveva affermato che l'applicazione delle misure patrimoniali presupponeva pur sempre una valutazione di pericolosità del prevenuto anche nelle ipotesi, già previste dall'art. 2-*ter* l. n. 575/1965 prima delle recenti riforme, in cui non si applicava la misura personale (ad esempio a causa dell'assenza o dimora all'estero) («nel caso..., la pronuncia della misura patrimoniale presuppone comunque una valutazione di pericolosità della persona») ⁽⁸⁾; oggi si potrà prescindere dal requisito dell'attualità della pericolosità, ma la necessità dell'accertamento della pericolosità rimane.

⁽⁵⁾ Sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, in *C.E.D. Cass.*, n. 255043; Sez. I, 17 maggio 2013, n. 39204 (dep. 23 settembre), Ferrara, *inedita*; precedentemente Cass., 20 gennaio 2010, n. 11006, in *C.E.D. Cass.*, n. 246682; Cass., 26 maggio 2009, n. 26751, in *www.dejure.giuffrè.it*; Cass., 28 febbraio 1995, n. 775, *ivi*.

⁽⁶⁾ Così MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem*, in MAZZA-VIGANÒ, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008, p. 138 ss.

⁽⁷⁾ MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in MAZZA-VIGANÒ, *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, p. 443.

⁽⁸⁾ C. cost., 8 ottobre 1996, n. 335, in *Foro it.*, 1997, I, c. 23; la Corte sottolinea che "nel caso dell'assenza e della dimora all'estero, la pronuncia della misura patrimoniale presuppone comunque una valutazione di pericolosità della

La Corte costituzionale, inoltre, ha ritenuto che la confisca antimafia e, più in generale, il sistema legislativo della prevenzione patrimoniale antecedente la riforma, sia conforme ai diritti costituzionali previsti dagli artt. 41 e 42 Cost., in quanto la confisca sia rivolta non ai beni di provenienza illegittima come tali, ma in quanto posseduti da persone ritenute pericolose, in quanto “la pericolosità del bene è considerata dalla legge derivare dalla pericolosità della persona che ne può disporre”⁽⁹⁾; la Corte, inoltre, nell’affrontare indirettamente la questione della legittimità costituzionale delle misure di prevenzione patrimoniali nella sentenza n. 48 del 1994⁽¹⁰⁾, ha ritenuto «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 essere frutto di illecita attività economica»⁽¹¹⁾: se venisse meno anche la qualità di indiziato, la pur debole valutazione della Corte costituzionale circa la compatibilità delle misure di prevenzione con i principi costituzionali, già sottoposta a dura prova dalla riforma, crollerebbe.

Anche la Relazione n. III/09/09 dell’Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, datata al 27 luglio 2009, ha evidenziato che, nonostante l’intervento innovativo dettato dall’art. 2, comma 22, della l. 15 luglio 2009, n. 94, “... anche in caso di proposizione di una misura patrimoniale ‘disgiunta’ da una richiesta di misura personale, occorrerà, comunque, che il giudice accerti in via incidentale l’inquadrabilità del proposto nelle categorie dei soggetti che possono essere destinatari dell’azione di prevenzione: indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, ecc.

In tale direzione la dottrina e la giurisprudenza di merito ritiene che, a pena di incostituzionalità della nuova disciplina, non venga meno il collegamento tra la pericolosità sociale del proposto e la misura patrimoniale, legame saldo ed inscindibile anche nella nuova disciplina, con la conseguenza che può applicarsi la misura di prevenzione di natura patrimoniale soltanto all’esito di una positiva verifica del presupposto di pericolosità sociale personale del proposto, sia pure non attuale, nel senso che non deve necessariamente sussistere al momento della richiesta o dell’applicazione della misura patrimoniale, ma è sufficiente che sussistesse in passato⁽¹²⁾”.

— — — —
 persona, come si ricava dal sistema, è affermato dalla giurisprudenza ed è riconosciuto dallo stesso giudice rimettente. In altri casi, la misura di prevenzione personale è, per così dire, resa superflua o assorbita da altre misure già in atto, come le misure di sicurezza, che presuppongono anch’esse una valutazione di pericolosità della persona. In altri ancora, la pericolosità viene dalla legge desunta dall’esistenza di indizi di situazioni personali, anche penalmente rilevanti, di particolare gravità. E, infine, vi sono ipotesi in cui la rilevanza della pericolosità soggettiva è non abolita ma, per così dire, spostata da chi ha la disponibilità economica dei beni a chi dal loro impiego viene avvantaggiato nella propria attività criminosa (art. 3-*quater* e 3-*quinquies*)”.

⁽⁹⁾ C. cost., 8 ottobre 1996, n. 335, in *Foro it.*, 1997, I, c. 23.

⁽¹⁰⁾ In tale sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 12-*quinquies* della l. n. 306 del 1992, che incriminava il possesso ingiustificato di valori da parte di soggetti indiziati o imputati di determinati reati.

⁽¹¹⁾ C. cost., 9-17 febbraio 1994, n. 48, in *Riv. pen. econ.*, 1994, p. 46, con nota di MICHELI, *Reati di sospetto vecchi e nuovi: cronaca di una morte annunciata*; DI CHIARA, *Modelli e standard probatori in tema di confisca dei proventi di reato nello “spazio giudiziario europeo”: problemi e prospettive*, in *Foro it.*, 2002, II, c. 268.

⁽¹²⁾ CAIRO, *Confisca – Misure di prevenzione, Titolo XIX Mafia*, in *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi*, a cura di TARTAGLIA, Roma, 2012, p. 1088; PIGNATONE, *Il modello italiano di contrasto ai patrimoni illeciti: strumenti penali, strumenti di prevenzione, problematiche processuali. La recente riforma delle misure di prevenzione: criticità e prospettive di applicazione*, in *Atti del CSM, Incontro di studio, Roma 27 – 29 gennaio, 2010*; MANGIONE, *La confisca di prevenzione dopo i “due” pacchetti-sicurezza*, in MAZZARESE-AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia - Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Giuffrè

“Anche in caso di proposizione di misura patrimoniale “disgiunta” da una richiesta di misura personale il giudice della prevenzione dovrà valutare la sussistenza dei presupposti di pericolosità sociale delineati dall’art. 1 della l. n. 575/1965 ...: se così non fosse si porrebbero insuperabili questioni di legittimità costituzionale”⁽¹³⁾.

“Se il residuo “barlume” di pericolosità sociale non fosse più richiesto quale presupposto della confisca di prevenzione, questa perderebbe la propria legittimazione costituzionale..”; le “perplexità sono destinate a deflagrare nell’incostituzionalità ove si pretenda di disconoscere in radice il rapporto tra confisca di prevenzione e pericolosità sociale”⁽¹⁴⁾.

«L’applicabilità della misura patrimoniale, dunque, presuppone l’esistenza, seppur non necessariamente attuale, della pericolosità del soggetto, non potendo invece essere condivisa l’interpretazione secondo cui l’art. 2-bis, comma 6-bis, l. n. 575/1965 consentirebbe la confisca dei beni quando il preposto non sia in condizione di giustificarne la legittima provenienza, indipendentemente dalla pericolosità soggettiva del medesimo, poiché tale interpretazione porterebbe a configurare un istituto sanzionatorio incompatibile con i principi costituzionali e della CEDU, ed in particolare: (a) con l’art. 3 Cost., per il più ampio e non razionale ambito di operatività rispetto alle confische ex artt. 240 c.p. e 12-sexies, che richiedono quale presuppo-

2010, p. 74; BALSAMO, *Le misure di prevenzione patrimoniali come modello di “processo al patrimonio”*. Il rapporto con le misure di prevenzione personali, in BALSAMO-CONTRAFATTO-NICASTRO (a cura di), *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, p. 45; cfr. Cass., 27 gennaio 2009, n. 8466, in *www.dejure.it*; Trib. Reggio Calabria, 22 luglio 2009, Alvaro; Trib. Trapani, decreto 5 maggio 2009, Crocchiolo; Trib. Santa Maria Capua Vetere, decreto 7 gennaio 2010, n. 113/95, 41/96 RG. M.P. e 117/2010 R.D., *inedito*: “la procedibilità della confisca di prevenzione, anche in caso di mancanza dei presupposti per l’applicazione delle misure di prevenzione personali” non comporta la “possibilità di disporre il sequestro (né tanto meno la confisca) in danno di soggetti non rientranti *tout court* nelle categorie personalistiche di cui all’art. 1 della legge 575/1965 ... ma che è consentito al tribunale procedere all’adozione di misure di prevenzione patrimoniali nei confronti di persone le quali ... sebbene non più qualificabili come “attualmente” pericolose perché non raggiunte, all’atto della decisione giudiziale del collegio, da sufficienti indizi di appartenenza attuale a contesti di criminalità organizzata operanti in quel determinato momento storico e nei confronti delle quali, pertanto, non sia possibile irrogare la sorveglianza speciale di P.S. ... risultino essere state senza dubbio attinte in passato dalla sufficienza indiziaria di cui all’art. 1 della legge n. 575/1965”.

Contra sembra ammettere la confisca in mancanza di tale accertamento RICCI, in LORUSSO-RICCI, *Le novità del pacchetto sicurezza (seconda parte)*. I profili processuali, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 1495.

⁽¹³⁾ PIGNATONE, *I destinatari delle misure di prevenzione patrimoniale alla luce delle recenti modifiche normative (L. 125/2008 e L. 94/2009)*, in MAZZARESE-AIELLO, *Le misure patrimoniali antimafia*, cit., p. 102-104 s., il quale aggiunge «del resto anche prima della modifica normativa del luglio 2008 la presunzione di pericolosità sociale degli “indiziati di appartenere ad organizzazioni di tipo mafioso” era pur sempre una presunzione *iuris tantum* per la quale era possibile la prova contraria» (Trib. Napoli, 30 ottobre 2008, *inedita*). Si aggiunga che la Corte costituzionale aveva più volte affermato che le fattispecie normative di pericolosità hanno un valore presuntivo che deve essere confermato in concreto riscontrando l’attualità della pericolosità sociale; ID., *Le recenti modifiche alle misure di prevenzione patrimoniale (l. 125/2008 e l. 94/2009) e il loro impatto applicativo*, in FIANDACA - VISCONTI, *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, p. 321 s.; LAGANÀ, *La morte del prevenuto e le antinomie del sistema di confisca*, in MAZZARESE-AIELLO, *Le misure patrimoniali antimafia*, cit., p. 296 ss.

⁽¹⁴⁾ MANGIONE, *Il volto attuale della confisca di prevenzione: riflessioni a margine dei “pacchetti - sicurezza”*, in FIANDACA-VISCONTI, *Scenari di mafia*, cit., 265 s., il quale evidenzia, però, che è difficile sostenere che anche per le nuove categorie di destinatari “possa valere *sic et simpliciter* la medesima presunzione di pericolosità sociale insita nell’appartenenza all’associazione mafiosa” (p. 264); cfr. ID., *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo: riflettendo sull’art. 111 Cost.*, in CASSANO (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il “pacchetto sicurezza”*, NelDiritto Editore, 2009, p. 20 ss. in cui l’autore evidenzia che la presunzione di pericolosità sociale dell’appartenente “di marca giurisprudenziale opera, per un verso, a mezzo di un modello di accertamento che, già in forte contrasto con la garanzia di cui al secondo comma dell’art. 27 della Carta fondamentale, l’art. 111 ha deliberatamente estromesso dalla materia penale; per altro verso nega ogni pretesa di parità fra accusa e difesa” (p. 22).

sto l'accertamento di un fatto di reato posto in essere dal titolare del bene; (b) con l'art. 24 Cost., perché non sarebbe garantito il diritto alla difesa; (c) con gli artt. 41 e 42 Cost., per il superamento dei limiti consentiti al diritto di iniziativa privata e del diritto di proprietà; (d) con l'art. 1 Prot. 1 CEDU, che secondo l'interpretazione della Corte europea consente una ingerenza nel diritto al rispetto dei beni non sproporzionata rispetto allo scopo legittimamente perseguito, assimilabile alla possibilità di privare le persone della proprietà per causa di pubblica utilità. A differenza di quanto accade per le misure di prevenzione personale, tuttavia, l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, in presenza dei relativi presupposti, non presuppone necessariamente la persistenza di tale pericolosità, risultando sufficiente l'accertamento della pericolosità sociale al momento dell'acquisizione del bene oggetto della misura»⁽¹⁵⁾.

Sia chiaro che quando si parla di "pericolosità" del destinatario, anche in relazione al passato, in realtà non si parla di particolare capacità a delinquere rivolta al futuro, ma semplicemente della sussistenza degli indizi circa lo svolgimento nel presente o nel passato⁽¹⁶⁾ (se la pericolosità non è più attuale) di quell'attività criminale che consente di ascrivere il soggetto tra i destinatari delle misure di prevenzione. Le misure di prevenzione, infatti, non sono fondate sulla «pericolosità», intesa come pericolo della commissione di futuri reati, ma piuttosto sulla sussistenza di indizi circa l'attuale o la passata commissione di determinati reati (ad esempio si ritiene in giurisprudenza che la pericolosità va desunta sulla mera base dell'attuale pendenza di procedimenti penali⁽¹⁷⁾ o di una chiamata in reità o correatità, anche prive di riscontri individualizzanti⁽¹⁸⁾), in particolare l'associazione a delinquere di stampo mafioso; un orientamento giurisprudenziale consolidato, infatti, ha sempre affermato che «la pericolosità, se non presunta *iuris et de iure*, è "necessariamente implicita" nell'inserimento del soggetto in un'associazione mafiosa, perciò è sufficiente fornire gli indizi relativi all'appartenenza per desumerne la pericolosità»⁽¹⁹⁾. Per poi precisare che il concetto di appartenenza va distinto sul piano tecnico da quello di partecipazione risolvendosi in una situazione di contiguità all'asso-

⁽¹⁵⁾ Trib. Napoli (sez. misure di prevenzione), 9 dicembre 2010 (dec.), Pres. e Est. Menditto.

⁽¹⁶⁾ Trib. Napoli, 3 ottobre 2012, in *www.dejure.it*: "In tema di misure di prevenzione, permane diversità tra i due procedimenti, penale e di prevenzione, sotto il profilo del grado e del tipo di prova circa il dato della partecipazione del soggetto all'associazione criminale: nel procedimento di prevenzione, a differenza di quello penale, non si richiede la sussistenza di elementi tali da indurre ad un convincimento di certezza, essendo sufficienti circostanze di fatto, oggettivamente valutabili e controllabili, che conducano ad un giudizio di ragionevole probabilità circa l'appartenenza del soggetto al sodalizio criminoso, con esclusione, dunque, di meri sospetti, illazioni e congetture".

⁽¹⁷⁾ Cfr. Cass., 11 febbraio 1997, Giuliano, in *questa rivista*, 1997, p. 2579.

⁽¹⁸⁾ Sez. I, 29 aprile 2011, n. 20160, in *C.E.D. Cass.*, n. 250278; Sez. I, 17 maggio 2013, n. 39204 (dep. 23 settembre), Ferrara, *inedita*.

⁽¹⁹⁾ Si ritiene permanente e latente la pericolosità sociale di una persona indiziata di appartenere ad associazione mafiosa, sicché per escluderla è necessaria la prova del recesso dall'associazione, del quale occorrerebbe acquisire positivamente la prova, non bastando a tal fine eventuali riferimenti al tempo trascorso dall'adesione o dalla concreta partecipazione ad attività associative, Sez. II, 15 gennaio 2013, n. 3809, in *C.E.D. Cass.*, n. 254512; Cass., 22 gennaio 2009, n. 17229 in *Guida dir.*, 2009, 21, p. 80; Cass., 18 dicembre 2008, n. 16030, in *Dir. e giust.*, 2009; Sez. VI, 21 novembre 2008, n. 499, in *www.dejure.it*; Cass., 10 aprile 2008, n. 35357, *ivi*; Cass., 15 maggio 2007, n. 23869, (che cita Sez. II, n. 1014 del 16 dicembre 2005, Lo Presti; Sez. V, n. 43432 del 27 settembre 2004; Sez. II, n. 7616 del 16 febbraio 2006), *ivi*; Cass., 16 aprile 2007, n. 21048, in *Guida dir.*, 2007, n. 27, p. 82; Cass., 23 marzo 2007, n. 18822, in *C.E.D. Cass.*, n. 236920; Cass., 23 gennaio (7 febbraio) 2007, n. 5248, in *questa rivista*, 2008, p. 1174: "Tale principio si fonda sulla considerazione che le associazioni di tipo mafioso per un verso presentano un elevato grado di stabilità e permanenza nel tempo e per altro verso non sono circoli dei quali si possa cessare di far parte semplicemente non rinnovando l'iscrizione o comunicando la disdetta, ma uscire dai quali, il più delle volte comporta rappresaglie o gravi conseguenze per l'interessato ed i suoi familiari"; Cass., 16 febbraio 2006, n. 7616, in *www.dejure.it*; Cass., 16 dicembre 2005, n. 1023, *ivi*;

ciazione stessa, che risulti funzionale agli interessi della struttura “e costituisca una sorta di terreno favorevole permeato di cultura mafiosa”⁽²⁰⁾, «di talché nella categoria dell'appartenenza deve essere indubbiamente ricondotta anche la situazione del concorso esterno nel reato associativo prefigurato dall'art. 416-bis c.p.»⁽²¹⁾.

Anche dopo la riforma della disciplina in materia, pur potendo applicare le misure patrimoniali indipendentemente dalle personali e indipendentemente dall'attualità della pericolosità, si deve ribadire, allora, la necessità per l'accusa di fornire gli indizi (anche se risalenti) della “pericolosità”, – intesa come svolgimento di quell'attività criminale che fa rientrare il soggetto nelle categorie dei destinatari –, separatamente dagli elementi probatori relativi all'origine illecita o al carattere sproporzionato dei beni da confiscare, non essendo possibile dedurre la pericolosità da questi ultimi, perché ciò equivarrebbe ad introdurre un'*actio in rem* pura in violazione del dettato normativo e, quindi, del principio di legalità. Nonostante tali considerazioni non sembrano del tutto sciolti i dubbi sulla costituzionalità di un sistema che consente di confiscare tutti i beni di valore sproporzionato o di origine illecita in base alla sussistenza di meri indizi circa lo svolgimento dell'attività criminale (in mancanza di quei riscontri oggettivi necessari ai fini di una condanna, come precisa la stessa suprema Corte⁽²²⁾) e in mancanza di una condanna, – in contrasto con l'art. 3 della Decisione quadro 2005/212 GAI, che richiede la condanna tra i presupposti della confisca “allargata” –, senza neanche quella valutazione di attualità della pericolosità sociale che, pur con tutte le perplessità su tale tipo di valutazione, serviva in ogni caso a corroborare gli indizi circa l'origine illecita del patrimonio⁽²³⁾.

Per cercare, in ogni caso, di ricondurre il procedimento in questione in limiti compatibili

Cass., 20 novembre 1998, n. 5760, in *questa rivista*, 1999, p. 3238; Cass., 17 marzo 1997, n. 1120, in *www.dejure.it*; Cass., 2 dicembre 1996, in *questa rivista*, 1997, p. 3170. Cfr. GIANFROTTA, *Le misure di prevenzione previste dalle leggi antimafia*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1998, n. 104, p. 36 ss.

⁽²⁰⁾ Sez. II, 21 febbraio 2012, n. 19943, in *www.dejure.it*; conforme Sez. II, 15 gennaio 2013, n. 3809, in *C.E.D. Cass.*, n. 254512, che ribadisce l'orientamento della suprema Corte in base al quale “il requisito dell'attualità della pericolosità è da considerare implicito nella ritenuta attualità dell'appartenenza, opera anche quando quest'ultima assuma la forma di “concorso esterno”, caratterizzato, in quanto tale, dalla non estemporaneità del contributo prestato al sodalizio, e, quindi, dalla presunzione di attualità del pericolo, in assenza di elementi dai quali possa fondatamente desumersi l'avvenuta interruzione del rapporto (Sez. II, 16 febbraio 2006, Catalano; Sez. I, 14 febbraio 2007, Lipari; Sez. VI, 22 gennaio 2009, Scimeni). D'altra parte, la “intranaità” del soggetto nel sodalizio o il fatto che concorra alla associazione senza il vincolo di associato, sono realtà fenomenicamente distinguibili ma “ontologicamente” sovrapponibili, ove riguardate nella prospettiva della “utilità” che l'associazione mafiosa comunque desume dai diversi ruoli di cooperazione, rendendo, dunque, del tutto ragionevole un identico apprezzamento in ordine alla pericolosità di chi un siffatto contributo in varia forma apporta a quel peculiare tipo di sodalizio”.

⁽²¹⁾ Cass., 22 gennaio 2009, n. 17229 in *Guida dir.*, 2009, n. 21, p. 80; Cass., 28 maggio 2008, n. 25919; Cass., 12 dicembre 2007, n. 228; Cass., 4 luglio 2007, n. 33479 e sentenze *ivi* citate; Cass., 16 dicembre 2005, n. 1014; Cass., 16 gennaio 2002, in *questa rivista*, 2003, p. 604; Cass., 17 marzo 1997, *ivi*, 1998, p. 935. In base ad un diverso orientamento, ormai superato, si riconduce il concetto di “appartenenza” a quello di partecipazione di cui all'art. 416-bis, tra le altre, Cass., 28 marzo 2002, n. 23041, in *questa rivista*, 2003, p. 605; Cass., 11 ottobre 2005, n. 44326, in *www.dejure.it*.

⁽²²⁾ Da ultimo Sez. I, 17 maggio 2013, n. 39204 (dep. 23 settembre), *inedita*, p. 6: «quel che è mancato, di necessario ai fini dell'emissione di una sentenza di condanna, sono stati i riscontri oggettivi. Si consideri a tal proposito quanto stabilito da questa stessa Sezione, secondo cui «nel giudizio di prevenzione, data l'autonomia dal processo penale, la prova indiretta o indiziaria non deve essere dotata dei caratteri prescritti dall'art. 192 c.p.p., e le chiamate in correità o in reità non devono essere necessariamente qualificate dai riscontri individualizzanti, ai fini dell'accertamento della pericolosità» - Sez. I, n. 20160 del 29 aprile 2011 (dep. 20 maggio 2011), in *C.E.D. Cass.*, n. 250278.

⁽²³⁾ Per una valutazione della riforma sia consentito il rinvio a MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., p. 456 ss.; cfr. in prospettiva critica MANGIONE, *La confisca di prevenzione dopo i “due” pacchetti-sicurezza*, cit., p. 61 ss.; D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della*

con i principi costituzionali, si deve ribadire quanto richiesto dalla Corte costituzionale circa la rilevanza degli indizi ai fini dell'applicazione della misura di prevenzione: non ci si può accontentare delle incertissime connotazioni sulla tipologia d'autore e ci si deve spingere alla valutazione di qualche concreta manifestazione dell'attività mafiosa ⁽²⁴⁾; nella sentenza n. 177/1980 la Corte ha precisato che la reciproca implicazione tra "principio di legalità" e "garanzia giurisdizionale" postula come essenziale corollario il rifiuto del "sospetto" come presupposto sufficiente ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione, con la conseguenza che il giudizio di pericolosità deve essere necessariamente fondato su «una oggettiva valutazione di fatti», in modo da «escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili da parte di chi promuove o applica la misura di prevenzione» ⁽²⁵⁾. Gli indizi debbono fare apparire come sufficientemente o altamente probabile l'appartenenza al sodalizio criminale (indizi di per sé certi tali da fondare un giudizio di *qualificata probabilità* ⁽²⁶⁾), senza che si raggiunga il livello della certezza ⁽²⁷⁾.

3. I SOGGETTI A PERICOLOSITÀ GENERICA COME DESTINATARI DELLA CONFISCA: INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA

La suprema Corte ribadisce ancora una volta nella sentenza in esame che la riforma del 2008 ha esteso l'ambito di applicazione della confisca misura di prevenzione a tutti i soggetti a pericolosità generica attraverso l'abrogazione dell'art. 14 l. n. 55/1990, richiamando quello che definisce "un pacifico orientamento in questa Sede ormai da tempo espresso", in base al quale "l'abrogazione della norma speciale di cui alla l. n. 55 del 1990, art. 14 – che precludeva l'applicazione delle misure di sicurezza patrimoniali in caso di pericolosità cosiddetta generica, consentendola solo in caso di pericolosità cosiddetta qualificata – per effetto del d.l. n. 92 del 2008, art. 11-ter, convertito in l. n. 125 del 2008, ha determinato la riespansione della norma generale di cui alla l. n. 152 del 1975, art. 19, comma 1, in quanto il rinvio da essa enunciato è di ordine formale, nel senso che, in difetto di un'espressa esclusione o limitazione, è da intendersi esteso a tutte le norme successivamente interpolate nell'atto-fonte, in sostituzione, modifica o integrazione di quelle originarie" ⁽²⁸⁾. La suprema Corte valuta come "manifestamente infon-

confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità «patrimoniale», in BARGI-CISTERNA (a cura di), *La giustizia penale patrimoniale*, Torino 2011, p. 125-152, il quale esprime timori per la violazione dei diritti di difesa e del contraddittorio derivanti dalla separazione delle misure personali dalle patrimoniali; MIUCCI, *Profili di problematicità del procedimento di prevenzione in materia di mafia*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, I, p. 182 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. SIRACUSANO, *Commento all'art. 14 L. 13/9/1982 n. 646 (Norme "Antimafia")*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 302; GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Appendice di aggiornamento, Roma, 1996, p. 13; MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, 2001, p. 59 ss. (nel prosieguo MANGIONE, *op. cit.*); MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, 2001, p. 360 ss.

⁽²⁵⁾ C. cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. cost.*, 1980, p. 1535; così anche C. cost., 23 marzo 1964, n. 23, *ivi*, 1964, p. 193. Conformi Cass., 28 giugno 1993, in *questa rivista*, 1994, n. 1222; Cass., 24 marzo 1993, *ivi*, 1994, p. 1352; Cass., 1° marzo 1993, *ivi*, 1994, p. 1347.

⁽²⁶⁾ Così Cass., 26 aprile 1995, Guzzino, in *Riv. pen.*, 1996, p. 245.

⁽²⁷⁾ Cass., 23 gennaio 1992, in *questa rivista*, 1992, p. 65; Cass., 13 aprile 1987, *ivi*, 1988, p. 1969; Cass., 23 marzo 1987, in *Rep. Foro it.*, 1988, n. 128, p. 1978. Cfr. Cass., 31 gennaio 1996, Giorgeri, in *Riv. pen.*, 1996, p. 907; Cass., 8 marzo 1994, Scaduto, in *questa rivista*, 1995, p. 1358; Cass., 18 maggio 1992, *ivi*, p. 2377; Cass., 1° ottobre 1993, *ivi*, 1993, p. 392; FIANDACA, *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzia di legalità*, in *Foro it.*, 1987, c. 368; FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. d. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 122; MANGIONE, *op. cit.*, p. 165.

⁽²⁸⁾ Sez. V, 8 giugno 2011, n. 26044, in *C.E.D. Cass.*, n. 250923.

dato anche il sospetto di violazione del principio di uguaglianza, non essendo affatto irragionevole la scelta discrezionale compiuta dal legislatore nell'estendere il regime delle misure di sicurezza patrimoniali, oltre che di quelle personali, ai casi di pericolosità c.d. generica ⁽²⁹⁾”.

L'art. 14 della l. n. 55/1990, ponendo fine ad accese discussioni, aveva sancito l'applicazione delle patrimoniali anche in relazione ai soggetti contemplati dall'art. 19 della l. 22 maggio 1975, n. 152 (legge Reale); tale legge ha esteso le misure di prevenzione anche nei confronti dei soggetti indicati negli artt. 1 e 2 della l. n. 1423/1956, ossia nei confronti di coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi e di 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. Si discuteva in dottrina e in giurisprudenza se il rinvio contenuto nell'art. 19 (“Le disposizioni di cui alla legge 31 maggio 1965, n. 575, si applicano anche alle persone indicate ...”) potesse essere considerato come un rinvio formale rispetto ad un atto fonte, che avrebbe consentito di richiamare tutte le disposizioni contenute, in qualunque momento introdotte, e, quindi, anche le misure patrimoniali introdotte successivamente alla norma in esame (art. 14 l. n. 646/1982 e successive modifiche); o, piuttosto, come un rinvio materiale che avrebbe escluso l'applicabilità delle sopravvenute misure patrimoniali ai soggetti a pericolosità generica. L'art. 14 l. n. 55 del 1990 – «sopravvenuta e derogatoria norma (*lex specialis posterior*)» ⁽³⁰⁾ – aveva risolto la questione sancendo chiaramente l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali a tali soggetti ma solo «quando l'attività delittuosa da cui si ritiene derivino i proventi sia una di quelle previste dagli articoli 600, 601, 602, 629, 630, 644, 648-bis o 648-ter del codice penale, ovvero quella di contrabbando»; si escludeva l'applicazione delle patrimoniali per le ipotesi di mera pericolosità generica, che non fondasse una ragionevole presunzione di illecito arricchimento

L'eliminazione dell'art. 14 l. n. 55 del 1990 da parte del d.lg. n. 92/2008 è stata interpretata, come confermato dalla sentenza in esame, come un ampliamento dell'ambito di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali che, senza le limitazioni previste nell'art. 14, possono applicarsi ai soggetti indiziati di essere dediti a traffici delittuosi o che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose, indipendentemente da quali siano i crimini fonte dei proventi. L'opposta interpretazione, in base alla quale l'eliminazione dell'art. 14 avrebbe escluso l'applicabilità delle misure patrimoniali a tutti i soggetti a pericolosità generica ⁽³¹⁾, anche quelli indiziati dei delitti indicati nella norma abrogata, avrebbe comportato la conseguenza di non poter applicare le misure di prevenzione patrimoniali ai soggetti indiziati di vivere con il provento dei reati di cui agli artt. 629, 644, 648-bis e 648-ter, fattispecie non contemplate tra quelle fonte di pericolosità qualificata (art. 1 l. n. 575/1965 anche in seguito alle riforme del 2008 e del 2009) ⁽³²⁾.

L'art. 19 l. n. 152 del 1975, come riformato, quindi, estende ai soggetti indicati – a pericolosità generica – sia le misure personali sia le patrimoniali, prevedendo che “Le disposizioni di cui alla legge 31 maggio 1965, n. 575, si applicano anche alle persone”, non limitando in alcun modo il richiamo alle misure personali ex art. 2 l. n. 575/1965. I problemi del rispetto del principio di legalità vengono risolti con un argomento già utilizzato nel passato, e cioè con la

⁽²⁹⁾ *Ibidem*.

⁽³⁰⁾ Cass., 5 febbraio 2008, n. 6841, in *www.dejure.it*.

⁽³¹⁾ In tale direzione Muccì, *op. cit.*, p. 187 ss.

⁽³²⁾ Cass. 4 febbraio 2009, n. 6000, in *www.dejure.it*.

considerazione che la legge di riforma, in questo caso l'art. 11 del d.l. n. 92/2008, aggiornando l'art. 19, avrebbe confermato il dato letterale che estende il rinvio a tutte le disposizioni della legge n. 575/1965, ribadendo l'estensione alle misure patrimoniali⁽³³⁾, anche perché l'art. 2-ter nel disciplinare il sequestro continua a prevedere la clausola di riserva nei confronti della sospensione dell'amministrazione dei beni prevista dagli artt. 22, 23 e 24 della l. n. 152/1975; tale clausola non avrebbe senso se non fosse possibile applicare le misure patrimoniali ai soggetti indicati dall'art. 19. Tale interpretazione, come evidenzia la sesta sezione nella sentenza in commento, è in linea con quel corposo orientamento giurisprudenziale, confermato dalle Sezioni unite⁽³⁴⁾, in base al quale «il rinvio di cui all'art. 19, comma 1, l. n. 152 del 1975 non ha carattere materiale o recettizio, ma formale, nel senso che, in difetto di un'espressa esclusione o limitazione, deve ritenersi esteso a tutte le norme successivamente interpolate nell'atto-fonte, in sostituzione, modificazione o integrazione di quelle originarie, e non limitato alle sole misure di carattere personale» e che, quindi, «sussiste una completa equiparazione, sia in riferimento alle misure di prevenzione personali che in riferimento a quelle patrimoniali, tra soggetti pericolosi in quanto indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso o ad esse assimilate, e soggetti pericolosi in quanto ritenuti abitualmente dediti a traffici delittuosi ovvero ad attività delittuose da cui traggono i mezzi di vita, risultando estesa ai secondi la disciplina comunque introdotta per i primi»⁽³⁵⁾.

Tale riforma ha finito per ampliare a dismisura l'ambito di applicazione delle misure patrimoniali in mancanza di quella ragionevole prognosi di illecito arricchimento fondata sulle fattispecie di pericolosità mafiosa o, comunque, su fattispecie particolarmente gravi, strettamente connesse al crimine organizzato (come il riciclaggio); durante la discussione sull'ambito di applicazione della legge Reale prima della riforma, infatti, parte della dottrina riteneva che le ragioni politico-criminali che hanno indotto all'introduzione delle misure ablative non sussistano per situazioni caratterizzate da pericolosità generica⁽³⁶⁾. I principi di legalità, proporzionalità, colpevolezza e presunzione d'innocenza che già sono seriamente compromessi dal sistema delle misure di prevenzione patrimoniali nei confronti di soggetti indiziati di appartenere ad organizzazioni mafiose o di compiere crimini connessi, vengono ulteriormente e ingiustificatamente sacrificati (a parte lo spreco di energie investigative).

Non si deve dimenticare, del resto, che la Corte costituzionale si è pronunciata contro le fattispecie di pericolosità generica laddove ha precisato che i presupposti di fatto, sui quali fondare la prognosi di pericolosità, devono essere «previsti dalla legge» (e, perciò, passibili di accertamento giudiziale): le «condotte presupposte per l'applicazione delle misure di prevenzione, poiché si tratta di prevenire reati, non possono non involgere il riferimento, esplicito o implicito, al o ai reati o alle categorie di reati della cui prevenzione si tratta, talché la descrizione della o delle condotte considerate acquista tanta maggiore determinatezza in quanto consenta

⁽³³⁾ Prima delle riforme cfr. SPAGNOLO, *Breve commento alle "nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale" (l. n. 55/90)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 697; NANULA, *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici - strutture di coordinamento - legislazione vigente*, Milano, 1999, p. 82.

⁽³⁴⁾ Sez. un., 25 marzo 2010, n. 13426, in *C.E.D. Cass.*, n. 246272.

⁽³⁵⁾ Così Cass., 2 febbraio 2006, n. 15038, in *questa rivista*, 2007, p. 3018; conformi Cass., 5 dicembre 2002, n. 1379, in *Dir. e giust.* 2003, n. 12, p. 104; Cass., 16 dicembre 1996, n. 6825, in *C.E.D. Cass.*, n. 207019; Cass., 21 gennaio 1993, n. 226, *ivi*, 193247; Cass., 21 settembre 1999, n. 5063, *ivi*, n. 214421.

⁽³⁶⁾ FIANDACA, *op. cit.*, c. 69.

di dedurre dal loro verificarsi nel caso concreto la ragionevole previsione (del pericolo) che quei reati potrebbero venire consumati ad opera di quei soggetti»⁽³⁷⁾. Dovrebbero, quindi, essere legislativamente descritti i comportamenti che costituiscono il presupposto del giudizio di pericolosità, nonché i reati di riferimento di tale giudizio; l'art. 14 l. n. 55/1990 indicava, perlomeno, i reati di riferimento, con la sua abrogazione si ritorna a discutibili forme di pericolosità generica che non dovrebbero giustificare l'intervento patrimoniale (né, in realtà, quello personale).

La separazione dalle misure personali per i soggetti a pericolosità generica di cui all'art. 19 l. n. 152/1975 comporterà, poi, che sia possibile confiscare i beni di soggetti indiziati di "essere stati dediti a traffici delittuosi", gli indizi potrebbero fare riferimento ad un'attività antecedente. Si potrebbe trattare di soggetti che hanno ormai dimostrato una certa discontinuità; certo una simile interpretazione presuppone che l'essere indiziati di essere dediti..., alla luce dell'art. 2-bis, comma 6-bis, possa essere rivolto anche al passato, anche se la norma richiede che i preposti siano indiziati di essere dediti e non di essere stati dediti. L'aspetto più inquietante è rappresentato dalla circostanza che in base a tale disciplina non sussiste un limite temporale, nel senso che anche se sussistono indizi di un'attività delittuosa remota, sarà possibile applicare le misure patrimoniali.

In ogni caso per tentare di delimitare l'ambito di applicazione di una tale ipotesi dovrebbe essere valorizzato l'accertamento della "dedizione" ad attività illecite, nel senso che non dovrebbe essere sufficiente un singolo precedente penale o una precedente misura di prevenzione – magari risalenti – in mancanza dell'accertamento di una simile dedizione e cioè di un'attività criminale di carattere continuativo; in tale prospettiva anche la sentenza in esame evidenzia come la pronuncia impugnata avesse dato conto delle ragioni giustificative dell'esito decisorio anche "attraverso la compiuta individuazione degli elementi dimostrativi della continuativa dedizione del *de cuius* ad attività delittuose, anche risalenti nel tempo, di natura estorsiva, truffaldina ed usuraria"⁽³⁸⁾. Ma, soprattutto, la stessa suprema Corte ha correttamente evidenziato che "le norme previste dall'art. 1, nn. 1 e 2, della l. 27 dicembre 1956, n. 1423 – nella parte in cui statuivano (prima della loro formale abrogazione per effetto dell'art. 120, comma primo, lettera a) del d.lg. 6 settembre 2011, n. 159) che i provvedimenti previsti dalla legge si applicassero a coloro che "sono abitualmente dediti a traffici delittuosi" e a coloro che "vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose" – sono soggette a stretta interpretazione, con esclusione dei reati contravvenzionali"⁽³⁹⁾. Tale interpretazione è doverosa, ad avviso della suprema Corte, non solo in considerazione della gravità delle misure di prevenzione e della loro incidenza diretta, definitiva e sostanziale su beni essenziali dell'uomo e garantiti dalla nostra Costituzione e dalla CEDU (quali la libertà personale, il patrimonio e la stessa libertà di iniziativa economica, come sancito anche nella sentenza n. 93/2010 della Corte costituzionale)⁽⁴⁰⁾, ma anche dei canoni ermeneutici sanciti dall'art. 12 delle preleggi e soprattutto del principio di stretta legalità che deve essere applicato anche alle misure di prevenzione, alla luce del processo di progressiva "giurisdizionalizzazione" di tale materia: «nel n. 1 e nel n. 2 il legislatore aggiunge ai sostantivi "traffici e attività" l'aggettivo delittuosi, il

(37) C. cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. cost.*, 1980, p. 1546.

(38) P. 14.

(39) Sez. II, 23 marzo 2012, n. 16348, in *www.dejure.it* e in *Dir. e giust.*, 2012, 4 maggio (nota di DE FRANCESCO); conforme Trib. Brindisi, 16 aprile 2013, Rossini, est. Biondi, in *Dir. pen. cont.*, 2013.

(40) Sez. V, 17 novembre 2011, n. 7800, in *C.E.D. Cass.*, n. 251716.

cui unico significato è: “che costituiscono delitti”. Pertanto il riferimento al termine delitto sgombra il campo da possibili estensioni alle contravvenzioni, restringendo l’applicazione delle misure di prevenzione solo ai soggetti sospettati di compiere le più gravi forme di reato. Mentre invece per le persone di cui al n. 3 la generica indicazione del termine “reato” consente di comprendere anche le contravvenzioni».

La suprema Corte precisa, infatti, che «poiché le misure di prevenzione hanno natura sostanzialmente e formalmente afflittiva e non possono perseguire alcuna finalità rieducativa, anche in tale materia il procedimento probatorio deve assumere il carattere della giurisdizionalità, sia sul piano soggettivo che su quello oggettivo: sul piano soggettivo, nel senso che deve essere un organo giurisdizionale a presiedere alla formazione della prova; sul piano oggettivo, nel senso che devono essere rigorosamente rispettati anche in materia di prevenzione i principi di riserva di legge e di determinatezza della fattispecie sanciti dagli artt. 13 e 27 Cost. ⁽⁴¹⁾».

In relazione poi alla seconda ipotesi di pericolosità generica, soggetti indiziati di vivere con il provento del crimine, non essendo più necessario accertare la pericolosità sociale, gli indizi per rientrare nella categoria dei destinatari *ex art. 19 l. n. 152/1975* (“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”) finiranno per coincidere, se già non coincidevano prima, con quelli relativi al carattere sproporzionato o all’origine illecita del patrimonio, nel senso che laddove si accerti il carattere sproporzionato o l’origine illecita del patrimonio si potrà affermare che si tratta di soggetti indiziati di vivere con il provento del crimine e ciò sarà sufficiente per procedere alla confisca dei beni, realizzandosi una vera e propria *actio in rem*, con l’accentuarsi di tutti i rischi evidenziati in termini di rispetto dei principi costituzionali. Sarà così pienamente superato quell’indirizzo giurisprudenziale che, prima delle riforme del 2008 e del 2009, per applicare la confisca misura di prevenzione richiedeva la duplice tipologia di indizi, sia in relazione all’appartenenza dell’inquisito ad un’associazione mafiosa, sia in relazione all’illegittima provenienza dei beni, rientranti nella sua disponibilità ⁽⁴²⁾.

Si può ricordare, infine, a tal proposito che contro l’art. 19, comma 1, l. n. 152 del 1975, nella parte in cui estende l’applicazione delle disposizioni di cui alla l. n. 575 del 1965 anche ai soggetti a pericolosità generica (le persone indicate nella l. n. 1423 del 1956, art. 1 n. 1 e 2) è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 10 e 117 Cost., in quanto “tali disposizioni consentono la confisca dei beni anche in assenza di condanne definitive a carico del soggetto interessato”, in contrasto con il diritto comunitario e in particolare con le decisioni quadro 2005/212/GAI e 2006/783/GAI che “prevedono, anche con riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale ed alla Convenzione del Consiglio d’Europa del novembre 1990, che i poteri estesi di confisca possano essere esercitati nei confronti di soggetti che siano stati condannati per reati specificamente indicati (art. 3 decisione quadro 2005/212/GAI)”, realizzati nell’ambito di un’organizzazione criminale. In particolare si contesta la mancanza di una condanna definitiva, richiesta invece

⁽⁴¹⁾ La Corte cita Sez. I, 21 gennaio 1991, n. 212, in *C.E.D. Cass.*, n. 186501; Sez. VI, 4 gennaio 2000, n. 8, *ivi*, 215856.

⁽⁴²⁾ Cfr. Cass., 16 dicembre 2005, n. 1014; Cass., 23 giugno 2004, in *questa rivista*, 2005, p. 2704; Cass., 5 febbraio 1990, in *Riv. pen.*, 1991, m. 95; Cass., 12 maggio 1987, in *Giust. pen.*, 1988, III, c. 335; App. Napoli, 7 gennaio 1987, in *Foro it.*, 1987, II, c. 359; App. Napoli, 13 ottobre 1986, *ivi*, 1987, II, c. 360; cfr. Cass., 18 maggio 1992, in *Cass. pen. Mass.*, 1992, fasc. 12, m. 111.

dalla decisione quadro 2005/212/GAI, anche ai fini del mutuo riconoscimento in base alla decisione quadro n. 783/2006.

La suprema Corte rigetta come manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale perché la decisione quadro in questione non è auto esecutiva, anche se comunque si potrebbe richiedere l'interpretazione conforme in base a quanto sancito dalla Corte di Giustizia a partire dalla sentenza Pupino⁽⁴³⁾, ma soprattutto perché, osserva correttamente la Corte, "l'armonizzazione perseguita a livello di Unione Europea con le decisioni quadro richiamate attengono ad una soglia minima di comune aggressione dei proventi dei reati indicati nell'elenco, ma non vietano ai singoli Stati membri di prevedere più ampi livelli di intervento"; tanto è vero, si può aggiungere, che la decisione quadro n. 212/2005 nel concepire tre modelli alternativi di confisca allargata, piuttosto garantistici, e imporle l'adozione agli Stati, usa l'espressione "perlomeno", nel senso che tali modelli rappresentano lo strumento minimo, salva la possibilità per gli Stati di adottare forme di confisca più efficaci anche se a scapito delle garanzie della materia penale⁽⁴⁴⁾.

La Corte, poi, precisa che "la questione di legittimità costituzionale prospettata era manifestamente infondata anche se riguardata sotto il profilo della violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, atteso che la Corte di Strasburgo ha ritenuto i procedimenti di prevenzione anche patrimoniali non in contrasto con la Convenzione predetta in quanto perseguano uno scopo legittimo e siano necessari per garantire il soddisfacimento di un interesse della collettività"; in effetti, come esaminato in altre sedi, la giurisprudenza di Strasburgo ha in linea di massima considerato il sacrificio del diritto di proprietà, che la confisca misura di prevenzione comporta, proporzionato allo scopo perseguito, la lotta contro la criminalità organizzata, e non rilevanti *ratione materiae* le censure di violazione della presunzione di innocenza e del principio di legalità/irretroattività non trattandosi di una pena ma di una misura di prevenzione (tradendo la sua stessa interpretazione della nozione autonoma di materia penale)⁽⁴⁵⁾.

4. LA NATURA DELLA CONFISCA

Nel caso di specie si trattava di applicare la confisca nei confronti dei beni del proposto morto entro i cinque anni precedenti il procedimento, consentita in seguito alla riforma introdotta con il d.lg. n. 92/2008.

⁽⁴³⁾ C. giust. CE, 16 giugno 2005, C-105/03, Maria Pupino, in *GUCE* L 82 del 22 marzo 2001, p. 1 ss. (in *Foro it.*, 2006, c. 595 ss.).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 573.

⁽⁴⁵⁾ Sez. II, 18 gennaio 2012, n. 4316, in *www.dejure.it*. Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 678 ss., p. 530 ss.; MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione*, cit., p. 546 ss., 542 ss.; MAUGERI, *La conformità dell'actio in rem con il principio del mutuo riconoscimento*, in MAZZARESE-AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Milano, 2010, p. 187 ss.; PADELETTI, Art. 1 Prot. add. Conv. eur. dir. uomo, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001, p. 814 ss.; MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni irrisolte ed altre ancora aperte*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, n. 3-4, p. 15 ss.; ABBADESSA-MAZZACUVA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2011, p. 323 ss.; BALSAMO, *Il rapporto tra forme "moderne" di confisca e presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *questa rivista*, 2007, p. 3936; MADHLOM, *Confiscation and Conspiracy: The Timing and Substance of a Conspiracy to Evade Excise Duty*, in *Journ. of Crim. Law*, 2011, p. 356 ss.

La suprema Corte ripercorre a tal proposito gli argomenti utilizzati dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 21 e 216 del 2012 nelle quali ha riconosciuto la compatibilità con i principi del giusto processo della confisca nei confronti dei beni del morto e soprattutto del procedimento nei confronti dei successori ⁽⁴⁶⁾, partendo dall'assunto che la confisca in esame "non ha un carattere sanzionatorio di natura penale, né quello di un provvedimento di prevenzione, ma va ricondotta nell'ambito di quel *tertium genus* costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prescritta dall'art. 240, comma 2 c.p., con la conseguenza che la confisca dei beni rientranti nella disponibilità di soggetto proposto per l'applicazione di una misura di prevenzione personale – una volta che siano rimasti accertati i presupposti di pericolosità qualificata del soggetto stesso, nel senso della sua appartenenza a un'associazione di tipo mafioso, e di indimostrata legittima provenienza dei beni confiscati – non viene meno a seguito della morte del proposto, intervenuta prima della definitività del provvedimento di prevenzione" ⁽⁴⁷⁾.

La Corte conferma quello che rappresenta una posizione consolidata, risalente alla sentenza Simonelli delle Sezioni unite che non solo ha negato «il carattere sanzionatorio di natura penale» della confisca ex art. 2-ter l. n. 575/1965, ma anche «quello di un provvedimento di prevenzione», essendo incompatibile la sua definitività con il carattere preventivo, rinvenendosi piuttosto la sua *ratio*, nell'eliminazione dal circuito economico dei beni di origine criminale (la *ratio* posta a base delle specifiche disposizioni in materia, dirette, come si ritiene in modo pressoché concorde, ad eliminare dal circuito economico beni provenienti da attività che, a seguito degli accertamenti disposti, devono ritenersi ricollegate alla ritenuta appartenenza del soggetto ad un'associazione di tipo mafioso. La confisca, invero,; è diretta, peraltro, a differenza della misura di prevenzione personale (o di quella patrimoniale, avuto riguardo alla cauzione) a sottrarre "i beni", in via definitiva, alla disponibilità dell'indiziato di appartenenza ad associazione di tipo mafioso: ...») ⁽⁴⁸⁾.

Questo orientamento è stato ripetutamente confermato dalla suprema Corte anche in seguito alle riforme del 2008 e del 2009 ⁽⁴⁹⁾, e nella sentenza in esame ribadito anche alla luce di tali riforme, precisando che "le scelte di politica criminale sottese agli interventi operati dal legislatore con le novelle del 2008 e del 2009 incidono sulla sfera dei diritti, costituzionalmente tutelati, di proprietà e di iniziativa economica, il cui ambito di applicazione, tuttavia, ben può

⁽⁴⁶⁾ C. cost., 9 febbraio 2012, n. 21, in *Dir. pen. cont.*, 2012, www.penalecontemporano.it, ha negato l'incompatibilità della disciplina in questione con il diritto di difesa – art. 24 Cost. – e con il diritto al giusto processo – art. 111 Cost. –, osservando che sono garantiti i diritti di difesa dei successori, che sono le parti processuali («al successore sono assicurati, nel procedimento in questione, i mezzi probatori e i rimedi impugnatori previsti per il *de cuius*, sicché ciò che può mutare è solo il rapporto di conoscenza che lega il successore stesso ai fatti oggetto del giudizio e in particolare, nella specie, a quelli integranti i presupposti della confisca»), ma soprattutto ribadendo la peculiarità del procedimento patrimoniale rispetto al processo penale e quindi l'impossibilità di riconoscere le medesime garanzie laddove viene in gioco il patrimonio e non la libertà personale; conforme C. cost., 30 luglio 2012, n. 216, in *questa rivista*, 2012, p. 4075. Cfr. LICATA, *La costituzionalità della confisca antimafia nei confronti degli eredi: un altro passo verso la definizione della natura dell'actio in rem*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 242 s., che trae dalla prima pronuncia, la n. 21, il sostanziale riconoscimento della costituzionalità dello sganciamento delle misure personali dalle patrimoniali.

⁽⁴⁷⁾ La Corte cita: Sez. un., n. 18 del 3 luglio 1996, dep. 17 luglio 1996, in *C.E.D. Cass.*, n. 205262; Sez. II, n. 19914 del 31 gennaio 2005, dep. 26 maggio 2005, *ivi*, n. 231873; v., inoltre, Sez. V, n. 16580 del 20 gennaio 2010, dep. 29 aprile 2010, *ivi*, n. 246863.

⁽⁴⁸⁾ Sez. un., 3 luglio 1996, n. 18, Simonelli, in www.dejure.it; Sez. I, 15 giugno 2005, n. 27433, *ivi*.

⁽⁴⁹⁾ Cass., 9 novembre 2012, n. 12003, B., *ivi*; Sez. II, 14 marzo 2012, n. 21894, in *questa rivista*, 2013, p. 1600; Sez. V, 20 gennaio 2010, n. 16580, in *C.E.D. Cass.*, n. 246863.

essere limitato nell'interesse delle esigenze di sicurezza e dell'utilità generale (art. 41, comma 2, Cost.), nonché della funzione sociale della proprietà (art. 42, comma 2, Cost.), secondo contenuti e finalità le cui concrete modulazioni non possono che definirsi nell'ambito della discrezionalità propriamente riservata al legislatore, tenuto conto dell'esigenza, generalmente condivisa e più volte posta in luce dalla giurisprudenza di questa suprema Corte (v., ad es., la su citata pronuncia resa da Sez. un., 3 luglio 1996, n. 18), di sottrarre i patrimoni accumulati illecitamente alla disponibilità dei soggetti che non possono dimostrarne la legittima provenienza" ⁽⁵⁰⁾.

Tale orientamento, però, si può osservare per inciso, non è più uniforme, in quanto la stessa suprema Corte, la quinta sezione, con una sentenza appena precedente quella in commento ha affermato la natura "oggettivamente sanzionatoria" della confisca misura di prevenzione, applicando di conseguenza il principio di irretroattività, il tutto in base all'interpretazione sostanzialistica della nozione di materia penale della Corte EDU, che impone di accertare la natura della sanzione, al di là della qualifica formale (riconoscendo il carattere vincolante della giurisprudenza della CEDU per l'interprete, in base ad un principio sancito dalla stessa Corte costituzionale ⁽⁵¹⁾); nella sentenza in questione la Corte osserva che non è più possibile equiparare la confisca misura di prevenzione ad una misura di sicurezza laddove è venuto meno il comune presupposto e cioè il giudizio di pericolosità sociale attuale: laddove "del giudizio di attuale pericolosità sociale si possa fare a meno, ed una misura di prevenzione (patrimoniale) possa essere disposta anche prescindendo da una tale verifica ... non sembra possibile ricavare regole formali per la disciplina di quel procedimento da una norma – l'art. 200 c.p. – che fonda la sua ragion d'essere proprio su quell'indefettibile presupposto". L'accoglimento di una simile posizione, assolutamente apprezzabile in termini di garanzie, avrebbe non poche conseguenze sulla realizzazione delle stesse finalità politico criminali che hanno ispirato le recenti riforme,

⁽⁵⁰⁾ P. 10. La questione della legittimità costituzionale dell'art. 2-ter rispetto all'art. 42 Cost., è stata dichiarata manifestamente infondata dalla Corte costituzionale nella, già citata, pronuncia relativa all'art. 708 c.p., C. cost. 19 novembre 1992, n. 464, in *questa rivista*, 1993, p. 1632 e 2215. Anche la suprema Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 della legge n. 646/1982 in relazione agli artt. 3, 24, 41 e 42 Cost. in quanto "la norma in questione non crea disparità tra cittadini, dal momento che essa trova applicazione nei confronti di coloro che, sulla base di elementi di fatto, vengono ritenuti abitualmente dediti a traffici delittuosi o alla commissione di determinati reati". "La limitazione o la perdita del diritto di proprietà è ampiamente giustificata dall'esigenza della società di difendere i cittadini da soggetti particolarmente pericolosi, i quali potrebbero utilizzare i beni accumulati per comportamenti malavitosi". Si giustifica, insomma, l'applicazione di quella che è considerata come una sorta di espropriazione di pubblica utilità in considerazione "della pericolosità attuale di determinate persone, alimentata e potenziata dalla disponibilità di beni di illecita provenienza", Cass., 7 maggio 1993, n. 704, in *Riv. pen.*, 1994, p. 441.

⁽⁵¹⁾ Tra le altre C. cost., 4 aprile 2011, n. 113, in *G.U.* 13 aprile 2011 (<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>); C. cost., 7 marzo 2011, n. 80, in *G.U.* 13 marzo 2011 (<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>); C. cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, p. 297; C. cost., 27 febbraio 2008, n. 39, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1037; C. cost., 30 aprile 2008, n. 129, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 881; Cass., 12 novembre 2008, n. 45807, in *Foro it.*, 2009, II, c. 65; Cass., 1° dicembre 2006, in *questa rivista*, 2007, p. 1448 s., con nota di DE MATTEIS; cfr. MASTROIANNI, *L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le regole comunitarie e dell'Unione europea. La posizione della Corte Costituzionale Italiana*, in *Dir. com. e degli scambi intern.*, 2009, p. 439; DRZEMCZEWSKY, *Art. 46. Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001, p. 685 ss.; EPIDENDIO, *Forza vincolante delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 94 s.; BIN-BRUNELLI-PUGIOTTO-VERONESI, *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Giappichelli, 2007; MANES, *Art. 7, §§ I – XV*, in BARTOLE-DE SENA-ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2012, p. 272 ss.

come esaminato in altra sede ⁽⁵²⁾, al punto che si dubita che la suprema Corte l'accoglierà, come dimostra, del resto, la sentenza in commento che continua a ribadire l'"ambigua" natura della confisca in esame ricondotta, con formula tralattizia ma funzionalistica, al *tertium genus*, nonché la giurisprudenza successiva della suprema Corte.

Aderendo a tale orientamento, infatti, la prima Sezione ha recentemente affermato che "l'affrancamento dall'attualità della pericolosità del proposto non ha comportato alcun riassetto teleologico dell'istituto, quanto, se mai, un rafforzamento dell'efficacia rispetto all'originario fine, sì come poc'anzi indicato con l'espressione mutuata dalla richiamata decisione delle Sezioni unite. È appena il caso di osservare che, se nell'originario sistema di prevenzione patrimoniale lo stato di pericolosità sociale del proposto avesse avuto un ruolo preponderante, tale che ora il ridimensionamento dovrebbe comportare un ripensamento complessivo di sistemazione dommatica e di definizione della disciplina, la confisca non avrebbe potuto strutturarsi con i caratteri dell'intervento ablatorio ordinariamente irreversibile – che ne hanno determinato l'inquadramento in un'autonoma categoria – ma avrebbe dovuto seguire, con il necessario connotato della provvisorietà, le evoluzioni del giudizio sulla posizione personale del proposto, venendo meno con la cessazione della di lui pericolosità sociale. Già questa osservazione elementare può essere sufficiente ad affermare che le novelle normative del 2008 e del 2009 non hanno determinato una radicale inversione di rotta nel disegno legislativo, ma hanno approfondito una tendenza che percorreva da tempo la materia, senza quindi comportare alcuna frattura col precedente sistema" ⁽⁵³⁾. In realtà le stesse Sezioni unite nella sentenza Simonelli avevano negato la mera natura preventiva della confisca di prevenzione, che non si fonda tanto sulla pericolosità *ante delictum*, ma sull'accertamento di una sorta di pericolosità *praeter probationem delicti*; la separazione ha rappresentato l'atto finale di una progressiva autonomizzazione delle misure patrimoniali realizzatesi sia a livello giurisprudenziale, – consentendo la confisca nei confronti del defunto laddove la morte sia sopravvenuta prima della definitività del provvedimento di confisca ⁽⁵⁴⁾ o consentendo di applicare la confisca anche dopo la cessazione della durata della misura di prevenzione personale (purché il procedimento preventivo sia stato iniziato prima della cessazione della durata della misura personale) ⁽⁵⁵⁾ –, sia a livello legislativo prevedendo l'applicazione della confisca in alcune particolari ipotesi (assenza o dimora all'estero) e soprattutto introducendo la confisca *ex art. 3-quinquies* l. n. 575/1965 nei confronti dei beni di soggetti non indiziati, ma la cui attività economica "agevola" quella dell'indiziato ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵²⁾ MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"? Conseguenze per la riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 26 luglio 2013 e in corso di pubblicazione in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2013.

⁽⁵³⁾ Sez. I, 17 maggio 2013, n. 39204 (dep. 23 settembre), Ferrara, *inedita*, p. 10. Affermano la retroattività delle riforme introdotte nel 2008 e nel 2009 Sez. II, 14 maggio 2009, n. 33597, in *C.E.D. Cass.*, n. 245251.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. MAUGERI, *Dall'actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia?*, in VISCONTI-FIANDACA, *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, p. 251 ss. e dottrina e giurisprudenza ivi citata.

⁽⁵⁵⁾ Così C. cost., 28 dicembre 1993, n. 465, Trimboli, in *Giur. cost.*, 1993, p. 3821; cfr. C. cost., 8 ottobre 1996, n. 335, in *Foro it.*, 1997, I c. 24.

⁽⁵⁶⁾ C. cost., 8 ottobre 1996, n. 335, in *Foro it.*, 1997, I, c. 23; la Corte sottolinea che "nel caso dell'assenza e della dimora all'estero, la pronuncia della misura patrimoniale presuppone comunque una valutazione di pericolosità della persona, come si ricava dal sistema, è affermato dalla giurisprudenza ed è riconosciuto dallo stesso giudice rimettente. In altri casi, la misura di prevenzione personale è, per così dire, resa superflua o assorbita da altre misure già in atto,

Si precisa, poi, che “l’interesse pubblico all’eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta illegittima provenienza, per l’appartenenza del titolare ad associazioni di tipo mafioso, sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati ad incrementare il patrimonio del soggetto e prescinde dal fatto che perduri in capo a quest’ultimo lo stato di pericolosità, perché la finalità preventiva che si intende perseguire con la confisca risiede proprio nell’impedire che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anomali accumuli di ricchezza, quale che sia la condizione del soggetto che poi si trovi a farne in qualsiasi modo uso”⁽⁵⁷⁾.

Rispetto a tale contrasto giurisprudenziale in ordine alla natura della forma di confisca in esame, sicuramente si può affermare che la finalità preventiva di tale sanzione non può essere ricondotta al classico modello delle misure *ante delictum*, ma va ricondotta, da una parte, in un’ottica macrocriminale, ad esigenze di prevenzione dell’infiltrazione criminale nell’economia, come espressamente affermato dalla Corte costituzionale⁽⁵⁸⁾, e della connessa alterazione dei normali meccanismi di funzionamento di un sistema economico di tipo tendenzialmente concorrenziale⁽⁵⁹⁾, e, dall’altra parte, ad esigenze di incapacitazione economica della criminalità.

Nell’ottica del legislatore, infatti, la tutela della libertà d’iniziativa economica presuppone la garanzia delle condizioni della sua concreta esplicazione, e cioè, innanzitutto, della funzionalità concorrenziale e dell’eliminazione o dell’attenuazione dei meccanismi diretti ad alterarla o viziarla; l’intervento statale deve avere questa funzione regolatrice volta ad impedire, per l’aspetto che qui interessa, che la spasmodica ricerca del profitto privato, che dell’iniziativa privata costituisce il fattore propulsivo, si ponga in contrasto con i fini sociali, elevati dalla Costituzione a valori cardine dell’ordinamento⁽⁶⁰⁾. In questa prospettiva si giustifica il sistema preventivo patrimoniale quale strumento di lotta contro l’infiltrazione criminale nell’economia; e soprattutto si giustifica un sistema di misure sganciate da presupposti di carattere soggettivo, essendo in gioco la realizzazione dei valori che caratterizzano il modello stesso di sistema economico tracciato dalla Costituzione⁽⁶¹⁾.

Se è vero, però, che la tutela di fondamentali valori costituzionali come l’art. 42 Cost., giustifica un intervento statale volto ad eliminare quel pericoloso fattore di alterazione delle regole del mercato rappresentato dal patrimonio di origine illecita o dall’impresa criminale (per le sue modalità di gestione), non si può dimenticare che un simile intervento deve essere comunque proporzionato, mantenuto nei limiti della stretta necessità funzionale alla realizzazione degli scopi perseguiti con il sacrificio del bene in questione. Il rispetto del principio di

come le misure di sicurezza, che presuppongono anch’esse una valutazione di pericolosità della persona. In altri ancora, la pericolosità viene dalla legge desunta dall’esistenza di indizi di situazioni personali, anche penalmente rilevanti, di particolare gravità. E, infine, vi sono ipotesi in cui la rilevanza della pericolosità soggettiva è non abolita ma, per così dire, spostata da chi ha la disponibilità economica dei beni a chi dal loro impiego viene avvantaggiato nella propria attività criminosa (art. 3-*quater* e 3-*quinqies*)”. Cfr. MAUGERI, *Dall’actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., p. 252 ss.

⁽⁵⁷⁾ Sez. I, 17 maggio 2013, n. 39204 (dep. 23 settembre), Ferrara, *inedita*, p. 10.

⁽⁵⁸⁾ C. cost. 19 novembre 1992, n. 464, in *questa rivista*, 1993, p. 2215.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. in quest’ultima direzione, GAROFOLI, *Costituzione economica, trasformazioni in atto del modello economico e tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali - Teoria e prassi applicativa*, Bari, 1997, p. 71.

⁽⁶⁰⁾ Così GAROFOLI, *Costituzione economica*, cit., p. 75 ss.

⁽⁶¹⁾ Così GAROFOLI, *Costituzione economica*, cit., p. 94; in tale direzione cfr. CARINGELLA, *Lo status di sottoposto a misura di prevenzione. Riflessi amministrativi, con particolare riferimento alla legislazione in tema di appalti pubblici*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, Bari, 1998, p. 442.

proporzione, che deve presiedere qualunque limitazione dei diritti del cittadino da parte dell'autorità, deve essere garantito allora e innanzitutto attraverso il rispetto dei principi fondamentali che presiedono il potere d'intervento dello Stato e dei principi che disciplinano l'applicazione del tipo di misura prescelto – pena, misura di sicurezza o misura di compensazione ⁽⁶²⁾. In relazione alla confisca misura di prevenzione, invece, non sembra che vengano rispettati tali principi: manca la prova del nesso causale con il delitto che potrebbe giustificare la confisca come misura di compensazione – riequilibrio economico; manca la condanna per un reato e la commisurazione al disvalore del fatto che potrebbero giustificarla come pena; manca la pericolosità della cosa o un suo comprovato rapporto con un delitto, che potrebbe giustificare per ragioni di prevenzione in senso stretto il venire meno della garanzia costituzionale del diritto di proprietà e della libertà d'iniziativa economica ⁽⁶³⁾.

Si è creato uno strumento che, in mancanza di un valido accertamento dell'origine illecita dei beni che lo possa ricondurre ad una finalità di riequilibrio economico, laddove si fonda sul sospetto nei confronti del singolo individuo può rivelarsi come una sorta di pena sommaria, applicata al di fuori del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento penale, dal principio di legalità al principio di personalità della pena ⁽⁶⁴⁾. È vero, come afferma, la suprema Corte nella sentenza in esame ⁽⁶⁵⁾, che il diritto di proprietà non è inviolabile, ma in un sistema democratico la sanzione rappresentata dalla limitazione o dalla perdita di un diritto fondamentale deve rappresentare la conseguenza di un *fatto* illecito in conformità con il principio di legalità, e non si può, invece, fondare una simile sanzione su una presunzione di carattere soggettivo (la pericolosità sociale) o sul sospetto della consumazione di reati.

In un'ottica di bilanciamento di valori, la necessità di fondare la violazione, – attraverso degli strumenti sanzionatori –, del diritto di proprietà e della libertà d'iniziativa economica su un sufficiente quadro probatorio deriva, allora, dalle stesse esigenze che, come evidenziato, ne impongono una più ampia tutela contro le infiltrazioni criminali; e cioè tale necessità deriva dall'importanza economica e sociale che nella società moderna hanno assunto le libertà connesse al patrimonio e dall'inedita rilevanza che in un quadro sovranazionale riveste la materia economica, oggetto di una puntuale attenzione del legislatore europeo nella definizione dei processi di produzione, di allocazione e d'investimento della ricchezza, coinvolgendo strumenti giuridici di natura differente, appartenenti al diritto civile, al diritto commerciale, al diritto amministrativo, etc.; in altri termini, emerge una fondamentale esigenza di coordinamento del sistema preventivo con gli altri rami dell'ordinamento, nazionale e sovranazionale, che il sistema preventivo antimafia tende talora a sacrificare ⁽⁶⁶⁾.

5. LA CONFISCA NEI CONFRONTI DEI BENI DEL DEFUNTO

La suprema Corte ribadisce, inoltre, nella sentenza in esame che proprio alla luce dello "scopo perseguito dal legislatore con la normativa" in oggetto – "eliminare dal circuito economico,

⁽⁶²⁾ Cfr. ESER, *Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum*, Tübingen 1969, p. 144 ss.; STREE, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, Tübingen, 1960, p. 85 ss..

⁽⁶³⁾ Cfr. Cass., 17 luglio 1995, D'Antoni, in *Riv. pen.*, 1996, p. 526; conforme Cass., 13 novembre 1997, n. 6379, Di Martino, in *questa rivista*, 1998, p. 3404.

⁽⁶⁴⁾ MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 528.

⁽⁶⁵⁾ Cass., 4 gennaio 1985, in *questa rivista*, 1986, p. 378; conforme Cass., 5 agosto 1992, Vincenti, in *Mass. Cass. pen.*, 1992, fasc. 12, m. 111; Cass., 12 maggio 1986, n. 2151, in *C.E.D. Cass.*, n. 173496.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 676; MANGIONE, *op. cit.*, p. 586 ss.

collegato ad attività e soggetti criminosi, beni dei quali non venga fornita una dimostrazione di lecita acquisizione” –, la Corte costituzionale, con le pronunce n. 21 e 216 del 2012, ha ritenuto conforme ai principi costituzionali il procedimento in materia anche laddove coinvolge i successori del soggetto defunto prima dell’inizio del procedimento, dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale della l. n. 575/1965, art. 2-ter, comma 11, sollevate in relazione agli artt. 24 e 111 Cost.

Secondo la Corte costituzionale, infatti, ferma restando la ormai acquisita configurazione giurisdizionale del procedimento di prevenzione, che impone in via di principio l’osservanza delle regole (come quelle del contraddittorio) coesenziali al giudizio in senso proprio (sentenza n. 77 del 1995), deve rimarcarsi, per un verso, che “il procedimento di prevenzione, il processo penale e il procedimento per l’applicazione delle misure di sicurezza sono dotati di proprie peculiarità, sia sul terreno processuale che nei presupposti sostanziali” e, per altro verso, che “le forme di esercizio del diritto di difesa (possono) essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento, allorché di tale diritto siano comunque assicurati lo scopo e la funzione” (sentenza n. 321 del 2004).

Tali sentenze della Corte costituzionale vengono, quindi, interpretate come una sorta di riconoscimento della costituzionalità della separazione delle misure personali dalle patrimoniali ⁽⁶⁷⁾ e, in particolare di quell’ipotesi fondamentale di scissione che si realizza consentendo l’applicazione della confisca nei confronti del defunto: nell’ipotesi in esame si realizza la vera e propria *actio in rem*, l’azione patrimoniale pura direttamente contro il patrimonio del deceduto, fondata su una sorta di pericolosità reale dello stesso derivante dalla sua origine illecita (indipendentemente da chi ne sia l’attuale proprietario), salva la prova dell’inquadrabilità del defunto nella categoria dei destinatari.

La *ratio* politico criminale di tali forme di confisca è ben nota. L’esperienza giudiziaria ha fatto riscontrare delle ipotesi in cui l’organizzazione criminale ha preferito sacrificare la vita di un proprio membro per evitare di subire la confisca dei beni di cui il proposto risultava titolare o comunque di cui aveva la disponibilità; la possibilità di proseguire il procedimento nei confronti del morto consente di prevenire simili sacrifici o comunque di evitare che l’ablazione dei patrimoni illeciti sia frustrata a causa della morte. Si osserva a tal proposito nella Relazione della Commissione Antimafia che “l’arricchimento illecito accertato in capo al proposto, giunge agli eredi in caso di morte del proposto medesimo prima che il procedimento sia concluso. La natura illecita dell’arricchimento che perviene agli eredi rende opportuno prevedere che, in tali casi, il procedimento di prevenzione continui nei confronti degli eredi medesimi, similmente a quanto accade, ai sensi della legge n. 20/1994, per i giudizi di responsabilità amministrativa dinanzi alla Corte dei conti, nei casi di illecito arricchimento del dante causa”.

Anche l’esigenza di procedere nei confronti del patrimonio di un soggetto che è già morto da cinque anni deriva dall’esperienza giudiziaria che ha fatto emergere delle ipotesi in cui i pubblici ministeri vengono a conoscenza del carattere illecito di un patrimonio, magari grazie alle rivelazioni di un collaboratore, solo in seguito alla morte del titolare e non è possibile procedere nei confronti dei successori perché non rientrano nella categoria dei destinatari

⁽⁶⁷⁾ In questa direzione LICATA, *La costituzionalità della confisca antimafia nei confronti degli eredi: un altro passo verso la definizione della natura dell’actio in rem*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 242 s. Timori per la violazione dei diritti di difesa e del contraddittorio derivanti dalla separazione in questione, invece, in D’ASCOLA, *op. cit.*, p. 125; MANGIONE, *La confisca di prevenzione dopo i «due» pacchetti sicurezza*, in MAZZARESE-AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia*, cit., p. 61.

(indiziati di ...). Sarà possibile procedere contro il patrimonio del defunto anche nel caso in cui costui non sia mai stato oggetto di un giudizio di pericolosità (né sottoposto a misura di prevenzione personale, né condannato per i reati previsti dalla disciplina in materia). La delimitazione temporale all'intervento in esame cerca *in extremis* di delimitare l'ambito di applicazione di una tale forma di confisca, in conformità ad esigenze di tutela del mercato e dell'economia, in quanto occorre garantire i diritti degli aventi causa, che non possono essere sottoposti *sine die* alla spada di Damocle delle misure di prevenzione.

Nonostante tali considerazioni e gli argomenti utilizzati dalla Corte costituzionale nel ribadire la costituzionalità del peculiare procedimento volto all'applicazione della confisca nei confronti dei successori del morto, rimane il problema che l'onere della difesa per i successori sarà particolarmente difficile da adempiere, dovendo confutare l'origine illecita dei beni e quindi provare la lecita attività economica del *de cuius*. La disciplina delle misure di prevenzione patrimoniali finisce per imporre a tutti i cittadini l'onere di dimostrazione della lecita origine di ogni proprio bene o cespite patrimoniale indipendentemente dal momento dell'acquisto, perlomeno al fine di confutare le allegazioni dell'accusa; tale onere di allegazione, particolarmente complesso soprattutto laddove riferito a cespiti patrimoniali acquisiti anche in epoca remota, risulterà sicuramente più arduo per i successori che potrebbero anche essere del tutto ignari dell'attività economica del *de cuius*.

A tal proposito è vero quanto afferma la sesta Sezione in questa sentenza circa la distinzione tra "l'onere di conservazione della documentazione entro la scadenza dei relativi termini fissati dalla normativa civile e fiscale" e "l'onere della prova in merito alla contestazione della effettiva sussistenza dei presupposti di applicabilità della misura patrimoniale oggetto della richiesta, onere, questo, il cui assolvimento non è soggetto ad alcuna restrizione o limitazione di ordine temporale"; con la conseguenza che "il fatto di non essere obbligata a conservare il materiale documentale relativo ad atti e rapporti stipulati o instaurati in epoca risalente ad oltre dieci anni dalla proposta dal p.m. formulata, di certo non esonera, in sé e per sé, la parte che vi è tenuta dall'onere, sulla stessa incombente per legge, di contestare, allegando idonei elementi di prova, l'insussistenza dei presupposti di applicabilità della richiesta misura di prevenzione patrimoniale, ricadendo esclusivamente in suo danno il fatto di non essere in condizione di dimostrare, per tale ragione, l'origine lecita delle proprie disponibilità economiche". La mancata considerazione dei limiti temporali derivanti dalle norme concernenti l'obbligo di tenuta delle scritture contabili (*ex art. 2220 c.c.*), nonché di atti e documenti fiscali o tributari (*ex art. 8, comma 5, della l. n. 212/2000*), fa emergere, però, quanto possa essere difficile a distanza di tempo dimostrare l'origine lecita dei propri beni, tanto più da parte del successore; emerge in maniera decisiva la necessità di ribadire che, in ogni caso, l'onere della prova dell'origine illecita spetta all'accusa, come si esaminerà nei prossimi paragrafi, se non si vogliono violare principi e diritti fondamentali, dal diritto di proprietà, alla presunzione d'innocenza con il connesso diritto di difesa.

6. LA "RINNOVATA" RICHIESTA DELLA CORRELAZIONE TEMPORALE E L'ONERE DELLA PROVA (RINVIO)

La suprema Corte nella sentenza in esame sembra affermare un importante principio e cioè la necessità della correlazione temporale tra la pericolosità sociale e il momento dell'acquisto del bene, in quanto la Corte non si limita, come sopra evidenziato, a richiedere l'accertamento incidentale della pericolosità sociale del prevenuto, anche se non più attuale, e quindi della sua

inquadrabilità nelle categorie dei destinatari delle misure di prevenzione, ma precisa che tale pericolosità doveva sussistere al momento dell'acquisto del bene, con la conseguenza, particolarmente esaltata dalla successiva giurisprudenza di merito ⁽⁶⁸⁾, che sarà possibile confiscare solo i beni acquistati in correlazione temporale con tale pericolosità. La suprema Corte, infatti, precisa che "Il bene, pertanto, viene colpito non solo se ricorrono gli ordinari presupposti dell'illecita provenienza, ma anche *se è stato acquistato da persona che era, all'epoca, pericolosa*. Il mero decorso del tempo, o comunque la cessazione della pericolosità del soggetto (ovvero, qualunque ragione che non consenta di applicare la misura di prevenzione), non possono avere l'effetto positivo di rendere lecito il possesso del bene da parte di colui *che lo ha illecitamente acquisito (quando era pericoloso)* o ne trae la conseguente utilità, sia pure di riflesso, quale successore a titolo universale o particolare".

La Corte accoglie in tal guisa quell'orientamento più garantista, in base al quale ⁽⁶⁹⁾ si richiede la correlazione temporale tra la pericolosità e l'acquisizione dei beni confiscati, e occorre, quindi, verificare che i beni da confiscare siano entrati nella disponibilità del proposto non già anteriormente, ma successivamente o almeno contestualmente al suo inserimento nel sodalizio criminale ⁽⁷⁰⁾ o comunque alla sua attività illecita ("è illegittima la confisca disposta su beni acquisiti in epoca non riconducibile a quella dell'accertata pericolosità" ⁽⁷¹⁾). Tale orientamento, come osservato in altra sede, rende la confisca in esame maggiormente conforme ai principi di proporzionalità e di presunzione d'innocenza, in quanto il suo accertamento rende meno onerosa per il proprietario la contro-prova dell'origine lecita dei suoi beni ⁽⁷²⁾, circoscrivendo gli effetti della conseguente confisca ⁽⁷³⁾, e, in conformità alla presunzione d'innocenza come regola dell'esclusività dell'accertamento della colpevolezza in sede processuale, alleggerisce il rischio che si debbano subire le conseguenze di fatti non accertati, – rischio intrinsecamente connesso al mero carattere indiziario dello stesso accertamento di pericolosità e, quindi, della partecipazione ad organizzazione od attività criminali –.

Si richiede, allora, che la pericolosità "sia comunque accertata con riferimento al momento dell'acquisto del bene, oggetto della richiesta ablatoria" ⁽⁷⁴⁾; in tale direzione si osserva in dottrina che "il bene può essere appreso col sequestro di prevenzione solo se acquistato da persona che era pericolosa, con la conseguenza che non può condividersi quell'orientamento

⁽⁶⁸⁾ Trib. Brindisi, 16 aprile 2013, Rossini, est. Biondi, in *Dir. pen. cont.*, 2013.

⁽⁶⁹⁾ Cass., 21 aprile 2011, n. 27228, in *C.E.D. Cass.*, n. 250917; Cass., 9 febbraio 2011, n. 6977, in *www.dejure.it*; Cass., 15 gennaio 2010, in *Foro it. Rep.*, 2010, voce *Misure di prevenzione*, n. 39; Cass., 15 dicembre 2009, n. 2269, in *www.dejure.it*; Sez. I, 4 giugno 2009, n. 35175, *ivi*; Cass., 29 maggio 2009, n. 35466, *ivi*; Sez. I, 11 dicembre 2008, n. 47798, in *questa rivista*, 2009, p. 3977; Cass., 8 aprile 2008, n. 21717, in *C.E.D. Cass.*, n. 240501; Cass., 23 gennaio 2007, n. 5248, in *questa rivista*, 2008, p. 1174; Sez. I, 5 ottobre 2006, n. 35481, in *C.E.D. Cass.*, n. 234902.

⁽⁷⁰⁾ Cass., 13 maggio 2008, n. 21357, in *www.dejure.it*; Cass., 23 marzo 2007, n. 18822, *ivi*; Cass., 16 aprile 2007, n. 21048, *ivi*; Cass., 16 gennaio 2007, n. 5234, in *Guida dir.*, 2007, p. 1067 parla di ragionevolezza temporale; Cass., 13 giugno 2006, in *C.E.D. Cass.*, n. 234733; Cass., 3 febbraio 1998, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 424; Cass., 2 maggio 1995, n. 2654, in *C.E.D. Cass.*, n. 202142. Conforme GALANELLA, *La Corte di Cassazione e l'Incompiuta della prevenzione patrimoniale antimafia, tra razionalità garantista e relativismi funzionalistici*, in Atti dell'incontro di studio organizzato dal C.S.M. in Roma, 24-26 settembre 2008, sul tema "Dalla tutela del patrimonio alla tutela dai patrimoni illeciti", p. 33 ss.; cfr. NANULA, *Le nuove norme sul possesso ingiustificato di valori*, in *Il Fisco*, 1995, p. 10134.

⁽⁷¹⁾ Cass., 16 aprile 2007, n. 21048, in *www.dejure.it*.

⁽⁷²⁾ Cfr. sul punto DI LENA, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *Ind.pen.*, 1999, p. 1222.

⁽⁷³⁾ Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 625-695.

⁽⁷⁴⁾ Trib. Brindisi, 16 aprile 2013, Rossini, est. Biondi, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 7 ss.

che va consolidandosi nel supremo Collegio secondo cui si può prescindere da qualunque correlazione tra epoca d'acquisto dei beni ed epoca di accertamento della pericolosità" (75).

Anche nella Relazione dell'Ufficio del Massimario, sopra citata, si sottolinea che "... la nuova norma non risolve, inoltre, almeno esplicitamente, la complessa questione relativa alla necessità – o meno – di una correlazione temporale tra la pericolosità sociale del soggetto e l'acquisto dei beni da sottoporre alle misure di prevenzione patrimoniali" (76). Si ritiene che in materia non debbano essere disconosciuti gli "equilibri interpretativi più avanzati che, ..., si diceva essere frutto dell'elaborazione della Corte di legittimità" (77).

In tal guisa, del resto, la stessa suprema Corte, perlomeno in qualche sentenza, ha continuato a richiedere l'accertamento di tale elemento anche in seguito alle riforme del 2008 e del 2009 (78), o, comunque, anche laddove ammette che se ne possa prescindere, ribadisce più vigorosamente la necessità della prova dell'origine illecita dei beni da confiscare, così riconoscendo che la rinuncia all'accertamento della correlazione temporale, che rappresenta un significativo indizio dell'origine illecita, deve rappresentare l'ultima *ratio* e in sua mancanza si deve pretendere in maniera ancora più rigorosa la prova indiziaria dell'origine illecita dei beni da confiscare (che comunque andrebbe richiesta) (79); la suprema Corte richiede "un protocollo valutativo che dia contezza: - in primo luogo, del perché debba ravvisarsi una matrice illecita

(75) Cfr. MENDITTO, *L'applicazione disgiunta della misura patrimoniale dopo l'annullamento del decreto di irrogazione della misura personale e patrimoniale per mancanza di attuale pericolosità sociale*, Trib. Santa Maria Capua Vetere, 2 maggio 2012, in *Dir. pen. cont.*, 11 settembre 2012.

(76) Cita la relazione in Richiesta ex art. 611 c.p.p. il p.m. Gialanella, Nr. Reg. Generale 39871/2012 - Sez. I, Castello (Sez. II, Sentenza n. 3809 del 15 gennaio 2013, (dep. 24 gennaio 2013), in *C.E.D. Cass.*, n. 254512).

(77) Cfr. P.M. Gialanella, Richiesta ex art. 611 c.p.p., Nr. Reg. Generale 39871/2012 - Sez. 1°, cit.

(78) Sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2634, in *www.dejure.it*; Trib. Napoli, sez. ap. mis. prev., 6 luglio 2011 (dep.), Pres. ed est. Menditto: "Questo tribunale (cfr. decreto n. 276/2010 del 5.11/9.12.10), nell'esaminare il tema dell'operatività del principio di applicazione disgiunta introdotto dal d.l. n. 92/2008, conv. in l. n. 125/1992, ha avuto modo di affermare che deve ritenersi più rispondente al sistema della prevenzione la necessaria correlazione temporale fra gli indizi di carattere personale sull'appartenenza del soggetto ad una associazione di tipo mafioso (ovvero di manifestazione della pericolosità per le varie categorie di persone nei confronti delle quali è oggi consentita la misura patrimoniale) e l'acquisto dei beni, dovendo verificarsi se i beni da confiscare siano entrati nella disponibilità del proposto, non già anteriormente, ma successivamente o almeno contestualmente al suo inserimento nel sodalizio criminoso (ovvero alla manifestazione della pericolosità). L'organo inquirente deve provare (...). 3. che il valore dei beni sequestrati sia sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta dal proposto, ovvero siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego (...). Orbene, la lettura coordinata delle suddette norme, pone in evidenza che, per la legge, ciò che rileva ai fini della confisca, è solo la prova della pericolosità e della illegittima provenienza dei beni (sentenza n. 20906/09)".

(79) MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., p. 473; MAUGERI, *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali*, cit., p. 39 ss.; conforme GIALANELLA, *Un problematico punto di vista sui presupposti applicativi del sequestro e della confisca di prevenzione dopo le ultime riforme legislative e alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in FIANDACA-VISCONTI, *Scenari di mafia*, cit., p. 386 s. In tale direzione, almeno in parte, la suprema Corte - Cass., 11 dicembre 2008, n. 47798, in *www.dejure.it* - ha affermato che «pur rimanendo valido l'insegnamento di questa Corte per cui occorre verificare se i beni da confiscare siano entrati nella disponibilità del proposto non già anteriormente, ma contestualmente o successivamente al suo inserimento nel sodalizio mafioso», si ritiene che «la pure innegabile necessità di un nesso temporale tra manifestazione della pericolosità qualificata ed acquisizione dei beni non va riferita alle risultanze del processo penale, ma al quadro indiziario posto a base dell'autonomo processo di prevenzione, il cui "perimetro cronologico" ben può essere diverso da quello del giudizio penale (Sez. I, 4 luglio 2007, Richichi e Vadala; Sez. I, 5 ottobre 2006, n. 35481, Gashi) ed addirittura estendersi ai beni acquistati prima dell'inizio dell'appartenenza ad associazione mafiosa, sempre che essi costituiscano presumibile frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, nel senso che esista una chiara connessione dei beni con un'attività illecita senza che rilevi distinguere se tale attività sia o meno di tipo mafioso (Sez. I, 15 gennaio 1996, in *C.E.D. Cass.*, n. 204036; Sez. II, 26 gennaio 1998, *ivi*, n.

specifici dei beni confiscati ..., anche, ma non esclusivamente, in ragione dell'epoca della genesi di ognuno di essi" ⁽⁸⁰⁾.

Da ultimo la suprema Corte in una recentissima sentenza – caso Castello – sottolinea l'esigenza della prova della correlazione temporale perlomeno ai fini della confisca fondata sugli indizi di origine illecita dei beni, distinguendo, invece, l'ipotesi in cui la confisca viene applicata in considerazione della pericolosità sociale, anche se risalente, e della *mera sproporzione* tra il valore del bene e la situazione reddituale del prevenuto al momento dell'acquisto: «Il sistema delinea, infatti, una condizione soggettiva, quale è quella dell'indiziato di appartenenza ad una associazione mafiosa, ed un presupposto oggettivo a struttura plurima», quale è quello di poter disporre, direttamente o indirettamente, di beni il cui valore – ricollegendo all'epoca della relativa acquisizione – risulti sproporzionato al reddito dichiarato o alla attività economica svolta dal proposto. Nulla di legittimo, dunque, l'esigenza di una prova positiva circa l'attualità della condizione soggettiva di sospetto "mafioso" al momento della acquisizione del bene, giacché, ove così fosse, una siffatta corrispondenza refluirebbe nella diversa ed autonoma ipotesi in cui il sequestro e la confisca si giustificano in ragione del fatto che si ha motivo di ritenere che lo stesso sia frutto di attività illecita o ne costituisca reimpiego. Con ciò evocandosi la necessità di quel vincolo di pertinenzialità, essenziale per il sequestro e la confisca "ordinari", ma del tutto estraneo alla confisca antimafia tipica. L'autonomia delle due nozioni, d'altra parte, è resa trasparente dallo stesso testo normativo, nella parte in cui, attraverso l'uso della congiunzione "nonché", distingue nettamente fra loro l'ipotesi in cui la confisca si fonda sulla sproporzione di valore tra beni e attività "trasparenti" del proposto (parametro, questo, assunto quale indice presuntivo della illecita origine dei beni o della relativa provvista), rispetto alla ipotesi in cui i beni "risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego" ⁽⁸¹⁾.

In ogni caso, però, anche laddove si confiscano i beni per la mera sproporzione, non si considera «il dato temporale del tutto neutro agli effetti dello scrutinio che il giudice della prevenzione deve condurre», ma lo si considera rilevante sotto il profilo probatorio («giacché esso può e deve essere preso in considerazione sul diverso versante della peculiare scansione "probatoria" che caratterizza la materia delle misure di prevenzione»), richiedendo non «un accertamento positivo di rigorosa coincidenza cronologica tra l'accumulo patrimoniale e le concrete manifestazioni di "appartenenza" del proposto al sodalizio mafioso», ma perlomeno la mancanza di un eccessivo iato temporale tale da scardinare la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale fondata sui due elementi della pericolosità sociale, anche se risalente, e della sproporzione: «è pur sempre necessario postulare che tra l'acquisizione dei beni e la condizione di "appartenenza" non sia ravvisabile uno lato temporale di dimensioni tali da "scardinare" la correlabilità tra la condizione soggettiva di indiziato di "mafiosità" con l'intima ragion d'essere di quella presunzione di illecita accumulazione di beni di cui si è detto, giacché, altrimenti, i due parametri di "sospetto" (quello della condizione soggettiva, e quello riguar-

211435; Sez. II, 6 maggio 1999, *ivi*, n. 213853)». Conforme Cass., 4 luglio 2007, n. 33479, *ivi*; in tale direzione Cass., 4 febbraio 2010, *ivi*, n. 246084.

⁽⁸⁰⁾ Sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 25341, in www.penalcontemporaneo.it; Cass., 12 dicembre 2007 (22 gennaio 2008), Giammanco N. e Mineo V., n. 3413. Cfr. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria"*, cit., p. 43 ss.; MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., p. 425.

⁽⁸¹⁾ Sez. II, 15 gennaio 2013, n. 3809, in *C.E.D. Cass.*, n. 254512.

dante l'origine dei beni) cesserebbero di essere requisiti "concorrenti" ai fini della applicazione della misura, per diventare condizioni indipendenti e logicamente scoordinate fra loro». In conclusione, ad avviso della suprema Corte, che riprende testualmente le considerazioni del p.m., anche laddove manca la prova della correlazione temporale, dovrebbe emergere dal requisito della sproporzione rispetto allo specifico acquisto, insieme alla mancanza di sufficienti allegazioni difensive e all'impossibilità di ricostruire "le vicende della vita del proposto contestuali all'acquisto del bene", "induttivamente, la dimostrazione indiziaria – sufficiente all'ablazione – che anche il bene, acquisito in epoca diversa rispetto alla consumazione di specifici fatti-manifestazione di pericolosità, si iscrive nel contesto di un'esperienza esistenziale illecita – non avvisandosi, nella debita indagine sulla vita del proposto, altro contrario segnale di comportamenti non devianti, lecitamente produttivi di reddito». Il tutto viene valutato alla luce del minore rigore probatorio richiesto ai fini della misura patrimoniale, avendo cura la Corte di precisare che le misure in esame sono «fondate su paradigmi ricostruttivi che si discostano dalla regola dell'accertamento "al di là di ogni ragionevole dubbio" che invece caratterizza il giudizio penale di "responsabilità"».

Anche laddove, dunque, la suprema Corte sembra voler rinunciare alla correlazione temporale e cioè l'ipotesi in cui la confisca si fonda sull'accertamento del carattere sproporzionato del valore del bene al momento dell'acquisto, finisce per richiedere complessivamente una qualche forma di correlazione temporale, perlomeno in termini negativi di mancanza di eccessivo "iato temporale" e, quindi, in termini positivi, pretendendo una sorta di accertamento indiziario di correlazione temporale non rispetto a specifici reati ma a "un'esperienza esistenziale illecita".

Tale prospettiva è stata valorizzata dalla giurisprudenza di merito, successiva alla sentenza della suprema Corte in esame, per ribadire il carattere preventivo della confisca, in contrasto con la sentenza Occhipinti che ne ha affermato, come esaminato, il carattere sanzionatorio⁽⁸²⁾; si afferma, infatti, che il carattere sanzionatorio potrebbe essere affermato laddove si applicasse la confisca ai beni di valore sproporzionato o di origine illecita a soggetti non più attualmente pericolosi e in mancanza della correlazione temporale in questione, mentre l'accertamento di tale correlazione consente di preservare il carattere preventivo della misura in base a cui la confisca dei beni è connessa alla pericolosità del soggetto: "Sotto questo profilo, pertanto, appare fondamentale verificare se, in relazione ai beni nella disponibilità diretta o indiretta del proposto, il cui valore risulti sproporzionato rispetto ai redditi del suo titolare, ovvero che risultino provento di attività illecite o che ne costituiscano il reimpiego, sussisteva una concreta pericolosità sociale del proposto nel momento in cui ne acquistava la disponibilità diretta o indiretta, in tale modo ricollegando l'acquisto alla sua effettiva pericolosità sociale". In tal guisa si ritiene, addirittura, che la confisca dei beni acquisiti anche in epoca antecedente a quella cui si riferisce l'accertamento della pericolosità, ammessa dalla prevalente giurisprudenza, "purché ne risulti la sproporzione rispetto al reddito ovvero la prova della loro illecita provenienza da qualsivoglia tipologia di reato (...)" viene affermata solo "in relazione a fattispecie nelle quali la misura ablatoria viene applicata nei confronti di un proposto ritenuto attualmente socialmente pericoloso", mentre nel "caso di applicazione disgiunta" si richiede l'accertamento di tale correlazione, citando la sentenza della sesta sezione in commento, e quindi si afferma che pur potendo prescindere dall'attualità della pericolosità sociale, essa

⁽⁸²⁾ Sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, Occhipinti, in *C.E.D. Cass.*, n. 255043.

deve essere “comunque accertata con riferimento al momento dell’acquisto del bene, oggetto della richiesta ablatoria (Sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 10153; in senso conforme Sez. I, 13 gennaio 2011, n. 536)”; il tutto alla luce della “*ratio* del provvedimento di applicazione della confisca” che “è quella di colpire ... beni e proventi di natura presuntivamente illecita per escluderli dal circuito economico collegato ad attività e soggetti criminosi (Sez. I, 24 novembre 1998, n. 5830)”⁽⁸³⁾.

In conclusione si ritiene che “in ipotesi di irrogazione disgiunta della misura preventiva patrimoniale rispetto a quella personale, al fine di consentire esegesi costituzionalmente e convenzionalmente orientate delle disposizioni normative, non può prescindersi da un accertamento della pericolosità sociale del proposto quantomeno in relazione al momento in cui entrava nella diretta o indiretta disponibilità di beni di valore sproporzionato rispetto ai suoi redditi e, pertanto, presuntivamente di provenienza illecita, che, quindi, potranno essere sottoposti a sequestro e poi a confisca, sebbene nel momento in cui viene depositata la richiesta di misura di prevenzione non sussista il presupposto dell’attuale pericolosità sociale del proposto tale da consentire anche l’applicazione della misura preventiva personale. Entro questi limiti, non può ritenersi applicabile alla materia delle misure di prevenzione, ed, in particolare, di quelle patrimoniali, il principio di irretroattività di cui agli artt. 25 Cost. e 2 c.p., bensì continua a trovare applicazione, in via estensiva, l’art. 200 c.p.”.

Questa interpretazione, si precisa, appare in linea anche con la CEDU, così come interpretata dalla Corte EDU, che ha sempre riconosciuto il carattere preventivo della confisca in esame negando così l’applicazione delle garanzie della materia penale alla forma di confisca in esame⁽⁸⁴⁾.

Anche nella sentenza Occhipinti, del resto, la suprema Corte ammette che una parte della giurisprudenza richiedendo la correlazione temporale tra la pericolosità sociale e l’acquisto dei beni, continuerebbe a preservare il legame tra la confisca e la pericolosità sociale.

Tale assunto, però, per cui basterebbe la correlazione temporale per preservare il carattere preventivo della confisca *ex art. 2-ter l. n. 575/1965*, che emerge anche nella sentenza in esame della sesta sezione, sembra discutibile, perché in ogni caso tale pericolosità non sussiste più e quindi è esclusa alcuna finalità preventiva in senso proprio rispetto al futuro, e comunque si tratta sempre di un anomalo concetto di pericolosità sociale, legata – tanto più nell’ipotesi di applicazione disgiunta – non tanto alla futura consumazione di reati, ma alla precedente (non più attuale) consumazione; rimane problematicamente il rischio che si voglia preservare l’applicazione retroattiva di una misura *praeter probationem delicti*, più che “*ante delictum*”, come del resto riconosciuto dalle Sezioni unite nella sentenza Simonelli che ha negato la mera natura preventiva della confisca in esame. Come rilevato in una recente sentenza della prima sezione della suprema Corte la confisca di prevenzione non si fonda più sull’idea della pericolosità sociale *tout court*, ma sulla pericolosità reale fondata sull’origine illecita dei beni, perlomeno intesa come “pericolosità relazione”: «la conquistata autonomia delle misure di prevenzione patrimoniali rispetto a quelle personali – ... – consenta di ravvisare per le misure patrimoniali l’attrazione dei cespiti riconducibili del prevenuto, proprio perché indiziato di appartenenza ad una associazione mafiosa, e ove caratterizzati dal requisito della sproporzione tra valore dei cespiti e attività economiche “trasparenti”, nell’area di una presunzione di

⁽⁸³⁾ Trib. Brindisi, 16 aprile 2013, Rossini, est. Biondi, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 7 s.

⁽⁸⁴⁾ Trib. Brindisi, 16 aprile 2013, Rossini, est. Biondi, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 7 s.

illecita accumulazione, secondo connotazioni di “pericolosità” che finiscono per attingere non la persona in sé, ma il mantenimento, in capo a quel soggetto, di patrimoni la cui origine e la cui libera gestione finiscono per agevolare “ontologicamente” la vitalità (e lo stesso “prestigio” esterno) dello specifico sodalizio mafioso cui il prevenuto è indiziato di appartenere. Una pericolosità, dunque, che pare trasferirsi dalla persona in quanto tale, alla specifica *relatio* che correla l’“indiziato” a fenomeni di accumulazione economica che non trovano spiegazioni congrue circa la loro lecita e “trasparente” origine; una pericolosità, per così dire “relazionale,” che dunque impone la rescissione di quel vincolo, non diversamente da come la misura personale tende a rescindere i legami “personali” con il sodalizio di riferimento»⁽⁸⁵⁾.

Un timore riemerge, da ultimo, dalle parole della suprema Corte sopra esaminate (caso Castello), che ribadiscono i diversi paradigmi ricostruttivi utilizzati nell’ambito delle misure di prevenzione – «che si discostano dalla regola dell’accertamento “al di là di ogni ragionevole dubbio” che invece caratterizza il giudizio penale di “responsabilità”» – e cioè che si possa applicare una misura definitiva come la confisca dei beni in base ad un onere della prova più flebile in capo all’accusa, senza richiedere in maniera rigorosa perlomeno la prova del carattere sproporzionato al momento dell’acquisto del singolo bene o cespite da confiscare o, meglio, la prova indiziaria (al di sopra di ogni ragionevole dubbio) dell’origine illecita dei beni. Un’interpretazione che non è certamente accettabile, perché in mancanza anche dell’accertamento dell’origine illecita dei beni da confiscare (o perlomeno di una qualificata sproporzione capace di provare tale origine illecita), verrebbe meno qualunque giustificazione che possa consentire in uno Stato di diritto la forma di confisca in esame, se non si vuole ridurre ad una incostituzionale pena del sospetto.

Ci si ricollega alla questione dell’onere della prova. Un profilo, tra l’altro, messo in evidenza dai ricorrenti⁽⁸⁶⁾, ma assolutamente non considerato dalla suprema Corte nella sentenza in esame attiene proprio all’inversione dell’onere della prova, che la nuova disciplina avrebbe introdotto già con la novella del 2008 laddove stabilisce l’onere del prevenuto di provare l’origine lecita dei beni (“il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona, nei cui confronti è instaurato il procedimento, non possa giustificare la legittima provenienza”): “perché è sufficiente che non venga giustificata dal proposto la legittima provenienza del bene, senza che l’accusa abbia fornito la prova dell’illegittima sua provenienza, per consentirne la definitiva ablazione, senza il riconoscimento di un indennizzo, come imposto dalla Costituzione, e senza che debba essere contestualmente provata la pericolosità sociale del soggetto, in palese violazione del principio di non colpevolezza di cui all’art. 27 Cost., comma 2”.

Tale motivo di ricorso non è oggetto di specifiche considerazioni da parte della suprema Corte.

Si può osservare, tuttavia, a tal proposito che rispetto alla formulazione precedente la riforma del 2008 la norma chiarisce che l’onere della giustificazione della provenienza lecita spetta alla «persona, nei cui confronti è instaurato il procedimento», mentre prima in maniera meno chiara la norma richiedeva “la confisca dei beni sequestrati dei quali non sia stata

⁽⁸⁵⁾ Così Sez. II, 15 gennaio 2013, n. 3809, in *C.E.D. Cass.*, n. 254512.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. § 3.1. della sentenza.

dimostrata la legittima provenienza”; tale nuova espressione, ad avviso di una parte minoritaria della dottrina avrebbe introdotto una vera e propria inversione dell’onere della prova ⁽⁸⁷⁾.

Per contro si può osservare che la norma riformata chiarisce che spetta al proposto la giustificazione dell’origine lecita, come del resto la prassi riteneva anche prima della riforma, ma continua a ribadire che l’accusa debba accertare la titolarità o disponibilità, la sproporzione o l’origine illecita (anzi non sufficienti indizi di origine illecita, ma una vera e propria prova). Ne consegue che la norma in esame non prevede *tout court* l’inversione dell’onere della prova, ma pone a carico della difesa l’onere di giustificazione (o di allegazione come sempre sostenuto dall’orientamento prevalente della suprema Corte) ⁽⁸⁸⁾, solo se l’accusa adempia al suo onere di accertare il valore sproporzionato o l’origine illecita dei beni ⁽⁸⁹⁾. Questa sembra, in ogni caso, l’unica interpretazione auspicabile in termini di rispetto dei principi costituzionali, a partire dalla presunzione d’innocenza.

In tale direzione si osserva “l’evocare, oggi, il legislatore, allo scopo di fondare la possibilità dell’ablazione, un difetto di giustificazione della legittima provenienza del bene oggetto di apprensione da parte di chi ne abbia la disponibilità, in luogo del limitarsi, lo stesso legislatore, al rinvio, già contenuto nella pregressa formulazione della norma, ad una mancanza di dimostrazione della legittima provenienza del bene soggetto ad ablazione, non altera in maniera dirimente i termini logici del meccanismo dimostrativo della patologia del cespite da confiscare” ⁽⁹⁰⁾; sicché l’intervento legislativo è innanzitutto ispirato all’esigenza “di adeguare la formula normativa a quella utilizzata nel secondo comma del medesimo art. 2-ter in relazione all’oggetto del sequestro disposto dal Tribunale nel corso del procedimento di prevenzione” ⁽⁹¹⁾.

Tale interpretazione è oggi rafforzata dalla nuova formulazione dell’art. 2-ter, confermata nell’art. 24 cod. mis. prev., che richiede che i profitti “risultino frutto o reimpiego”: il termine risultino dovrebbe essere interpretato nel senso di pretendere la prova “indiziaria” dell’origine illecita ⁽⁹²⁾ (ex art. 197 c.p.p.), che rappresenterebbe l’unico elemento che giustifica la confisca in mancanza della condanna e dell’attualità della pericolosità sociale, e, quindi in seguito

⁽⁸⁷⁾ In tale direzione parla criticamente di inversione dell’onere della prova FILIPPI, *Il sistema delle misure di prevenzione dopo la controriforma del “2008”*, in *Atti dell’incontro di studio organizzato dal C.S.M.*, Roma, 24-26 settembre 2008, “Dalla tutela del patrimonio alla tutela dai patrimoni illeciti”, p. 23 ss.

⁽⁸⁸⁾ Le prove circa la provenienza dei beni dovevano essere acquisite con un normale procedimento probatorio ad opera dell’accusa, per tutte cfr. Cass., 17 febbraio 1998, Petruzzella, in *Riv. pen.*, 1998, p. 921; Cass., 28 novembre 1996, n. 5218, in *questa rivista*, 1998, p. 628 e sentenze citate nelle note seguenti; sia consentito il rimando a MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 379 e dottrina ivi citata.

⁽⁸⁹⁾ A sostegno di tale interpretazione si osservava ed è ancora possibile osservare che l’art. 2-ter prevede che “nel caso di indagini complesse il provvedimento può essere emanato anche successivamente, entro un anno dalla data dell’avvenuto sequestro; tale termine può essere prorogato di un anno con provvedimento motivato del tribunale”. Questa norma sembra indicare, infatti, che il giudice, prima di emanare il provvedimento di confisca, debba compiere un’attività di ricerca e quando non la ritenga sufficiente può continuare le sue indagini, ma non oltre un anno dopo il sequestro Cfr. MOLINARI, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. dir. Aggiorn.*, vol. II, Giuffrè, 1998, p. 581; COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge “antimafia”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 103.

⁽⁹⁰⁾ Così GIALANELLA, *Un problematico punto di vista*, cit., p. 356 s.; conforme MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un’actio in rem?*, cit., p. 157 ss.; PIGNATONE, *Le recenti modifiche alle misure di prevenzione patrimoniale (l. 125/2008 e l. 94/2009) e il loro impatto applicativo*, in VISCONTI-FIANDACA, *Scenari di mafia*, cit., p. 331.

⁽⁹¹⁾ Relazione dell’Ufficio del Massimario della Corte di cassazione (rel. N. III/11/2008 del 29 luglio 2008) avente ad oggetto la legge di conversione del d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (fol. 15).

⁽⁹²⁾ MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., p. 425.

all'affievolirsi dei presupposti soggettivi che fondano la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale ⁽⁹³⁾, come evidenziato anche dal Tribunale di Palermo ⁽⁹⁴⁾.

Rinviando a quanto argomentato in altra sede a supporto di tale interpretazione ⁽⁹⁵⁾ sia consentito il richiamo, da ultimo, alla Proposta di direttiva in materia di confisca, nella versione emendata dalla Commissione LIBE, che richiede che il giudice sia “convinto” dell’origine illecita dei beni per applicare la confisca senza condanna. Mentre l’art. 4 per applicare la confisca in seguito a condanna si limita a richiedere che “sulla base di fatti specifici”, come il valore sproporzionato del bene, “l’autorità giudiziaria ritenga molto più probabile che i beni in questione siano stati ottenuti mediante attività di natura criminale, piuttosto che da attività di altra natura”, il nuovo primo paragrafo dell’art. 5, nello stabilire i presupposti che consentono al giudice di pronunciare la confisca allargata senza condanna, – alla quale si potrebbe ricondurre la confisca misura di prevenzione –, richiede che “l’autorità giudiziaria, sulla base di fatti specifici e dopo aver esperito tutti i mezzi di prova disponibili, sia convinta che tali beni derivano da attività di natura criminale rispettando, al contempo, pienamente le disposizioni dell’articolo 6 della CEDU e della Carta europea dei diritti fondamentali”. Rispetto al dettato dell’art. 4 la norma, da una parte, non adotta lo *standard* civilistico rafforzato in base al quale il giudice ritiene “molto più probabile”, ma piuttosto pretende correttamente che l’autorità giudiziaria “sia convinta” dell’origine criminale; dall’altra precisa che il convincimento del giudice deve essere fondato oltre che su fatti specifici, sull’esperimento di tutti i mezzi di prova disponibili (“dopo aver esperito tutti i mezzi di prova disponibili”): l’uso del termine “convinto” piuttosto che l’espressione “ritenga molto più probabile che” induce senza dubbio a ritenere che la Commissione LIBE richieda ai fini di una forma di confisca “senza condanna”, non lo *standard* della prova civilistico – pur rafforzato – richiesto ai fini della confisca allargata in seguito a condanna, ma un pieno convincimento in base allo *standard* penalistico “oltre ogni ragionevole dubbio”, un pieno convincimento fondato oltre che su una pluralità di fatti specifici, anche su tutti i mezzi di prova disponibili ⁽⁹⁶⁾.

Proprio in relazione all’ipotesi al vaglio della suprema Corte nella sentenza in esame, infine, si è osservato che le perplessità che suscita la confisca nei confronti del morto (art. 2-*bis*, comma 6-*bis*, art. 18 del cod. antimafia) sarebbero superate solo con l’accertamento dell’origine illecita dei proventi da confiscare: «Con riferimento alla provenienza illecita dei beni occorre tenere conto del fatto che i successori (eventualmente anche estranei alla famiglia del *de cuius*), dopo anni dalla morte della persona ritenuta pericolosa, dovrebbero contrastare

⁽⁹³⁾ Così MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali*, cit., p. 155 ss.; MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., p. 463 ss.; conforme GIALANELLA, *La confisca di prevenzione antimafia, lo sforzo sistemico della giurisprudenza di legittimità e la retroguardia del legislatore*, in CASSANO (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il “pacchetto sicurezza”*, cit., p. 133 ss.; GIALANELLA, *Un problematico punto di vista*, cit., p. 357; ABBATTISTA, *Profili funzionali e criticità applicative del sistema delle misure di prevenzione patrimoniali antimafia dopo la stagione delle riforme sulla sicurezza pubblica*, in “Gli strumenti di contrasto patrimoniale alla criminalità organizzata dopo le riforme sulla sicurezza pubblica”, Seminario di Studio, Bari, 2009, <http://www.udai.it/articoli/allegato/relazione%20udai%20dott.%20Giovanni%20ABBATTISTA.pdf>; CAIRO, *op. cit.*, p. 1085.

⁽⁹⁴⁾ Per tutte Cass., 13 gennaio 2011, n. 18327, in www.dejure.giuffre.it.

⁽⁹⁵⁾ MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?*, cit., p. 155 ss.; MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., p. 463 ss.; MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria”*, cit., p. 40.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria”*, cit., p. 41.

l'ipotesi accusatoria fondata sulla sufficienza indiziaria della provenienza illecita del bene, talvolta acquistato decenni prima. *Ogni profilo di perplessità sarebbe, però, superato nel caso di prova della provenienza illecita del bene e non solo della sufficienza indiziaria»* ⁽⁹⁷⁾ (corsivo aggiunto).

La prova dell'origine illecita dei beni, in conclusione, rimane l'unico elemento che può giustificare e fondare la legittimità della confisca dei beni di un soggetto defunto, non più pericoloso per definizione; se rimane, comunque, difficile per gli eredi difendere le proprie pretese contestando la prova fornita dall'accusa circa l'origine criminale dei beni ereditati, laddove mancasse anche tale prova, si tratterebbe definitivamente di una violazione del diritto di proprietà assolutamente incostituzionale in quanto "arbitraria".

7. LA CONFISCA NEI CONFRONTI DEI SUCCESSORI E LE INTESTAZIONI FITTIME. LEGITTIMAZIONE PASSIVA?

L'aspetto più interessante della sentenza in esame attiene all'interpretazione della disciplina delle intestazioni fittizie, introdotte nei commi 13 e 14 dell'art. 2-ter l. n. 575/1965 dal d.l. n. 92/2008 (convertito con modifiche in legge n. 125/2008) e riprese dall'art. 26 (*Intestazione fittizia*) del codice delle misure di prevenzione ⁽⁹⁸⁾.

La sesta sezione accoglie le doglianze di due ricorrenti, figli del morto, che avevano ricevuto i beni in donazione da parte della madre (entro i due anni dall'inizio del procedimento), alla quale i beni erano stati fittiziamente intestati dal padre (autore di usure ed estorsioni) dieci anni prima; la Corte ritiene che non può considerare fittizia la donazione effettuata dalla madre a beneficio dei figli, altrimenti si estenderebbe l'ambito di applicazione della presunzione di intestazione fittizia anche nei confronti di successivi atti traslativi.

Nel caso in esame, in via preliminare, la Corte affronta una questione già affrontata dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 21 del 2012, relativa alla legittimazione passiva degli eredi nei cui confronti è stata proposta l'azione di prevenzione, in quanto il compendio dei beni sottoposti a confisca sarebbe in possesso dei convenuti *iure proprio* e non *iure successionis*. Tale questione si porrà spessissimo nella prassi perché in realtà colui che acquista dei beni attraverso un'attività criminale normalmente non è formalmente titolare di alcun bene da poter trasmettere per successione; si tratta di casi in cui i beni non sono acquistati dai familiari o da terzi per successione o atto di trasferimento, ma piuttosto in seguito a precedenti atti di intestazione fittizia o altre forme di simulazione compiute durante la vita del prevenuto, ragion

⁽⁹⁷⁾ MENDITTO, Non Liqueur della Corte Costituzionale, con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate - *Commento a Corte cost. 9 febbraio 2012, n. 21*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 21 febbraio 2012; nella stessa direzione D'ASCOLA, *op. cit.*, 167. Cfr. MONTAGNA, *Procedimento applicativo delle misure ablative di prevenzione e garanzie del giusto processo*, in BARGI-CISTERNA, *op. cit.*, p. 472 la quale sottolinea come «i modi attraverso i quali il legislatore prevede siano accertate sproporzionatamente ed origini illecite dei beni lasciano aperti molti dubbi circa la compatibilità di siffatto sistema procedimentale con il principio di parità delle parti e con il rispetto del contraddittorio, quali requisiti essenziali di una giurisdizione improntata al "giusto processo"».

⁽⁹⁸⁾ 1. Quando accerta che taluni beni sono stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi, con il decreto che dispone la confisca il giudice dichiara la nullità dei relativi atti di disposizione.

2. Ai fini di cui al comma 1, fino a prova contraria si presumono fittizi:

a) i trasferimenti e le intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado;

b) i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione.

per cui l'attuale titolare del bene contesta di non essere legittimato passivo in quanto non possiede il bene a titolo di successione, ma *iure proprio*. La Corte costituzionale aveva superato la questione precisando che il soggetto può difendersi contestando la titolarità *iure proprio* e la suprema Corte ribadisce che tale questione si ricollega direttamente, ... alla nozione di "disponibilità" dei beni in capo al soggetto "proponibile", in forza del combinato disposto di cui ai commi terzo ed undicesimo dell'art. 2-ter della l. n. 575/1965: i titolari dei beni da confiscare potranno essere "sostanzialmente" dei successori, ma formalmente sono terzi interessati che vogliono fare valere i loro diritti sui beni; probabilmente sarebbe opportuna una modifica del dato legislativo nel senso di estendere formalmente la legittimazione passiva non solo ai successori e aventi causa, ma rispetto a chiunque detenga i beni nella disponibilità del deceduto, salvo poi a precisare cosa si intenda per disponibilità. Emerge come l'azione di prevenzione nel caso di specie diventa una vera e propria *actio in rem* che persegue il patrimonio del defunto presso chiunque lo detenga.

A tal proposito, addirittura, parte della dottrina ritiene, infatti, che nei confronti dei presunti intestatari fittizi ex comma 14 dell'art. 2-ter e art. 26 del cod. mis. di prev. non "potrà mai attivarsi, in caso di morte del proposto, la citazione ex art. 2-bis, comma 6-bis, l. n. 575/1965, dal momento che costoro non sono successori né a titolo universale né particolare del prevenuto. Ne discende che la loro posizione potrà tutt'al più apprezzarsi ai sensi dell'art. 12-quinquies del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (in caso di trasferimento fraudolento di valori finalizzato ad eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione) o dell'art. 12-sexies del medesimo decreto (ai fini dell'eventuale applicazione della confisca)"⁽⁹⁹⁾. Si precisa pure che in "questa sede non potrà valere alcuna presunzione, poiché sarà l'accusa a dover fornire la prova rigorosa della natura fittizia della intestazione e della sua finalità elusiva"⁽¹⁰⁰⁾; per l'accusa avvalersi delle presunzioni il deceduto deve essere ancora in vita, configurandosi una discriminazione ingiustificata in quanto l'onere probatorio finirebbe per variare in funzione di un dato che non ha nulla a che vedere con il *thema probandum*, ossia le modalità di acquisizione del bene sospettato di illecita provenienza. La conseguenza di tale ricostruzione sarebbe esplosiva in un caso come quello in esame rispetto ai terzi considerati intestatari fittizi dei beni si dovrebbe applicare il principio che impone all'accusa l'onere della prova della natura fraudolenta dell'intestazione.

Prima di analizzare nel prosieguo la soluzione adottata dalla suprema Corte in materia di intestazioni fittizie sembra opportuna un'analisi della disciplina in materia.

7.1. Il contesto disciplinare in cui si inseriscono le intestazioni fittizie: la confisca per equivalente e la fattispecie di trasferimento fraudolento e "fittizio" di valori

L'art. 10, lett. d), n. 4 del d.l. n. 92/2008 ha introdotto i commi 13 e 14 dell'art. 2-ter l. n. 575/1965 che prevedono la disciplina delle intestazioni fittizie; l'art. 26 cod. mis. prev. riprende il testo di tali commi ma ha rimediato all'errore delle precedenti disposizioni che usavano il termine "sentenza" invece di decreto che dispone la confisca.

In base a tale disciplina il giudice, con il provvedimento che dispone la confisca, può dichiarare la nullità degli atti di disposizione quando accerta che taluni beni siano stati fitti-

⁽⁹⁹⁾ D'ASCOLA, *op. cit.*, p. 194.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*.

ziamente intestati o trasferiti a terzi; quindi, in ogni caso, qualora il giudice riesca a provare il carattere fittizio del trasferimento può dichiarare nullo l'atto e confiscare direttamente i beni che il proposto aveva tentato di sottrarre con l'atto di disposizione. In realtà si tratta di un provvedimento che interviene sulla sfera propriamente civilistica, creando un ibrido discutibile, che parte della dottrina ritiene giustificato solo dalla necessità di un tempestivo intervento giudiziale al fine di non porre nel nulla l'attività di prevenzione, che esige un intervento rapido e tempestivo ⁽¹⁰¹⁾. In ogni caso come affermato nella sentenza in commento "l'omessa declaratoria, nella sentenza che dispone la confisca della nullità degli atti di disposizione dei beni dei quali il giudice abbia accertato la fittizia intestazione o trasferimento a terzi, risulta, ... del tutto sfornita di sanzioni processuali e non è dunque produttiva di vizi rilevanti ai sensi degli artt. 177 ss. c.p.p., trattandosi, peraltro, di un provvedimento di natura dichiarativa che inerisce alla sfera propriamente civilistica delle situazioni considerate" ⁽¹⁰²⁾.

Tale disposizione deve essere coordinata con quella che prevede la confisca per equivalente (il comma 10 dell'art. 2-ter, introdotto dal d.l. n. 92/2008, e art. 25 cod. mis. prev.), avente ad oggetto denaro o altri beni di valore equivalente, quando i beni non possono essere confiscati in quanto trasferiti legittimamente, prima dell'esecuzione del sequestro, a terzi in buona fede. La confisca per equivalente in questione dovrebbe intervenire, allora, nelle ipotesi in cui il giudice non riesca ad accertare il carattere fittizio del trasferimento oppure quando realmente il soggetto abbia ceduto, trasferito legittimamente, i beni a terzi in buona fede; tale provvedimento consente la sottrazione di altri beni legittimamente posseduti dal prevenuto di valore equivalente a quelli legittimamente trasferiti. Se, invece, il giudice accerta nel corso del procedimento di prevenzione che l'intestazione o il trasferimento a terzi sia fittizio, dovrà dichiarare la nullità dei relativi atti di disposizione con un provvedimento precedente e pregiudiziale rispetto a quello di confisca dei beni in questione; la normativa in esame (commi 13 e 14 l. n. 575/1965 e art. 26 cod. mis. prev.) disciplina, insomma, l'ipotesi in cui il tentativo di occultamento/dispersione/distrazione dei beni confiscabili da parte del proposto ⁽¹⁰³⁾ sia avvenuto attraverso un atto dispositivo fittizio, in modo che l'accertamento della simulazione del trasferimento consente, – senza pregiudicare i diritti dei terzi, che non hanno alcun reale diritto da vantare, proprio in ragione della fittizietà del trasferimento – di recuperare il bene previa formulazione declaratoria della simulazione ⁽¹⁰⁴⁾.

Laddove si accerti la condotta di intestazione fittizia finalizzata ad eludere l'applicazione delle misure di prevenzione dovrebbe essere applicata, inoltre, la fattispecie di cui all'art. 12-quinquies, comma 1, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con modificazioni dalla l. 7 agosto 1992, n. 356, che punisce il trasferimento fraudolento e "fittizio" di valori. Da ultimo la suprema Corte ha precisato che ai fini della configurabilità del reato previsto da tale disposizione il dolo specifico «richiesto dalla fattispecie incriminatrice, consistente (fra l'altro) nel fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione, può sussistere non solo quando sia

⁽¹⁰¹⁾ FILIPPI-CORTESI, *Novità sulle misure di prevenzione*, in *Il Decreto Sicurezza – d.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, a cura di SCALFATI (con la collaborazione di APRILE e BRICCHETTI), Torino, 2008, p. 283.

⁽¹⁰²⁾ P. 14.

⁽¹⁰³⁾ L'art. 2-ter, comma 10, e l'art. 25 cod. mis. prev. prevedono anche la confisca per equivalente dei beni che il prevenuto "disperde, distrae, occulta o svaluta ... al fine di eludere l'esecuzione dei provvedimenti di sequestro o di confisca su di essi".

⁽¹⁰⁴⁾ GIUNTA-MARZADURI, (a cura di), *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica – aggiornata alla legge 15 luglio 2009, n. 94*, Milano, 2010, p. 261.

già in atto la procedura di prevenzione - che darebbe luogo automaticamente a indisponibilità dei beni attraverso le cautele previste dagli art. 2-*bis* e 2-*ter* l. 31 maggio 1965, n. 575, rendendo il più delle volte impossibile la condotta di fittizia intestazione in cui si sostanzia sotto il profilo oggettivo il reato - ma anche prima che la procedura sia intrapresa, quando l'interessato possa fondatamente presumere imminente l'inizio»⁽¹⁰⁵⁾. L'aspetto paradossale evidenziato dalla dottrina è che in seguito alla riforma introdotta dalla l. n. 94/2009 gli indiziati del reato in questione rientrano tra i destinatari della confisca misura di prevenzione (ai sensi degli artt. 2-*ter* e 1 l. n. 575/1965 e in base al combinato disposto degli artt. 16 e 4 cod. mis. prev.), con la conseguenza che si moltiplicheranno le possibili forme di confisca in relazione al medesimo bene: l'intestatario fittizio potrà subire la confisca avanzata nei confronti del suo dante causa; potrà subire direttamente la confisca avanzata nei suoi confronti e potrà subire la confisca penale *ex art. 12-sexies* l. n. 356/1992 in seguito alla condanna per la fattispecie in questione. Il tutto con un evidente spreco di risorse ed energie processuali⁽¹⁰⁶⁾.

7.2. La *ratio* della disciplina (la dichiarazione di nullità e la nozione di disponibilità)

Devono essere evidenziate alcune criticità circa la stessa *ratio* politico criminale e utilità della disciplina in questione.

Innanzitutto si deve osservare che la norma in esame conferma un impiego, perlomeno, discutibile di istituti e concetti civilistici da parte del legislatore; il ricorso alla *sanzione* della nullità degli atti di disposizione fittizia (simulati), infatti, suscita delle perplessità nei civilisti poiché l'istituto della simulazione (artt. 1414 ss. c.c.) "è cosa affatto differente da quello della nullità (artt. 1418 ss. c.c.) come, d'altronde, conferma la legge nel prevedere due distinte discipline"⁽¹⁰⁷⁾.

Il potere di dichiarare la nullità dell'atto fittizio in capo al giudice delle misure di prevenzione è simile all'istituto della revocatoria fallimentare. Tale disciplina potrebbe apparire come l'introduzione di una novità e di uno strumento importante che semplifica a monte le procedure di applicazione della confisca, evitando lunghi procedimenti in sede esecutiva volti ad accertare il carattere fittizio del trasferimento. Parte della dottrina, infatti, ha valutato positivamente le disposizioni oggi previste nella norma in esame proprio perché avrebbero introdotto un penetrante strumento operativo che consente la confisca previa la sola formale dichiarazione di fittizietà e senza necessità che siano previamente esperite altre e più complesse azioni, come un'azione revocatoria o un'azione di simulazione⁽¹⁰⁸⁾.

Si è inteso porre un freno alle innumerevoli questioni che, nonostante la definitività della confisca, vengono sollevate dai terzi innanzi al giudice civile o amministrativo, al fine di ritardare l'ablazione dei beni e, in particolare, si è inteso porre un rimedio a quella prassi per cui si riteneva che poiché "nei rapporti tra terzo titolare formale, indiziato di mafia ed Erario l'oggetto principale del procedimento non è l'accertamento della proprietà del bene che si voglia confiscare, ma l'applicazione della misura patrimoniale", parte della dottrina sosteneva

⁽¹⁰⁵⁾ Cass., 26 aprile 2007, n. 21250, in *Guida dir.*, 2007, n. 28, p. 72.

⁽¹⁰⁶⁾ Così MANGIONE, *Il volto attuale della confisca di prevenzione*, cit., p. 267.

⁽¹⁰⁷⁾ AIELLO, *Le questioni civilistiche: quadro di riferimento generale*, in MAZZARESE-AIELLO, *Le misure patrimoniali antimafia*, cit., p. 229.

⁽¹⁰⁸⁾ Così GIUNTA-MARZADURI, *op. cit.*, p. 262.

che la disponibilità del bene in capo al terzo è conosciuta dal giudice *incidenter tantum*, al solo fine dell'applicazione della confisca, con la conseguenza che il terzo, quand'anche intervenuto nel procedimento, conserverebbe la facoltà di agire civilmente contro l'Amministrazione finanziaria per far valere il proprio diritto di proprietà e l'ingiustizia dell'ablazione; analogo potere si riconosce ai creditori del terzo, sia *ex iure proprio*, sia *utendo iuribus debitoris* ⁽¹⁰⁹⁾. "Questa evenienza è oggi esclusa dall'innovazione normativa che impone al giudice della prevenzione, il quale accerti l'intestazione fittizia (o simulata) del bene, di dichiarare la nullità dei relativi atti di disposizione" ⁽¹¹⁰⁾.

In realtà, però, ai fini della confisca si ritiene necessaria la prova della disponibilità effettiva del bene in capo al proposto in virtù dell'art. 2-ter che, sia prima delle riforme del 2008 e del 2009 sia successivamente, richiede la disponibilità diretta o indiretta, oppure la disponibilità a qualsiasi titolo ⁽¹¹¹⁾, nonché del codice delle misure di prevenzione (che richiede ai fini del sequestro, ex art. 20, la disponibilità diretta o indiretta, ai fini della confisca ex art. 24 la disponibilità a qualsiasi titolo), ritenendo indifferente la dimostrazione che il terzo sia "il titolare formale del bene, nonché la prova dell'accordo simulatorio, o del mandato irrevocabile, ovvero del patto fiduciario in forza del quale il terzo sia costituito titolare formale del bene" ⁽¹¹²⁾; indipendentemente dalla disposizione in esame che consente la dichiarazione di nullità degli atti fittizi, allora, il concetto di disponibilità ha sempre consentito di applicare la confisca misura di prevenzione ai beni di cui il reo disponga per interposta persona, e cioè di cui abbia la disponibilità sostanziale, anche se non ne risulti formalmente titolare ⁽¹¹³⁾, in tal modo tentando di impedire le facili elusioni della misura, che potrebbero derivare da intestazioni fittizie dei beni a terzi o dalla creazione di società di comodo, qualora si richiedesse esclusivamente la titolarità piena del diritto in capo all'indiziato ⁽¹¹⁴⁾. La suprema Corte richiede che sia provato sul piano sostanziale, «normalmente mediante indizi, che l'indiziato mafioso abbia effettivamente la disponibilità, diretta o indiretta, del bene, intesa tale disponibilità come manifestazione dell'appartenenza *uti dominus* del bene» ⁽¹¹⁵⁾; si specifica, superando le stret-

⁽¹⁰⁹⁾ MONTELEONE, *Effetti "ultra partes" delle misure patrimoniali antimafia - profili di diritto processuale civile e fallimentare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 588; Cass., 21 gennaio 1993, Giordana, in *Mass. pen. cass.*, 1993, p. 116.

⁽¹¹⁰⁾ CASSANO, *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione*, in FIANDACA-VISCONTI, *Scenari di mafia*, cit., p. 417.

⁽¹¹¹⁾ Nella versione precedente le riforme l'art. 2-ter si limitava a richiedere la disponibilità diretta o indiretta, nella versione riformata ai fini del sequestro continua a parlare di disponibilità diretta o indiretta (risulta poter disporre, direttamente o indirettamente), ai fini della confisca precisa: "anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo".

⁽¹¹²⁾ MAISANO, *Profili commercialistici della nuova legge antimafia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 418.

⁽¹¹³⁾ Cfr. Cass., 30 gennaio 1991, Longo, in *Giust. pen.*, 1991, c. 494.

⁽¹¹⁴⁾ Così MONTELEONE, *op. cit.*, p. 574; cfr. PALLADINO, *Brevi osservazioni sul delitto di possesso ingiustificato di valori*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 349 ss., la quale mette in evidenza come non esiste una definizione normativa di "interposizione di persona" o una definizione unitaria da parte della dottrina civilistica, e anzi come sia possibile con tale espressione fare riferimento a due situazioni diverse: l'interposizione reale di persona (rappresentanza indiretta - "imprenditore occulto") e l'interposizione fittizia di persona (contratto fiduciario); POTETTI, *Riflessioni in tema di confisca di cui alla legge 501/1994*, in *questa rivista*, 1995, p. 1699, osserva che l'interposto è colui che in base ad un rapporto giuridico, è tenuto ad assicurare al condannato il godimento della cosa o il potere di deciderne l'utilizzazione economica.

⁽¹¹⁵⁾ Cass., 15 febbraio 1989, in *C.E.D. Cass.*, n. 180543; critica tale concetto osservando come la disponibilità presuppone un potere gestorio *de facto* che non corrisponde sempre al diritto dominicale, MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, 2001, p. 236. Cfr. Cass., 2 dicembre 1991, in *Mass. dec. pen.*, 1992, m. 18, che esclude la rilevanza della «detenzione temporanea in base ad un rapporto obbliga-

toie concettuali della «logica dominicale», che il concetto di «disponibilità» ha contenuto eminentemente sostanzialistico e di fatto, molto vicino al concetto del possesso, e non legato a categorie e modi di intestazione giuridico-formali ⁽¹¹⁶⁾; è “sufficiente che il prevenuto possa di fatto utilizzarli [i beni], anche se formalmente appartenenti a terzi, come se ne fosse il vero proprietario” ⁽¹¹⁷⁾. «Il concetto di “disponibilità” del bene sottoposto a confisca ... comprende una gamma di ipotesi diversificate: diritto di proprietà vero e proprio, intestazione fittizia ad un soggetto terzo (in virtù, ad esempio, di un contratto simulato o fiduciario), situazioni di mero fatto basate su una posizione di mera soggezione in cui si trovi il terzo titolare del bene nei confronti del sottoposto alla misura di prevenzione personale» ⁽¹¹⁸⁾. Si ricomprende nella nozione di disponibilità anche la situazione di fatto basata su una posizione di semplice soggezione in cui si trova il terzo titolare del bene nei confronti del soggetto indagato come, ad esempio, la disponibilità di fatto sulla società e sui suoi beni di un socio di una società di capitali, il quale esercita il controllo sulla società in virtù della disponibilità del pacchetto azionario o delle quote ⁽¹¹⁹⁾.

Nel concetto di disponibilità sono ricomprese, insomma, tutte quelle fattispecie relazionali in cui, a prescindere dalla veste o dal titolo giuridico, *di fatto* il presunto mafioso risulta godere, determinando l'uso e la destinazione di beni economicamente valutabili ⁽¹²⁰⁾. Non solo, ma la suprema Corte precisa che il concetto di disponibilità indiretta non può ritenersi limitato alla mera relazione naturalistica o di fatto con il bene, ma va riferito, al pari della nozione civilistica del possesso, a tutte quelle situazioni nelle quali il bene stesso ricada nella sfera degli interessi economici del prevenuto, ancorché il medesimo eserciti il proprio potere sulla cosa per il tramite di altri ⁽¹²¹⁾.

Su queste basi la giurisprudenza ha ritenuto che nel procedimento di prevenzione, nel quale sia stata disposta la confisca di un bene ritenuto nella disponibilità di fatto della persona

torio, quale ad esempio la locazione, sempre che tale rapporto non dissimuli la reale appartenenza del bene all'indiziato».

⁽¹¹⁶⁾ App. Reggio Calabria, 6 marzo 1986, in *Foro it.*, 1987, c. 361; conforme Cass., 14 febbraio 1997, in *Giust. pen.*, 1997, II, c. 627, dove si afferma che è sufficiente che il bene rientri nella “sfera dei suoi interessi economici”; Cass., 3 dicembre 1993, Gambino, in *questa rivista*, 1995, p. 1616, specifica che anche il diritto dell'enfiteuta può essere oggetto di confisca stante la riferibilità dei concetti di appartenenza e disponibilità anche al bene oggetto di tale diritto e motiva la sua decisione in considerazione della pienezza del diritto del concessionario, della sua potestà espansiva, della possibilità di sottoporlo ad esecuzione forzata e ad ipoteca; Trib. Napoli, decreto 14 marzo 1986, in *Foro it.* 1987, c. 365; cfr. PANZANI, *La natura della confisca nel sistema delle misure di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione patrimoniale. Teoria e prassi applicativa*, Bari, 1997, p. 114.

⁽¹¹⁷⁾ Cass., 4 giugno 2003, in *questa rivista*, 2005, p. 2066.

⁽¹¹⁸⁾ Cass., 13 gennaio 2011, n. 5361, in *www.dejure.it*; conformi Cass., 17 marzo 2000, in *C.E.D. Cass.*, n. 215834, in cui la Corte riconosce la disponibilità di fatto sulla società e sui suoi beni, da parte del socio di una società di capitali, il quale esercita il controllo sulla società in virtù della *disponibilità* del pacchetto azionario o delle quote; Cass., 9 gennaio 2007, n. 5233, in *Guida dir.*, 2007, 12, p. 88. Ai fini della confisca dell'intero capitale sociale e patrimonio aziendale, occorre dimostrare che sulla vita aziendale l'indiziato mafioso (formalmente non socio o non titolare di alcuna carica sociale, magari intestatario solo di alcune quote o azioni) esercita una “tirannia” tale da influenzare le scelte ed indirizzi di fondo dell'impresa, cfr. CONTRAFATTO, *L'oggetto della confisca di prevenzione e lo standard della prova*, in BALSAMO-CONTRAFATTO-NICASTRO, *op. cit.*, p. 96.

⁽¹¹⁹⁾ Sez. V, 17 marzo 2000, n. 1520.

⁽¹²⁰⁾ MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 234.

⁽¹²¹⁾ Sez. VI, 23 dicembre 1996, n. 398, in *www.dejure.it*.

preposta, non sussiste alcuna nullità in conseguenza della mancata citazione del soggetto formalmente intestatario del bene ⁽¹²²⁾.

Già nella disciplina precedente la riforma, insomma, si consentiva, da una parte, al giudice di accertare indirettamente il carattere fittizio degli atti di trasferimento dovendo stabilire quali fossero i beni di cui il proposto disponesse effettivamente e, dall'altra, si consentiva al terzo avente causa di partecipare al giudizio, con la conseguenza che il provvedimento di confisca che, sottraendo un bene, sanciva il carattere simulato del trasferimento, faceva già stato tra le parti. In relazione ai terzi non presenti in giudizio, poi, tale decreto di nullità non sarà opponibile e, quindi, costoro potranno in ogni caso far valere i loro diritti sul bene confiscato ⁽¹²³⁾. "In sostanza la statuizione di nullità (*rectius*: di inefficacia) dell'atto di trasferimento del bene, da rendersi con un decreto che avrà natura sostanziale di sentenza, è destinata ad operare esclusivamente all'interno dei rapporti tra il proposto ed il terzo, ed i loro eventuali eredi, rendendo indiscutibile il carattere simulato dell'atto di trasferimento e, per questa via, incide anche sulle posizioni soggettive dei creditori delle parti negoziali, in particolare sottraendo *ab origine* il bene al patrimonio del simulato acquirente, in pregiudizio delle ragioni dei suoi creditori. In alcun modo la statuizione incide (e la disposizione normativa innova) nei rapporti

⁽¹²²⁾ La giurisprudenza di legittimità ritiene che l'omessa citazione del terzo non comporta la nullità del procedimento, e che l'incidente di esecuzione costituisce l'unico strumento processuale per far valere le proprie ragioni a disposizione del terzo formalmente intestatario del bene; il dettato dell'art. 2-ter, comma 5, l. n. 575/1965, che dispone che i terzi siano chiamati ad intervenire, va interpretato, ad avviso della suprema Corte, nel quadro di quella che è la natura e l'oggetto del procedimento di prevenzione, che non mira ad accertare la proprietà del bene ma la sua disponibilità da parte del proposto e che perviene ad un provvedimento ablativo di tipo sanzionatorio (Cass., 30 marzo 2005, n. 6661, in *Rep.* 2005, *Mis. di prev.* 4260, n. 2; Cass., 4 giugno 2003, in *questa rivista*, 2005, p. 2066; Cass., 17 ottobre 2002, *ivi*, 2003, p. 3163; Cass., 18 settembre 2002, *ivi*, 2003, p. 2439; Cass., 14 aprile 2000, *ivi*, 2001, p. 1602; Cass., 2 marzo 1999, in *C.E.D. Cass.*, n. 214780; Cass., 22 marzo 1999, *ivi*, 2000, p. 1778; Cass., 19 maggio 1998, *ivi*, 1999, n. 1139; Cass., 24 agosto 1995, in *Riv. pen.*, 1996, p. 526). Cfr. Cass., 17 ottobre 2002, in *questa rivista*, 2003, p. 3163, che ha negato tali garanzie al terzo che era stato chiamato a partecipare fino alla revoca del sequestro dell'immobile, decisione a lui favorevole, e non nelle fasi successive, che avevano comportato, a seguito del ricorso del P.G., la confisca del bene, e ciò nonostante fosse parte ormai in concreto del procedimento. *Contra* Cass., 21 ottobre 2003, *ivi*, 2005, p. 2343, in cui si precisa che "qualora con il decreto applicativo di una misura di prevenzione, sia stata disposta la confisca di un bene intestato ad un terzo e questi, al pari del destinatario di detta misura, abbia interposto appello, è anche egli da considerare "interessato" ai sensi dell'art. 4, comma 6, l. n. 1423/1956, ed ha pertanto diritto all'assistenza difensiva, onde costituisce causa di nullità il mancato avviso dell'udienza al suo difensore".

La dottrina ritiene, invece, che la mancata citazione del terzo nel procedimento di prevenzione dovrebbe comportare la nullità del provvedimento di confisca per violazione del diritto di difesa (C. MACRÌ-V. MACRÌ, *La legge antimafia*, Napoli, 1987, p. 120; MILETTO, *Le misure di prevenzione*, in AMBROSINI-MILETTO, *Le sostanze stupefacenti. Le misure di prevenzione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di BRICOLA-ZAGREBELSKY, Torino, 1989, p. 198) e dei principi del giusto processo, art. 111 Cost. (CORTESE, *Misure di prevenzione patrimoniali antimafia: tutela processuale e potere di intervento dei terzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1114); si parla di causa di nullità "a regime intermedio" in applicazione analogica dell'art. 178, comma 1, lett. c) c.p.p. laddove garantisce l'intervento e l'assistenza anche delle "parti private" intese in senso sostanziale e non formale e dunque con riferimento a tutti i soggetti titolari di posizioni giuridiche sulle quali la decisione è idonea ad esplicare diretta incidenza (FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, Padova, 2002, p. 337); o, comunque, la decisione che ha fatto perdere al titolare un grado di giudizio dovrebbe essere annullata con rinvio al primo giudice (se in nessun grado di giudizio sia emersa la sussistenza del diritto del terzo questo potrebbe farlo valere con l'incidente di esecuzione). Critici in materia ALIQUÒ, *I poteri del giudice di appello in materia di misure patrimoniali*, in *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di FIANDACA-COSTANTINO, Milano, 1986, p. 75; FILIPPI, *op. cit.*, p. 338; PETRINI, *La prevenzione patrimoniale: la tutela dei diritti dei terzi*, in BARGI-CISTERNA, *op. cit.*, p. 538 s. Cfr. CASSANO, *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione*, cit., p. 418.

⁽¹²³⁾ MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem*, cit., p. 174 s.

tra il terzo, ed i suoi successori o aventi causa, e l'Erario, sicché la norma appare inaffidente rispetto allo scopo per cui è stata introdotta" ⁽¹²⁴⁾.

La disciplina in esame non ha comportato neanche la necessaria presenza nel procedimento del terzo intestatario formale del bene ai fini della validità della confisca, quale inconsapevole conseguenza dell'innesto di istituti civilistici nel sistema ⁽¹²⁵⁾, anche in seguito alla riforma del comma 5 dell'art. 2-ter introdotta dal d.l. 4 febbraio 2010, n. 4.

Accertare l'intestazione fittizia del bene nell'ambito del procedimento di prevenzione significa esclusivamente stabilire che la disponibilità di fatto del bene in capo al proposto trova ragione nella natura simulata dell'atto di compravendita, sicché l'omessa citazione del terzo intestatario formale non impedisce la confisca, «il cui presupposto continua ad essere costituito dalla sola disponibilità di fatto del bene, e non incide sulla sua validità; impedisce invece la declaratoria di nullità dell'atto di compravendita, giacché, in mancanza del terzo nel processo, la relativa pronuncia deve dirsi *inutiliter data* (ed il terzo pretermesso continuerà a potersi avvalere dell'incidente di esecuzione)» ⁽¹²⁶⁾. La dottrina precisa, infatti, che tale pronuncia è possibile solo se il terzo sia presente in giudizio ed in tal caso a lui sarebbe precluso il risarcimento del danno nei confronti del mafioso per l'evizione subita in conseguenza della confisca ⁽¹²⁷⁾; la norma in realtà non richiede tale condizione, ma chiaramente in mancanza del terzo la pronuncia sarebbe *inutiliter data* e il terzo, qualora sia stato pretermesso dal giudizio (non citato), può richiedere la restituzione del bene e in mancanza esperire l'incidente di esecuzione al fine di contestare il titolo che si sia formato in sua assenza sull'appartenenza del bene.

Non si capisce, insomma, quale sia la ragione che abbia indotto il legislatore a prevedere la nullità degli atti simulati, in quanto sul piano effettuale anche in mancanza di una simile declaratoria ("salvo alcune specifiche eccezioni non considerate rilevanti in tale contesto") si tratterebbe pur sempre di atti inefficaci (*inter partes*), inidonei in quanto tali a determinare una situazione di indisponibilità del bene da parte del prevenuto mafioso ⁽¹²⁸⁾.

7.3. (Segue) La nozione di disponibilità

La disciplina in esame (commi 13 e 14 l. n. 575/1965 e art. 26 cod. mis. di prev.) confermerebbe, ad avviso di una parte della dottrina, la prevalenza e la sufficienza di una nozione di mera disponibilità di fatto ⁽¹²⁹⁾; confermerebbe che «la prioritaria preoccupazione del legislatore della prevenzione è sempre stata quella di slegare i presupposti applicativi della misura reale dalla soluzione dei delicati e complessi temi sollevati dal mandato senza rappresentanza, dal negozio fiduciario o dalla simulazione. La riforma, nel prescrivere oggi la declaratoria di nullità degli atti di disposizione solo quando il giudice accerti l'intestazione fittizia dei beni a terzi,

⁽¹²⁴⁾ Così CASSANO, *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione*, cit., p. 419.

⁽¹²⁵⁾ Si deve evidenziare che la previsione dell'art. 23, comma 2, cod. mis. prev. - I terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati, nei trenta giorni successivi all'esecuzione del sequestro, sono chiamati dal tribunale ad intervenire nel procedimento con decreto motivato che contiene la fissazione dell'udienza in camera di consiglio - corrisponde a quanto già previsto dall'art. 2-ter, comma 5, l. n. 575/1965. Cfr. Cass., 4 giugno 2003, n. 38940, in *questa rivista*, 2005, p. 2340.

⁽¹²⁶⁾ Così CASSANO, *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione*, cit., p. 419.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. Cass. civ., 7 giugno 2001, n. 7678, in *Giur. it.*, 2002, p. 483; CASSANO, *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione*, cit., p. 420.

⁽¹²⁸⁾ Così AIELLO, *Le questioni civilistiche: quadro di riferimento generale*, cit., p. 230; MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali*, cit., p. 175.

⁽¹²⁹⁾ Così CASSANO, *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione*, cit., p. 419.

evidenzia che l'accertamento della proprietà del bene non costituisce mai l'oggetto prioritario e immancabile del procedimento di prevenzione reale»⁽¹³⁰⁾.

Premesso che in tema di disponibilità ai fini della confisca risultano colpevolmente carenti tanto una definizione concettuale adeguata alla considerazione della corrispondente "situazione espressa nell'ambito del diritto privato, quanto la preventiva definizione dei suoi ambiti operativi nel processo penale in ossequio al principio costituzionale di stretta legalità ed a quello europeo di certezza della statuizione e prevedibilità nella sua applicazione"⁽¹³¹⁾, si deve ricordare a tal proposito che nel dibattito in dottrina non è chiaro se il concetto di disponibilità sia assunto, per ragioni di indole probatoria, quale surrogato della proprietà (la presume) o se la confisca antimafia si possa applicare anche a beni di proprietà di terzi, senza intestazioni fittizie o reali, ma di cui l'indiziato abbia la disponibilità⁽¹³²⁾.

In quest'ultima direzione si ritiene che la nozione di disponibilità prescinde in radice dalla proprietà del bene e non riveste alcuna funzione semplificatoria del diritto di proprietà, facendovi rientrare la mera disponibilità di fatto⁽¹³³⁾, tutte quelle fattispecie relazionali in cui, a prescindere dalla veste o dal titolo giuridico, *di fatto* il presunto mafioso risulta godere, determinando l'uso e la destinazione di beni economicamente valutabili⁽¹³⁴⁾. Come osservato criticamente in dottrina, mentre nell'ambito del diritto privato la nozione di disponibilità "corrisponde all'esercizio di una facoltà connessa ad un diritto sottostante, nell'esperienza penale degli ultimi anni, il rapporto di disponibilità tra una persona e il bene è stato assunto quale momento rilevante in sé", con la conseguenza che nella prassi giurisprudenziale si sgancia la disponibilità dal diritto reale di riferimento⁽¹³⁵⁾.

Nonostante la giurisprudenza, come esaminato, sembra accogliere spesso tale orienta-

⁽¹³⁰⁾ Così CASSANO, *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione*, cit., p. 418; cfr. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 262.

⁽¹³¹⁾ GAITO-FURFARO, «Disponibilità» del bene e confisca «per equivalente», in *Giust. pen.*, 2013, c. 602 s.

⁽¹³²⁾ MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 268.

⁽¹³³⁾ MONTELEONE, *Effetti "ultra partes" delle misure patrimoniali antimafia - profili di diritto processuale civile e fallimentare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 581; MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 268 ss.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 234.

⁽¹³⁵⁾ GAITO-FURFARO, «Disponibilità» del bene e confisca «per equivalente», in *Giust. pen.*, 2013, c. 604 ss., i quali ritengono che contro una simile prassi il concetto privatistico di disponibilità debba valere anche per il diritto penale; per disponibilità si intende la "facoltà di porre in essere negozi giuridici atti a produrre immediatamente modificazione, trasferimento ed estinzione di preesistenti diritti soggettivi sulla cosa o sul bene". "La legislazione penale e di prevenzione non solo non propone deviazioni rispetto ai concetti generali, ma addirittura li conferma, in quanto la specificità delle norme riconduce tutto a quei concetti e, quindi, a sistema: la disponibilità "diretta" equivale alla titolarità formale, alla proprietà del bene o della cosa; quella "indiretta" (nelle forme di volta in volta indicate dalle disparate norme) ad una situazione che trae corpo e sostanza da un atto pregresso simulato. Nel primo caso, la prova della disponibilità discende *de plano* dal titolo; nell'altro, si risolve nella dimostrazione della simulazione che scinde titolarità e disponibilità". Anzi si ritiene che "nonostante l'eccentricità di certa prassi sia a volte tesa al superamento dei concetti, quanto alla disponibilità, il legislatore ha fatto sempre riferimento al significato privatistico di essa (definito, cioè, dall'esistenza di qualsiasi diritto sul bene che ne consenta, non già solo il godimento, ma la possibilità di destinazione di esso, anche - ovviamente - derivante da atto simulato). Anche quando ha richiamato il concetto di "disponibilità a qualsiasi titolo", il legislatore ha inteso con ciò fare riferimento a tutte quelle situazioni, in forza delle quali una persona esercita in concreto sul bene un *potere diretto ed immediato di destinazione*, ancorché tale bene sia formalmente intestato ad altri". Tutto ciò è condivisibile purché si faccia riferimento anche alle "vicende interpositorie, che anziché essere fittizie (*i.e.* simulate) sono reali", cfr. AIELLO, *Le questioni civilistiche: quadro di riferimento generale*, cit., p. 222.

mento ⁽¹³⁶⁾, la dottrina evidenzia che in realtà in quelle stesse pronunce la suprema Corte finisce per identificare l'intestazione in capo al terzo come fittizia, come risultato di una vicenda simulatoria ⁽¹³⁷⁾. Già in relazione alla confisca *ex art. 240 c.p.*, parte della dottrina ha precisato correttamente, infatti, che se è necessario eludere le intestazioni fittizie, accertando l'effettivo proprietario e non il mero titolare formale del bene, non è sufficiente la «mera disponibilità» del bene da parte dell'autore del reato a consentire l'applicazione della confisca, che finirebbe così per colpire i terzi proprietari ⁽¹³⁸⁾. Si osserva che è presupposto imprescindibile della confisca il fatto che le attività illecite di cui i beni rappresentano il frutto od il reimpiego siano opera del presunto mafioso e non del terzo, altrimenti non si spiegherebbe la distinzione tra beni di origine lecita e illecita, essendo anche questi ultimi potenzialmente impiegabili per il compimento di attività criminose e, inoltre, se fosse sufficiente una relazione di fatto, si graverebbe della misura patrimoniale direttamente il terzo (effettivo titolare di un bene proveniente dalla propria attività); con la nozione di "disponibilità diretta o indiretta" si vogliono far rientrare nella misura patrimoniale i beni che il prevenuto abbia ottenuto illecitamente e che, al fine di sottrarli alla confisca "ma senza spogliarsene in termini economico-sostanziali", attraverso schemi giuridico formali abbia fatto *risultare, anche solo fittiziamente, nelle titolarità di terze persone* ⁽¹³⁹⁾. La disponibilità, insomma, rappresenta per ragioni di indole probatoria un surrogato del diritto di proprietà, nel senso che il potere di fatto sul bene da parte del prevenuto rappresenta un elemento probatorio dal quale desumere la fittizietà dell'intestazione del bene, o la sussistenza di un mandato senza rappresentanza, o la sussistenza di un negozio fiduciario, che costituirebbero il reale oggetto dell'accertamento del giudice della prevenzione ⁽¹⁴⁰⁾.

Il necessario rispetto del principio della responsabilità penale personale (*ex art. 27 Cost.*) e del rispetto della buona fede del terzo dovrebbe far propendere, allora, per quest'ultima interpretazione nel senso di ritenere che la confisca non possa esprimere una qualsiasi relazione, anche materiale, tra il proposto e i beni nella titolarità formale di una terza persona, ma "solo quelle che permetterebbero di ricondurre, in termini economico-giuridici, il bene nella sfera patrimoniale del primo". Si tratterebbe di ipotesi di simulazione assoluta ⁽¹⁴¹⁾ o relativa (oggettiva), ovvero di un fenomeno di interposizione di persona, quale figura generale comprendente tanto la figura dell'interposizione fittizia quanto quella dell'interposizione reale ⁽¹⁴²⁾.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. le sentenze citate nelle note 116 ss.

⁽¹³⁷⁾ Così AIELLO, *I "terzi" e le misure di prevenzione patrimoniali: una storia (in)finita?*, in FIANDACA-VISCONTI, *Scenari di mafia*, cit., p. 404, che richiama Cass., 23 giugno 2004, Palumbo, in *questa rivista*, 2005, p. 2704.

⁽¹³⁸⁾ GRASSO, *Art. 240 c.p.*, in ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III - Art. 150-240, 2^a ed., Milano, 2011, p. 620.

⁽¹³⁹⁾ Così AIELLO, *La tutela civilistica dei terzi nel sistema della prevenzione patrimoniale antimafia*, Milano, 2005, p. 102-104, 116 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ MAISANO, *op. cit.*, p. 419; AIELLO, *La tutela civilistica*, cit., p. 128 ss.

⁽¹⁴¹⁾ Pur essendo la simulazione assoluta una forma di interposizione di persone, parte della dottrina non la riconduce all'interposizione, perché quest'ultima presuppone un rapporto trilatero tra interponente, interposto e terzo che non ricorre nella simulazione assoluta, cfr. GALGANO, *Della simulazione del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna, 1998, p. 9.

⁽¹⁴²⁾ Così AIELLO, *La tutela civilistica*, cit., p. 116 ss. - 128 ss.; AIELLO, *I "terzi" e le misure di prevenzione patrimoniali: una storia (in)finita?*, cit., p. 403-404; cfr. FURCINITI-FRUSTAGLI, *Le indagini economico patrimoniali nel contrasto alla criminalità organizzata*, Milano, 2013, p. 244; Cfr., Sez. II, 11 novembre 2011, n. 41051, in cui si afferma che «Ai fini dell'adozione della misura cautelare assume rilievo, invece, anche la diversa figura della c.d. interposizione "reale", che ricorre allorché l'interponente trasferisce o intesta, ad ogni effetto di legge, taluni beni all'interposto, ma con

Tale interpretazione sembra maggiormente rispettosa dell'esigenza di garantire la tutela dei terzi in conformità alle indicazioni della Corte costituzionale⁽¹⁴³⁾; l'obbligo di tutelare i terzi in buona fede è sancito, inoltre, dai documenti internazionali in materia, tra cui la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope, adottata a Vienna nel 1988, la Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi del reato del 1990, la Convenzione delle Nazioni Unite del 2000 contro il crimine organizzato, nonché la decisione quadro relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato del 2005 e la decisione quadro 2006/783/GAI sul principio del reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca⁽¹⁴⁴⁾, nonché da ultimo la Proposta di Direttiva in materia di tema di confisca e congelamento dei beni (art. 6)⁽¹⁴⁵⁾.

7.4. Le presunzioni di fittizietà dei trasferimenti e il rispetto delle garanzie fondamentali

Ai sensi del comma 14 dell'art. 2-ter introdotto dal d.l. n. 92/2008 e dell'art. 26 cod. mis. prev. in alcune ipotesi si presume il carattere fittizio dei trasferimenti.

In particolare in relazione ai trasferimenti a titolo gratuito (o fiduciario) compiuti nei due anni precedenti l'inizio del procedimento si dovrebbe dichiarare la nullità e quindi applicare direttamente la confisca nei confronti dei beni (e non la confisca per equivalente), e lo stesso anche se si tratta di trasferimenti a titolo oneroso nei confronti dei parenti indicati nella norma. Anche tali presunzioni richiamano l'istituto della revocatoria fallimentare.

Per applicare tali presunzioni nel corso degli accertamenti di prevenzione finalizzati all'individuazione del complesso patrimoniale riconducibile all'indiziato, dovranno innanzitutto essere rilevati *tutti gli atti traslativi posti in essere dallo stesso nei due anni antecedenti*; per poi distinguerli a seconda se posti in essere *a titolo oneroso o a titolo gratuito*.

Nel primo caso se l'atto è avvenuto a favore dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado, la presunzione sarà operativa, salva prova contraria, e il bene sarà ricompreso nel complesso patrimoniale da sottoporre al successivo giudizio di sproporzione o di origine illecita in vista della conseguente misura ablativa; se l'atto è avvenuto a favore di soggetti terzi diversi dai precedenti, la presunzione non sarà applicabile, ma sarà in ogni caso possibile provare l'intestazione fittizia del bene secondo "gli ordinari canoni giurisprudenziali e investigativi".

l'accordo fiduciario sottostante che detti beni saranno detenuti, gestiti o amministrati nell'interesse del *dominus* e secondo le sue direttive.

In questo diverso, e più ampio, contesto assumono rilievo ai fini dell'individuazione dei beni che possono essere sottoposti al sequestro preventivo finalizzato alla confisca "per equivalente", non soltanto i casi in cui l'intestazione in capo all'interposto sia solo apparente (interposizione fittizia), ma anche le ipotesi in cui l'interposto è effettivo titolare *erga omnes*, purché costui sia legato da un rapporto fiduciario con l'interponente (interpretazione reale fiduciaria).

⁽¹⁴³⁾ C. cost., 19 maggio 1994, n. 190, in *Il Fallimento*, 1994, p. 804.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 63 ss. e 601 ss.; MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti*, cit., p. 535 ss. Cfr. SILVESTRINI (Magistrato Tribunale di Lecce), *Misure patrimoniali di prevenzione e tutela dei terzi creditori*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, cit., p. 398, il quale osserva che la situazione del proposto viene paragonata a quella dell'imprenditore in stato di insolvenza: può risultare economicamente vantaggioso trattare con quest'ultimo, ma tutti sanno che è estremamente rischioso.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato*, cit., p. 369.

Nel secondo caso, cessione a titolo gratuito o fiduciario, sarà sempre operante la presunzione, salvo prova contraria, e il bene dovrà essere sottoposto ai successivi accertamenti ai fini della confisca ⁽¹⁴⁶⁾.

Le presunzioni circa la fittizietà degli atti a titolo oneroso si estendono addirittura ai parenti sino al sesto grado, cioè ai figli di cugini, dimostrando un particolare zelo del legislatore nell'estensione della presunzione sino a gradi di parentela o affinità "un po' eccessivi" ⁽¹⁴⁷⁾.

In entrambe le ipotesi sarà possibile che i terzi, compresi i parenti, che abbiano realmente acquistato i beni (sia a titolo gratuito sia a titolo oneroso), possano confutare la presunzione e dimostrare che i trasferimenti non sono fittizi. Si tratta, insomma, di presunzioni *iuris tantum* che consentono al proposto l'esercizio del diritto alla prova contraria ⁽¹⁴⁸⁾.

Parte della dottrina ha valutato positivamente in qualità di strumento operativo anti elusivo l'introduzione di una trama di nuove regole presuntive della fittizietà degli atti dispositivi che capovolgono l'onere della prova in capo al proposto ⁽¹⁴⁹⁾, sono state definite come uno "straordinario strumento a disposizione dell'accusa nella fase relativa all'individuazione del compendio patrimoniale direttamente e/o indirettamente riferibile all'indiziato, in vista della successiva confisca di prevenzione ⁽¹⁵⁰⁾. Anzi si osserva che le presunzioni sono tutto sommato ragionevoli e che, comunque, essendo aperte alla prova contraria non contrastano con il diritto di difesa delle parti, "salvo verificare sul campo secondo quali parametri di ragionevolezza verranno valutate dalle corti di merito"; si tratterebbe di "strumenti di notevole efficacia, e perciò al contempo utili al contrasto del crimine organizzato", pur ammettendo, però, che possono diventare "potenzialmente pericolosi per i diritti di libertà" ⁽¹⁵¹⁾.

Si ritiene, piuttosto, che risulta dubbia la compatibilità con le garanzie fondamentali della materia penale delle presunzioni in questione.

In dottrina si contesta, innanzitutto, la formulazione tecnica della norma in esame in quanto tanto i trasferimenti a titolo gratuito quanto le intestazioni fiduciarie danno luogo a fattispecie di intestazione reale, accompagnati dal *pactum fiduciae*, e non di intestazione fittizia ⁽¹⁵²⁾, precisando, in ogni caso, che le presunzioni di fittizietà dell'atto a titolo gratuito o fiduciario incidono sull'aspetto dell'appartenenza del bene (piuttosto che della disponibilità intesa come disponibilità di fatto) ⁽¹⁵³⁾.

Ma soprattutto, con tali presunzioni, che dovrebbero essere fondate sull'*id quod plerumque*

⁽¹⁴⁶⁾ FURCINITI-FRUSTAGLI, *op. cit.*, p. 292.

⁽¹⁴⁷⁾ GIUNTA-MARZADURI, *op. cit.*, p. 262.

⁽¹⁴⁸⁾ FILIPPI-CORTESI, *op. cit.*, p. 284; CORTESI, *Modifiche al sistema normativo delle misure di prevenzione, in "Decreto sicurezza": tutte le novità - D.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv., con modif. dalla L. 24 luglio 2008, n. 125*, introduzione di SPANGHER, Ipsa, p. 279; NOCETI-PIERSIMONI, *Confisca e altre misure ablatorie patrimoniali*, Torino, 2011, p. 78.

⁽¹⁴⁹⁾ FILIPPI-CORTESI, *op. cit.*, p. 284.

⁽¹⁵⁰⁾ FURCINITI-FRUSTAGLI, *op. cit.*, p. 292.

⁽¹⁵¹⁾ GIUNTA-MARZADURI, *op. cit.*, p. 262; cfr. FURGIUELE, *La disciplina della prova nel procedimento applicativo delle misure patrimoniali di prevenzione*, in BARGI-CISTERNA, *op. cit.*, p. 427 il quale ritiene che in relazione all'inversione dell'onere della prova imposto dalle presunzioni in esame "non sembra che si possano prospettare profili di illegittimità costituzionale; e ciò sia in considerazione della natura non penale del procedimento di prevenzione sia dell'incidenza soltanto patrimoniale delle misure da applicare".

⁽¹⁵²⁾ CASSANO, *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione*, cit., p. 419.

⁽¹⁵³⁾ CASSANO, *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione*, cit., p. 420.

accidit, si introduce un'inversione dell'onere della prova a carico del terzo, intestatario formale, che deve dimostrare il carattere reale, non fittizio, dell'atto di disposizione ⁽¹⁵⁴⁾.

Se la prova è fornita, la confisca non può essere pronunciata perché il bene deve reputarsi appartenere effettivamente al terzo e il giudice non si pronuncia formalmente sul carattere reale, in quanto la pronuncia è prevista solo nell'ipotesi di intestazione fittizia al terzo (il proposto può subire, comunque, la confisca per equivalente); se la prova non è fornita, il giudice non solo pronuncia la confisca perché il bene si presume del proposto (purché sussistano le altre condizioni), ma dichiara la nullità dell'atto di trasferimento ⁽¹⁵⁵⁾.

Tali presunzioni operano in deroga alla previsione dello stesso art. 2-ter (e dell'art. 24 cod. mis. prev.), che stabilisce che spetta all'accusa la prova della *disponibilità* dei beni in capo al proposto. Con tali presunzioni, come evidenziato dalla suprema Corte dopo la riforma del 2008, il principio in base al quale l'onere della prova circa la *disponibilità* dei beni spetta all'accusa «risulta normativamente contraddetto dalla contraria statuizione introdotta dal citato d.l. n. 92 del 2008, art. 10, comma 1, n. 4, lett. d), in forza della quale, in ipotesi di rapporto di filiazione, i trasferimenti anteriori di due anni alla proposta della misura di prevenzione in favore di terzi, si presumono fittizi fino a prova contraria» ⁽¹⁵⁶⁾.

Le presunzioni introdotte dal d.l. n. 92/2008 nell'art. 2-ter ult. comma, oggi art. 26 cod. mis. prev., introducono un'inversione dell'onere della prova a carico del terzo in relazione al primo presupposto della confisca, la disponibilità, incarnando i timori della dottrina che ha sempre avvertito la necessità di rifuggire da sterili automatismi e da comode scorciatoie presuntive nell'accertare le relazioni di potere e di influenza sugli organi di governo dell'impresa sociale da parte dell'indiziato ⁽¹⁵⁷⁾, avvertendo già con preoccupazione che «la "disponibilità" si accontenta del regime dell'indizio là dove la "proprietà" pretende un'indagine maggiormente rigorosa» ⁽¹⁵⁸⁾. Si deve ricordare, poi, che la disponibilità è richiesta anche ai fini della confisca ex art. 3-*quinquies* – art. 34, n. 7, cod. mis. prev. –, e dell'applicazione delle misure interdittive ex art. 10 – art. 67 cod. mis. prev., rappresentando una sorta di «*passpartout* con il quale il legislatore ha inteso penetrare nei gangli economico-finanziari del crimine organizzato», superando i meccanismi elusivi offerti ⁽¹⁵⁹⁾; la disponibilità, insomma, è «uno strumento invasivo» al punto «che consente di travolgere antichi tabù» come «lo spettro della personalità giuridica, in altri ambiti quasi sacrale» ⁽¹⁶⁰⁾.

Prima dell'introduzione di tali presunzioni, nel caso di beni formalmente intestati a terzi, che si assumono nella disponibilità di persona sottoposta a misure di prevenzione personale, la suprema Corte ha sempre precisato, invece, che spetta all'accusa l'onere di dimostrare «che i

⁽¹⁵⁴⁾ MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali*, cit., p. 171.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. Cass. civ., 7 giugno 2001, n. 7678, in *Giur. it.*, 2002, p. 483; CASSANO, *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione*, cit., p. 420.

⁽¹⁵⁶⁾ Cass., 27 gennaio 2009, n. 8466, C. e altro, in *www.dejure.it*. Cfr. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali*, cit., p. 171.

⁽¹⁵⁷⁾ MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 277; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 322 - 368; MAUGERI, *Art. 2-ter*, in PALAZZO-PALIERO (a cura di), *Commentario breve alla Legislazione speciale*, Padova, 2007, p. 1786 ss.

⁽¹⁵⁸⁾ MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 235-263.

⁽¹⁵⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶⁰⁾ «Giacché consente di confiscare il patrimonio sociale, almeno quando il mafioso controlli integralmente le partecipazioni o le azioni societarie», così CASSANO, *La confisca e il presupposto della c.d. «disponibilità» dei beni*, in MAZZARESE-AIELLO, *Le misure patrimoniali antimafia*, cit., p. 274.

beni, formalmente intestati a terzi, siano nella disponibilità dell'indiziato e derivino dalla sua illecita attività", "infatti, non va dimenticato che la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale riguarda solo il soggetto ritenuto socialmente pericoloso" ⁽¹⁶¹⁾; anzi si precisa che «incombe sull'accusa l'onere di dimostrare rigorosamente, sulla base di elementi fattuali, connotati dai requisiti della gravità, precisione e concordanza, l'esistenza di situazioni che avallino concretamente l'ipotesi del carattere puramente formale di detta intestazione, funzionale all'esclusiva finalità di favorire il permanere del bene in questione nella effettiva e autonoma disponibilità di fatto del proposto ⁽¹⁶²⁾». "La sussistenza di detta disponibilità, caratterizzata da un comportamento *uti dominus* del medesimo proposto in contrasto con l'apparente titolarità del terzo, deve essere accertata con indagine rigorosa, intensa ed approfondita, avendo il giudice l'obbligo di spiegare le ragioni della ritenuta interposizione fittizia sulla base non di sole circostanze sintomatiche di spessore indiziario ma di elementi fattuali connotati dai requisiti della gravità, precisione e concordanza ed idonei, pertanto, a costituire *prova indiretta* dell'assunto che si tende a dimostrare" ⁽¹⁶³⁾, "del superamento della coincidenza tra titolarità apparente e disponibilità effettiva dei beni stessi" ⁽¹⁶⁴⁾; "non può, quindi, pretendersi che siano i terzi a dover giustificare la titolarità dei beni, offrendo la dimostrazione che essi non derivino da illecite attività dei proposti" ⁽¹⁶⁵⁾.

Si deve ricordare, però, che la stessa giurisprudenza che ha sempre ritenuto che in relazione al terzo estraneo l'indagine sulla disponibilità del bene debba «essere rigorosa, non essendo consentito il ricorso a presunzioni come per il giudizio di pericolosità» ⁽¹⁶⁶⁾ e che quindi, incombe sull'accusa l'onere di provare la malafede dell'acquirente stesso (in tal modo irrobustendo l'orientamento giurisprudenziale volto ad una migliore tutela dei diritti dei terzi) ⁽¹⁶⁷⁾, per contro afferma che sussiste una presunzione semplice di disponibilità del bene da parte dell'indiziato se il terzo sia il coniuge, il figlio od il convivente nell'ultimo quinquennio in virtù del disposto dell'art. 2-bis che impone le indagini nei loro confronti, oggi art. 19, comma

⁽¹⁶¹⁾ Cass., 28 marzo 2002, n. 23041, in *questa rivista*, 2003, p. 605-612; conformi Cass., 23 giugno 2004, *ivi*, 2005, p. 2704; Cass., 15 ottobre 2003, n. 43046, *ivi*, 2005, p. 2341; Cass., 4 giugno 2003, *ivi*, 2005, p. 2066; Cass., 18 settembre 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1108; Cass., 5 febbraio 2001, in *Foro it.*, 2002, II, c. 263; Cass., 26 novembre 1998, in *questa rivista*, 1999, m. 1131; Cass., 10 novembre 1997, in *Giust. pen.*, 1998, II, c. 512; Cass., 16 aprile 1996, in *questa rivista*, 1997, p. 849; Cass., 4 luglio 1995, in *Riv. pen.*, 1996, p. 526; Cass., 18 maggio 1992, *ivi* 1993, p. 2377; App. Reggio Calabria, 6 marzo 1986, in *Foro it.*, 1987, c. 361; Cass., 7 agosto 1984, *ivi* 1985, II, c. 273, con nota di FIANDACA; cfr. le perplessità di MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 235-263 sulla stessa nozione di disponibilità.

⁽¹⁶²⁾ Sez. I, 10 novembre 1997, Faraone; conforme Cass., 9 febbraio 2011, n. 6977, in *www.dejure.it*.

⁽¹⁶³⁾ *Ibidem*. Sez. II, 23 giugno 2004, n. 35628, in *C.E.D. Cass.*, n. 229726; conforme Sez. I, 15 ottobre 2003, n. 43046, *ivi*, n. 226610, in *questa rivista*, 2005, p. 2341, in questo caso la Corte ha annullato il decreto di confisca perché l'assunto accusatorio dell'intestazione fittizia era basato solo sulla mancanza di contestazioni; Cass., 4 giugno 2003, *ivi*, 2005, p. 2066; Cass., 18 settembre 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1108; Cass., 5 febbraio 2001, in *Foro it.*, 2002, II, c. 263; Cass., 26 novembre 1998, in *questa rivista*, 1999, m. 1131; Cass., 16 aprile 1996, *ivi*, 1997, p. 849; Cass., 4 luglio 1995, in *Riv. pen.*, 1996, p. 526; Cass., 18 maggio 1992, *ivi*, 1993, p. 2377; App. Reggio Calabria, 6 marzo 1986, in *Foro it.*, 1987, c. 361; Cass., 7 agosto 1984, *ivi*, 1985, II, c. 273, con nota di FIANDACA; conf. in dottrina GIALANELLA, *Il punto sulla questione probatoria nelle misure di prevenzione antimafia*, in *Questione giustizia*, 1994, p. 804.

⁽¹⁶⁴⁾ Sez. I, 4 luglio 1995, in *C.E.D. Cass.*, n. 202191.

⁽¹⁶⁵⁾ Cass., 28 marzo 2002, n. 23041, in *questa rivista*, 2003, p. 612.

⁽¹⁶⁶⁾ Cass., 16 aprile 1996, in *C.E.D. Cass.*, n. 204903-10 e in *questa rivista*, 1997, p. 849.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. P.M. Gialanella, Richiesta ex art. 611 c.p.p., Nr. Reg. Generale 39871/2012 - Sez. 1°, cit., p. 53. Cfr. Sez. I, 4 luglio 1995, n. 4017, in *C.E.D. Cass.*, n. 202191.

3, cod. mis. prev. ⁽¹⁶⁸⁾. La suprema Corte finisce per invertire l'onere della prova precisando che tra i beni di cui l'indiziato «risulta poter disporre direttamente od indirettamente ... rientrano per presunzione di legge, sia pure relativa, i beni del coniuge, dei figli e degli altri conviventi, soggetti nei cui confronti devono essere sempre disposte le indagini, ai sensi di quanto previsto dall'art. 2-bis, comma 3, della stessa legge; il legislatore presuppone, infatti, che l'indiziato di appartenere ad associazioni di tipo mafioso faccia in modo che i beni illecitamente ottenuti appaiano formalmente nella disponibilità giuridica delle persone di maggior fiducia, ossia i conviventi, sui quali grava pertanto l'onere di dimostrare l'esclusiva disponibilità del bene per sottrarlo alla confisca» ⁽¹⁶⁹⁾. «In tema di misure di prevenzione patrimoniale, la "disponibilità" dei beni da parte del proposto si presume *senza necessità di specifici accertamenti* allorquando si tratti dei beni formalmente intestati al coniuge, ai figli e ai conviventi "nell'ultimo quinquennio", dal momento che dette persone sono considerate dall'art. 2-bis, comma 3, l. 31 maggio 1965, n. 575 separatamente da tutti gli altri terzi, per i quali, invece, devono risultare elementi di prova circa la disponibilità concreta da parte dell'indiziato» ⁽¹⁷⁰⁾. Anzi in relazione al coniuge si precisa che "nessun valore dirimente può essere attribuito all'intervenuta separazione personale ed alla conseguente assegnazione al coniuge degli immobili di cui si sospetta la provenienza illecita, giacché la disponibilità sul bene, presupposto della confisca, non è esclusa dalla circostanza che il medesimo sia fatto rientrare dall'interessato nell'ambito del regolamento dei rapporti patrimoniali fra coniugi, sicché indubitabilmente esso continua a far parte della sfera dei suoi interessi economici, in cui il concetto di disponibilità si sostanzia (Sez. II, 14 febbraio 1997, Nobile)" ⁽¹⁷¹⁾.

Contro tale orientamento la dottrina maggioritaria precisa correttamente che tale presunzione semplice dovrebbe sussistere solo ai fini dell'indagine, ferma restando l'esigenza di un adeguato livello probatorio sul requisito della disponibilità in capo al prevenuto ai fini del

⁽¹⁶⁸⁾ Sez. II, 5 dicembre 1996, n. 1610, in *questa rivista*, 1997, p. 2847; Cass., 7 dicembre 2005, n. 2960, in *www.dejure.it*; Cass., 14 febbraio 1997, *ivi*, 1997, p. 3171; Cass., 5 dicembre 1996, in *questa rivista*, 1997, p. 2847; la "disponibilità è presunta, senza necessità di specifici accertamenti" Cass., 4 giugno 2003, *ivi*, 2005, p. 2066; Cass., 18 settembre 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1108; cfr. CORSO, *op. cit.*, p. 138, afferma che il «principio barbarico» della responsabilità familiare sostituisce il principio di civiltà racchiuso nella regola dell'art. 27 Cost.

⁽¹⁶⁹⁾ Cass., 20 ottobre 2010, n. 39799, in *www.dejure.it*; cfr. Cass., 5 novembre 2009, n. 48127, D. M., *ivi*.

⁽¹⁷⁰⁾ Cass., 9 gennaio 2007, n. 5233, in *Guida dir.*, 2007, 12, p. 88, che precisa che «Tale distinzione che l'art. 2-bis, comma 3, citato opera fra persone che hanno vincoli con il proposto e persone diverse dal coniuge, dai figli e dai conviventi infraquinquennali non è senza significato, giacché, nel primo caso, è più accentuato il pericolo della fittizia intestazione e più probabile l'effettiva disponibilità da parte del medesimo»; Sez. II, 23 marzo 2012, n. 16348, in *www.dejure.it*: "con riferimento, invece, agli stretti familiari, asseritamente fittizi intestatari di beni, rientranti nel novero di quelli considerati dalla l. n. 575 del 1965, art. 2-bis, comma 3, separatamente da tutti gli altri terzi opera una fondata presunzione di essere solo "prestanomi" circa l'effettiva disponibilità dei beni in testa al proposto, salvo rigorosa e fondata prova contraria posta a carico dei predetti soggetti legati da vincoli parentelari "aut similia" (convivenza) con detto proposto, essendo intuibilmente più accentuato, in caso di titolarità dei beni in capo a costoro, il pericolo di una intestazione meramente fittizia "a copertura" di quella concreta e reale in testa al detto proposto raggiunto dalla misura di prevenzione personale (Sez. I, Sentenza n. 39799, c.c. 20 ottobre 2010 - dep. 11 novembre 2010 - in *C.E.D. Cass.*, n. 248845"); Sez. II, 9 febbraio 2011, n. 6977, *ivi*, n. 249364; Sez. VI, 14 febbraio 2012, n. 26413, in *Dir. e giust.*, 2012, 9 luglio; Sez. I, 20 ottobre 2010, n. 39799; Cass., 18 gennaio 2006, n. 8642, *ivi*, 2006, 19, p. 97; Cass., 7 dicembre 2005, n. 2960, in *www.dejure.it*; Cass., 28 marzo 2002, n. 23041, in *questa rivista*, 2003, p. 605; Cass., n. 4916, in *C.E.D. Cass.*, n. 207118; Cass., 23 ottobre 2006, n. 2960, *ivi*, n. 233429; Cass., 20 ottobre 2010, n. 39799, *ivi*, n. 248845; Cass., sez. I, 7 dicembre 2005, n. 2960.

⁽¹⁷¹⁾ Da ultimo Sez. II, 15 gennaio 2013, n. 3809, in *C.E.D. Cass.*, n. 254512.

sequestro e della confisca ⁽¹⁷²⁾; in tale direzione la stessa suprema Corte ha precisato in una sua pronuncia, «che la “presunzione” in parola va letta come connessa all’ accertata assenza di disponibilità economiche proprie dei terzi intestatari, sintomatica della fittizietà della intestazione, e quindi quale lecito criterio interpretativo della situazione di fatto, non comportante illegittime inversioni di onere della prova a carico dei terzi» ⁽¹⁷³⁾.

Il legislatore della riforma del 2008 ha invece ripreso, senza indugi, l’indirizzo giurisprudenziale in tema di presunzioni a carico dei stretti congiunti, in ciò raccogliendo “la traccia dell’interpretazione che, del sistema normativo della prevenzione patrimoniale, in punto di interposizione e di presunzione relativa, la giurisprudenza di legittimità aveva da tempo risalente già fornito” ⁽¹⁷⁴⁾, introducendo, però, delle vere presunzioni legali, con inversione dell’ onere della prova, ferma restando la possibilità di prova contraria; addirittura ha esteso l’ambito di applicazione di tali presunzioni ai parenti sino al sesto grado e affini sino al quarto per gli atti a titolo oneroso e nei confronti di tutti, anche i terzi estranei, per gli atti a titolo gratuito (o fiduciario), perseguendo il preciso disegno di semplificare gli accertamenti e di fare «terra bruciata» attorno ai «mafiosi» ⁽¹⁷⁵⁾. L’aspetto positivo è che si prevede un limite temporale, che invece la giurisprudenza non prevede in relazione alla presunzione *ex art. 2-bis* e art. 19, comma 3, cod. mis. prev. ⁽¹⁷⁶⁾.

Non sembra, quindi, condivisibile l’opinione autorevolmente sostenuta in base alla quale tale disciplina non comporterebbe “illegittime inversioni dell’onere della prova a carico dei terzi” ⁽¹⁷⁷⁾, fermo restando l’auspicio che nella prassi giurisprudenziale possa prevalere il più garantistico orientamento che già prima dell’introduzione di tale disciplina richiedeva, come esaminato, “che la “presunzione” in parola” sia “letta” “quale lecito criterio interpretativo della situazione di fatto, non comportante illegittime inversioni di onere della prova a carico dei terzi» ⁽¹⁷⁸⁾.

Con tali presunzioni si rischia, insomma, che gli atti a titolo gratuito saranno considerati *tout court* fittizi e nulli se compiuti nei due anni precedenti il sequestro, perché sarà ben difficile per il terzo dimostrarne il carattere non fittizio; dovrebbe dimostrare l’*animus donandi* del proposto vale a dire la consapevolezza di attribuire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi in qualche modo costretti, e, ancor più, i motivi interni psicologici, – normalmente irrilevanti –, che hanno indotto il donante a compiere l’atto (gratitudine, beneficenza) ⁽¹⁷⁹⁾.

La prova della non fittizietà è ancora più complessa per gli atti fiduciari, che già prima della riforma del 2008 difficilmente erano considerati nella prassi rilevanti per impedire la confisca. In tale ipotesi lo scopo elusivo presupposto dall’intervento sanzionatorio può essere vinto solo con la dimostrazione positiva della ricorrenza dei motivi diversi che hanno indotto il fiduciante

⁽¹⁷²⁾ GIALANELLA, *La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli, 1998, p. 130.

⁽¹⁷³⁾ Cass., 20 novembre 1998, n. 5760, in *questa rivista*, 1999, p. 3243.

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr. P.M. Gialanella, *Richiesta ex art. 611 c.p.p.*, Nr. Reg. Generale 39871/2012 – Sez. I, cit.

⁽¹⁷⁵⁾ MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un’actio in rem*, cit., p. 172; CAIRO, *op. cit.*, 1093; PETRINI, *op. cit.*, p. 547 evidenzia il carattere gravoso dell’onere probatorio del terzo in questione.

⁽¹⁷⁶⁾ *Contra* critica l’introduzione di tale limite temporale P.M. Gialanella, *Richiesta ex art. 611 c.p.p.*, Nr. Reg. Generale 39871/2012 – Sez. I, cit.

⁽¹⁷⁷⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁷⁸⁾ Cass., 20 novembre 1998, n. 5760, in *questa rivista*, 1999, p. 3243.

⁽¹⁷⁹⁾ CASSANO, *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione*, cit., p. 420-1; conforme D’ASCOLA, *op. cit.*, p. 192.

all'operazione negoziale. La prova che il terzo, intestatario formale del bene, deve fornire verte sulla sfera soggettiva dell'indiziato di mafia, su elementi estranei alla sfera sua propria ⁽¹⁸⁰⁾.

Per confutare le presunzioni di fittizietà il terzo deve poi provare la sua buona fede al momento della negoziazione. In maniera speculare, come accennato, l'art. 2-ter l. n. 575/1965, comma 10, nonché il nuovo art. 25 del cod. mis. prev., prevede la confisca per equivalente dei beni trasferiti legittimamente a terzi in buona fede: questa norma richiedendo che il bene sia stato trasferito legittimamente a terzi in buona fede subordina la legittimità del trasferimento non solo al carattere non simulato, ma anche all'accertamento della *buona fede* del terzo; se il bene non è stato legittimamente trasferito a un terzo in buona fede, si procederà alla sua diretta confisca, altrimenti alla confisca per equivalente.

Si pone a questo punto il problema di stabilire cosa si intenda per buona fede. Parte della dottrina ritiene che la buona fede si riferisce alla "qualità" di "coloro che non assumano la qualità di prestanome", "non potendo richiamarsi la definizione in materia di tutela dei terzi creditori (c.d. affidamento incolpevole) che, ..., riguarda il diverso piano della possibilità del terzo di rivalersi sul patrimonio confiscato al proposto" ⁽¹⁸¹⁾; in base ad una diversa interpretazione il terzo ha l'onere di dimostrare la mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa e poiché l'utilità tratta dall'illecito è quasi sempre *in re ipsa*, il proprio affidamento incolpevole nel caso che tale utilità sussista ⁽¹⁸²⁾.

In relazione alla nozione di buona fede ⁽¹⁸³⁾ si può ricordare, infatti, che la giurisprudenza, a partire dalla sentenza Bacherotti, ha sviluppato il criterio della buona fede ma come presupposto per garantire il riconoscimento dei diritti reali di garanzia, che il terzo creditore vuole fare valere sui beni confiscati. Si parla di «*buona fede e di affidamento incolpevole*» ⁽¹⁸⁴⁾, e cioè la mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta criminosa o con l'attività illecita del proposto indiziato di mafia ⁽¹⁸⁵⁾; nell'ipotesi in cui un simile nesso sia invece configurabile, l'affidamento si considera incolpevole se ingenerato da una situazione di apparenza che rendeva scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza ⁽¹⁸⁶⁾ e quindi come «assenza di condizioni che rendano profilabile ... un qualsivoglia addebito di negligenza» ⁽¹⁸⁷⁾. L'affidamento incolpevole è ravvisabile "nella non conoscibilità – con l'uso della diligenza richiesta dal caso concreto – del rapporto di derivazione della loro posizione di vantaggio dalla condotta delittuosa del proposto" (tale situazione è compatibile con l'aver "ricevuto indiretta-

⁽¹⁸⁰⁾ *Ibidem*, p. 421; cfr. nella stessa direzione PETRINI, *op. cit.*, p. 546.

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. MENDITTO, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 346.

⁽¹⁸²⁾ CASSANO, *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione*, cit., p. 421. Il terzo in malafede non potrà rivendicare alcun diritto di ripetizione in quanto in virtù dell'art. 1418 c.c. il suo atto è nullo perché la causa è contraria a norme imperative e al buon costume (la violazione di norme imperative penalmente rilevanti rientra in questo concetto) (art. 2035 c.c.). Conforme PETRINI, *op. cit.*, p. 544 s.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. le critiche sull'utilizzo di tale categoria in questa materia di AIELLO, *La tutela civilistica*, *op. cit.*, p. 471 ss.

⁽¹⁸⁴⁾ Cass., Sez. un., 28 aprile 1999, Baccherotti, in *Foro it.*, 1999, II, c. 580, relativa alla confisca ex art. 644 c.p.; Cass., 9 marzo 2005, in *questa rivista*, 2006, p. 634; Cass., 19 novembre 2003, n. 47887, *ivi*, 2005, m. 870; Cass., 29 ottobre 2003, n. 16265, in *Gius.*, 2004, p. 1004; Cass., 16 febbraio 2000, *ivi*, 2000, p. 2770, con nota di MOLINARI; CASSANO, *Azioni esecutive su beni oggetto di sequestro antimafia e buona fede dei terzi*, in *Il Fallimento*, 2002, p. 661; CASSANO, *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, in *questa rivista*, 2005, p. 2165.

⁽¹⁸⁵⁾ Cass., 11 febbraio 2005, in *questa rivista*, 2006, p. 638.

⁽¹⁸⁶⁾ *Ibidem*, p. 641.

⁽¹⁸⁷⁾ Sez. I, 13 giugno 2001, n. 34019.

mente un vantaggio dall'altrui attività criminosa")⁽¹⁸⁸⁾. Anche nell'ambito della tutela dei terzi creditori prima la giurisprudenza, poi il legislatore con l'art. 2-ter, comma 5 e con l'art. 52 cod. mis. prev., inverte l'onere della prova della buona fede a carico del terzo⁽¹⁸⁹⁾ modificando il generale principio civilistico per cui la buona fede è presunta (art. 1147 c.c.)⁽¹⁹⁰⁾ (tale inversione assume una particolare problematicità laddove si considera che essa si applica nei confronti di terzi, estranei alla valutazione di pericolosità sociale in quanto non indiziati dei reati presupposti⁽¹⁹¹⁾, e la difficoltà di dare la prova negativa della malafede⁽¹⁹²⁾).

Ai fini della valutazione della buona fede, insomma, si attribuisce rilievo anche ad atteggiamenti colposi del terzo, imponendo ai cittadini una sorta di obbligo generale di diligenza nello svolgimento degli affari, in linea con la previsione nell'ordinamento penale italiano della fattispecie dell'incauto acquisto⁽¹⁹³⁾. Emerge quanto può diventare invasiva la confisca antimafia applicata nei confronti dei terzi aventi causa non in buona fede (soprattutto se si fa rientrare nella malafede anche l'atteggiamento colposo).

Si potrebbe, però, precisare a tal proposito, in ogni caso, che, a parte le presunzioni di fittizietà per superare le quali si ritiene che il terzo debba provare anche la propria buona fede, ai fini della confisca per equivalente il comma 10 dell'art. 2-ter l. n. 575/1965 e l'art. 25 cod. mis. prev. si limita a prevedere la confisca per equivalente "quando i beni non possono essere confiscati in quanto trasferiti legittimamente, prima dell'esecuzione del sequestro, a terzi in buona fede", non introducendo nessuna presunzione di mala fede dei terzi né inversione dell'onere della prova, per cui si potrebbe ritenere che spetti all'accusa e al giudice la verifica della buona fede dei terzi in questione (eventualmente ferma restando la presunzione semplice di disponibilità del bene da parte dell'indiziato se il terzo fosse il coniuge, il figlio od il convivente nell'ultimo quinquennio ai sensi dell'art. 2-bis e dell'art. 19, comma 3).

⁽¹⁸⁸⁾ Cass. civ., 29 ottobre 2003, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2004, p. 16. Da ultimo Sez. un. civ., 7 maggio 2013, n. 10532, in *www.dejure.giuffre.it*; Trib. La Spezia, 4 aprile 2013, *ivi*, rispetto a un bene detenuto in *leasing*.

⁽¹⁸⁹⁾ Sez. I, 27 aprile 2012, n. 44515, Intesa S. Paolo s.p.a., in *www.dejure.it*; Sez. I, 21 novembre 2007, n. 45572, Upgrade S.r.l. Brescia, in *C.E.D. Cass.*, n. 238144; Sez. I, 2 aprile 2008, n. 16743, Italfondario Spa, *ivi*, n. 239625; Sez. I, 16 giugno 2009, n. 32648, *ivi*, n. 244816; Sez. I, 1° dicembre 2009, n. 301, P.G. in proc. Capitalia Service J.v. Srl e altro, *ivi*, n. 246035.

⁽¹⁹⁰⁾ Cfr. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 545 ritiene, invece, applicabile tale principio anche in tale contesto.

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, p. 387-395; MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti*, cit., p. 536 ss.

⁽¹⁹²⁾ Così MOLINARI, *Un passo avanti nella tutela dei terzi in buona fede titolari di un diritto reale di garanzia sui beni oggetto di confisca antimafia*, in questa rivista, 2006, p. 645; IZZO, *Criticità nella confisca di prevenzione*, in *Impresa*, 2005, p. 1309; cfr. PETRILLO, *La tutela del terzo creditore ipotecario sui beni confiscati: prime aperture*, in *Merito*, 2006, p. 48; ORLANDO, *op. cit.*, 71. Da ultimo le Sez. un. civili hanno affermato, alla luce della normativa dell'Unione Europea e internazionale in materia, nonché della giurisprudenza della Corte EDU, «che il diritto comunitario ed i principi della CEDU (ricompresi nel diritto comunitario ai sensi dell'art. 6 del Trattato di Lisbona): ... b) impediscono che l'adozione di misure di prevenzione patrimoniali possa ledere di diritti dei terzi di buona fede; c) consentono, in materia di misure di prevenzione patrimoniali, di addossare al terzo l'onere della prova della buona fede».

⁽¹⁹³⁾ MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 395 ss.; MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti*, cit., p. 535 ss. Si tende ad affermare una nozione oggettiva di buona fede e non soggettiva ex art. 1147 c.p.c., nel senso che le stesse Sezioni unite fanno ricorso al criterio del collegamento, necessario od occasionale, tra l'attività negoziale che viene in considerazione e l'illiceità d'impresa, consentendo la tutela di terzi tutte le volte in cui l'atto da cui il creditore scaturisce non sia ausiliare o strumentale all'attività illecita, ovvero non la agevoli obiettivamente; in tal modo si consente la salvaguardia di prestazioni che, pur realizzate nella consapevolezza del carattere di mafiosità di uno dei soggetti negoziali, non sono di particolare rilievo sociale e appaiono riconducibili all'ordinario svolgimento dei rapporti economici, come già proposto nel Progetto Fiandaca, così CASSANO, *Azioni esecutive su beni oggetto di sequestro antimafia*, cit., p. 661.

Si deve ricordare, tra l'altro, che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato, sia pure in relazione ad una forma di confisca avente carattere punitivo in materia urbanistica, l'inammissibilità della confisca qualora i proprietari dei beni confiscabili siano terzi estranei alla commissione del reato e versino in una situazione di buona fede ai sensi dell'art. 7 CEDU (in quanto il principio di legalità affermato in tale norma impone il rispetto del principio di colpevolezza, consentendo l'applicazione della pena solo nei confronti di soggetti *colpevoli*)⁽¹⁹⁴⁾.

Anche in ordinamenti stranieri sono previste delle presunzioni in relazione ai trasferimenti, volte a garantire l'efficacia della confisca: nell'ordinamento inglese, ad esempio, ai fini del calcolo dell'ammontare sottoposto a *confiscation* si considera anche il valore dei beni trasferiti a titolo gratuito, nei sei anni precedenti l'inizio del procedimento *ex art. 77 POCA*⁽¹⁹⁵⁾ o in qualunque momento, qualora il bene sia stato ricevuto dall'imputato direttamente o indirettamente in connessione con il traffico di droga (se non si presume uno stile di vita criminale la presunzione si applica solo ai trasferimenti compiuti successivamente alla consumazione del crimine, art. 77, parte 2 e 3, POCA). Si tratta di scelte di politica criminale particolarmente rigorose volte a garantire l'efficacia della confisca in taluni settori, anche a scapito, però, delle garanzie dei terzi e dell'esigenze dell'economia.

Anche l'art. 3, n. 3, della Decisione quadro 2005/212 GAI prevede la possibilità di adottare "le 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". Questa disposizione è in verità poco chiara, in quanto si tratta di una definizione aperta e non tassativa, che consente di far riferimento non solo ai rapporti di parentela giuridicamente riconosciuti, ma anche ad altri rapporti, come la convivenza nell'ultimo quinquennio, a cui fa riferimento l'art. 2-*ter* l. n. 575/1965, o altri rapporti la cui definizione è affidata alla discrezionalità del legislatore nazionale; non solo ma tale disposizione appare criticabile laddove non richiede neanche la disponibilità in capo al soggetto sottoposto alla misura ablatoria. Essa presuppone, però, in ogni caso ai sensi dell'art. 3, n. 2, che un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, sia pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata; ne deriva che si dovrebbe trattare di beni ottenuti dal condannato attraverso il crimine e fittiziamente intestati a terzi.

Qualche problema interpretativo in termini di rispetto del principio di determinatezza potrebbe porre, poi, l'espressione "stabile convivenza" usata dal comma 14 dell'art. 2-*ter* e dall'art. 26 cod. mis. prev.; intanto si dovrebbe osservare che può non corrispondere ad un legame sentimentale (si potrebbe trattare di amici, fratelli)⁽¹⁹⁶⁾ e rimane il dubbio su quale sia la durata della convivenza che può consentire di sancirne il carattere "stabile".

Il limite temporale dei due anni vale, poi, solo per l'applicazione delle presunzioni legali in questione, rimane la possibilità senza vincoli temporali di dimostrare la "disponibilità indiretta" dei beni in capo al prevenuto; non solo ma rimane ferma la presunzione introdotta dalla giurisprudenza in virtù degli artt. 2-*bis* e 19 cod. mis. prev., comma 3, relativa a coniuge, figli e

⁽¹⁹⁴⁾ Cfr. CASSANO, *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione*, cit., p. 421; C. eur. dir. uomo, decisione sull'ammissibilità, 30 agosto 2007, Sud Fondi s.r.l.; C. eur. dir. uomo, Grand Chambre, 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l., in www.coe.it.

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti*, cit., p. 563.

⁽¹⁹⁶⁾ GIUNTA-MARZADURI, *op. cit.*, p. 262.

conviventi, per i quali continua a essere previsto l'obbligo delle indagini patrimoniali ⁽¹⁹⁷⁾. In relazione a tali soggetti, ad avviso della dottrina, continua ad operare la presunzione, *iuris tantum*, che tutti i beni in loro proprietà siano nella disponibilità del prevenuto, al punto che, come esaminato, la giurisprudenza maggioritaria non richiede alcuno specifico accertamento sulla disponibilità indiretta e grava su tali soggetti l'onere di dimostrare l'esclusiva disponibilità del bene per sottrarlo alla confisca ⁽¹⁹⁸⁾. Si deve segnalare, però, un'interessante pronuncia del Tribunale di Palermo con cui si precisa che "l'espressa fissazione del limite temporale (il biennio antecedente la proposta per misure di prevenzione) entro cui è efficace la suddetta presunzione legale, induce a ritenere che al di fuori di tale limite non può più operare alcun meccanismo presuntivo, fermo restando che nei confronti dei soggetti indicati nell'art. 2-bis debbono continuare a svolgersi le indagini patrimoniali al fine di verificare, tra l'altro, l'epoca dell'acquisto dei beni intestati ai soggetti ivi indicati" ⁽¹⁹⁹⁾.

Infine sarà poi possibile, come accennato, applicare la confisca per equivalente dei beni legittimamente trasferiti a terzi in buona fede, come previsto dal comma 10 dell'art. 2-ter o dall'art. 25 cod. mis. prev. purché il giudice accerti il carattere sproporzionato o l'origine illecita del bene trasferito. Si è trasformata la natura della confisca per equivalente attraverso la previsione della confisca per equivalente di una forma di confisca allargata, come la confisca misura di prevenzione; la confisca di valore nasce come strumento volto a garantire l'applicazione della confisca del profitto *accertato* del crimine, rimanendo una mera misura di riequilibrio economico (anche se la suprema Corte le attribuisce ormai carattere sanzionatorio anche in quest'ipotesi ⁽²⁰⁰⁾), la confisca, invece, per equivalente di tutti i beni di valore sproporzionato o di origine illecita che siano stati trasferiti, senza alcuna delimitazione temporale, e che non si trovano più nel patrimonio del prevenuto, rischia di diventare una sorta di *pena patrimoniale* dai confini difficilmente controllabili, con tutti i dubbi sul rispetto non solo del principio di proporzione in senso stretto e di ragionevolezza, ma di legalità, colpevolezza e presunzione d'innocenza, in quanto non si deve dimenticare che parliamo di misure di prevenzione che si applicano a soggetti indiziati. Nella prassi, si dovrebbe delimitare l'ambito di applicazione di tale forma di confisca solo in relazione al valore equivalente dei trasferimenti compiuti nel periodo oggetto di indagine o conclusi poco prima del sequestro per sottrarre i beni alla confisca, perché difficilmente l'accusa potrà accertare il carattere sproporzionato o illecito rispetto a beni che non si trovano più nel patrimonio del soggetto e che siano stati trasferiti in epoca ormai remota (anche se si potrebbe estendere a tutti i trasferimenti compiuti dal momento in cui sussistono indizi della sua partecipazione all'associazione mafiosa o dell'inizio dell'attività criminale in base alla presunzione che da quel momento tutto il suo patrimonio è di origine illecita). La disposizione non si deve applicare, in ogni caso, qualora il denaro o i beni ottenuti dal trasferimento siano ancora presenti nel patrimonio e possono essere confiscati

⁽¹⁹⁷⁾ Cfr. MENDITTO, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 316 il quale precisa che l'"ulteriore presunzione dotata di propria autonomia non fa venire meno quella relativa a coniuge, figli e conviventi".

⁽¹⁹⁸⁾ Si veda la giurisprudenza citata nelle note 168 ss.; cfr. MENDITTO, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 315.

⁽¹⁹⁹⁾ Trib. Palermo, 2 dicembre 2009, Nania, *inedita*, in CONTRAFATTO, *op. cit.*, p. 195 s.

⁽²⁰⁰⁾ Cass., 16 gennaio 2004, n. 15455, Napolitano G., in *Foro it.*, 2004, II, c. 685; Cass., 9 novembre 2006, n. 38803, Quarta, in *Riv. pen.*, 2007, 4, p. 393; Cass., 29 marzo 2006, n. 24633, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 32, p. 90 ss., 92 (par. 1); Cass., 14 giugno 2006, Ghetta, n. 31988, in *Giur. it.*, 2007, p. 2290; Cass., 10 gennaio 2007, n. 316, G.s.r.l., in *www.reatisocietari.it*; Cass., 7 maggio 2008, n. 22903, R., in *Guida dir.*, 2008, 31, p. 102; Cass., 8 maggio 2008, n. 21566, P., in *www.dejure.it*; Cass., 5 giugno 2008, n. 28685, C., in *Riv. pen.*, 2008, 11, p. 1142.

senza ricorrere alla confisca per equivalente in quanto, se derivano dal trasferimento di un bene avente origine illecita, dovrebbero rientrare nella categoria dei beni confiscabili in qualità di *reimpiego*; in quest'ipotesi non si dovrebbe consentire la confisca per equivalente se non si vuole violare il principio del *ne bis in idem* e di proporzione ⁽²⁰¹⁾. Da ultimo la suprema Corte ha affermato che "la confisca per equivalente" in esame "assume i tratti distintivi di una vera e propria sanzione, tale da impedire l'applicabilità ad essa del principio generale della retroattività delle misure di sicurezza, sancito dall'art. 200 c.p. (La Corte ha ritenuto che tale natura sanzionatoria discende dalla confiscabilità di beni che, oltre a non avere alcun rapporto con la pericolosità individuale del reo, neppure hanno collegamento diretto con il singolo reato e la cui "ratio" è quella di privare il reo di un qualunque beneficio economico dell'attività criminosa, anche di fronte all'impossibilità di aggredire l'oggetto principale, nella convinzione della capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento)" ⁽²⁰²⁾. Sull'assurdità del riconoscimento del carattere punitivo alla confisca per equivalente in sé, senza attribuirgli alla confisca base – *ex art. 2-ter l. n. 575/1965* – che la confisca di valore consente di applicare anche se in forma equivalente, sia consentito il rinvio a quanto affermato in altra sede ⁽²⁰³⁾.

La disciplina esaminata, in conclusione, imponendo al giudice di verificare il carattere legittimo del trasferimento al terzo in buona fede (per stabilire l'eventuale confisca di valore o la diretta ablazione dei beni presso il terzo), nonché di decidere circa il carattere fittizio dei trasferimenti (con l'applicazione anche delle presunzioni), tenta di fornire al giudice strumenti adeguati per risolvere le controversie con i terzi e snellire quel contenzioso che spesso rallenta o talora impedisce la stessa destinazione di beni definitivamente confiscati, come emerge dalla "Relazione sullo stato di attuazione della normativa e delle prassi applicative in materia di sequestro, confisca e destinazione dei beni alla criminalità organizzata" elaborata dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare ⁽²⁰⁴⁾.

In realtà, però, tale disciplina, come esaminato, non prevede niente che non fosse già

⁽²⁰¹⁾ MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem*, cit., p. 167; conforme MENDITTO, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 346.

⁽²⁰²⁾ Cass., Sez. I, 28 febbraio 2012, n. 11768, Barilari, in *C.E.D. Cass.*, n. 252297 e in *Riv. pen.*, 2012, 7-8, p. 754; cfr. Cass., Sez. I, 26 maggio 2009, n. 26751, De Benedittis, in *C.E.D. Cass.*, n. 244790; Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2010, n. 11006, Cannone, *ivi*, 246682; Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, n. 13426, Cagnazzo ed altri; Cass., Sez. I, 19 luglio 2012, n. 33285.

⁽²⁰³⁾ Cfr. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria"*, cit., p. 33 ss.: "La confisca di valore rappresenta esclusivamente uno strumento per garantire in forma diversa (per equivalente) l'applicazione efficace della confisca del profitto e, quindi, dovrebbe mutuare la stessa natura della confisca base; assume carattere punitivo nella stessa misura in cui l'assume la confisca base. In relazione alla confisca per equivalente della confisca del profitto accertato si tratta di garantire l'applicazione del principio che il crimine non paga e non può rappresentare una legittima fonte di arricchimento: "la cui ratio è quella di privare il reo di un qualunque beneficio economico derivante dall'attività criminosa". Solo in ciò si concentra quella "capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento" di cui parla la sentenza in commento, riprendendo la sentenza Barilari, fermo restando che una vera misura punitiva dovrebbe avere un suo specifico carattere afflittivo, sottraendo o limitando un bene del destinatario della sanzione: la confisca del profitto accertato non sottrae un bene legittimamente detenuto dal reo, non limita il suo diritto di proprietà; può assumere carattere afflittivo-punitivo, invece, la confisca "allargata" dei cespiti patrimoniali di sospetta origine criminale, in mancanza della prova dell'origine illecita".

⁽²⁰⁴⁾ Approvata dalla Commissione nella seduta del 27 novembre 2007 e trasmessa alle Presidenze delle Camere il 28 novembre 2007, Doc. XXIII n. 3.

sostanzialmente possibile ⁽²⁰⁵⁾ (anche se non veniva pronunciata la nullità degli atti fittizi) anche prima della sua originaria introduzione, nel 2008, a parte la possibilità di procedere alla confisca di valore e l'introduzione delle presunzioni con relativa inversione dell'onere della prova. Si teme, in conclusione, che attraverso le presunzioni e la confisca per equivalente si dilati eccessivamente l'ambito di applicazione della confisca antimafia e si indeboliscano i diritti dei terzi, «con una sorta di chiamata di corresponsabilità morale o sociale per coloro che hanno avuto la ventura di immettersi nel traffico giuridico con l'imprenditore di sospetta appartenenza alla mafia» (creando una sorta di area di rischio penale) ⁽²⁰⁶⁾.

8. LA DECISIONE DELLA SUPREMA CORTE: LA PRESUNZIONE DI FITTIZIETÀ E LA DISPONIBILITÀ INDIRETTA

La decisione della suprema Corte è condivisibile laddove decide di non applicare la disciplina in materia di intestazioni fittizie rispetto alla donazione dei beni compiuta dalla madre, a sua volta intestataria fittizia, nei confronti dei figli perché non ritiene possibile applicare lo schema presuntivo sottostante a tale disciplina nei confronti di una sequela di atti, di un "doppio passaggio traslativo dei beni immobili oggetto del provvedimento di confisca, in precedenza – e, almeno in un caso, in epoca assai risalente – intestati alla moglie del soggetto "proponibile" e da costei, successivamente, donati ai figli" ⁽²⁰⁷⁾. "Ne discende l'inoperatività del meccanismo presuntivo delineato nel comma quattordicesimo della disposizione di cui all'art. 2-ter della l. n. 575/1965, il cui ambito di applicazione non può automaticamente allargarsi fino a ricomprendere una sequela di atti traslativi la cui causa illecita non emerga sicuramente da un intervento posto in essere, nell'arco temporale ivi considerato, dal soggetto nei confronti del quale la confisca potrebbe essere disposta in forza dell'undicesimo comma della stessa disposizione normativa, se non al prezzo di una pericolosa attenuazione del necessario elemento di collegamento del bene con l'accertamento di pericolosità sociale del soggetto premorto".

In tale direzione in dottrina al dubbio circa la possibilità di applicare la disciplina delle intestazioni fittizie nei confronti del successore della persona originariamente proposta per la misura, si ritiene che, in mancanza di indici letterali inequivoci, la detta estensione non sia nella *ratio* della previsione, che ha per scopo di impedire trasferimenti elusivi del bene dalla persona pericolosa ad altri soggetti, in nome di un ragionevole sospetto che colpisce la condotta della persona pericolosa medesima, in virtù di questa sua condizione. Il successore, potenzialmente destinatario della misura preventiva, non può essere sospettato di una generale intenzione elusiva, salvo non si provi uno specifico intento fraudolento (nel qual caso potrà trovare applicazione l'altro istituto anti-elusivo della confisca per equivalente), giacché la possibilità che egli sia soggetto alla misura ablativa dipende da una condizione oggettiva, l'essere succeduto al *de cuius* nella titolarità del bene di originaria provenienza illecita ⁽²⁰⁸⁾.

Tale scelta appare, innanzitutto, conforme al principio di legalità in quanto l'art. 2-ter, comma 14, l. n. 575/1965 e l'art. 26 cod. mis. prev. consentono di considerare fittizia l'intestazione direttamente compiuta dal prevenuto e non anche le successive; anche se poi in concreto il compimento di una pluralità di atti di trasferimento potrebbe diventare una facile prassi per

⁽²⁰⁵⁾ Cfr. in tale direzione GIALANELLA, *La confisca di prevenzione antimafia, lo sforzo sistemico della giurisprudenza di legittimità e la retroguardia del legislatore*, cit., p. 191 ss.

⁽²⁰⁶⁾ Così MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 410.

⁽²⁰⁷⁾ § 10, p. 17.

⁽²⁰⁸⁾ GIUNTA-MARZADURI, *op. cit.*, p. 262 s.

superare l'applicazione delle presunzioni in questione. In realtà la Corte, infatti, più che stigmatizzare l'applicazione delle presunzioni rispetto ai trasferimenti successivi, ritiene inapplicabile la disciplina in esame a trasferimenti non solo successivi, ma risalenti e, quindi, in mancanza di quella correlazione temporale tra la pericolosità del prevenuto e l'acquisto dei beni, che, come sopra evidenziato, la suprema Corte sembra pretendere nella sentenza in esame per applicare la confisca misura di prevenzione *ex art. 2-ter* l. n. 575/1965. La sesta sezione evidenzia che l'applicazione delle presunzioni di intestazione fittizia *ex* comma 14 dell'art. 2-ter potrebbe avvenire solo "al prezzo di una pericolosa attenuazione del necessario elemento di collegamento del bene con l'accertamento di pericolosità sociale del soggetto premorto". La Corte ribadisce, in maniera coerente, la necessità della correlazione temporale anche rispetto alle intestazioni fittizie per accertare, innanzitutto, la disponibilità dei beni da confiscare in capo al prevenuto.

La suprema Corte avverte i rischi, sopra evidenziati, collegati all'applicazione delle presunzioni implicate dalla disciplina in esame, richiedendo correttamente una interpretazione non estensiva del loro ambito applicativo per tentare di delimitare tali rischi, a partire dal pericolo di confiscare i beni a soggetti in buona fede, non coinvolti con l'attività criminale dell'originario prevenuto; non accoglie, però, l'opinione avanzata in dottrina e sopra esaminata in base alla quale le presunzioni in esame non si applicano ai successori in seguito alla morte del prevenuto, opinione che avrebbe reso a monte irrilevante la considerazione che nel caso di specie si erano realizzati plurimi atti di trasferimento dei beni nella disponibilità dell'indiziato.

La suprema Corte precisa, però, che tale scelta di inoperatività della presunzione di fittizietà dell'intestazione vale solo fino a quando non sussista "un intervento posto in essere, nell'arco temporale ivi considerato, dal soggetto nei confronti del quale la confisca potrebbe essere disposta": la suprema Corte sembra sottolineare che anche se non sarà possibile applicare le presunzioni del comma 14, art. 2-ter (o dell'art. 26 cod. mis. prev.), sarà possibile confiscare i beni se si riesce a provare che la sequela di atti è dovuta all'intervento dell'originario proponibile e, quindi, si riesca a dimostrare che i beni siano sempre rimasti nella sua disponibilità; anche se non si applicano le presunzioni, ai fini della confisca si potrà sempre provare la disponibilità indiretta del bene in capo al prevenuto, come prevede l'art. 2-ter, comma 3 e l'art. 24 cod. mis. prev.

La suprema Corte, infatti, si limita in maniera oculata ad annullare con rinvio alla Corte di appello ai fini dell'accertamento di tale disponibilità, contestando che tale accertamento non era correttamente avvenuto e la motivazione fosse solo apparente.

La sentenza è assolutamente apprezzabile laddove richiede un rigoroso accertamento della disponibilità in capo al prevenuto, chiarendo in maniera chiara che non è possibile un uso disinvolto, al limite dell'applicazione analogica, delle intestazioni fittizie per sottrarsi alla rigorosa prova della disponibilità; anzi la suprema Corte, riprendendo la migliore giurisprudenza, ribadisce che la disponibilità deve essere accertata attraverso "elementi fattuali connotati dai requisiti della gravità, precisione e concordanza" e non è possibile accontentarsi "di sole circostanze sintomatiche di spessore indiziario": "A tale specifico riguardo, invero, per giustificare l'asserita esistenza di un rapporto diretto tra il "proponibile" e i donatari, apparentemente schermato dall'intervento del soggetto "donante", non può ritenersi in alcun modo sufficiente il riferimento al vincolo familiare, pur stretto, che lega le persone coinvolte nella vicenda, imponendosi, di contro, un accertamento rigoroso ed approfondito, le cui risultanze consentano al giudice di spiegare le ragioni della ritenuta interposizione fittizia sulla base non di sole

circostanze sintomatiche di spessore indiziario, ma di elementi fattuali connotati dai requisiti della gravità, precisione e concordanza, e come tali idonei a dimostrare l'assunto incentrato sul carattere puramente formale del trasferimento e, corrispondentemente, sul permanere di una situazione sostanziale di autonoma ed effettiva disponibilità dei beni in capo ad altra persona poi deceduta (arg., in tal senso, *ex Sez. II*, n. 6977 del 9 febbraio 2011, dep.).

La suprema Corte nel caso in esame ritiene che "il discorso giustificativo sviluppato dalla corte di merito si fonda su enunciati del tutto apodittici, sforniti di un supporto motivazionale connotato dai necessari requisiti di congruità, coerenza e completezza, al punto da risultare meramente apparente (*Sez. un.*, 28 maggio 2003, Pellegrino, in *C.E.D. Cass.*, n. 224611), prospettando, in assenza di specifici e convergenti elementi dimostrativi, la preventiva definizione di uno schema simulatorio attraverso il quale i figli avrebbero ricevuto dal padre i beni poi confiscati, poiché egli, verosimilmente a seguito della notizia delle indagini nei suoi confronti avviate, li avrebbe ad essi trasferiti a mezzo di donazioni *pro indiviso* dalla moglie effettuate in loro favore".

In tale direzione proprio in relazione alla disciplina della confisca misura di prevenzione, la Corte EDU, pur ammettendo l'uso di presunzioni nell'accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare, ha, però, sottolineato che la giurisdizione italiana non può fondarsi su semplici sospetti; essa deve stabilire e valutare oggettivamente i fatti esposti dalle parti e documentati ⁽²⁰⁹⁾.

8.1. La presunzione *ex art. 1-bis* in relazione a coniugi, figli e conviventi?

L'aspetto ulteriormente interessante della sentenza in esame attiene alla mancata applicazione della presunzione, di origine giurisprudenziale, di disponibilità indiretta in capo al prevenuto nei confronti dei beni intestati a coniugi, figli e conviventi nell'ultimo quinquennio ai sensi degli artt. 2-*bis* e 19, comma 3, cod. mis. prev.

La Corte, infatti, una volta stabilito che nel caso in esame non era possibile presumere la fittizietà dell'atto traslativo della madre ai figli in virtù del comma 14 dell'art. 2-*ter*, avrebbe comunque potuto "presumere" la disponibilità dei beni in capo al prevenuto ai sensi dell'ulteriore presunzione che la giurisprudenza trae dall'obbligo delle indagini nei confronti di questi soggetti previsto dall'art. 2-*bis* (e dall'art. 19, comma 3), al punto da ritenere che non sia necessario alcun accertamento salva la possibilità di prova contraria, precisando che l'onere della prova spetti al terzo coniuge, figlio o convivente. I ricorrenti nel caso in esame sono i figli e, quindi, in base a tale giurisprudenza la disponibilità in capo all'indiziato era presunta, spettava ai figli dimostrare l'esclusiva disponibilità del bene.

La suprema Corte sembra accogliere l'indirizzo più rigoroso e garantista, nel rispetto del principio di colpevolezza, in base al quale la presunzione in questione vale solo ai fini dell'indagine, ferma restando, come esaminato, l'esigenza di un adeguato livello probatorio sul requisito della disponibilità in capo al prevenuto ai fini del sequestro e della confisca ⁽²¹⁰⁾, in conformità con l'orientamento della suprema Corte che richiede «che la "presunzione" in

⁽²⁰⁹⁾ C. eur. dir. uomo, 15 giugno 1999, Prisco, decisione sulla ricevibilità del ricorso, n. 38662/97; 5 luglio 2001, Arcuri, n. 52024/99, in *www.coe.int*; 4 settembre 2001, Riela, n. 52439/99, *ivi*; 13 dicembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, n. 399/02, *ivi*; cfr. Commissione, 21 maggio 1998, *Autorino v. Italy*, n. 39704/98.

⁽²¹⁰⁾ GIALANELLA, *La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, cit., p. 130.

parola va letta ..quale lecito criterio interpretativo della situazione di fatto, non comportante illegittime inversioni di onere della prova a carico dei terzi»⁽²¹¹⁾. La suprema Corte impone anche nei confronti dei beni intestati ai più stretti familiari del prevenuto un rigoroso onere probatorio della “disponibilità” in capo al prevenuto.

O addirittura si potrebbe ritenere che la suprema Corte non ritenga più operante la presunzione di origine giurisprudenziale fondata sull’art. 2-*bis*, comma 3, in seguito all’introduzione del comma 14 dell’art. 2-*ter* da parte della d.l. n. 92/2008, come sembra ammettere il Tribunale di Palermo; però ciò non viene espressamente affermato dalla Corte.

Probabilmente l’ apprezzabile scelta di rigore probatorio della suprema Corte è stata influenzata dalla considerazione che nel caso di specie si tratta dei beni intestati agli stretti familiari di un “morto” prima dell’inizio del procedimento e, quindi, di un soggetto che sicuramente non ha più la disponibilità dei beni; e, allora, tali beni si possono confiscare solo se si dimostra che fino alla morte erano rimasti nella disponibilità dell’indiziato: in questo caso la confisca persegue lo scopo di politica criminale di garantire, per finalità general e special preventive, che il crimine non paga (anche se è trascorso molto tempo dal momento dell’esecuzione dell’attività criminale o dal coinvolgimento in essa, fino ad estendersi ai cinque anni successivi alla morte); un minore rigore probatorio anche rispetto all’accertamento della disponibilità troncherebbe definitivamente il legame con l’indiziato e trasformerebbe la confisca misura di prevenzione in una *actio in rem* pura contro i beni di origine illecita, da sottrarre solo in virtù di tale origine.

Non solo ma nel caso di specie non si tratta neanche di un indiziato di appartenenza ad un’associazione mafiosa o comunque di reati commessi per agevolare l’organizzazione, e quindi non emerge l’ulteriore finalità politico criminale di sottrarre i beni all’organizzazione criminale e di proteggere il mercato e l’economia lecita dall’infiltrazione criminale; si tratta di un’ipotesi di applicazione della confisca nei confronti di un soggetto a pericolosità generica, un usuraio, i cui beni sono ormai posseduti dai figli che non sono indiziati, perché altrimenti potrebbero essere autonomamente sottoposti al procedimento di prevenzione, e i quali, quindi, dovrebbero essere estranei al circuito illegale. La confisca rischia di assumere i caratteri di una pena contro la famiglia.

La suprema Corte sembra esprimere il timore che la disciplina delle intestazioni fittizie, soprattutto laddove rivolta a soggetti a pericolosità generica, crei un circuito sanzionatorio senza fine che consenta di confiscare, perlomeno entro i cinque anni dalla morte, dei beni che ormai sono inseriti in circuiti legali, con il rischio che la confisca assuma delle finalità afflittive nei confronti di soggetti estranei alla pericolosità sociale dell’originario prevenuto.

⁽²¹¹⁾ Cass., 20 novembre 1998, n. 5760, in *questa rivista*, 1999, p. 3243.

